

ANEXO DE LECTURAS

CURSO
“JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL”

II NIVEL

UNIDAD I

INTRODUCCIÓN: JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA PENAL (DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DERECHO PROCESAL PENAL)

- ✓ **Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia** (30.09.2005). **Determinación de principios jurisprudenciales. Art. 22 TUO LOPJ. Ejecutorias Supremas Vinculantes.**

- ✓ **Gálvez Villegas, Tomás Aladino.** Los precedentes y la jurisprudencia en el Estado Constitucional de Derecho.

- ✓ **Guilhereme Marinoni, Luiz.** El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del *civil law:* La contribución de Taruffo. https://www.academia.edu/12417542/EL_PRECEDENTE_INTERPRETATIVO_COMO_RESPUESTA_A_LA_TRANSFORMACI%C3%93N_DEL_CIVIL_LAW_LA_CONTRIBUCI%C3%93N_DE_TARUFFO?auto=download&campaign=weekly_digest

- ✓ **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**. Casaciones y Acuerdos Plenarios. http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/portada/CASACIONES-Y-ACUERDOS-PLENARIOS.pdf

UNIDAD I

INTRODUCCIÓN: JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA PENAL (DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DERECHO PROCESAL PENAL)

- ✓ **Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia** (30.09.2005). **Determinación de principios jurisprudenciales. Art. 22 TUO LOPJ. Ejecutorias Supremas Vinculantes.**

http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e804a6804bbf6bba8251db40a5645add/acuerdo_plenario_01-2005_ESV_22.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e804a6804bbf6bba8251db40a5645add

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO PLENARIO N° 1-2005/ESV-22

DETERMINACIÓN DE PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES. ART. 22° TUO LOPJ
***ASUNTO*: EJECUTORIAS SUPREMAS VINCULANTES**

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. En el presente caso –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas-, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

3. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad,, se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionarán en la parte resolutiva del presente Acuerdo

Plenario. Se designó como ponente al Señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

5. El artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22°, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.

6. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.

7. El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de cuatro Ejecutorias Supremas, que pronuncian acerca de:

a) Los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción –o más, concretamente, del derecho de conocimiento de los cargos-, y el pleno cumplimiento del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959.
b) La definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo –en concreto, de la acción típica- del delito de corrupción de funcionarios – cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el artículo 393° del Código Penal.
c) La precisión que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. Ésta, como ha venido insistiendo reiteradamente este Supremo Tribunal, se determina en función al daño ocasionado por el delito.
d) La no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.

III. DECISIÓN.

8. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de

conformidad con lo dispuesto por el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ :

9. ORDENAR la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias Supremas que ha continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.

10. En consecuencia, **constituyen precedentes vinculantes**:

1°) Recurso de Nulidad N° 224-2005, tercer fundamento jurídico.
2°) Recurso de Nulidad N° 1091-2004, cuarto fundamento jurídico.
3°) Recurso de Nulidad N° 948-2005, tercer fundamento jurídico.
4°) Recurso de Nulidad N° 1538-2005, cuarto fundamento jurídico.

11. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano" y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior. Hágase saber.-

SS.

SIVINA HURTADO

GONZÁLES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

BALCAZAR ZELADA

MOLINA ORDÓÑEZ

BARRIENTOS PEÑA

VEGA VEGA

PRINCIPE TRUJILLO

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. Nº 224-2005
SULLANA

Lima, veintiuno de abril de dos mil cinco.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por los acusados Sebastián Serna Jaramillo e Iván Leguía Morales contra la sentencia condenatoria de fojas doscientos tres, su fecha diez de diciembre de dos mil cuatro; de conformidad con las conclusiones del dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:** ***Primero*:** Que el abogado del acusado Leguía Morales en su recurso formalizado de fojas doscientos veintiuno sostiene que su defendido desconocía la participación de terceros en el delito, que el Fiscal Superior tipificó la conducta de su defendido en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal pese a lo cual en la sentencia se tipificó el delito en la circunstancia agravada del inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, así como que no está probado que integre una organización criminal ni se ha tenido en cuenta las condiciones personales del mismo ni su minoridad restringida; que el abogado del acusado Serna Jaramillo en su recurso formalizado de fojas doscientos veinticinco apunta que su patrocinado realizó el ilícito por necesidad económica, y que se abrió instrucción y se acusó por el tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas pese a lo cual se le ha condenado por el tipo agravado del inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal. ***Segundo***: Que de autos aparece que el Fiscal Provincial en la denuncia formalizada de fojas sesenta y uno denunció a los encausados calificando los hechos en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, modificado por la Ley veintiocho mil dos, pese a lo cual en el auto apertorio de instrucción de fojas sesenta y tres, del veinticuatro de julio de dos mil tres, aclarado por auto de fojas ciento veintiséis, del dieciséis de diciembre de dos mil tres, se tipificó la conducta imputada en el tipo básico del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, la que fue objeto de acusación fiscal en esos mismos términos según se aprecia en el dictamen de fojas ciento setenta y cuatro; que, no obstante ello, el Tribunal de Instancia en la sentencia

recurrida, sin hacer mención a las razones de su discrepancia ni haber generado un debate previo en el acto oral, calificó los hechos en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del código Penal (ver: fundamento jurídico sexto), aunque no impuso una pena superior a la fijada en la acusación fiscal. ***Tercero***: Que si bien es cierto que -con arreglo al principio acusatorio- la sentencia condenatoria no puede sobrepasar el hecho y las circunstancias del mismo –esto es, en este último supuesto, 'las situaciones que rodean, que están alrededor, a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor'-, fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento, lo que constituye un límite infranqueable para el Tribunal de Instancia, también es verdad que sobre esa base fáctica es del todo posible que la Sala Penal Superior pueda modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación –lo que incluye, obviamente, las denominadas *"circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*"-, pero a condición –en cumplimiento del principio de contradicción o más concretamente del derecho de conocimiento de los cargos- que "*...previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse...*" y se haya seguido el trámite previsto en el numeral dos del artículo doscientos ochenta y cinco guión A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve; que ese trámite no ha sido cumplido en el presente caso, de suerte que la sentencia recurrida al obviarlo ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales pues ha dejado en indefensión material a los imputados. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas doscientos tres, su fecha diez de diciembre de dos mil cuatro; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, debiendo tenerse presente en todo caso lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero de esta Ejecutoria; y los devolvieron.-

S.S.

SIVINA HURTADO

SAN MARTIN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDOÑEZ

Lima, veintidós de marzo del dos mil cinco.

VISTOS; los recursos de nulidad interpuesto por los sentenciados Julio Alberto Peña García, Paúl Alfonso Castillo Aguilar y Héctor Villanueva Granda; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como Vocal Ponente el doctor Victoriano Quintanilla Quispe; y **CONSIDERANDO** ***Primero***: Que, el sentenciado Julio Alberto Peña García al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil doscientos setenta y siete, manifiesta su disconformidad en el extremo de la sentencia que lo vincula con su co-procesado Héctor Villanueva Granda, al señalar que éste era su "contacto", lo cual no se ajusta a la realidad, ya que esta persona sólo efectuaba labores de limpieza de su vehículo a cambio de una propina; que, de otro lado en cuanto se refiere a los formularios de solicitud para el trámite de pasaportes signados con el número F- cero cero uno, dice haber comprado en las ventanillas de la entidad a la persona de Elizabeth Ticona López por su precio normal de veinticinco nuevos soles, y no que los "conseguía" , pues dicho término se presta a otras interpretaciones; añade que el paneux fotográfico incorporado al presente proceso como medio probatorio no resulta idónea; finalmente sostiene que en ningún momento ha realizado u omitido actos contrarios a su deber ni mucho menos ha aceptado donativos, promesa o cualquier otra ventaja faltando a sus obligaciones. ***Segundo:*** Por su parte Héctor Villanueva Granda a fojas mil doscientos ochenta y tres afirma que el motivo de su presencia en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez el día de los hechos, era con el fin de cobrar un dinero que le debía su co-procesado Peña García; pero se dió la casualidad que éste, le entregó dicho formulario, destinado para un familiar y al no presentarse ninguna persona a recoger, abusando de la confianza, lo vendió a su co-procesado Castillo Aguilar. ***Tercero*****:** Que, por su parte éste último a fojas mil doscientos ochenta y seis, cuestiona el operativo realizado por la Policía Nacional del Perú al considerar que se ha llevado a cabo sin contar con la anuencia o conocimiento del representante del Ministerio Público; que, de otro lado la sentencia sólo se sustenta en la sindicación que efectúa la testigo Heidi Katheryn Gómez Lau, sin embargo no existe nexo causal entre la conducta del recurrente de solicitar un formulario a su co encausado Villanueva Granda a petición de aquella, concluyendo que es inocente de los cargos. ***Cuarto*****:** Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir

voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario. ***Quinto***: Que, la incriminación que pesa sobre los procesados se funda en que con fecha dieciocho de setiembre del dos mil uno, Julio Alberto Peña García, en su condición de Jefe del Área de Migraciones del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" aceptó el requerimiento de su co-procesado Villanueva Granda para que a cambio de una determinada suma de dinero le entregara un formulario de solicitud para la tramitación de pasaportes, cuya venta en la época era restringida por la escasez de estos, el mismo que había sido solicitado por su co-encausado Castillo Aguilar, propietaria de la agencia de viajes "Águila Tours" para el trámite de pasaporte de la persona de Heidi Katheryn Gómez Lau (colaboradora del servicio de inteligencia de la Policía Nacional del Perú), los cuales quedaron al descubiertos al llevarse a cabo un operativo policial estableciéndose el modus operandi utilizando para tales fines la citada agencia de viajes, sito en el Pasaje Nacarino número ciento treinta y seis del Distrito de Breña, con la activa participación de los nombrados Castillo Aguilar y Villanueva Granda en calidad de cómplices. ***Sexto***: Que, estos hechos se encuentran acreditados con el documento correspondiente consistente en el pasaporte número dos millones doscientos setentiún mil seiscientos sesenta y cinco que corre a fojas ochenta y siete, el mismo que si bien es cierto, al ser verificado por la Unidad Operativa Policial se constató que cumplía todos los requisitos legales, sin embargo ha sido obtenido en forma ilícita, configurándose el delito imputado y la responsabilidad penal de los citados encausados, la misma que se encuentra corroborado con la versión del propio Villanueva Granda, quien en su manifestación policial de fojas dieciséis en presencia del representante del Ministerio Público y abogado defensor narra con lujo de detalles, señalando que ante la petición de Castillo Aguilar a fin de conseguir el mencionado formulario obrante a fojas sesenta y ocho, se contactó con su coacusado Peña García, entonces Jefe del Puesto de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", quien le solicitó la suma de ciento cincuenta dólares americanos a cambio de entregarle dicho documento, lo cual se efectivizó en horas de la tarde del dieciocho de setiembre del dos mil uno a inmediaciones de la Municipalidad de Breña; añadiendo que los formularios que le fueron incautados al momento de su intervención, también le fueron otorgados por el mismo Peña García el veinte de setiembre del citado año en el Restaurant "El Mesón", por lo que se concluye que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. ***Séptimo***: Que, de otro lado en la recurrida se advierte que se ha omitido fijar el plazo de inhabilitación en

cuanto se refiere al sentenciado Peña García, por lo que debe integrarse en virtud de la facultad conferida en el penúltimo parágrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, modificado por el decreto legislativo número ciento veintiséis; por tales consideraciones: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas mil doscientos sesenta y nueve, su fecha nueve de octubre del dos mil tres, que **condena** a **JULO ALBERTO PEÑA GARCIA,** como autor del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; fija en diez mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación vil deberá abonar a favor del Estado; e **INTEGRANDO** la propia sentencia: **FIJARON** en tres años el plazo de inhabilitación; asimismo condena a **PAUL ALFONSO CASTILLO AGUILAR y HECTOR VILLANUEVA GRANDA,** como cómplices primarios del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de la libertad , suspendida por el término de dos años; fija en cinco mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor del Estado; e inhabilitación por el término de tres años; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

VALDEZ ROCA

PONCE DE MIER

QUINTANILLA QUISPE

PRADO SALDARRIAGA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. Nº 948-2005

JUNÍN

Lima, siete de junio de dos mil cinco.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Juan Román Marcelino Arge Chanca: de conformidad con la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO:** ***Primero***: Que el recurrente cuestiona la sentencia por los siguientes fundamentos: i) que para la imposición de la pena de inhabilitación no se ha tenido en cuenta su confesión sincera, y se ha puesto en riesgo su subsistencia; ii) que para fijar la reparación civil no se ha observado sus bajos ingresos económicos. ***Segundo***: Que se imputa al encausado Arge Chanca que en su calidad de Director del "Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca" se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la adquisición de dos computadoras. ***Tercero***: Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del encausado en la comisión del hecho punible; que la impugnación se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena de inhabilitación impuesta y al monto de la reparación civil; que la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil -que no es una pena-, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil ex delito es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; que de autos s advierte que el encausado Arge Chanca se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la compra de computadoras para un centro educativo, lo que generó perjuicio tanto a la propia institución académica cuanto a los educandos; que, siendo así, el monto fijado por el Tribunal sentenciador por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a ley. ***Cuarto***: Que, por otro lado, al acusado Arge Chanco se le impuso un año de pena privativa de libertad por la comisión del delito de peculado, el mismo que da lugar a que se aplique a su autor la pena conjunta, siempre de carácter principal, de inhabilitación conforme fluye del artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, cuya duración está en función a lo dispuesto por el artículo treinta y ocho del código acotado; que, en tal virtud, debe

enmendarse el fallo en ese extremo y fijar la citada pena con arreglo al principio de proporcionalidad, según la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en sentencia de fojas doscientos cincuenta y dos, su fecha veintinueve de octubre de dos mil cuatro, que condena a Juan Román Marcelino Arge Chanco por delito contra la administración pública -peculado- en agravio del Estado y del "Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca", a un año de pena privativa de libertad, y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de los agraviados en proporción de quinientos nuevos soles para cada uno; con lo demás que contiene; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto impone la pena accesoria de inhabilitación por un año; reformándola: **IMPUSIERON** la pena principal de inhabilitación de un año conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y los devolvieron.-

S.S.

SIVINA HURTADO

SAN MARTIN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDOÑEZ

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 1538-2005
LIMA

Lima, veinte de junio de dos mil cinco.-

VISTOS; oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por el agraviado Enrique Barrera Aramburú contra el auto superior de fojas seiscientos cuarenta y nueve, del veintiuno de enero de dos mil cinco; con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO:** ***Primero***: Que este Supremo Tribunal conoce del presente recurso por haber sido declarada fundada la queja interpuesta por el agraviado Barrera Aramburú, según se advierte de la Ejecutoria Suprema de fojas seiscientos cuarenta y nueve. ***Segundo:*** Que la Juez del Séptimo Juzgado Penal de Lima por auto de fojas cuatrocientos veintiuno, del diecinueve de enero de dos mil cuatro, declaró procedente la desafectación del cincuenta por ciento del producto de la venta del certificado de participación de la Bolsa de la Valores de Lima solicitada por la sociedad conyugal formada por María Violeta Ríos Gamarra de San Cristóbal y el sentenciado Eduardo San Cristóbal Carrillo; que contra esta resolución recurrió en apelación el agraviado Barrera Aramburú conforme a su escrito de fojas cuatrocientos setenta, la que fue concedida por auto de fojas cuatrocientos setenta y seis, del veintisiete de enero de dos mil cuatro; que, sin embargo, el Superior Tribunal no absolvió el grado por estimar que el impugnante carecía de legitimación para recurrir, y a su vez mediante auto de vista de fojas quinientos setenta y ocho, del veintinueve de abril de dos mil cuatro, declaró improcedente el recurso de apelación y nulo el concesorio del mismo. ***Tercero***: Que el agraviado Barrera Aramburú en su recurso de nulidad de fojas quinientos ochenta y seis cuestiona la decisión del Tribunal Superior alegando que en la etapa de ejecución del proceso no es necesaria la constitución en parte civil, la cual –según entiende- se limita al proceso declarativo. ***Cuarto***: Que, en efecto, como ya ha sido establecido por esta Suprema Sala al amparar el presente recurso de queja, no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal declaratorio de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el

cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor; que la constitución en parte civil del agraviado sólo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil, que sólo una sentencia firme de condena puede estipular (véase artículos cincuenta y siete y cincuenta y ocho del Código de Procedimientos Penales); que declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno no puede limitarse y, menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría –como se hizo- el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional (ver: artículo ciento treinta y nueve, apartado tres de la Ley Fundamental), que garantiza el acceso a los Tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos; que a ello tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto que no está en discusión la determinación del monto de la reparación civil sino su cobro efectivo, respecto del cual, por cierto, debe tenerse en cuenta lo declarado y ejecutado en sede civil. ***Quinto***: Que como el Superior Tribunal no absolvió el grado pronunciándose sobre el fondo del asunto e indebidamente negó legitimación al recurrente, incurrió en la causal de nulidad prevista por el apartado uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **NULO** el auto de vista de fojas quinientos setenta y ocho, del veintinueve de abril de dos mil cuatro; en consecuencia, **ORDENARON** que el Tribunal Superior se pronuncie sobre el fondo del asunto; en el proceso –fase de ejecución- seguido contra Eduardo San Cristóbal y otros por delito de estafa y otro en agravio de Enrique Barrera Aramburú y otros; y los devolvieron.-

S.S.

SIVINA HURTADO

SAN MARTIN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDOÑEZ

UNIDAD I

INTRODUCCIÓN: JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA PENAL (DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DERECHO PROCESAL PENAL)

- ✓ **Gálvez Villegas, Tomás Aladino.** Los precedentes y la jurisprudencia en el Estado Constitucional de Derecho.

INDICE[1]

1. LOS PRECEDENTES Y LA JURISPRUDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1.1. SISTEMA DEL *COMMON LAW* Y SISTEMA ESCRITO *(CIVIL LAW)*

1.2. CONSOLIDACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL SISTEMA DEL DERECHO ESCRITO *(CIVIL LAW)*

1.3. ALALGUNOS CRITERIOS TEÓRICOS SOBRE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE

1.3.1. JURISDICCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1.3.2. NECESIDAD DE MOTIVACIÓN DE LAS DESICIONES JURISDICCIONALES

1.3.3. CONSOLIDACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL VINCULANTE

2. PRECEDENTES JUDICIALES VINCULANTES EN EL PERÚ

2.1. PRECEDENTES VINCULANTES Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1.1. PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) Naturaleza y definición de los precedentes vinculantes

b) Fundamentos y función de los precedentes vinculantes

c) Tipos de precedentes vinculantes

d) Casos en que procede dictar un precedente vinculante

e) Nivel de vinculatoriedad

f) Razones para la desvinculación del precedente vinculante

g) Presupuestos para la desvinculación

h) Retroactividad del precedente vinculante

i) Abrogación o cambio del precedente vinculante

2.1.2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC

a) Naturaleza de la doctrina jurisprudencial

b) Nivel de vinculatoriedad

2.1.3. DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

2.2. JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL PODER JUDICIAL

[1] Material tomado de modo sintético de: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: ***"Nuevo Orden Jurídico y jurisprudencia. Constitucional penal, penal y procesal penal".*** Lima, Ideas Solución Editorial, 2015.

2.2.1. JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA, CONFORME AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

a) Naturaleza y definición de la jurisprudencia vinculante

b) Nivel de vinculatoriedad

c) Retroactividad de la jurisprudencia vinculante

d) Diferencia entre los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia Vinculante de la Corte Suprema

2.2.2. SENTENCIAS PLENARIAS VINCULANTES DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA

2.2.3. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CASATORIAS DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL

2.2.4. LOS PLENOS CASATORIOS VINCULANTES EN MATERIA PENAL CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL

2.2.5. OTRAS DECISIONES VINCULANTES DE LA CORTE SUPREMA

a) Precedentes vinculantes en materia civil

b) Precedentes vinculantes en materia contencioso – administrativo

c) Precedentes vinculantes en materia laboral

d) Decisiones de la Sala Suprema Constitucional y Social

2.3. DOCTRINA JUDICIAL ("LEGAL") DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA

2.3.1. LOS ACUERDOS PLENARIOS DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA

a) Naturaleza del Acuerdo Plenario

b) Definición y nivel de vinculatoriedad de los Acuerdos Plenarios

c) Retroactividad del Acuerdo Plenario

2.4. JURISPRUDENCIA PENAL ORDINARIA DEL PODER JUDICIAL Y PRONUNCIAMIENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.4.1. JURISPRUDENCIA COMÚN DE LA CORTE SUPREMA

a) Jurisprudencia ordinaria

b) En materia casatoria

2.4.2. DICTÁMENES DE LAS FISCALÍAS SUPREMAS

2.4.3. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LAS CORTES SUPERIORES

1. LOS PRECEDENTES Y LA JURISPRUDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1.1. SISTEMA DEL *COMMON LAW* Y SISTEMA ESCRITO *(CIVIL LAW)*

Como se sabe, los precedentes o jurisprudencia vinculante, histórica y materialmente constituyen un componente de los sistemas jurídicos del *common law,* especialmente del sistema inglés y norteamericano. En estos sistemas, el precedente se traduce como el respeto a lo decidido sin cuestionar puntos ya resueltos. Ello porque en estos sistemas el Derecho es creación básicamente del quehacer judicial de las Cortes a través de sus sentencias que resuelven reiteradamente una causa en el mismo sentido y, que vincula a los jueces en casos futuros idénticos –*stare decisis*-, llegando incluso a entenderse como un precedente judicial con efectos normativos –*erga omnes*- a partir de casos particulares[2].

En los Estados Unidos de Norteamérica el *stare decisis* está referido fundamentalmente a la doctrina y fuerza vinculante de los fallos de la Corte Suprema. No obstante, en general, el precedente constituye una decisión de un tribunal o de un juez tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, necesaria para la resolución del mismo. Dicha decisión adquiere autoridad u obligatoriedad para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango; los que quedan obligados a su aplicación en los subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión[3].

Pero, una única decisión de un Juez o Tribunal (salvo los casos de la Corte Suprema) no es la que produce el efecto vinculante, sino los precedentes judiciales que alcanzan calidad de reglas uniformes. Asimismo, el nivel de vinculatoriedad de dichos precedentes es de carácter flexible, puesto que si bien las decisiones interpretativas de la Constitución realizadas por el Supremo Tribunal vincula a los demás instancias del estado, inclusive estas se muestran receptivas a los cambios sociales para flexibilizar o reemplazar una regla desfasada[4]. Asimismo, en muchos países pertenecientes al *common law,* no todo contenido de los casos anteriores posee fuerza obligatoria o vinculante[5].

En buena cuenta, a través de los precedentes, ordinariamente se determinan las reglas del ordenamiento jurídico, constituyendo estos la base fundamental de los sistemas jurídicos del *common law.* Su fundamento radica en que con ellos se busca preservar la

---

2 LANDA ARROYO, Cesar: *Los precedentes constitucionales.* En Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Dir. por Susana Castañeda. Grijley, Lima, 2010, p. 89.

3 No obstante debe tenerse presente que respecto a la definición del precedente así como a su contenido no existe uniformidad de criterios, como refiere Edgar CARPIO MARCOS en *Precedente constitucional y los problemas de su aplicación en el Perú;* Plan de Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho; Universidad de San Martín de Porres, Lima 2013, p. 6.

4 "… es necesario considerar que el *stare decisis* norteamericano no es en realidad vinculante y que también en el *common law* se habla de *persuasive precedent* ". TARUFFO: *Ob. Cit.* p.33.

5 LEGARE, Santiago; RIVERA, Julio César; SARTORI, Giovanni: En cita de Castillo Alva y Castillo Córdova: *El precedente judicial y el precedente constitucional.* Ara Editores, Lima, p. 331.

igualdad en la aplicación del orden jurídico y la previsibilidad del funcionamiento y aplicación del mismo; así como concretar criterios de eficacia y eficiencia en la resolución de casos concretos, al aplicar los criterios preestablecidos y aprovechar la experiencia y sabiduría de los jueces que conocieron la cuestión con anterioridad.

En tal sentido, el funcionamiento del sistema del precedente en el *common law,* cumple una finalidad fundamentalmente pragmática, a la vez que de mantenimiento de su tradición jurídica e histórica. No obstante, se sostiene que la aplicación del precedente más que una expresión de la ciencia del derecho configura un arte de resolver una cuestión planteada. Pues, tal como lo señala la doctrina, "… en los ordenamientos del *common law,* origen de la institución del precedente, la referencia a este y, por tanto, a la cuestión de su vinculatoriedad, está definida más por la práctica o costumbre de los tribunales, que por el establecimiento de un vínculo formalmente establecido"[6]. En buena cuenta, en los sistemas del *common law,* la regla o fundamento según la cual los jueces se encuentran vinculados por sus decisiones en casos anteriores, es el denominado principio de *stare decisis,* el cual opera tanto de manera horizontal y de manera vertical[7]. En este sentido, "… el *stare decisis* le impone al juez la obligación de seguir los precedentes de casos previos similares, pero a la vez eleva a la categoría de precedente sus propias sentencias. Permitiendo, de esta manera que la instancia suprema al revisar los fallos de los grados inferiores cumpla una función nomofiláctica al expulsar las interpretaciones contrarias al precedente vinculantes y una función nomotética de crear normas en casos de vacío u otorgar el sentido interpretativo correspondiente a una norma en caso de contradicción de los mismos. Todo lo cual lleva a unificar y ordenar jurisprudencialmente el sistema de fuentes del Derecho"[8].

En cuanto a la estructura del precedente, se diferencia el extremo propiamente vinculante del precedente -*ratio decidendi o holding*- de los argumentos complementarios que dan mayor operatividad y ayudan a explicar lo resuelto -*obiter dictum*- (diferencia que quedó debidamente esclarecida en Norteamérica, desde los tiempos del Juez John Marshall en el caso Cohens vs. Virginia, reconociéndose efecto propiamente vinculante solo a la *ratio decidendi* de lo resuelto; es decir al fundamento concreto que sirve como base para justificar la decisión. Asimismo, se diferencia un *stare decisis* "vertical" (doctrina sentada por un tribunal superior, sobre sus inferiores), del *stare decisis* "horizontal" o vinculación de un tribunal con sus propios precedentes, fundado esto en los principios de autocongruencia y consistencia.

En definitiva, el precedente vinculante de los sistema del *common law,* en los que las decisiones judiciales constituyen el grueso del material jurídico, ha irradiado su influencia al sistema del *civil law* o sistema escrito de los estados europeos continentales y concretamente a los estados latinoamericanos, como el nuestro, en donde asistimos a un período de asimilación y consolidación de un sistema de precedentes establecidos por los máximos órganos de clausura jurisdiccional como es la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en la justicia ordinaria y la justicia constitucional respectivamente.

---

6 VELEZMORO, Fernando: *"El precedente constitucional según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y el neocostitucionalismo".* En Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Dirigido por Susana Castañeda, Grijley, Lima, 2010, p. 116.

7 LANDA ARROYO: *Ob. Cit.* p. 90.

8 LANDA ARROYO, *Ob. Cit.* p.91.

1.2. CONSOLIDACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL SISTEMA DEL DERECHO ESCRITO *(CIVIL LAW)*

Como se ha señalado, con la consolidación del Estado Constitucional de Derecho y su correspondiente sistema jurídico, los jueces entraron en la escena jurídica con una capacidad de incidir en las fuentes del derecho de un modo muy relevante; lo que obviamente, puede generar una dispersión de las fuentes normativas y una falta de uniformidad de decisiones para casos concretos, afectándose la propia vigencia y eficacia del Derecho. Para contrarrestar esta inconveniencia, y sobre todo, para resguardar la seguridad jurídica, el derecho a la igualdad ante la ley y la unidad y uniformidad en la aplicación del derecho, se vio la necesidad de aceptar dentro de los sistemas de tradición del derecho escrito o *civil law,* la posibilidad de que los propios jueces establezcan criterios de autolimitación de sus competencias y discrecionalidad a través de sus propias decisiones, cuyo contenido sería vinculante tanto para los jueces inferiores así como también para los propios jueces emisores de la decisión, en la resolución de casos futuros cuando se plantee la misma cuestión ya resuelta.

De este modo fue ganando carta de ciudadanía el precedente vinculante o doctrina jurisprudencial vinculante en los sistemas jurídicos en los cuales era ajeno, logrando una influencia total en la propia configuración del ordenamiento jurídico y la percepción misma de la administración de justicia, a tal punto, que por ejemplo, en nuestro medio, es impensable referirse a la resolución de un caso concreto sin recurrir a las decisiones previas (precedentes vinculantes y doctrina jurisprudencial) de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. Este fenómeno inclusive, se ha experimentado en el plano de las competencias administrativas, en las mismas que el INDECOPI, el Tribunal Registral, y otras entidades reguladoras, se rigen en gran medida por precedentes que ellos mismos establecen para su ejercicio funcional[9].

Sin embargo, es necesario precisar que la consolidación de los precedentes vinculantes en el sistema del derecho escrito no se ha producido por la práctica o decisión de los propios órganos jurisdiccionales, sino más bien por la promulgación de normas legislativas autoritativas al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional para que emitan, precisamente, los precedentes y jurisprudencia vinculantes.

No obstante, pese a la plasmación y consolidación de los precedentes vinculantes en el sistema del derecho escrito o *civil law,* aun no se ha consolidado una teoría del precedente que explique y justifique estas nuevas instituciones jurídicas en nuestro ordenamiento, en el cual tradicionalmente, la jurisprudencia solo aportaba criterios referenciales persuasivos en la medida de la corrección de los argumentos contenidos o desarrollados en la decisión, mas no significaba referencias obligatorias vinculantes para el Juez. Por ello, es que se requiere de un nuevo enfoque en el estudio y teorización de la jurisprudencia a fin de determinar la verdadera naturaleza jurídica del precedente, su nivel

---

[9] Para nadie pasa desapercibido que hoy en el Perú se habla de precedente vinculante en materia constitucional y en materia administrativa también. Tanto la ley orgánica del Tribunal Constitucional, por su lado, como la nueva ley de procedimiento administrativo general, así como las normas que regulan el funcionamiento de los tribunales administrativos de INDECOPI, Registros Públicos, las oficinas reguladoras como Osinerg, etc. contienen normas autoritativas de la emisión de precedentes vinculantes, obviamente cada una en su ámbito de competencia.

de vinculatoriedad y si realmente configura o no una real fuente del ordenamiento jurídico en el *civil law* [10].

Si bien se asume la utilidad de la teoría del precedente en el *common law,* con las correcciones necesarias debido a las relevantes peculiaridades de los sistemas del *civil law*[11], es necesario resaltar las importantes precisiones que realiza TARUFFO, al señalar: "… es dudoso que una concepción nacida en conexión intrínseca con la historia y la estructura de los ordenamientos del *common law,* pueda representar, inclusive con adaptaciones, un instrumento analítico adecuado para conocer el precedente en los sistema del *civil law* (…); la Corte de Casación no es equiparable a la *House of Lords* y mucho menos a la Corte Suprema de los Estados Unidos". Igualmente numerosas y evidentes son las razones por las cuales, los jueces del *civil law* no son comparables a los ingleses o norteamericanos, en particular por lo que respecta a la formulación de la decisión, la selección de los criterios que la guíen y las modalidades de sus justificaciones. Existen además relevantes diferencias relativas al uso de los precedentes, que se remontan a factores inherentes a la organización judicial, a la teoría de las fuentes, a la concepción del papel del juez, a la cultura de los juristas y a la práctica de la defensa y a la judicial[12].

No obstante, aun cuando no queda clara la configuración del precedente en nuestro sistema de derecho escrito (discutiéndose si debe asumirse la eficacia vinculante propia del *common law,* o solo la eficacia persuasiva típica de la jurisprudencia de los sistema del *civil law),* con los fundamentos de derecho positivo anotados, la existencia del precedente en nuestro ordenamiento ha quedado legitimada. Asumiéndose la teoría del precedente del *common law (*con las correcciones pertinentes debido a algunas relevantes peculiaridades de los sistemas del *civil law)* como fuente de legitimación y de explicación teórica [13].

Más aún, respecto a la legitimación de los Tribunales Constitucionales para expedir precedentes vinculantes en el Estado Constitucional de Derecho, se sostiene que descansa sobre la inteligencia y el poder de convicción que sobre la sociedad y los restantes poderes, poseen sus decisiones. Por lo que resultaría razonable que el Supremo Tribunal de una Nación, ante el cual se discuten los temas sociales más inquietantes para la población, se encuentre dotado de esta válvula de admisión que evite la ineficiencia por saturación[14].

No obstante, debemos dejar en claro desde ya, que no nos parece que se adecue a los criterios del Estado Constitucional de Derecho y a la necesidad de propender a una auténtica vigencia de los derechos fundamentales, la presencia de *precedentes vinculantes con eficacia absoluta,* como los que aparentemente surgirían de lo establecido el artículo

---

10 "Una primera consideración que vale la pena hacer, es que el tránsito de la referencia a la 'jurisprudencia' –trivial y poco significativa de los juristas- al análisis del 'precedente', no implica solamente un cambio lingüístico. Ocuparse del precedente en lugar de la jurisprudencia implica, en cambio, asumir la orientación más analítica, interesada en profundizar los mecanismos mediante los cuales la decisión de un caso influye en la decisión de un caso sucesivo, y en indagar sus razones y justificaciones TARUFFO, Michele: *Dimensiones del precedente judicial.* En Jus Constitucional, N° 1, enero-2008, Grijley, Lima, 2008, p. 26.

11 TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 26.

12 TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 28.

13 TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 26.

14 OTEIZA, Eduardo: *El* certiorari *o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso.* En revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año3, Nº 1, Buenos Aires, 1998, pp. 72 y 73.

VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, cuya vinculatoriedad absoluta se ha encargado de promoverla y publicitarla el propio Tribunal Constitucional (y los jueces y demás operadores lo han asumido de manera acrítica); puesto que consideramos que el grado de vinculatoriedad de un precedente, surge especialmente de la fuerza argumentativa que este contiene y no únicamente de la autoridad de la cual proviene; y si bien, dicha autoridad puede estar autorizada legalmente (en el caso nuestro, no constitucionalmente) para expedir el precedente vinculante, no se puede descartar el error o la debilidad argumentativa y otras deficiencias propias del actuar jurídico; por lo que válidamente, un precedente con estas características, puede dejarse de lado (por lo menos excepcionalmente); sobre todo, cuando exista una mejor forma de optimizar los derechos puestos en juego o la eficacia del propio ordenamiento jurídico. Más aún, en la propia doctrina autorizada se sostiene que el valor del precedente no puede excluir a toda otra razón que el juez pueda tener a mano para resolver mejor el caso concreto; pues, el precedente "… tiene un uso argumentativo, es un argumento o una razón más que viene al juicio o balance de razones que realiza el juez y por lo tanto está sometida a la deliberación y evaluación de su fuerza en términos de razonabilidad"[15]. Obviamente, en este caso, quien pretenda desvincularse del contenido del precedente, deberá asumir la carga argumentativa[16] exigida para ello, debiendo proporcionar una argumentación suficiente y reforzada, idónea para generar convicción, no solo sobre la corrección de dicha argumentación, sino y sobre todo, de le necesidad de dejar de lado el precedente vinculante.

1.3. ALGUNOS CRITERIOS TEÓRICOS SOBRE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE

1.3.1. JURISDICCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Como ya se ha señalado en el Estado Constitucional de Derecho, los derechos fundamentales, los valores y los principios subyacentes en todo orden jurídico, ya no se encuentran fuera del sistema como elementos metajurídicos que iluminan al ordenamiento jurídico, sino que se han plasmado normativamente en las constituciones y en los convenios internacionales, los mismos que diseñan el contenido y función del ordenamiento jurídico de los países y han establecido un orden jurídico internacional[17]. Sin embargo, las normas que contienen estos derechos, principios y valores no son reglas específicas aplicables por los órganos jurisdiccionales y demás operadores jurídicos mediante la subsunción, sino que constituyen normas con un contenido general para cuya concreción se ha reconocido a dichos operadores, especialmente judiciales, la discrecionalidad y potestad para delinear su contenido específico, con el mismo que se debe resolver el caso concreto. Ello ha llevado a

---

15 MORAL SORIANO, Leonor: *El precedente judicial.* Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 70.

16 Respecto a la "carga de la argumentación", ver Robert ALEXY: *Teoría de la argumentación jurídica.* Centro de Estudios Constitucionales, Trad. Manuel Atienza, Madrid, 1989, p. 231.

17 "En la actualidad y en un sistema de Estado democrático de derecho, ese sistema normativo tiene que concretarse y formalizarse en el marco genérico de un sistema universal o internacional de derecho, marco genérico que se objetiviza en el conjunto de convenios internacionales sobre derechos humanos y de derecho humanitario que trazan parámetros y límites conforme a los cuales puede darse y ejercerse en términos generales el poder penal". GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando: *Tratado de Derecho penal. Parte General.* Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2013, p. 42.

ESSER a sostener que el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principio[18].

Con el reconocimiento de potestades de amplia discrecionalidad para interpretar y aplicar las normas (reglas y principios)[19] a los operadores jurisdiccionales, se ha producido lo que ha devenido en llamarse la ***jurisdiccionalización del ordenamiento jurídico[20].*** Esto es, asistimos al protagonismo de los jueces (ordinarios y constitucionales), quienes en definitiva son los que determinan el contenido de las reglas jurídicas aplicables al caso concreto, con las cuales se resuelven los conflictos sociales. Más aún, son los que ponderan y determinan la proporcionalidad en la que pueden afectarse los derechos y optimizarse los valores y principios, con lo que se han convertido en los agentes principales de la vigencia y aplicación de las normas, más allá de la propia actuación del legislador.

En efecto, los jueces (aplicando el llamado control difuso) pueden ***dejar de aplicar las leyes***, si consideran que no son compatibles con la Constitución. Igualmente, el Juez puede ***limitar el contenido de la ley***, determinando jurisprudencialmente de qué manera debe interpretarse y aplicarse. Asimismo, puede ***racionalizar su aplicación*** a través de una interpretación de la ley[21]. Es por ello que se sostiene que "… uno de los fenómenos más característicos de la evolución del Estado democrático constitucional es el ascenso del poder judicial a la categoría de auténtico detentador del poder del Estado"[22].

---

18 ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado.* Bosch, Barcelona, 1961, pp. 11 y 31.

19 La discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor. La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el juez u órgano envestido de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenamente. La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con algún concepto jurídico indeterminado en su contenido y extensión. En la discrecionalidad menor el margen de arbitrio se encuentra limitado a la elección entre alguna de las opciones predeterminadas por la ley. Por la discrecionalidad el Juez puede configurar el precepto con el cual soluciona el caso concreto.

No obstante, de todos modos la discrecionalidad queda sujeta a parámetros, así: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad.

20 Por ello se sostiene que "... las garantías que más se aproximan a un verdadero sistema son las jurisdiccionales". GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional.* Colex, Madrid, 2007, p. 29.

21 Por ello se dice que la actuación jurisdiccional implica a la vez, un cambio en las condiciones de validez de las leyes; esta ya no dependerá únicamente de las formas de su producción, sino sobre todo, de la coherencia de sus contenidos con los derechos fundamentales y con los valores y principios constitucionalmente valiosos; coherencia que será determinada por los órganos jurisdiccionales (jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional).

22 LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución".* Ariel, Barcelona, 1971.

Asimismo, "Kalinowski, desde iguales fuente filosóficas, reitera que el saber práctico no se trata de saber qué es el bien en general, 'sino, sobre todo, saber si el acto a realizar, aquí y ahora, es un bien o un mal', y la terminología clásica llama 'prudencia' a esta capacidad de discernir en cada situación el bien y el mal concretos. El conocimiento jurídico no está abocado como el teorético o especulativo a contemplar esencias, sino que es práctico en tanto tiene por objeto dirigir el comportamiento humano y, así también la 'interpretación jurídica es la interpretación práctica por excelencia… su fin no es la toma del sentido auténtico en vistas a su contemplación intelectual, sino la determinación de la regla de comportamiento', aquel que interpreta un texto legislativo (en el amplio sentido) quiere llegar a saber en último lugar no solamente lo que el autor de ese texto ha dicho o ha querido decir (si es que esto

Esta jurisdiccionalización del Derecho ya era avizorada desde la propia estructuración de los Tribunales Constitucionales titulares del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, hecho que era cuestionado por Schmitt, tal como refiere Bernal Pulido: "Ya desde la discusión por le legitimidad de la Jurisdicción del Tribunal Constitucional entre Kelsen y Schmitt, el autor alemán presagiaba que "la jurisdicción constitucional llevaría inexorablemente al gobierno de los jueces"[23].

No obstante, si bien los jueces tienen una amplia discrecionalidad, ello no significa que pueden desconocer enteramente el contenido de las leyes en aras de optimizar los derechos fundamentales, los principios y los valores constitucionales, puesto que el contenido de estos debe ser extraído de la propia Constitución y ser tamizado con las interpretaciones del órgano supremo de interpretación constitucional (Tribunal Constitucional).

La jurisdiccionalización del ordenamiento jurídico ha quedado evidenciada en nuestro medio, no solo en la jurisprudencia ordinaria que no tiene efecto vinculante, sino sobre todo, con la producción abundante de la llamada jurisprudencia vinculante y doctrina legal del Poder Judicial (Corte Suprema) y obviamente con los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, los mismos que han alcanzado un valor normativo o preceptivo general (más allá del caso concreto) y son aplicados masivamente por los destinatarios e intérpretes del ordenamiento jurídico; a tal punto que, por ejemplo, en el ámbito penal, son pocas las sentencias o dictámenes fiscales que no se sustentan en la Jurisprudencia vinculante y Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema o en los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional.

Esta influencia de las decisiones jurisdiccionales en nuestro ordenamiento, especialmente en el ámbito penal, ha sido constatada por la doctrina nacional[24], con lo que se abona a la tesis de la jurisdiccionalización del Derecho. Pues, actualmente los jueces son los actores que dinamizan el ordenamiento a través de la concretización de los valores y principios constitucionales en sus respectivas decisiones jurisdiccionales.

Esta situación no es singular o extraordinaria en la evolución de la administración de justicia y en la propia configuración del ordenamiento jurídico, pues hay que tener presente que el Derecho fue formándose casuísticamente por acumulación de las soluciones iuspericiales y judiciales a problemas concretos, siendo este el sentido inicial básico de la *iurisdictio* en Roma; si bien esta potestad jurisdiccional se debilitó posteriormente, luego de la revolución francesa, atendiendo a la reminiscencia de los abusos de los jueces que representaban la absoluta autoridad del Rey, dicha potestad jurisdiccional fue rescatada por

---

puede saberse), sino cómo comportarse uno o cómo debe comportarse aquel que enseña (en el caso del profesor de derecho), o aconsejar (en el caso del abogado)". KALINOWSKI, G.; En: Vigo. P. 489. Material de la Academia de la Magistratura, Curso de Ascenso 4º nivel, 2012. p. 76.

23 BERNAL PULIDO, Carlos: *El derecho de los derechos.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 30.

24 Así, se señala: "Si revisamos las decisiones que en materia penal y procesal penal ha emitido nuestro máximo Tribunal (…) veremos que el contenido de uno de los principios que por antonomasia conforman el Derecho penal de corte europeo – continental, cual es el principio de sujeción de los jueces a la ley, ha sido notablemente modificado". REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: *El precedente judicial en materia penal.* Editorial Reforma, Lima, 2010, p. 12

la Corte Suprema de Estados Unidos, no solo para dicho Tribunal sino para todos los órganos judiciales[25].

Pero claro, con la jurisdiccionalización del Derecho o con el reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales, surgió como consecuencia casi natural, la posibilidad de afectación de valores, también supremos, como la *seguridad jurídica y la igualdad ante la ley*, puesto que ante el gran número de jueces y demás operadores, la posibilidad de que el contenido de las decisiones fuesen dispares, era elevada. Ante ello se impuso la necesidad de plasmar como derecho fundamental la *motivación o fundamentación* de las resoluciones judiciales y de otras decisiones similares que pudiesen involucrar derechos de las personas.

Asimismo, se tuvo que reconocer a los jueces la facultad de *autolimitar sus facultades interpretativas y de creación de derecho* a través del reconocimiento de la facultad de expedir decisiones con efecto vinculante para la resolución de casos futuros, lo que ha devenido en llamarse *jurisprudencia o precedentes vinculantes*. No obstante, estos criterios se tienen que desarrollar a partir de la resolución de un caso concreto sometido a conocimiento del órgano jurisdiccional, a la vez que dichos criterios deben servir, en primer lugar para resolver el caso y solo después como pauta para la resolución de casos futuros semejantes o análogos. En tal sentido, queda descartada la facultad del órgano jurisdiccional de establecer criterios generales y abstractos, fuera del conocimiento de un caso concreto, como vienen haciéndolo las Salas Penales de la Corte Suprema a través de los llamados acuerdos plenarios; pues, el precedente es "… un razonamiento o proceso inductivo que intenta establecer partiendo del caso concreto, una razón más general que sirva para resolver otros casos"[26]. Al respecto volveremos más adelante.

2.3.2. NECESIDAD DE MOTIVACIÓN DE LAS DESICIONES JURISDICCIONALES

La motivación tal como ha establecido nuestro Tribunal Constitucional[27] importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una decisión en determinado sentido; de modo que los ciudadanos sepan por qué se resuelve de tal manera y no de otra; a la vez que para que los justiciables puedan cuestionar las decisiones a través del ejercicio del derecho de defensa. Esas razones de justificación deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

La motivación, en tanto es la justificación de la decisión, constituye un instrumento de autolegitimación del órgano jurisdiccional (de la justicia ordinaria y de la constitucional). A través de la justificación los jueces conectan su potestad jurisdiccional con los valores constitucionales supremos que dan contenido al Estado Democrático (Estado Constitucional de Derecho).

Las razones o justificaciones esgrimidas por el Juez (u otro operador) en la respectiva decisión o resolución se concretan a través del desarrollo de la *argumentación*, la misma

---

25 GIMENO SENDRA y otros. *Ob. Cit.* pp. 29 y 30.

26 GÓMEZ LÓPEZ: *Ob. Cit.* p. 57.

27 EXP. N° 00728-2008-PHC/TC. 13/10/08. FJ. 6. Caso: Giullina Llamoja.

que se concibe como ejercicio de la *racionalidad* tendente a evitar decisiones arbitrarias y se ha convertido en un elemento trascendente del Ordenamiento jurídico, al permitir el ejercicio del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva; a tal punto que actualmente se considera a la argumentación como una de las dimensiones a través de las cuales se concibe y expresa el Derecho. Pues su presencia dota de racionalidad y razonabilidad a la decisión, a la vez que la aleja de todo rasgo de arbitrariedad o improvisación, así como también evita resultados contradictorios o ilógicos[28]. En este caso, la argumentación funciona como garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos.

La necesidad de desarrollar una argumentación convincente, reforzada o de alto nivel es mayor cuando las decisiones buscan, no solo resolver el caso concreto, sino orientar la resolución de casos análogos o semejantes en el futuro; esto es, en los supuestos en que se establezcan criterios o precedentes vinculantes o se configure la llamada jurisprudencia o doctrina jurisprudencial vinculante[29].

Finalmente, la justificación o motivación de las decisiones judiciales debe ser lo suficientemente sólida, con argumentos fuertes y persuasivos idóneos para generar convicción y legitimación; no se trata de esgrimir cualquier idea y presentarla como justificación. En efecto, el Tribunal Constitucional, tal como se ha señalado en el Tomo I del presente trabajo, sostiene: *"El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso"*[30].

---

28 PÉREZ LUÑO: *Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales.* En Constitución Derecho y Proceso – Libro Homenaje a Fix Zamudio, IDEMSA, Lima, 2010, pp. 782 y 783.

29 "Esto necesariamente obliga al mencionado tribunal a un especial ejercicio argumentativo cuando se trate de la formulación de precedentes vinculantes. En esta argumentación debe quedar manifestada no solo el o los preceptos constitucionales sobre los cuales el referido alto tribunal formulará el criterio interpretativo vinculante, sino que además quedará manifiesta la corrección o no del criterio interpretativo mismo". CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano.* En Jus Constitucional, Nº 1, Grijley, Lima, 2008, p. 72.

30 Al respecto en el EXP. N° 00728-2008-PHC/TC (13/10/08, FJ. 7), Caso Giulliana Llamoja, el TC señala que estaremos ante la ausencia de una debida motivación en los siguientes casos: ***a) Inexistencia de motivación o motivación aparente:*** en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. ***b) Falta de motivación interna del razonamiento:*** la misma que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe *invalidez de una inferencia a partir de las premisas* que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe *incoherencia narrativa*, es decir, se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, acá de una incoherencia lógica o narrativa. ***c) Deficiencias en la motivación externa o justificación de las premisas:*** cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. ***d) La motivación insuficiente:*** se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, no se trata de dar respuestas a cada una de las alegaciones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante, desde una perspectiva constitucional, si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. ***e) La motivación sustancialmente incongruente:*** referida a la resolución de las pretensiones de las partes de manera incongruente con los términos en que han sido planteadas, incurriendo en desviaciones que modifican o alteran el debate procesal *(incongruencia activa).* Pues, dejar incontestadas las pretensiones, o desviar la decisión del marco del debate judicial genera indefensión y constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la

1.3.3. CONSOLIDACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL VINCULANTE

Como se ha señalado con anterioridad, los precedentes o jurisprudencia vinculante, histórica y materialmente constituyen un componente de los sistemas jurídicos del *common law,* especialmente del sistema inglés y norteamericano. En estos sistemas, el precedente se traduce como el respeto a la regla o principio utilizado para resolver un caso concreto. Ello porque en estos sistemas el Derecho es creación básicamente del quehacer judicial de las Cortes a través de sus sentencias que resuelven reiteradamente una causa en el mismo sentido y, que vinculan a los jueces en casos futuros idénticos –*stare decisis*-, llegando incluso a concebirse al precedente judicial con efectos normativos –*erga omnes*- a partir de casos particulares[31].

En los Estados Unidos de Norteamérica el *stare decisis* está referido fundamentalmente a la doctrina y fuerza vinculante de los fallos de la Corte Suprema. No obstante, en general, el precedente constituye una decisión de un tribunal o de un juez tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, necesaria para la resolución del mismo. Dicha decisión adquiere autoridad u obligatoriedad para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango; los que quedan obligados a su aplicación en los subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión[32].

Pero, una única decisión de un Juez o Tribunal (salvo los casos de la Corte Suprema) no es la que produce el efecto vinculante, sino los precedentes judiciales que alcanzan calidad de reglas uniformes. Asimismo, el nivel de vinculatoriedad de dichos precedentes es de carácter flexible; inclusive, en muchos países pertenecientes al *common law,* no todo contenido de casos anteriores posee fuerza obligatoria o vinculante[33].

En buena cuenta, a través de los precedentes, ordinariamente se determinan las reglas del ordenamiento jurídico, constituyendo estos la base fundamental de los sistemas jurídicos del *common law.* Su fundamento radica en que con ellos se busca preservar la igualdad en la aplicación del orden jurídico y la previsibilidad del funcionamiento y aplicación del mismo, así como concretar criterios de eficacia y eficiencia en la resolución

---

sentencia *(incongruencia omisiva).* Asimismo, resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas. ***f) Motivaciones cualificadas:*** se exige y es indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

31 LANDA ARROYO, Cesar: *Los precedentes constitucionales.* En Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Dir. por Susana Castañeda. Grijley, Lima, 2010, p. 89.

32 No obstante debe tenerse presente que respecto a la definición del precedente así como a su contenido no existe uniformidad de criterios, como refiere Edgar CARPIO MARCOS en *Precedente constitucional y los problemas de su aplicación en el Perú;* Plan de Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho; Universidad de San Martín de Porres, Lima 2013, p. 6.

33 LEGARE, Santiago; RIVERA, Julio César; SARTORI, Giovanni: En cita de Castillo Alva y Castillo Córdova: *El precedente judicial y el precedente constitucional.* Ara Editores, Lima, p. 331.

de casos concretos, al aplicar los criterios preestablecidos y aprovechar la experiencia y sabiduría de los jueces que conocieron la cuestión con anterioridad.

En tal sentido, el funcionamiento del sistema del precedente en el *common law,* cumple una finalidad fundamentalmente pragmática, a la vez que de mantenimiento de su tradición jurídica e histórica. En estos sistemas del *common law,* la regla o fundamento según la cual los jueces se encuentran vinculados por sus decisiones en casos anteriores, es el denominado principio de *stare decisis,* el cual opera tanto de manera horizontal así como de modo vertical[34]. El *stare decisis* "… impone al juez la obligación de seguir los precedentes de casos previos similares, pero a la vez eleva a la categoría de precedente sus propias sentencias. Permitiendo, de esta manera que la instancia suprema al revisar los fallos de los grados inferiores cumpla una función nomofiláctica al expulsar las interpretaciones contrarias al precedente vinculantes y una función nomotética de crear normas en casos de vacío u otorgar el sentido interpretativo correspondiente a una norma en caso de contradicción o antinomias. Todo lo cual lleva a unificar y ordenar jurisprudencialmente el sistema de fuentes del Derecho"[35].

Actualmente, el precedente vinculante de los sistema del *common law,* en los que las decisiones judiciales constituyen el grueso del material jurídico, ha irradiado su influencia al sistema del *civil law* o sistema escrito de los estados europeos continentales y concretamente a los estados latinoamericanos como el nuestro, en donde asistimos a un período de asimilación y consolidación de un sistema de precedentes establecidos por los máximos órganos de clausura jurisdiccional como es la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en la justicia ordinaria y la justicia constitucional respectivamente.

Concretamente en el sistema del *Civil Law* al entrar los jueces en la escena jurídica, con una capacidad de incidir en las fuentes del derechos de un modo relevante, se generó cierta dispersión de las fuentes normativas y la falta de uniformidad en la decisión de casos concretos con lo que a la vez, se generó la posibilidad de afectar significativamente la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley y la unidad y uniformidad en la aplicación del derecho, con la consecuente afectación de la propia vigencia y eficacia del Derecho. Para contrarrestar esta inconveniencia se vio la necesidad de aceptar dentro de los sistemas de tradición del derecho escrito *(civil law)* la posibilidad de que los propios jueces establezcan criterios de autolimitación de sus competencias y discrecionalidad a través de sus propias decisiones, cuyo contenido sería vinculante para todos los jueces en la resolución de casos futuros cuando se plantee la misma cuestión ya resuelta.

De este modo ganó carta de ciudadanía el precedente vinculante o doctrina jurisprudencial vinculante en los sistemas jurídicos en los cuales era ajeno, logrando una influencia total en la propia configuración del ordenamiento jurídico y la percepción misma de la administración de justicia. En tal sentido, los precedentes vinculantes y doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema se han convertido en fuentes indispensables para los operadores jurídicos al momento de resolver un caso concreto. Este fenómeno inclusive, se ha experimentado en el plano de las competencias administrativas, en las mismas que el INDECOPI, el Tribunal Registral, y otras entidades

---

34 LANDA ARROYO: *Ob. Cit.* p. 90.

35 LANDA ARROYO, *Ob. Cit.* p.91.

reguladoras, se rigen en gran medida por precedentes que ellos mismos establecen para su ejercicio funcional[36].

Sin embargo, es necesario precisar que la consolidación de los precedentes y jurisprudencia vinculantes en el sistema del derecho escrito como el nuestro, no se ha producido por la práctica o decisión de los propios órganos jurisdiccionales, sino más bien por la promulgación de normas legislativas autoritativas para el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional para que emitan, precisamente, los precedentes y jurisprudencia vinculantes.

No obstante, pese a la plasmación y consolidación de los precedentes vinculantes en el sistema del derecho escrito o *civil law,* aun no se ha consolidado una teoría del precedente que explique y justifique estas nuevas instituciones jurídicas en nuestro ordenamiento, en el cual la jurisprudencia tradicionalmente solo aportaba criterios referenciales persuasivos en la medida de la corrección de los argumentos contenidos o desarrollados en la decisión, mas no significaba referencias obligatorias vinculantes para el Juez. Por ello, en el *civil law* se requiere de un nuevo enfoque en el estudio y teorización de la jurisprudencia a fin de determinar la verdadera naturaleza jurídica, su nivel de vinculatoriedad y si realmente configura o no una real fuente del ordenamiento jurídico[37].

Si bien se asume la utilidad de la teoría del precedente en el *common law,* con las correcciones necesarias debido a las relevantes peculiaridades de los sistemas del *civil law*[38], es necesario resaltar las importantes precisiones que realiza TARUFFO, al señalar: "… es dudoso que una concepción nacida en conexión intrínseca con la historia y la estructura de los ordenamientos del *common law,* pueda representar, inclusive con adaptaciones, un instrumento analítico adecuado para conocer el precedente en los sistema del *civil law* (…); la Corte de Casación no es equiparable a la *House of Lords* y mucho menos a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Igualmente numerosas y evidentes son las razones por las cuales, los jueces del *civil law* no son comparables a los ingleses o norteamericanos, en particular por lo que respecta a la formulación de la decisión, la selección de los criterios que la guíen y las modalidades de sus justificaciones. Existen además relevantes diferencias relativas al uso de los precedentes, que se remontan a factores inherentes a la organización judicial, a la teoría de las fuentes, a la concepción del papel del juez, a la cultura de los juristas y a la práctica de la defensa y a la judicial"[39].

No obstante, aun cuando no queda clara la configuración del precedente en nuestro sistema de derecho escrito (discutiéndose si debe asumirse la eficacia vinculante propia del

---

36 Para nadie pasa desapercibido que hoy en el Perú se habla de precedente vinculante en materia constitucional y en materia administrativa también. Tanto la ley orgánica del Tribunal Constitucional, por su lado, como la nueva ley de procedimiento administrativo general, así como las normas que regulan el funcionamiento de los tribunales administrativos de INDECOPI, Registros Públicos, las oficinas reguladoras como Osinerg, etc. contienen normas autoritativas de la emisión de precedentes vinculantes, obviamente cada una en su ámbito de competencia.

37 "Una primera consideración que vale la pena hacer, es que el tránsito de la referencia a la 'jurisprudencia' –trivial y poco significativa de los juristas- al análisis del 'precedente', no implica solamente un cambio lingüístico. Ocuparse del precedente en lugar de la jurisprudencia implica, en cambio, asumir la orientación más analítica, interesada en profundizar los mecanismos mediante los cuales la decisión de un caso influye en la decisión de un caso sucesivo, y en indagar sus razones y justificaciones TARUFFO, Michele: *Dimensiones del precedente judicial.* En Jus Constitucional, N° 1, enero-2008, Grijley, Lima, 2008, p. 26.

38 TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 26.

39 TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 28.

common law, o solo la eficacia persuasiva típica de la jurisprudencia de los sistema del *civil law),* con los fundamentos de derecho positivo anotados, la existencia del precedente en nuestro ordenamiento ha quedado legitimada; asumiéndose la teoría del precedente del *common law* como fuente de legitimación y de explicación teórica[40].

2. PRECEDENTES JUDICIALES VINCULANTES EN EL PERÚ

Como se sabe, en los sistemas del *civil law*, la consolidación de los precedentes vinculantes no se ha producido por la práctica o decisión de los propios órganos jurisdiccionales, sino más bien por la promulgación de normas legislativas autoritativas. En el caso del Perú, a través de normas expresas se autoriza al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional para que emitan este tipo de precedentes o jurisprudencia vinculante. En en tal sentido, tanto los precedentes del TC así como la jurisprudencia de la Corte Suprema configuran el sistema de precedentes judiciales vinculantes.

2.1. PRECEDENTES VINCULANTES Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tal como ya señalamos, otorgan facultades al Tribunal constitucional para que pueda expedir precedentes vinculantes y doctrina jurisprudencial vinculantes. Sin embargo, esta norma "… no contempla qué es lo que se puede establecer como vinculante ni quiénes son sus destinatarios. Tampoco la oportunidad en que cabe que estos puedan ser establecidos. Por ello, en atención a la naturaleza de la función que desempeña y a su status de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal constitucional ha considerado que mediante la competencia para dictar precedentes se ha institucionalizado en su favor la de 'legislar jurisdiccionalmente'"[41].

2.1.1. PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) Naturaleza y definición de los precedentes vinculantes

El propio Tribunal Constitucional establece la definición del precedente vinculante previsto en el artículo VII del Código Procesal Constitucional en los siguientes términos: *"El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.*

---

40 TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 26.

41 CARPIO MARCOS: *Ob. Cit.* p. 6.

El precedente constitucional, tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos"[42].

Con estos criterios se reconoce con toda claridad el efecto normativo y la naturaleza preceptiva del precedente vinculante. Asimismo, se define al precedente vinculante como mecanismo de creación jurídica; esto es, se reconoce el papel de la jurisprudencia como fuente creadora del Derecho. Con ello, se lo diferencia de la jurisprudencia ordinaria (no vinculante) que solo ejerce una función ejemplificadora de conductas judiciales para casos futuros, es decir, de la jurisprudencia cuya vinculación reside únicamente en la fuerza persuasiva de los argumentos desarrollados en la misma y que por ello, es seguida por el operador jurídico en la resolución de casos futuros.

Asimismo, se reconoce el valor coactivo del precedente para obligar a todos los posibles destinatarios (poderes y entidades públicas y particulares en general) como si se tratara de una verdadera norma jurídica (una ley). Igualmente, la doctrina señala: "Concierne a la naturaleza y a la intensidad de la influencia que él ejerce sobre la decisión del caso sucesivo. (…) el precedente tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones sucesivas de casos idénticos o análogos y bajo este perfil no opera en modo distinto que la norma de ley, aquello que no tiene esta eficacia no es un precedente en sentido estricto"[43].

Asimismo, se asume que por contener el precedente los criterios interpretativos del órgano supremo de interpretación de las normas constitucionales y de las del llamado "bloque de constitucionalidad", tiene una validez superior a la propia norma legal, y que el contenido de los precedentes integra el contenido de la propia norma constitucional.

La formulación del precedente por parte del TC, en aplicación del artículo VII del Código Procesal Constitucional, no siempre ha tenido la estructura aquí presentada, como un precepto general y abstracto con efectos para todos los órganos o entidades públicas así como para los particulares. Por el contrario, en un primer momento, solo se desarrollaron criterios específicos para resolver el caso concreto, y en el fallo se establecía que todo el contenido de la sentencia constituía precedente vinculante, conforme al artículo VII del Código Procesal Constitucional. En otro momento, siempre desarrollando los argumentos concretos para la resolución del caso específico, se indicaba los fundamentos o considerandos de la sentencia que tenían la calidad de precedentes vinculantes. Y finalmente, se establecieron criterios generales que no necesariamente estaban vinculados a la argumentación necesaria para la resolución del caso concreto; con lo que se plasmaron los precedentes vinculantes abstractos y generales de contenido normativo al igual que una verdadera norma legal; con lo que se "consolida" la naturaleza y efecto normativo del precedente vinculante, y se configura su naturaleza de fuente del ordenamiento jurídico.

---

42 EXP. N.° 0024-2003-AI/TC. 10/10/2005. Municipalidad Distrital de Lurín.

Al respecto CARPIO MARCOS (*Ob. Cit.* p. 8) señala: "El precedente constitucional es una técnica mediante la cual el Tribunal Constitucional identifica criterios o reglas capaces de ser universalizadas en la solución de controversias en los que la singularidad de los hechos y las razones a favor o en contra de los bienes constitucionales que entran en conflicto, no permiten una solución del caso mediante la subsunción".

43 TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 39.

Sin embargo, sin negar el efecto vinculante de los precedentes cuando resuelven casos concretos, se critica duramente la facultad autoreconocida por el TC respecto a la potestad de emitir precedentes de contenido general y abstracto sin mayor vinculación a la resolución del caso concreto. Así GARCÍA AMADO, llevando a extremos la crítica refiere "Al final, lo que se hace es afirmar el poder normativo del Tribunal y sostener que los límites de ese poder, si los hay, serán los que ponga el propio Tribunal. Es decir, hay un nuevo soberano en el sistema constitucional peruano, pues puede legislar hasta donde él quiere y sus normas están incluso por encima de la ley"[44], y termina este autor calificando a los precedentes vinculantes dictados por el TC como legislación por la "puerta de atrás"[45]. Asimismo, Fernando VELEZMORO, cuestiona frontalmente esta potestad autoadjudicada por el Tribunal Constitucional[46]; en el mismo sentido crítico CARPIO MARCOS refiriéndose a la forma como el TC ha venido formulando precedentes, categóricamente señala: "Mayormente el Tribunal Constitucional ha empleado el precedente constitucional de manera errática distorsionada y para fines ajenos a la impartición de justicia constitucional"[47].

Si realmente, la naturaleza de estos precedentes vinculantes se consolidará o no en nuestro ordenamiento jurídico aún está por verse, de momento, la judicatura los ha aceptado sin mayores cuestionamientos, no obstante se levantan voces doctrinarias que cuestionan su legitimidad. Veremos qué pasa en el futuro.

Finalmente, es necesario precisar que estos precedentes vinculantes no constituyen la consolidación de una jurisprudencia madura o desarrollada, o una surgida a través de consensos académicos o jurisdiccionales, por el contrario, la potestad de expedir precedentes ha sido plasmada legislativamente; y peor aún, a través de una norma altamente cuestionable que no surgió de un debate académico o consensual, sino de la idea peregrina de los encargados de elaborar el Anteproyecto (no oficial) del Código Procesal Constitucional. A tal punto que alguno de los coautores del proyecto (Juan MONROY GÁLVEZ), quien supuestamente habría sido el impulsor de la fórmula legislativa,[48] con posterioridad ha cuestionado duramente la rigidez o nivel de vinculatoriedad absoluta del precedente vinculante consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los siguientes términos: "Esta es una dictadura jurídica, reitero por necesario, inexistente en el mundo. En este tema, entonces, somos el único olmo que da

---

44 GARCÍA AMADO, Juan: *Controles descontrolados y precedentes sin precedente.* Jus Constitucional Nº 1, Grijley, Lima, 2008, p. 95. Inclusive agrega: "… podemos llamar cuarta ley de activismo judicial neoconstitucionalista: *cuando se propugna que los tribunales tengan más poder para que cumplan mejor su función de proteger los derechos fundamentales, se excluye por definición todo riesgo de que ese plus de poder lo usen en contra de los derechos fundamentales, aprovechando su condición de contralor último o incontrolado.* También la podríamos llamar ley del optimismo judicial contrafáctico o ley de los ojos cerrados frente a lo que en el pasado ha sucedido en mucha partes". Asimismo, señala "… serían distintas las 'dos funciones básicas' del TC. Una consiste en resolver conflictos y la otra en poner precedentes. Esto resulta revolucionario para toda teoría del precedente judicial, pues posiblemente es la primera vez que la función se sentar precedentes se independiza de la de resolver casos". *Ob. Cit.* p. 92.

45 GARCÍA AMADO: *Ob.Cit.* p. 89.

46 VELEZMORO, Fernando: *El precedente constitucional según la jurisprudencia del TC peruano y el neoconstitucionalismo.* En: Comentarios a los PVdel TC; por Susana Castañeda; Grijley, Lima, 2010, p. 113 y ss.

47 CARPIO MARCOS: *Ob. Cit.* p. 8.

48 VLEZMORO, Fernando: *Ob. Cit.* p.116.

peras (…). Un modelo rígido de sistema de precedentes atenta contra sus orígenes históricos, contra su finalidad y contra la manera como actualmente expresa su eficacia en los países adscritos al *common law*. En otras palabras, un sistema rígido del precedente es una caricatura grosera de lo que esta técnica puede proveer a nuestro sistema jurídico"[49].

b) Fundamentos y función de los precedentes vinculantes

Como se ha señalado, con la jurisdiccionalización del ordenamiento jurídico se corre el riesgo de la fragmentación de los criterios jurisprudenciales en la resolución de casos concretos, dado el gran número de jueces que intervienen en la solución de los conflictos, quienes pueden plasmar en las decisiones judiciales sus respectivos criterios; lo que obviamente puede generar desigualdad e inseguridad jurídica a la vez que propiciar la desconfianza ciudadana en el sistema jurídico y su modo de operar.

Para superar esta inconveniencia es que se ha pensado en la plasmación de criterios vinculantes expedidos por los propios órganos jurisdiccionales de la máxima jerarquía, de tal suerte que se pueda enrumbar y limitar la discrecionalidad de los operadores judiciales, respecto a la interpretación y aplicación de la ley, en la resolución de casos concretos. En este caso, tratándose de casos de la justicia constitucional, en los que el Tribunal Constitucional es la máxima instancia jurisdiccional, y habiéndosele reconocido la supremacía del Tribunal en la interpretación de la Constitución frente al resto de los órganos jurisdiccionales, se asume que a través de los precedentes vinculantes se establecen los criterios generales vinculantes para los demás operadores en la resolución de casos futuros.

De este modo, y legitimada ya la potestad del Tribunal Constitucional para expedir los precedentes, se considera que estos precedentes cumplen su función y se fundamentan en la necesidad de preservación del derecho de igualdad ante la ley, que se materializa con el uso del contenido del precedente vinculante en todos los casos análogos o semejantes que se sometan a la competencia del órgano jurisdiccional. Asimismo, en la necesidad de proscribir la arbitrariedad y preservar la seguridad jurídica con la aplicación, por igual, de los criterios interpretativos de la Constitución plasmados en el precedente vinculante por el máximo intérprete de dicha norma, haciendo previsible la actuación de los operadores jurisdiccionales; todo lo cual, obviamente, restituye o preserva la confianza ciudadana en el sistema jurídico[50].

En tal sentido, los precedentes vinculantes, realmente configuran factores que optimizan una particular forma de interpretación de los preceptos constitucionales o legales en la solución de problemas normativos o probatorios, con lo cual dan fluidez al funcionamiento del sistema jurídico y jurisdiccional.

El propio TC ha establecido que el precedente es una herramienta, no solo para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa

---

49 MONROY GÁLVEZ, Juan: *Fundamentos, problemas y posibilidades del precedente constitucional vinculante en el Perú.* En Jus Constitucional N° 1, Grijley, Lima, 2008, p. 123. (Entrevista).

50 INDACOCHEA PREVOST, Úrsula: *¿Por qué es obligatorio el precedente constitucional.* En comentarios a los precedentes vinculantes, dirigido por Susana Castañeda, Grijley, Lima, 2010, p. 139.

de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales[51].

c) Tipos de precedentes

En general, se habla de precedente en sentido clásico, como mecanismo de creación jurídica; es decir reconociendo el papel de la jurisprudencia como fuente creadora del Derecho. Asimismo, se habla de precedente en sentido funcional, que ejerce una función ejemplificadora de conductas judiciales para resolver casos futuros. Y de precedente en sentido de validez, dotado de valor coactivo para obligar a todos los posibles destinatarios como una verdadera norma jurídica[52].

En nuestro sistema el precedente vinculante cuya expedición se ha autorizado al Tribunal Constitucional por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene efecto vinculante ***normativo,*** es decir constituye un precepto normativo de contenido similar a la ley, cuyo efecto vinculante se asume como absoluto, es decir, no existe la posibilidad de desvincularse. Aun cuando al respecto, tal como hemos referido y vamos a ver más adelante, existen cuestionamientos y críticas más o menos fundadas.

De otro lado, también desde una perspectiva crítica y cuestionando la validez de muchos precedentes vinculantes se habla de una tipología anómala de los precedentes, considerándose los llamados ***precedentes ilegales o inconstitucionales,*** los mismos que obviamente no son vinculantes, por resultar evidente su contraposición a la norma constitucional o a alguna norma del bloque de constitucionalidad. Pues, se asume que una ilegalidad no justifica una cadena de ilegalidades, ni el ordenamiento jurídico puede amparar que se perpetúen situaciones antijurídicas.

También pueden presentarse ***precedentes incorrectos***, que son aquellos que sin contradecir o violentar el texto constitucional o legal, constituyen interpretaciones erróneas o defectuosas de dichas normas; obviamente, tal incorrección debe resultar evidente y susceptible de ser advertida por cualquier intérprete de la Constitución y la ley. También se pueden considerar incorrectos los precedentes que no desarrollan fundamentación alguna o carecen de una motivación adecuada; o también, en los casos en que se ha incurrido en evidentes violaciones de las leyes lógicas o de los principios que las integran[53].

Se habla también de tipos de precedentes ***horizontales, verticales y de autoprecedentes,*** sin embargo esta tipología no opera para el tipo de precedentes vinculantes que estamos analizando, puesto que estos son expedidos exclusivamente por el máximo órgano de la justicia constitucional, sin que existe la posibilidad de que otro órgano expida este tipo de precedentes; aun cuando se puede hablar de autoprecedente,

---

51 Exp. Nº 3741-2004-PA/TC. Pub.: 11/11/2006. Caso: Salazar Yarlenque. FV: 40.

52 TARUFFO: *Ob. Cit.* p. 39 y ss.

53 Los propios magistrados del TC en un Voto singular han sostenido: FJ. 8 "… ese argumento "no solo es falaz sino también absurdo y carente de racionalidad", a la vez que en su fundamento 9, han agregado que el contenido del precedente vinculante, establecido en el voto en mayoría deviene en "ilegítimo". Con lo que queda claramente establecido que, en efecto, existen resoluciones incorrectas, ilegales, inconstitucionales o ilegítimas. Exp. N° 03908-2007-PA/TC. 11/02/2009. Voto en minoría Caso Provías, Magistrados: LANDA ARROYO Y BEAUMONT CALLIRGOS.

porque en principio, también el propio Tribunal Constitucional queda vinculado al contenido del precedente, y está autorizado a su cambio solo cuando nuevas circunstancias fácticas así lo exijan, o cuando se evidencia una mejor forma de tutelar del derecho fundamental comprometido.

d) Casos en que procede dicar un precedente vinculante

En este acápite se trata de determinar si el TC tiene libertad plena para expedir precedentes vinculantes esgrimiendo cualquier razón suficiente o *ratio decidendi* o, por el contrario existe algún tipo de exigencias dirigidas a impedir el ejercicio extralimitado de la facultad del TC de crear precedentes vinculantes, extralimitación que –como no es difícil comprender- puede terminar interfiriendo en las funciones asignadas a otros órganos constitucionales como el legislativo o el judicial[54].

El texto del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional deja en claro algunas ideas respecto a la expedición del precedente vinculante, entre ellas se puede apreciar: a) Su expedición solo depende del propio TC; b) Su reconocimiento es siempre objetivo; y c) Su modificación o supresión solo procede si este órgano constitucional motiva adecuadamente su decisión[55].

Al respecto, el propio TC ha establecido 4 exigencias para la expedición de un precedente vinculante; en *primer lugar*, debe existir una relación directa entre el caso o controversia en función de la cual se formula el precedente y el contenido del precedente vinculante. Esto es, el propio contenido del precedente vinculante (su *ratio decidendi*) también servirá para resolver el caso concreto. En *segundo lugar*, debe de tratarse de un caso en el que, a partir del hecho concreto pueda formularse una regla general de derecho y no referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos; esto es, como quiera que se trata de una norma de derecho, como toda norma, contendrá un supuesto fáctico al cual se le aplica una consecuencia jurídica. En *tercer lugar*, no podrá establecerse un precedente con el propósito de establecer un modo de interpretar un dispositivo constitucional cuando es posible interpretar de varias maneras y no existe un consenso social acerca de la conveniencia de una de esas interpretaciones; pues, el precedente no constituye una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. En tal sentido, el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Con ello se busca que el Tribunal trate de lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta.

Además, para expedir un precedente vinculante se requiere que se cumpla alguno de los presupuestos que habiliten al Tribunal para su establecimiento; esto es, solo procederá dictarlo en casos de:

a) Existencia de interpretaciones contradictorias de la Constitución y las normas.

b) Existencia de interpretaciones erróneas.

---

[54] Ver CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano.* En Jus Constitucional, Nº 1, Grijley, Lima, 2008, p. 72

[55] CASTAÑEDA, Susana (Directora): *Comentarios a los precedentes vinculantes del TC.* Grijley, Lima, 2010. p. vi.

c) Necesidad de llenar un vacío legislativo.

d) Existencia de normas susceptibles de ser interpretadas de manera diversa.

e) Necesidad de cambiar un precedente vinculante[56].

Asimismo, además de los supuestos anotados, tomados especialmente de la Corte Suprema Americana, se ha complementado con el supuesto señalado en la STC Nº 3741-2004-PA/TC, Fv, 40, en que nuestro TC aduce que para el establecimiento de un precedente, en el caso nuestro, también puede configurarse a partir de la necesidad de que el Tribunal, luego de comprobar que una norma que ha sido cuestionada mediante un proceso que no es el de control abstracto, constate, además, que los efectos dañosos o violatorios de los derechos fundamentales denunciados afectan de modo general a un amplio grupo de personas; o que el acto impugnado y declarado contrario a la Constitución por el Tribunal constituye una práctica generalizada de la administración o de los poderes públicos en general. De este modo, la regla que el Tribunal extraiga a partir del caso deberá permitir anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no solo para los jueces, sino para todos los poderes públicos.

En todos estos casos resulta razonable que el TC proceda a dictar precedentes vinculantes, lamentablemente el Tribunal no ha respetado sus criterios y ha procedido a expedir este tipo de decisiones sin ceñirse a su propia disposición, contenida, incluso en precedentes vinculantes. Obviamente, esta es una actitud que debe corregir el Tribunal a fin de no afectar la propia seguridad jurídica y ser coherente en el ejercicio de su alta y delicada función.

Al respecto, en embargo, es del caso precisar que el Tribunal Constitucional en la STC Nº 3741-2004-PA/TC (11/11/2006), caso Salazar Yarlenque, Fj. 4, 7 y 8 (resolución aclaratoria), había establecido, como precedente vinculante de aplicación por todos los poderes públicos, el control de compatibilidad constitucional por parte de los tribunales administrativos de las normas de menor jerarquía, cuando tengan que interpretar u aplicar dichas normas a casos concretos[57], a pesar de que, este hecho no se ajustaba a ninguno de los supuestos señalados por el propio Tribunal. Esta decisión, resultaba totalmente correcta e implicaba un avance en la interpretación de la Constitución por parte de los órganos administrativos. Lo cual demuestra que los presupuestos señalados por el Tribunal para dictar precedentes vinculantes, no agotan los casos en que estos son necesarios.

A pesar de ello, después de más de 10 años de vigencia de este precedente, y de quedar evidenciada su necesidad y corrección, inexplicablemente el TC a través de STC N.° 04293-2012-PA/TC de fecha 18 de marzo del 2014, a la que se le ha otorgado la calidad de precedente vinculante, se ha dejado sin efecto al precedente que consagraba la potestad de la administración pública para dejar de aplicar las normas legales que resulten contrarias del texto constitucional.

---

[56] Estos criterios surgen de las propias sentencias del TC en los Exp.: Nº 024-2003-AI/TC, caso Municipalidad de Lurín; Nº 3741-2004-AA/TC, caso Salazar Yarlenque; y, Nº 3908-2007-PA/TC, caso PROVÍAS.

[57] Tribunales Administrativos como el Tribunal Fiscal, el Tribunal del Servicio Civil, los Tribunales de INDECOPI, entre otros, fundamentan determinadas decisiones; asimismo, también en la STC *N.° 00142-2011- PA/TC,* se reconoce esta facultad de control de constitucionalidad de las normas a los Tribunales arbitrales.

Como fundamento de la decisión se ha señalado que en la sentencia del Exp. N.° 03741-2004 PAITC no se respetaron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante, pues: i) ni en la praxis judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución, "pues el contenido de los mismos es meridianamente claro respecto de a quién le corresponde ejercer la potestad de aplicar el control difuso"; tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad; iii) no existía ningún vacío normativo ni en la Constitución, ni el Código Procesal Constitucional o la Ley Orgánica del Poder Judicial u otras disposiciones; y iv) no se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución, que socaven la primacía de esta en nuestro ordenamiento jurídico.

Obviamente, la actitud del TC al respecto nos parece altamente cuestionable y queda demostrado en el voto singular del magistrado Urviola Hani, quien pone en evidencia la incorrección de los argumentos señalados en la sentencia dictada por mayoría y señala la impertinencia de la expedición del precedente vinculante en cuestión (que deja sin efecto el precedente vinculante anterior).

e) Nivel de vinculatoridad

Antes de entrar en la vinculatoriedad específica de los precedentes vinculantes, debemos precisar que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido un sistema mixto de control de la Constitución, puesto que tanto el Poder Judicial así como el TC pueden revisar la constitucionalidad de las normas, y no se ha previsto un mecanismo de sujeción del poder judicial a lo resuelto por el TC; no existiendo la posibilidad de que el TC pueda revisar una decisión del Poder Judicial cuando declare inaplicable una norma por inconstitucional o cuando al conocer un proceso constitucional estime la pretensión, en cuyo caso lo resuelto por el Poder Judicial constituye cosa juzgada.

Ello significa que la Constitución peruana de 1993 no ha previsto medios para resolver las posibles contradicciones entre los criterios de interpretación constitucional que emitan el TC y el Poder Judicial. “Es decir no está determinado, desde el punto de vista constitucional, que los criterios o interpretaciones que realiza el TC vinculen al Poder Judicial. Que ello haya sido plasmado en el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional constituye una opción del legislador democrático que no desciende directamente de la Constitución y que solo podrá ser acatado en tanto no viole algún dispositivo de la norma fundamental”[58].

Si ello es así, el nivel de vinculatoriedad del precedente vinculante, se puede discutir, aun cuando el TC se ha autodeclarado supremo intérprete de la Constitución y se ha autoadjudicado la potestad de establecer preceptos normativos de carácter general y abstracto; y aun cuando es deseable resguardar la seguridad jurídica y coherencia del

[58] VELEZMORO, Fernando: *Ob. Cit.* p.125 y 126.

sistema, no se puede reconocer un nivel de vinculatoriedad absoluto a las decisiones del Tribunal Constitucional[59].

El precedente al fin y al cabo constituye una interpretación del texto constitucional, las normas del bloque de constitucionalidad y las demás normas correspondientes, y obviamente ello siempre implica elegir o privilegiar uno u otros elementos de valoración, dejando de lado otros que también surgen del propio texto normativo; por ello mismo, no se puede presentar la interpretación de la norma (aun cuando fuese hecho por el máximo órgano jurisdiccional) como un producto acabado e inamovible vinculante en forma absoluta para los demás intérpretes de la ley. Al respecto resulta pertinente recordar lo sostenido por IGARTUA SALAVARRÍA, quien expresa: "Por tanto, carece de sentido decir que la interpretación determina el significado 'verdadero' de la ley; como mucho, puede determinar un significado en base a criterios aceptables pero de ningún modo absoluto (porque estos no existen)[60]".

Y claro la interpretación uniforme no se *impone* autoritariamente, sino que se *consigue* dialógicamente; y no con carácter *definitivo* sino hasta la *próxima,* en que se pueda conseguir una nueva interpretación con mejores argumentos[61]. Esto nos lleva a aceptar que los criterios interpretativos más autorizados deben desarrollarse y plasmarse evolutivamente y a través del consenso de la comunidad jurídica (doctrina y jurisprudencia), y no de modo improvisado y autoritario, como viene ocurriendo en la práctica; lo cual a la vez, nos lleva (aun cuando reconociendo el efecto vinculante del precedente) a cuestionar la vinculatoriedad total o absoluta del precedente. Pues, excepcionalmente se podrán desarrollar mejores argumentos que los contenidos en el precedente vinculante y en muchos casos se podrán establecer mejores niveles de protección de los derechos fundamentales involucrados, más allá de los contenidos en el precedente vinculante.

En efecto, los precedentes vinculantes, deben ser acatados por parte de los órganos y tribunales de justicia, mientras no exista una mejor razón que justifique su inaplicación o su desvinculación en el caso concreto. Pero claro, hay que tener en cuenta que, a diferencia de la doctrina, que elabora soluciones desde una perspectiva general, los precedentes vinculantes son razones judiciales dotadas de una mayor efectividad que buscan uniformizar y brindar un tratamiento general para un conjunto de casos semejantes

En tal sentido, por nuestra parte consideramos que el efecto vinculante de los precedentes no es absoluto; pudiendo el operador jurisdiccional, excepcionalmente, desvincularse fundamentándose en la propia configuración del Estado Constitucional de Derecho y la propia operatividad del ordenamiento jurídico, en efecto:

---

59 VELEZMORO, Fernando: *Ob. Cit.* p. 126.

60 IGARTUA SALAVARRÍA: *Ob. Cit.* p. 113. "Dejado sentado que 'interpretar' consiste en atribuir uno de los significados posibles a un texto legal y que un significado es 'posible' si se apoya en criterios de interpretación aceptados, hay que dar un paso más: si bien no existen criterios absolutos, unos suelen ser –comparativamente- mejores que otros; de forma que la interpretación 'correcta' sería (provisionalmente) la que se sustenta en los criterios que (en un momento dado) se tienen por mejores. O sea: el resultado de una interpretación no es correcto de por sí, sino en función a las 'razones' que lo justifican. IGARTUA SALAVARRÍA: *Ob. Cit.* p. 114.

61 IGARTUA SALAVARRÍA: *Ob. Cit.* p. 115.

1. En primer lugar, *en orden a la naturaleza de los organismos e instituciones jurídicas en el Estado Constitucional de Derecho,* debemos referir que en efecto, el Estado Constitucional de Derecho se asienta fundamentalmente sobre los principios que dan contenido a la organización ***democrática*** de la sociedad y del Estado. Ello implica que la organización social tiene como fundamentos *la división y equilibrio de poderes, la defensa y promoción de los derechos fundamentales de las personas, la supremacía constitucional y la participación inclusiva de los diversos sectores componentes de la sociedad,* además, del reconocimiento del sufragio universal, entre otros principios democráticos. En tal sentido, los diversos poderes y organismos del Estado, deben contar con facultades y potestades que les permita ejercer sus funciones o actuar en un justo equilibrio, sin reconocerse la preponderancia o imposición irrestricta y desproporcionada de alguno de dichos organismos sobre los demás[62]. Por tanto, no se puede reconocer al TC, potestades que propicien que este organismo, cual un dictador autoritario, se erija en el ente predominante sin limitación alguna en sus facultades y al cual no se le puede contradecir o controlar aun cuando sus decisiones sean arbitrarias o irracionales[63].

2. En cuanto a la *naturaleza del ordenamiento jurídico en el Estado Constitucional de Derecho*, debe considerarse que este debe responder a los principios democráticos del Estado Constitucional de Derecho, por lo que cada una de sus instituciones y categorías jurídicas así como cada una de las fuentes del derecho deben encuadrarse dentro de este marco. Consecuentemente, no resulta razonable reconocer instituciones jurídicas como los *precedentes vinculantes* (con vinculatoriedad absoluta) que se erijan en categorías absolutas, con *imperium* irrestricto, que desconozca a las demás instituciones o categorías jurídicas excluyéndolas de la configuración del propio ordenamiento jurídico[64]. Igualmente, en un ordenamiento jurídico donde la proporcionalidad y la ponderación de intereses en conflicto configuran tamices para la concreción de la vigencia de los derechos fundamentales y los grandes valores y principios, no resulta razonable que sean excluidos de la aplicación de estos principios precisamente, los operadores jurídicos encargados directamente de la solución del

---

62 GARCÍA AMADO, criticando esta postura asumida *motu propio* por el TC, refiere: "Al final, lo que se hace es afirmar el poder normativo del Tribunal y sostener que los límites de ese poder, si los hay, serán los que ponga el propio Tribunal. Es decir, hay un nuevo soberano en el sistema constitucional peruano, pues puede legislar hasta donde él quiere y sus normas están incluso por encima de la ley (…). El Tribunal menciona algunas de esas limitaciones que se autoimpone a la hora de dictar leyes. Pero como a tenor de su norma reguladora, el Tribunal puede cambiar su propio precedente y, obviamente, su propia jurisprudencia, esas autolimitaciones valdrán solo mientras él quiera mantenerlas". GARCÍA AMADO Juan: *Controles descontrolados y precedentes sin precedente.* En Jus Constitucional N° 1, Grijley, Lima, 2008, p. 95.

63 El mismo criterio expresa GARCÍA AMADO, quien incluso es categórico al señalar: "Según la concepción primera de la soberanía, la absolutista, soberano es aquel que puede dictar normas para los súbditos sin quedar él mismo sometido a ellas. Cuando el supremo y último intérprete de la Constitución tienen la posibilidad de dar a esta los sentidos que prefiera y, sobre todo, de usarla para ampliar sus propias competencias hasta donde desee, y cuando no lo mueve ningún propósito de *self restraint,* cabe pensar que no solo hemos cambiado de soberano y perdido aquel que la Constitución quería, sino que, además hemos retornado al absolutismo, aunque sea un absolutismo disimulado y vergonzante". *Ob. Cit.* pp. 97 y ss.

64 Si existe derecho de insurgencia cuando se contraviene el orden constitucional, con igual razón debe de existir derecho de resistencia ante la arbitrariedad de TC cuando dicte precedentes vinculantes.

conflicto social (cuando no se permite tamizar el precedente vinculante que ha devenido en inadecuado u obsoleto)[65].

3. Asimismo, tomando en cuenta la *vigencia de los derechos fundamentales*, es preciso anotar que, si el Estado Constitucional de Derecho tiene como norte la vigencia de los derechos fundamentales, no puede impedirse a un operador jurídico propiciar, de un modo más eficaz, la vigencia del derecho fundamental en casos en que con el precedente vinculante no se llegara a dichos niveles de optimización del derecho; a los que sí se podría arribar con una actuación distinta a la contenida en un precedente.

4. Igualmente, si se toman en cuenta *razones de orden histórico, tradición jurídica y de racionalidad,* podemos precisar que si bien en los sistemas del *Common Law* el precedente vinculante cuenta con un legado histórico y tradición jurídica que le dan sustento y legitimidad, ello no podemos sostener en nuestro sistema. Más aún, en el *common law,* los precedentes se formulan y establecen luego de un proceso de discusión en la comunidad jurídica y académica, así como luego de un tamiz de racionalidad práctica (que finalmente es la racionalidad que orienta a dichos sistemas), lo que obviamente les da autoridad y legitimación. En cambio en nuestro medio, muchos de estos precedentes revelan un elevado grado de improvisación y en otros, injerencias ideológicas y políticas que les quitan todo rigor técnico o académico[66]. Peor aún, en muchos casos, el precedente se dicta desconociendo la teoría o doctrina jurídica ("dogmática") existente sobre determinadas instituciones[67], lo que refleja una carencia total de racionalidad que en lugar de contribuir a la seguridad jurídica (que es su fundamento), propicia el caos y la inseguridad. Tales son los casos, por ejemplo, en que el TC a través de múltiples sentencias ha "establecido" que la *reparación civil proveniente del delito* tiene naturaleza penal, pese a que la doctrina es unánime en reconocer que esta tiene naturaleza privada; más aún las normas del propio Código Penal y del Código Civil, así lo establecen. Ni qué decir de las resoluciones sobre Enriquecimiento Ilícito en las que se ha pronunciado el TC, las mismas que se han dictado inclusive sin haber tenido en cuenta las normas constitucionales. Debiendo precisarse que, si bien estos pronunciamientos no constituyen propiamente precedentes vinculantes, al tratarse de diversas sentencias en el mismo sentido, configuran la llamada doctrina jurisprudencial, la misma que resulta vinculante al igual que los precedentes. En consecuencia no se puede impedir que el

---

65 No parece razonable que el precedente vinculante, se erija en una categoría suprema e inmodificable que ni siquiera por el órgano legislativo. En efecto, GARCÍA AMADO refiere criticando el precedente vinculante absoluto: "… están por encima de la ley porque una ley puede ser derogada por otra, pero un 'precedente' de estos no puede ser derogado por una ley, puesto que se dice que tales normas que el Tribunal crea vinculan a todos poderes públicos y por tanto también al legislador. (…). Por esta razón también podemos decir que el Tribunal no se arroga meramente competencias del legislador, sino que, en la práctica, se convierte en legislador constitucional, en puro poder constituyente". *Ob. Cit.* p.98.

66 En efecto, en el Anteproyecto elaborado por los profesores constitucionalistas que finalmente dio origen al Código Procesal Constitucional (en cuyo artículo VII se consagra el precedente vinculante) se consideró que el precedente se plasma paulatinamente y no a través de una sola resolución en determinado momento. Al respecto ver GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (A propósito del caso Provías Nacional). En *El Derecho procesal constitucional en perspectiva.* Idemsa, Lima, 2009, pp. 337 y 338.

67 Al respecto ver, el punto límites a la actuación del TC, en este mismo capítulo.

operador jurídico racionalice estos criterios desvinculándose del contenido del precedente o la doctrina jurisprudencial[68].

Peor aún, en nuestro sistema se ha ido más allá que en todos los sistemas jurídicos comparados, inclusive de los del *common law,* en los que no se aprecia este tipo de vinculatoriedad absoluta, lo que ha llevado a que uno de los propios autores del Anteproyecto del Código Procesal Constitucional (en que se inserta el art. VII del Título Preliminar), sostenga: "En el sistema peruano y en cualquier otro sistema del *civil law* o del *common law* el juez ordinario puede apartarse de un precedente vinculante. (…). Creo necesario afirmar que no existe sistema del precedente en donde la decisión de apartarse de él genere sanción para quien lo hace. (…). Un modelo rígido de sistema de precedentes atenta contra sus orígenes históricos, contra su finalidad y contra la manera como actualmente expresa su eficacia en los países adscritos al *common law.* En otras palabras, un sistema rígido del precedente es una caricatura grosera de lo que esta técnica puede proveer a nuestra sistema jurídico"[69].

5. Finalmente, en cuanto a la fundamentación y legitimación de las decisiones del TC, es necesario precisar que, desde una perspectiva formal, la legitimación de los precedentes en el *Common Law* es de orden histórico, de tradición jurídica e incluso de carácter epistemológico (al surgir del consenso de la comunidad jurídica y académica); en cambio en nuestro medio su legitimación únicamente es de carácter normativo, es decir, solo se sustenta en el contenido del Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del TC, ni siquiera tienen una legitimación normativa de nivel constitucional[70]. Peor aún, estas normas (Código Procesal Constitucional y de la Ley orgánica del TC), en este extremo no resultan compatibles con el artículo 146°.1 de la Constitución (por lo menos en lo que se refiere a los jueces) el mismo que consagra expresamente la independencia de los jueces, y establece que "*solo están sometidos a la Constitución y la ley";* por lo que serán estas normas las que guíen su actuación, y solo en complemento de estas se aplicará otro tipo de preceptos como los precedentes vinculantes. Más aún, los precedentes no pueden vincular en niveles superiores al propio contenido de las normas en las que se sustentan. Pues, si el operador jurídico se puede desvincular de dichas normas, igualmente, lo puede hacer de las decisiones (precedentes) dictadas al amparo de las mismas. Y si bien, se puede sostener que el TC, al ser el "supremo intérprete de la Constitución", puede tomar decisiones con vinculatoriedad acentuada; sin embargo, no puede desbordar el marco del Estado Constitucional de Derecho y desconocer los

---

68 Al respecto, cfr. HABERMAS, Jürgen: *"Facticidad y Validez".* Editorial Trotta, Madrid, 2001.

69 MONROY GÁLVEZ, Juan: *Fundamentos, problemas y posibilidades del precedente constitucional vinculante en el Perú.* En Jus Constitucional N° 1, Grijley, Lima, 2008, p. 123. (Entrevista).

70 En este sentido se recurre al *argumento de autoridad*, con el cual apelando al contenido de la norma y la consideración del TC como supremo intérprete de la Constitución, se pretende clausurar la discusión excluyendo cualquier cuestión deliberativa, para hallar la respuesta más razonable y justificada; lo cual sin embargo no parece suficiente, porque en este caso se trataría únicamente de un argumento formal (recurso a la norma y al ente autorizado) que no toma en cuenta el contenido material (de contenido moral de los derechos fundamentales y los valores) que subyace en toda acción o actuación de los órganos jurisdiccionales. Más aún, pese al recurso a la autoridad, esta no se trata de una autoridad incuestionable, sino por el contrario de una autoridad también sujeta a evaluación sobre el carácter adecuado y razonable de su decisión. Pues aun cuando se viene aceptando de modo acrítico las decisiones del TC, este, muchas veces toma decisiones cuestionables y en muchas otras incurre en errores evidentes. Al respecto ver INDACOCHEA PREVOST, Úrsula: *Ob. Cit.* p. 136 y ss.

principios de este o las propias normas constitucionales, de lo contrario, estaría desconociendo su propia esencia.

Más aún, si ni siquiera en el sistema del *common law* se deniega la posibilidad de la desvinculación, menos aún se puede negar en nuestro sistema. Y más todavía, si la propia doctrina refiere que: "La doctrina del precedente vinculante, esto es, del *binding precedent*, no tiene fundamento constitucional"; a la vez que "…no debe olvidarse que estamos refiriéndonos al empleo de un argumento analógico y nada más"[71]. Y peor todavía, si miembros del propio TC han sostenido, refiriéndose a los fundamentos de cierto precedente vinculante: "… ese argumento "no solo es falaz sino también absurdo y carente de racionalidad", y han agregado que el contenido del referido precedente deviene en "ilegítimo"[72]. *Con lo que queda claramente establecido que existen resoluciones incorrectas, ilegales, inconstitucionales o ilegítimas.*

En tal sentido, resultan ilustrativas las palabras de INDACOCHEA PREVOST, quien resaltando el argumento de autoridad del Tribunal Constitucional y de las normas autoritativas, refiere "… la autoridad, el valor o la fuerza del precedente, dependerá directamente del valor que se le reconozca a su autor; lo que estará a su vez matizado por la competencia que este tenga para emitirlo (…). Desde esta perspectiva, entonces, puede sostenerse que la autoridad del precedente no tiene un carácter excluyente, sino que 'tiene un uso argumentativo, es un argumento o una razón más que viene al juicio o balance de razones que realiza el juez y por lo tanto está sometido a la deliberación y evaluación de su fuerza en términos de razonabilidad"[73]. A lo que hay que agregar que, si los jueces están obligados solo a la Constitución y la ley (por lo menos preferentemente, si es que se quiere rescatar la validez y eficacia del precedente vinculante), el precedente no puede tener mayor valor que dichas normas, si el Juez puede desvincularse de estas normas, con mayor razón, podrá hacerlo del precedente. Consecuentemente, no existen precedentes con vinculatoriedad absoluta.

f) Razones para la desvinculación del precedente vinculante

Si el precedente vinculante, no tiene una vinculación absoluta, estando a los argumentos esbozados en el literal anterior, significa que el operador jurisdiccional puede desvincularse del contenido del mismo en casos excepcionales. Y con ello no nos referimos a los supuestos conocidos en la doctrina del *common law* como el *distinguishing* (búsqueda de elementos que distingan el caso concreto del supuesto del precedente vinculante para inaplicarlo), en cuyo caso consideramos que estamos ante un supuesto distinto al contenido

---

71 MONROY GÁLVEZ: Ob. Cit. p. 123.

72 Exp. N° 03908-2007-PA/TC. 11/02/2009. Voto en minoría Caso Provías, Magistrados: LANDA ARROYO Y BEAUMONT CALLIRGOS.

73 INDACOCHEA PREVOST: *Ob. Cit.* p.144. Agrega esta autora con cita de ADRIAN CORIPUNA: "Por tanto, si bien es posible justificar el deber de los jueces y tribunales del Poder Judicial de seguir las interpretaciones realizadas por un Tribunal o Corte Constitucional, apelando a la autoridad de este órgano constitucional como guardián y supremo intérprete de la Constitución, no parece posible prescindir completamente de la valoración de su contenido en términos de razonabilidad o justicia, si se pretende que dicha justificación descanse en su carácter de autoridad legítima, y no simple autoridad a secas". *Ob. Cit.* p. 145.

en el precedente, sino a casos en que el supuesto contenido en el precedente y el contenido en el caso posterior es análogo.

Pero claro, esta desvinculación solo puede ser excepcional y debe responder a una causa objetiva, externa, que el ordenamiento jurídico valora de manera positiva; esto es, optimiza de mejor manera la vigencia del derecho fundamental puesto en escena. Asimismo, cuando se advierta en el caso concreto que las circunstancias que justificaron el establecimiento del precedente vinculante han mutado, de tal manera que mantener el criterio establecido en el precedente evidencia un claro retroceso en la protección del derecho fundamental concernido; inclusive puede tratarse de un cambio evidente y esencial en la valoración jurídica de los hechos que justificaron el precedente.

De otro lado, cuando se aprecie claramente que dejar de lado el precedente implique realizar una interpretación normativa o de los hechos más adecuada a la protección del derecho fundamental. Esto es, cuando nos encontremos ante una situación de mejor tutela del derecho fundamental.

Finalmente, también corresponde dejar de lado el precedente cuando la norma que se tuvo en cuenta al emitirlo, ha variado o se ha derogado, en tal caso, se aplicará el criterio establecido en la nueva norma, propendiendo a la optimización del derecho fundamental puesto en escena.

g) Presupuestos para la desvinculación

Como quiera que el precedente significa una especial protección de la vigencia del principio de igualdad y un freno contra la arbitrariedad, a la vez que solidifica la seguridad jurídica y confianza en el sistema, y proviene de una autoridad con competencia para expedirlo, en principio se debe propiciar su aplicación en el caso concreto que se presente en el futuro. Sin embargo, excepcionalmente será posible la disvinculación. Para tal efecto, se exige una motivación expresa y especialmente reforzada; esto es, se debe desarrollar y presentar una especial carga de fundamentación o justificación que deje en evidencia que realizada la ponderación entre aplicar el precedente y dejarlo de lado (prefiriendo las nuevas condiciones de favorabilidad para el derecho fundamental) resulta clara y razonable.

Esto es, al decir de INDACOCHEA PRVOST, "…la decisión de apartarse de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, cuando está ausente el requisito de la razonabilidad de la decisión, supondría la realización de un ejercicio de ponderación, que coloque de un lado, las razones formales que justifican el seguimiento del precedente constitucional, y por otro, aquellas que justifican el apartamiento de ese parámetro, todo lo cual debe ser exteriorizado en la motivación"[74].

h) Retroactividad del precedente vinculante

Respecto a la aplicación con efectos irretroactivos o retroactivos del presente vinculante, el propio Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente[75]:

---

74 INDACOCHEA PREVOST: *Ob. Cit.* p. 168.

75 EXP. N° 0024-2003-AI/TC. 10/10/2005. Caso Municipalidad Distrital de Turín.

a) Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en principio, tienen efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.

b) Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*.

c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74° del texto *supra*, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad.

   En consecuencia puede tener efectos *ex tunc*.

   Al respecto, cabe recordar la decisión adoptada por el TC en relación a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 38.1, 39°, Primera y Segunda Disposiciones Transitorias de la Ley 27153 (Exp. 009-2001-AI/TC), en donde de manera específica resolvió lo pertinente respecto a las situaciones jurídico-tributarias producidas mientras estuvo en vigencia la citada ley.

d) Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los arts. 103° y 74° de la Constitución. En ese contexto, estas pueden tener efectos *ex tunc*[76]**.**

i) Abrogación o cambio del precedente vinculante

Como ya se ha señalado, el precedente vinculante puede quedar sin efecto porque se ha experimentado un cambio en las circunstancias que determinaron la configuración y emisión del precedente vinculante; en estos casos asistimos a lo que en la doctrina del *common law* se conoce como el *overruling.* Es decir, cuando se presentan las condiciones para que el propio Tribunal (autor del precedente) lo deje sin efecto, estableciendo nuevos criterios que reemplace a los anteriores. En estos supuestos, en términos ingleses, se dice que el precedente ha quedado *overruled*[77]**.**

También puede dejarse sin efecto tácitamente, cuando el precedente vinculante es sustituido por otro, con nuevas reglas para casos futuros; o inclusive, cuando las nuevas reglas contenidas en el nuevo precedente, mejoran a las contenidas en el anterior, en cuyo caso solo serán de aplicación las nuevas reglas contenidas en el nuevo precedente. Aun

---

[76] Ver para este caso, comentario crítico realizado para la irretroactividad de la Jurisprudencia vinculante y Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema en el Tomo II de este mismo trabajo.

[77] Es necesario precisar que, como quiera que se considera al precedente vinculante como una interpretación constitucional realizada por el máximo intérprete de la Constitución (el Tribunal Constitucional), se asume que no puede ser derogado o dejado sin efecto por una ley del Congreso, puesto que de promulgarse una norma en este sentido, entraría en contradicción con la interpretación del máximo intérprete constitucional y la antinomia se resolvería a favor del precedente.

cuando en ciertos casos se puede abandonar una orientación para asumir otra diferente, pero los precedentes abandonados no se anulan ni se excluyen de la jurisprudencia; esta es la figura conocida en el *common law* como el *revirement* jurisprudencial.

2.1.2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) Naturaleza de la doctrina jurisprudencial

Aun cuando se ha discutido y aún se discute sobre la naturaleza y efecto vinculante de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional[78], esta está contenida en el artículo VI del Código Procesal Constitucional. Se trata de sentencias definitivas del Tribunal Constitucional sobre Acciones de Inconstitucionalidad, Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data, etc., en las que el Tribunal resuelve el fondo del asunto. En las misma que el Tribunal desarrolla criterios interpretativos de la Constitución y de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, no se trata de una sola sentencia como en el caso de los precedentes vinculantes. En realidad la doctrina jurisprudencial se trata de líneas jurisprudenciales en determinado sentido, esto es, se trata de más de una sentencia en el mismo sentido. Es decir, no vincula el contenido de una sola sentencia sino la reiteración del criterio contenido en la pluralidad de sentencias. El propio Tribunal Constitucional, da la noción de la doctrina jurisprudencial, denominándola jurisprudencia constitucional, y señala que se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del TC, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad[79].

A diferencia de los precedentes vinculantes en que la *ratio decidendi* o fundamento vinculante de la sentencia es establecido por el propio Tribunal en la parte resolutiva de la sentencia, en la doctrina jurisprudencial generalmente no se establece cuál es el fundamento que se debe considerar vinculante por el operador jurisdiccional o el operador jurídico en general, cuando tenga que aplicarla a un caso concreto. En estos casos, será dicho operador el que determine el fundamento vinculante y decida aplicar el mismo al caso sometido a su conocimiento. Al respecto, es necesario precisar sin embargo, que últimamente el propio Tribunal, al igual que en los precedentes vinculantes, viene estableciendo cuál es el contenido vinculante de la sentencia que configura la "doctrina jurisprudencial".

En términos prácticos, reconocemos que estamos ante la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional fundamentalmente, cuando el Tribunal en el análisis del caso hace referencia y toma en cuenta criterios ya reiterados en sentencias anteriores. En tal caso, para referirse a la doctrina jurisprudencial utiliza habitualmente los términos: "en línea de

---

78 En efecto, en un inicio el Grupo de profesores que elaboró el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional no realizó diferencia alguna entre el procedente vinculante (jurisprudencia obligatoria) y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, pues, el contenido de los actuales arts. VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional estaban referidos al mismo instituto del precedente vinculante, del mismo que el operador jurisdiccional podía desvincularse dando las razones para ello; sin embargo, esta diferenciación se introdujo en el seno de los debates en el Congreso de la República, en donde no se realizó mayor fundamentación ni debates a profundidad. Al respecto ver CARPIO MARCOS: *Ob. Cit. pp. 21 y ss.*

79 EXP. N° 0024-2003-AI/TC. 10/10/2005. Caso Municipalidad Distrital de Lurín.

principio", "reiterada jurisprudencia" o "doctrina de este Tribunal"; por lo que siempre que estemos ante esta terminología, asumiremos que nos encontramos ante la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional[80].

De otro lado, como quiera que se trata de una secuencia de sentencias, la fecha de vigencia del efecto vinculante de la doctrina jurisprudencial tampoco está debidamente determinada, puesto que no se sabe opera desde el momento de la primera sentencia, de la segunda o de las demás. Al respecto, consideramos que el efecto vinculante opera desde el momento en que estamos ante una pluralidad de sentencias, esto es, a partir de la segunda sentencia, siendo la fecha de esta la que determina temporalmente el efecto vinculante de la línea jurisprudencial establecida; puesto que la norma procesal constitucional hace referencia únicamente a "resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional", además de que a partir de la reiteración de la observancia de determinado criterio, ya se traza una línea jurisprudencial.

Debe precisarse sin embargo, que la doctrina constitucional en general ha asumido que los casos de líneas jurisprudenciales que configuran realmente la ***"doctrina jurisprudencial",*** debe reunir todos los elementos, requisitos y presupuestos propios de la doctrina jurídica o dogmática jurídica, para surtir su efecto vinculante y orientar la actuación de los órganos jurisdiccionales y de los organismos públicos y privados en general.

A tal efecto, es necesario precisar, tal como se ha señalado en líneas anteriores, que la doctrina (dogmática jurídica) es el conjunto sistemático[81] de conocimientos jurídicos rigurosamente estructurados, elaborados u obtenidos a través de metodologías propias de las ciencias jurídicas (dogmática, exegética, hermenéutica y sobre todo, la argumentación jurídica), que señalan los límites y definen los conceptos o categorías jurídicas que permiten la aplicación segura y predecible del Derecho[82], lo que a la vez dota de racionalidad a la actividad jurídica, sustrayéndola de la arbitrariedad y la improvisación. Este sistema no puede ser absoluto ni cerrado por sus propias premisas o conclusiones, por el contrario, debe estar orientado a lograr la solución efectiva de los conflictos sociales y permanecer abierto a los nuevos conocimientos, a las nuevas soluciones o a los nuevos problemas. Asimismo, la doctrina debe mostrarse capaz de resolver cualquier tipo de antinomias que surjan al interior del sistema u ordenamiento jurídico, a fin de salvar la ordenación lógico-sistemática que le da unidad y coherencia. Igualmente, debe mostrarse idónea para propender a la optimización de la vigencia de los Derecho Fundamentales así como a la concreción de los Principios y Valores Supremos que subyacen en el Estado Constitucional de Derecho. En este sentido, la doctrina contribuye a la legitimación del orden jurídico y particularmente del *jus puniendi* estatal, generando seguridad jurídica en el

---

80 Como puede apreciarse, en la parte resolutiva de esta sentencia, se establece: "DISPONER que los principios desarrollados en el *fundamento* 32 de la presente sentencia constituyen *doctrina jurisprudencial*, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (EXP. N.° 03426-2008-PHC/TC. Caso Marroquín Soto.

Que los principios desarrollados en la presente resolución constituyen ***jurisprudencia vinculante***, conforme al artículo VI del Título Preliminar del CPConst. (EXP. N.° 0168-2007-Q/TC. 02/10/2010. Caso: Banco Continental).

81 SCHÜNEMANN, Bernd: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio.* Idemsa, Lima, 2006, pp. 13 y 14.

82 ROXIN, Claus: *La teoría del delito en la discusión actual.* Trad. de Manuel Abanto, Grijley, Lima, 2007, p. 3.

Derecho[83], tanto desde la perspectiva del Estado así como desde la perspectiva del presunto destinatario de la norma (de los justiciables).

Siendo así, la llamada ***doctrina jurisprudencial*** del Tribunal Constitucional (o de la Corte Suprema) tiene que reunir estos presupuestos para configurar una fuente jurídica con efecto realmente vinculante, el mismo que debe provenir, sobre todo, de la fuerza persuasiva de su argumentación y no únicamente del mandato normativo. De no reunir estos presupuestos la Doctrina Jurisprudencial, siempre será posible desvincularse de su contenido, precisamente apelando a la Ciencia del Derecho y a la necesidad de optimizar los Derechos Fundamentales y los valores y principios supremos propios del Estado Constitucional de Derecho.

b) Nivel de vinculatoriedad

El artículo VI del Código Procesal Constitucional estipula que los jueces interpretan y aplican las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, de donde se infiere la vinculatoriedad de dichas resoluciones del TC. Sin embargo, no se hace referencia a que deba tratarse de un conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del TC; es el Tribunal el que ha establecido tal condición, el mismo que resulta coincidente con la doctrina existente al respecto; y finalmente el efecto vinculante se deduce más de la línea jurisprudencial establecida que de la resolución constitucional en sí.

Se sostiene que el nivel de vinculatoriedad de la doctrina o línea jurisprudencial es de menor intensidad que la del precedente vinculante, tal como refiere INDACOCHEA PREVOST, quien, comparando el nivel de vincluartoriedad de ambos institutos, sostiene: "Esta carga argumentativa será mayor, si se trata de un precedente constitucional vinculante, expresamente establecido como tal por la propia corte o Tribunal Constitucional, que si nos encontramos ante un pronunciamiento aislado que solo forma parte de un línea jurisprudencial, dado el mayor grado de vinculación que reviste el primer tipo de pronunciamientos, y el carácter normativo que nuestro ordenamiento jurídico le reconoce"[84]. Y claro, ello resulta razonable si se tiene en cuenta que el precedente vinculante presenta una mayor definición tanto material como temporal, quedando debidamente definido el contenido vinculante del mismo; por el contrario, en el caso de la doctrina jurisprudencial o línea jurisprudencial, será recién el juez que pretende aplicar el criterio jurisprudencial, quien evalúe la pertinencia de su aplicación, así como quien debe identificar la *ratio decidendi* vinculante de la línea jurisprudencial.

Con ello a la vez, se otorga mayor discrecionalidad al juez para la evaluación del precedente o doctrina vinculante, interpretando el pronunciamiento inclusive de un modo más flexible y orientando su criterio a la formulación y desarrollo de consensos en torno a determinadas formas de interpretación normativa o de la configuración de conceptos e instituciones jurídicas; lo cual no sería posible en el caso del precedente vinculante, en el que queda debidamente definido el contenido que vincula al operador. Ello lleva

---

83 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Bosch, Barcelona, 1992, p. 44.

84 INDACOCHEA PREVOST: *Ob. Cit.* p.168.

precisamente a que, cuando no exista una única forma adecuada para interpretar la norma, se recurra a la consolidación de una línea jurisprudencial antes que a la determinación de un precedente vinculante, tal como lo ha señalado el Tribunal en el Exp. N° 03908-2007-PA/TC. 11/02/2009; Caso Provías.

2.1.3. DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

En la resolución de la acciones de constitucionalidad, conforme al numeral 4) del artículo 200º concordante con el artículo 204º de la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional, cuando evalúe la constitucionalidad de las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales (cuando estas normas afecten la jerarquía normativa constitucional) también desarrolla argumentos persuasivos a tenerse en cuenta, con efectos vinculantes, en la resolución de futuros casos por parte de los órganos jurisdiccionales y demás organismos del Estado; pues, estos argumentos o decisiones, también se enmarcan dentro de los dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y el artículo correspondiente de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puesto que en este procedimiento se realiza el análisis más profundo de la constitucionalidad de las leyes, aun cuando no constituyen interpretaciones de la Constitución y de las normas realizadas por el máximo intérprete de la Constitución realizadas para determinar las atribuciones de los diversos organismos, así como respecto al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona (art. 79 del CPConst.), a la vez que tampoco se enmarca dentro del contenido del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Como se sabe, al declararse fundada la acción de inconstitucionalidad queda sin efecto la ley contra la cual se dirige la acción. Al respecto, obviamente, no existe problema en torno a la vinculatoriedad y efecto de la sentencia en cuanto a su parte resolutiva, puesto que al declararse fundada la acción se excluye a dicha norma del ordenamiento jurídico y ya no tendrá más vigencia desde la publicación de la sentencia; por lo que los operadores jurisdiccionales no tienen por qué referirse o aplicar la norma excluida. Más aún, considerando que la sentencia de inconstitucionalidad vincula a todos los poderes públicos[85], incluyendo el órgano legislativo. En tal sentido, también el Congreso de la República queda vinculado a su contenido, por lo que ya no podrá insistir en la promulgación de la ley o presentar una nueva ley con el mismo contenido, puesto que estaría incurriendo en los mismos vicios de inconstitucionalidad. Salvo que se trate de un supuesto de mutación constitucional de los derechos fundamentales[86].

Sin embargo, el problema se presenta respecto a los argumentos desarrollados en los fundamentos de la sentencia (que no integran la parte resolutiva) pero que son los que dan sustento a la decisión (*ratio decidendi)*. Surgiendo la interrogante de si estos deben o no ser tomados en cuenta en el ejercicio funcional de los jueces en la resolución de casos futuros. A lo que debemos responder en sentido afirmativo. En efecto, al tratarse de una interpretación y determinación del contenido de las normas constitucionales o del bloque

---

85 Artículo 82° del Código Procesal Constitucional.

86 LANDO ARROYO: *Ob. Cit.* p. 82.

constitucional[87] realizadas por el máximo intérprete de la Constitución, que sirve para decidir y resolver un determinado problema, y a través de la cual se determina hermenéuticamente el contenido constitucional o inconstitucional de una determinada cuestión, este criterio no puede ser desconocido por los demás operadores jurídicos en evaluaciones hermenéuticas posteriores semejantes. En tal sentido, estos argumentos deben ser observados por los demás órganos jurisdiccionales en la resolución de casos vinculados al contenido de normas interpretadas al evaluar la acción de constitucionalidad. Pues, lo contrario implicaría desconocer las razones o criterios que sustentan la propia actividad del supremo intérprete constitucional (que se supone, es racional y razonable) y contradecir el propio fundamento del ordenamiento jurídico del Estado Constitucional de Derecho[88]. En tal sentido, cuando los jueces tengan que evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinada norma en la que aparecen supuestos similares a los que ya se ha pronunciado el TC, precisamente, al evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma de contenido similar, quedan vinculados por el criterio establecido por el TC[89]; esto es, también en las acciones de inconstitucionalidad se determinan precedentes de observancia obligatoria para todos los operadores jurídicos, especialmente para los jueces. Este criterio es señalado por el propio TC en la sentencia dictad en el Exp. Nº 3741-2004 AA/TC, Fj. 45.

De igual modo, si la demanda de inconstitucionalidad es rechazada, confirmándose la conformidad de la norma impugnada a la Constitución, los jueces no tendrán otra alternativa que aplicar la norma cuestionada sin poder aplicar por sí mismos el control de constitucionalidad a través del control difuso; salvo que se trate de supuestos en que las condiciones en las que se rechazó la demanda de inconstitucionalidad hayan variado sustancialmente, tanto en sus circunstancias objetivas así como temporales, en cuyo caso, desarrollando los argumentos correspondientes y observando críticamente los criterios constitucionales interpretativos del TC, podrá el operador jurisdiccional aplicar el control difuso en el caso concreto, sin cuestionar la vigencia general de la norma; claro que esta decisión del órgano jurisdiccional puede cuestionarse a través de una acción de amparo[90].

En tal sentido, queda claro, que también en las acciones de inconstitucionalidad, se pueden establecer criterios vinculantes para todos los organismos públicos o privados; es más, creemos que este es el único caso en que el órgano jurisdiccional queda vinculado completamente a los fundamentos del Tribunal Constitucional, respecto a la evaluación de la constitucionalidad de la ley cuestionada; tal como lo estipula el artículo VI del Título Preliminar del CPConst. Sobre todo, cuando se trate de sentencias que señalen o establezcan condiciones o pautas interpretativas para la compatibilidad de la norma con la

---

87 El control de las normas a través del proceso de inconstitucionalidad no solo se efectúa tomando como parámetro de referencia el texto de la Constitución, sino que también se debe tomar en cuenta lo que se conoce como "el bloque de constitucionalidad", entendido como el conjunto de disposiciones normativas que, junto con la Constitución, permiten evaluar si una norma es compatible con la ley fundamental.

88 Semejante criterio esboza CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional.* En: El precedente constitucional vinculante en el Perú. (Coord. Tupayachi Sotomayor), Adrus, Arequipa, 2009, p. 641.

89 CASTILLO CÓRDOVA: *Ob. Cit.* p. 642.

90 LANDO ARROYO: *Ob. Cit.* p.82.

Constitución. En estos casos, la constitucionalidad de una norma queda condicionada a que sea interpretada de una manera determinada; por lo que si fuera interpretada de otra manera, la norma sería considerada inconstitucional. Igualmente cuando se trata de las llamadas sentencia sustitutivas, en las que se declara inconstitucional la norma impugnada y se señala la regla que debe sustituirla para que sea conforme con la Constitución. Sobre estas decisiones, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que se componen de dos partes: "una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la *reconstruye*".

En conclusión, las sentencias que declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma tienen hasta tres efectos: su calidad de cosa juzgada, su fuerza de ley y su efecto vinculante para los demás órganos públicos y privados, especialmente los de orden jurisdiccional respecto a la interpretación normativa y la resolución de casos futuros.

No obstante, tal como se ha señalado antes, tampoco la vinculación es absoluta, pues si cambiasen las condiciones objetivas y temporales en las que se evaluó la constitucionalidad de la norma, el juez puede aplicar el control difuso, variando así el contenido del pronunciamiento que el TC tuvo en su momento para concluir que la norma sí resultaba conforme a la Constitución.

2.3. JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL PODER JUDICIAL

Como se sabe, dentro de los grandes sistemas hegemónicos que coexisten en el mundo (el *common law* y el *civil law)* nuestro sistema u ordenamiento jurídico es tributario del Sistema Romano-Germánico, derecho escrito o *civil law;* en este sistema la fuente preeminente ha sido fundamentalmente la norma escrita, habiendo quedado la jurisprudencia o decisiones precedentes de los órganos jurisdiccionales reservada a una función secundaria. Ello determinó que en nuestro sistema de derecho escrito, la norma legal y la doctrina elaborada a partir de la interpretación y desarrollo de la misma hayan guiado el quehacer de los órganos jurisdiccionales y de los operadores jurídicos en general, a diferencia de los sistema del *common law,* en que la jurisprudencia o precedentes vinculantes (*stare decisis)* han sido y son el producto natural del sistema y la fuente principal a partir de la cual se desarrolla y concreta la función del derecho en la vida de la sociedad.

No obstante, en los sistema del derecho escrito (*civil law)* en el actual Estado Constitucional de Derecho, con la jurisdiccionalización del ordenamiento jurídico, la voz o decisión del Juez se ha revalorado, habiéndose producido un acercamiento al sistema del *common law.* Con ello la jurisprudencia o decisiones jurisdiccionales han cobrado vital importancia en el sistema jurídico así como en el desarrollo y aplicación del derecho; tanto es así que actualmente ya no se concibe una doctrina o teoría jurídica que no parta de la jurisprudencia o que no la tome en cuenta. Y si bien, en nuestros sistemas no tenemos una tradición sustentada en la jurisprudencia o precedentes judiciales, han sido las propias normas escritas las que han dispuesto que las decisiones de los órganos de justicia (ordinaria y constitucional) tengan efecto vinculante para la evaluación y resolución de casos futuros cuando así se establezca en la propia resolución. Con ello se ha dado entrada

directa y preeminente a la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas así como en la propia configuración del derecho u ordenamiento jurídico.

Cabe precisar sin embargo, que las normas autoritativas solo autorizan a la máxima instancia del órgano jurisdiccional (Corte Suprema y en su caso al Tribunal Constitucional) para que pueda expedir decisiones o jurisprudencia vinculante para el propio órgano jurisdiccional, siempre que así lo considere conveniente y lo establezca expresamente en la propia resolución o sentencia que dicta al resolver un caso concreto, en donde a la vez, debe determinar en forma específica cuál es el fundamento o argumento vinculante de la sentencia. Estas decisiones jurisprudenciales o precedentes dictados conforme a las normas autoritativas referidas, por mandato de la propia norma escrita, resultan vinculantes o de obligatoria observancia para los operadores jurisdiccionales. Obviamente, la propia Corte Suprema y los demás órganos jurisdiccionales emiten abundantes decisiones o sentencias sin la calidad de vinculantes, pero que por resolver aspectos que son considerados relevantes, resultan de gran utilidad para la interpretación normativa, la configuración del derecho y para la resolución de casos futuros. Pues, si se expide o desarrolla jurisprudencialmente un argumento persuasivo y aceptado, no existiría razón para dejarlo de lado, salvo que hubiese una mejor razón o mejor argumento para resolver de modo distinto.

En efecto, en el seno del órgano jurisdiccional se dictan diversos tipos de jurisprudencia, con efecto distinto; pues, algunas decisiones, por mandato normativo tienen efecto vinculante o connotación de obligatoriedad, mientras que otras solo tienen efecto en la medida de la fuerza persuasiva de los argumentos que contienen. Asimismo, la Corte Suprema también ha procedido a dictar los llamados Acuerdos Plenarios que constituyen doctrina jurisdiccional, que sin ser propiamente vinculantes, en muchos de ellos se desarrollan argumentos que orientan la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto, así como también constituyen elementos útiles para la configuración de las instituciones jurídicas.

En tal sentido, el poder judicial (especialmente la Corte Suprema) emite 1) *jurisprudencia vinculante,* entre las que se encuentran: a) la jurisprudencia vinculante de las Salas Penales de la corte suprema conforme al Código de Procedimientos Penales, b) las sentencias plenarias vinculantes de las salas penales de la Corte Suprema, c) las sentencias y resoluciones casatorias de las salas penales de la Corte Suprema conforme al Código Procesal Penal, d) los Plenos Casatorios vinculantes en materia penal conforme al Código Procesal Penal y, e) otras decisiones vinculantes de la Corte Suprema; asimismo emite la *doctrina legal de las salas penales de la Corte Suprema* llamados Acuerdos Plenarios, que sin ser propiamente vinculantes, aportan criterios doctrinarios de gran utilidad; igualmente, expide abundantemente, la *jurisprudencia ordinaria.*

A estos pronunciamientos y decisiones de la Corte Suprema, hay que agregar también los *dictámenes y pronunciamientos del Ministerio* Público, especialmente de las *Fiscalías Supremas,* expedidos de conformidad con el Código de Procedimientos Penales y demás normas, los mismos que contribuyen a la formulación de las decisiones judiciales.

2.1.1. JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA, CONFORME AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

a) Naturaleza, definición y función de la jurisprudencia vinculante

Tal como ya se ha indicado con anterioridad, con la jurisdiccionalización del ordenamiento jurídico en el Estado Constitucional de Derecho, a fin de evitar la fragmentación de los criterios esbozados en las decisiones de los órganos jurisdiccionales y de asegurar la igualdad ante la ley así como la seguridad jurídica, se reconoció normativamente la potestad de dictar precedentes o jurisprudencia vinculante a las Salas de la Corte Suprema en sus distintas especialidades, fundamentalmente en el área penal. Con esto se reconoce la facultad de autolimitar sus facultades discrecionales a los propios operadores jurisdiccionales y lograr uniformizar sus criterios en la resolución de casos concretos.

En realidad, la jurisprudencia vinculante, como forma especial de jurisprudencia, lo que fijan son pautas interpretativas cualificadas y de indiscutible fuerza argumentativa que deben ser observadas por parte de los órganos y tribunales de justicia, mientras no exista una mejor razón que justifique su inaplicación o su desvinculación en el caso concreto. Se trata de factores que optimizan una particular forma de interpretación de los preceptos constitucionales o legales en la solución de problemas normativos o probatorios.

La jurisprudencia vinculante se elabora a partir de un caso concreto del cual se extrae una regla general para la resolución de casos análogos en el futuro. Puede tratarse de una sentencia dictada por cualquiera de las Salas de la Corte Suprema; por ello el fundamento establecido como vinculante sirve a la vez para resolver el caso concreto así como para orientar la resolución de casos futuros. Esto es, la *ratio decidendi* configurativa de la jurisprudencia vinculante constituye el fundamento principal en el que se sustenta la decisión del caso concreto y el criterio vinculante de la jurisprudencia; pero, claro la calidad vinculante del fundamento de la sentencia se establecerá expresamente en la misma[91].

La expedición de jurisprudencia vinculante en el ***ámbito penal*** tiene su fuente normativa en el artículo 301º-A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el D. Leg. N° 959. En aplicación de esta norma cualquiera de las Salas Penales de la Corte Suprema, al resolver un caso concreto, puede, en la propia parte resolutiva de la sentencia, disponer que alguno de sus fundamentos o considerandos tenga la calidad de vinculante, debiendo ser observados obligatoriamente por los jueces de todas las instancias en casos futuros; aun cuando las Salas Supremas puede apartarse del contenido de la jurisprudencia vinculante dando las razones correspondientes.

---

[91] La jurisprudencia o precedente vinculante "… es en rigor un hecho ya decidido que sirve como directriz en la decisión de un nuevo caso; el precedente se sustenta en una decisión judicial o sea en una jurisprudencia que se torna como regla para decidir nuevos casos presentados a examen, pero el precedente solo puede tener valor imperativo frente a otro caso exactamente igual al juzgado que impone la *eadem ratio decidendi;* pero en la mayor parte de los casos el precedente actúa tan solo como *test* o como una pista mediante la cual el juez busca el principio o las normas aplicables, se trata entonces de un razonamiento y proceso inductivo que intenta establecer, partiendo del caso concreto, una razón más general que sirva para resolver otros casos". GÓMÉZ LÓPEZ: *Ob. Cit.* p. 57, con cita de Diez Picazo.

En el mismo sentido, PAREDES INFANZON, refiere que: "Que los precedentes son sentencias dictadas con carácter previo a un caso y que sirven para argumentar para un caso similar posterior, sea dentro de las etapas del proceso o en la redacción de la nueva sentencia". PAREDES INFANZON, Jelio (2014): *Jurisprudencia penal vinculante.* Cafsol, Segunda Edición, Lima, 2014. p. 11.

Finalmente, es necesario precisar que la función de la jurisprudencia vinculante, está referida, al igual que los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, a la igualdad en la aplicación de la ley, la preservación de la seguridad jurídica y la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico y los órganos jurisdiccionale. Criterio similar señala el Tribunal Constitucional, al expresar: **"…** al igual que lo que sucede con las sentencias de este Tribunal en materia de justicia constitucional, consideremos que la Corte Suprema, como órgano de clausura de la jurisdicción ordinaria, es la constitucionalmente llamada a garantizar la uniformidad de los criterios de interpretación de la ley y, al mismo tiempo, a quien se encargue la promoción de la predictibilidad de la Administración de Justicia"[92].

b) Nivel de vinculatoriedad

No se trata propiamente de decisiones legitimadas en la tradición jurídica, la comunidad jurídica especializada o en la comunidad en general, sino de una jurisprudencia necesaria para preservar la unidad y coherencia del sistema jurídico y la seguridad jurídica, cuyo carácter vinculatorio nace de una ley (no de una norma constitucional).

No se trata de una expresión normativa, concreta y determinada del órgano legislativo, sino de la concreción del ejercicio de una facultad concedida por la ley, y por tanto, estas decisiones jurisprudenciales tiene el mismo grado de vinculatoriedad que cualquier resultado del ejercicio de la facultad legal. Por lo que no existe inconveniente para poder desvincularse de su contenido; claro está, dando las razones convincentes para ello.

El Tribunal Constitucional ha señalado "… que en los términos de los artículos 22 y 80, inciso 4), del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, la Corte Suprema tiene competencia para fijar principios jurisprudenciales; sin embargo, si bien estos principios son de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales, por excepción, los jueces y magistrados pueden apartarse de dicho criterio, para lo cual están obligados a "motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan[93]. Con ello queda claro la posibilidad de desvincularse de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema, aun cundo para ello debe de expresarse una motivación reforzada.

En general el propio artículo 22º del TUOLOPJ establece la posibilidad de desvincularse de la doctrina jurisprudencial dictada por la Corte Suprema.

c) Retroactividad de la doctrina jurisprudencial y de los acuerdos vinculantes

Al respecto, la Sala Penal permanente de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en una jurisprudencia vinculante, ha sostenido: "Que el artículo 139°, inc.13, de la Constitución Política, reconoce la garantía de la cosa juzgada, en cuya virtud, emitida

92 STC 0019-2009. 21/03/2011. FJ. 19 al 23.

93 STC 0019-2009. 21/03/2011. FJ. 16 al 18.

sentencia firme esta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos más favorables –inc. 11 del citado numeral constitucional- referidas a modificaciones más favorables *ex post ipso*, conforme al art. 6° del CP; (…) que es de precisar lo que es opinión mayoritaria en la doctrina penalista, que el ***cambio jurisprudencial no es un cambio normativo*** (ni siquiera lo establecido en la sentencia vinculante antes mencionada puede calificarse de un cambio en la jurisprudencia precedente, pues solo se trata de una precisión de los alcances de una concreta figura delictiva), menos aún en el ámbito del derecho penal que tiene como principio rector la reserva absoluta de ley para la definición de las conductas punibles (en realidad, como apunta Bacigalupo Zapater, los cambios jurisdiccionales solo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa existente en el momento del hecho, por lo que no afectan la objetividad del Derecho penal ni al principio de confianza (Derecho Penal – Parte General, ARA editores, Lima, 2004, p. 133), así como que en el caso de autos no ha mediado la entrada en vigor de una nueva ley que comprenda en sus alcances los hechos objeto de la condena"[94].

Al respecto, en general, este criterio de la Jurisprudencia vinculante, en cierto modo, resulta conforme a las interpretaciones de la dogmática penal; y de cierta manera también conforme a los criterios esgrimidos por la doctrina jurisprudencial del TC, expresada en su STC 0024-2003-AC/TC (10/10/2005, Caso Municipalidad Distrital de Lurín), en el que señala que: "El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente". En tal sentido, *prima facie* podemos concluir que el contenido de esta jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema, resulta correcto.

Sin embargo, desde una perspectiva de vigencia de los derechos fundamentales, que es el fin supremo del Estado Constitucional de Derecho, podemos desarrollar criterios distintos a partir de los principios de favorabilidad, de la igualdad ante la ley y del propio contenido "normativo" de los Precedentes y jurisprudencia vinculantes. En efecto, la propia norma autoritativa (artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales) establece que estas sentencia tienen "efecto normativo" o preceptivo, criterio que es ratificado por el Tribunal Constitucional, el mismo que ha reiterado que los precedentes vinculantes tienen efecto normativo, como puede verse en la sentencia antes anotada (EXP. N° 0024-2003-AC/TC)[95], criterio que reitera en el Caso Salazar Yarlenque[96]; asimismo, también ha

---

94 R. N. N° 1500-2006. PIURA. (17/07/06). FV: 5°. (Jurisprudencia Vinculante).

95 En donde se ha precisado: "… la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. EXP. N° 0024-2003-AC/TC.

96 "En esta sentencia el TC con toda claridad establece: "Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional". *Exp. Nº 3741-2004-PA/TC. Pub.: 11/11/2006. Caso: Salazar Yarlenque. Fj: 49.*

reconocido el efecto obligatorio (normativo) de la jurisprudencia de la Corte Suprema[97]; igualmente, en la doctrina y la jurisprudencia del TC, se ha dejado claramente establecido que el fundamento de los Precedentes Vinculantes es la preservación del derecho de igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, la proscripción de la arbitrariedad y la confianza en el sistema jurídico.

En tal sentido, también para los casos de la configuración de un precedente o jurisprudencia vinculante, se puede asumir el mismo criterio aplicable para las Leyes penales (cuya retroactividad favorable, en el ámbito penal, está permitida por el artículo 139º.11 de la Constitución y por el artículo 6º del CP), estando al contenido normativo y obligatorio del precedente, que en tal condición se equipara a la Ley, tal como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional, al sostener que "El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos"[98]. Como puede apreciarse, el precedente (y por añadidura la jurisprudencia vinculante) presenta las características de la abstracción y generalidad propias de la ley; tanto al referirse a las entidades u organismos encargados de la aplicación de las normas así como a todos los casos que presenten el mismo o similar contenido fáctico.

De otro lado, los criterios desarrollados por BACIGALUPO ZAPATER, a los que se refiere la jurisprudencia vinculante materia de comentario, están referidos a la jurisprudencia común de los diversos tribunales, mas no a la jurisprudencia o precedente vinculante de contenido normativo, equiparable a una ley; pues, los precedentes vinculantes no significan únicamente cambios jurisdiccionales que importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa existente en el momento del hecho, como se señala en la jurisprudencia comentada, por el contrario, configura un precepto normativo que hace precisiones en el contenido del ordenamiento jurídico que no estaban al momento de la decisión anterior. Asimismo, puede llenar lagunas que a partir de la dación del precedente vinculante prácticamente ya no existirían; todo ello, dada su actual condición (ya poco discutible) de fuente del Derecho.

Igualmente, el contenido de la sentencia del TC referida a la irretroactividad del precedente vinculante no está referido a la ejecución de una sentencia penal o al Derecho penal en general, por el contrario, se refiere a una acción de cumplimiento en la que se han debatido cuestiones totalmente ajenas al ámbito penal; obviamente en el ámbito de la sentencia del TC, cualquier decisión, así como cualquier ley, solo rige para el futuro, y en ningún caso tiene efectos retroactivos, lo que no pasa con la excepción de retroactividad benigna propia del Derecho penal.

---

97 "… consideremos que la Corte Suprema, como órgano de clausura de la jurisdicción ordinaria, es la constitucionalmente llamada a garantizar la uniformidad de los criterios de interpretación de la ley y, al mismo tiempo, a quien se encargue la promoción de la predictibilidad de la Administración de Justicia. En ese contexto, es opinión de este Tribunal que la competencia legal para dictar precedentes obligatorios no viola el principio de independencia judicial". S*TC 0019-2009. 21/03/2011. FJ. 19 al 23.*

98 Exp. Nº 3741-2004-PA/TC. Pub.: 11/11/2006. Caso: Salazar Yarlenque. Fj: 49.

En el mismo sentido, no creemos que una interpretación favorable al condenado signifique una afectación al principio de legalidad; pues, si bien este principio es incuestionable en materia penal, sin embargo, está referido a la tipificación de las conductas y a la determinación de la pena conminada aplicable a un caso (*nullum crimen nullum poena sine lege)*, mas no a las demás condiciones y circunstancias favorables al reo, a las mismas que les resultan aplicables todos los principios *pro homine* o pro derecho fundamental; más aún, en estos casos resultaría de aplicación la analogía *in bonam* parte.

Desconocer la aplicación de una nueva circunstancia preceptiva favorable (precedente vinculante favorable de carácter normativo) al reo ya condenado, significaría contravenir el criterio básico que fundamenta la propia existencia de los precedentes vinculantes, es decir, la preservación del derecho a la igualdad ante la ley. Y peor aún, se estaría desconociendo el fundamento de la retroactividad benigna de la las normas. Pues, se aplica la ley posterior más favorable, porque aun cuando el hecho cometido en determinado momento tuvo un reproche penal mayor, determinado por una respuesta punitiva de mayor severidad, con el paso del tiempo o el cambio de las circunstancias objetivas, ese reproche ha disminuido, y por ello se rebaja la pena o incluso se descriminaliza la conducta. Lo mismo sucede con el Precedente Vinculante o la jurisprudencia vinculante (de contenido preceptivo, abstracto y de aplicación general), en que en determinado momento, se corrige el error o desconocimiento del intérprete de la norma, o la exigencia político-criminal ha disminuido, y por ello mismo, a través del precedente vinculante se establece como pauta interpretativa un criterio general y abstracto más favorable al condenado; situación que no se puede desconocer si se quiere preservar el referido derecho a la igualdad ante la ley. Pues, no se condice con esta premisa, el hecho de imponer una pena mayor a un condenado antes del precedente (que a otro, cuya condena se dictó después del precedente) pese a que se trata de hechos similares y se aplica la misma ley. Ello inclusive no resultaría compatible con la necesidad de preservar la seguridad jurídica, y se revelaría como una arbitrariedad a la luz del análisis dentro del Estado Constitucional de Derecho.

Inclusive el criterio de retroactividad penal se ha aplicado a los llamados Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema (que, como veremos más adelante, no son propiamente vinculantes), pues, en el caso de la exención de responsabilidad penal en los supuestos de violación presunta de menores de entre 14 y 18 años de edad establecida por al Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, del 18 de julio del 2008, dicho criterio se ha aplicado a los casos de condenados por estos hechos en sentencias dictadas con anterioridad a la expedición de dicho Acuerdo.

Siendo así, consideramos que el operador jurisdiccional podrá desvincularse de esta jurisprudencia vinculante, dando las razones correspondientes.

d) Diferencia del precedente del Tribunal Constitucional con la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema

La diferencia entre estas instituciones la ha desarrollado el propio Tribunal Constitucional apelando al desarrollo de los precedentes en el sistema del *common law*, señalando el respecto: "Para que una decisión de este Colegiado, planteada en forma de precedente vinculante pueda convertirse en una herramienta útil en la expansión de los efectos de una sentencia que, en principio, debiera tener solo efectos *inter partes*, resulta

necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un TC, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del *Common Law*.

Es conocido que el precedente judicial en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. O sea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que este logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto.

El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del TC. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional"[99].

2.2.2. SENTENCIAS PLENARIAS VINCULANTES DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA

Son las sentencias dictadas, no por una Sala Penal (con sus cinco Jueces Supremos) sino por el Pleno integrado por los miembros de todos las Salas Penales de la Corte Suprema (Salas Permanente y Transitorias). Estas Sentencias Plenarias no resuelven un caso concreto, sino que se expiden cuando alguna de las Salas Penales haya resuelto de modo distinto al contenido de la jurisprudencia (vinculante o común) dictada por otra Sala (o incluso la misma Sala con miembros distintos), lo que motiva que por propia iniciativa de las Salas Penales, o a solicitud del Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, los miembros de todas las Salas de la especialidad se reúnan en sesión plenaria, para resolver el desacuerdo y asumir la postura o criterio correspondiente. Esta reunión plenaria concluye expidiendo una *"sentencia plenaria"* dictada por la mayoría absoluta de los jueces supremos intervinientes, la misma que no tiene efectos para las partes involucradas en los casos en que se resolvió con antelación por las Salas Penales, en las que se advirtió la contradicción, solo sirve como criterio interpretativo para orientar la resolución de casos futuros. Obviamente, el Pleno de las Salas debe resolver tomando en cuenta, fundamentalmente, los criterios esgrimidos en las resoluciones contradictorias materia de análisis, pero también puede desarrollar nuevos criterios que optimicen la interpretación legal o aporten mejores soluciones para los casos concretos.

---

[99] Exp. Nº 3741-2004-PA/TC. Pub.: 11/11/2006. Caso: Salazar Yarlenque. FV: 41 y 50.

En buena cuenta, *las sentencias plenarias* son decisiones del Pleno de los Vocales de las Salas Penales de la Corte Suprema contenidas en una resolución suscrita por los miembros del pleno y que contiene el consenso o el acuerdo mayoritario de los mismos sobre un asunto sobre el cual se han presentado controversias o criterios dispares entre las Salas Penales indicadas; a través de estas sentencias se resuelve la controversia y se desarrolla criterios uniformes para la resolución de nuevos casos. Como puede verse en este caso no se resuelve un caso concreto sometido a conocimiento de las Salas Penales sino una discrepancia entre las Salas o sus miembros.

De la interpretación adecuada de la norma referida, artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales (aun cuando no lo establece expresamente), se concluye que estas sentencias plenarias tienen *carácter vinculante* para las diversas instancias del Poder Judicial[100], siempre que desarrollen principios jurisprudenciales útiles para la resolución de casos concretos, sin perjuicio de que pueden desvincularse esgrimiendo la argumentación correspondiente. En efecto, están contenidas en el epígrafe de "precedentes obligatorios" del Código de Procedimientos Penales, por lo que pueden considerarse como una especie de decisiones vinculantes dentro del género de precedentes judiciales vinculantes estipulados en dicha norma. Asimismo, constituyen una expresión de la voluntad de las Salas Especializadas de la Corte Suprema que selecciona y complementa criterios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento, conforme al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las Salas Penales de la Corte Suprema han optado por la expedición de sentencias plenarias en varios casos, pero resulta ilustrativa la ***Sentencia Plenaria N° 2-2005/DJ-301-A,*** de fecha 30 de setiembre del 2005, en torno a la controversia creada entre dichas Salas sobre la aplicación de la sustitución de la pena en los casos de condenas por delitos de tráfico ilícito de drogas luego de que se diera la modificación de los tipos penales correspondiente a estos delitos a través de la Ley N° 28002, la misma que estableció penas más benignas; asimismo la ***Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A,*** sobre el momento de consumación del delito de robo. Igualmente, la ***Sentencia Plenaria N° 01-2013/301-A*** sobre el plazo para fundamentar el recurso impugnatorio (el mismo que rige desde el día siguiente del acto de su interposición).

Tal como se ha señalado con anterioridad, el fundamento de las sentencias plenarias es el artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959 y el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En las sentencias plenarias, ordinariamente se señala que también sería fundamento de las mismas, el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; sin embargo, si revisamos cuidadosamente esta norma, se aprecia que este artículo en ningún momento se refiere a la naturaleza vinculante de la jurisprudencia, sino únicamente a la posibilidad de que los integrantes de las Salas Especializadas puedan reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales para concordar la jurisprudencia de la especialidad; en tal sentido esta norma no faculta a las Salas

[100] Hay que tener presente que el carácter vinculante de la jurisprudencia o decisiones judiciales, en el sistema de derecho escrito como el nuestro, solo lo determina una norma expresa, puesto que en este caso el derecho o las instituciones jurídicas no se configura a partir de las decisiones judiciales, como en el *Common Law*, sino a través de normas escritas expresas; solo de modo secundario la jurisprudencia incide en la configuración del Derecho.

Especializadas a establecer criterios vinculantes para las diversas instancias del Poder Judicial.

También las Salas Penales de la Corte Suprema reunidas en pleno jurisdiccional, sin que se presenten las discrepancias intersalas referidas en el numeral 2 del artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, han procedido a seleccionar determinadas Ejecutorias o decisiones jurisprudenciales sin contenido vinculante dictadas por las diversas Salas Penales, a las mismas que el Pleno les ha otorgado la calidad de vinculantes, por considerar que fijan principios jurisprudenciales útiles para optimizar la función jurisdiccional y que deben ser de obligatorio cumplimiento[101]. En estos casos, sin haberse dictado propiamente una sentencia plenaria, se ha seleccionado a las Ejecutorias ya dictadas en todo su contenido y por mayoría o por unanimidad se le ha otorgado la calidad de vinculantes y se ha ordenado su publicación en el Diario Oficial. En este supuesto, el fundamento normativo no proviene del artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, sino más bien del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este caso, no se trata propiamente de una sentencia, sino más bien de un acuerdo del pleno por el cual se decide otorgarles la calidad de vinculantes. En buena cuenta, este sería el único caso en que los Acuerdos del Pleno resultan vinculantes, como veremos más adelante.

2.2.3. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CASATORIAS DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL

En principio, conforme a la naturaleza de las sentencias casatorias, todas ellas deben tener efecto vinculante o connotación de obligatoriedad en cuanto a los principios generales que desarrollan sobre la aplicación e interpretación de las normas y otros criterios necesarios para una correcta administración de justicia. En efecto, esta parece ser la apreciación que les otorgan los operadores jurídicos al momento de evaluar y aplicar las sentencias casatorias dictadas por nuestra Corte Suprema[102]. Y no podría ser de otro modo, puesto que la casación persigue fundamentalmente una finalidad nomofiláctica; es decir, busca preservar la racionalidad del derecho vigente más allá del propio interés de las partes involucradas en los respectivos procesos. Asimismo, teniendo en cuenta que busca establecer criterios generales respecto a la correcta interpretación y aplicación de las normas, respetando los criterios lógicos en la argumentación desarrollada.

Sin en embargo, en nuestro Código Procesal Penal se ha optado por diferenciar el efecto vinculante de las sentencias casatorias al haberse establecido en su artículo 433º.3 que serán las Salas Penales o eventualmente el Pleno de los miembros de dichas Salas, los que determinarán expresamente el carácter vinculante del contenido de dichas sentencias o resoluciones en general. En efecto, el artículo 433º.3 del Código Procesal Penal establece que las Salas Penales Supremas que conozcan el recurso de casación podrán decidir de oficio o a pedido del Ministerio Público, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de la

---

101 Tales con los casos del Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22, del 30 de setiembre del 2005 y el Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre del 2006.

102 En el desarrollo de este trabajo, al presentar las casaciones, consideramos el efecto vinculante en general de todas las sentencias y resoluciones dictadas al resolverse los diversos recursos de nulidad interpuestos, aun cuando dicho efecto pueda ser de distinto nivel.

decisión, que lo resuelto constituye ***doctrina jurisprudencial vinculante*** para los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la Corte Suprema; vinculatoriedad que permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. De donde se aprecia que, en principio, no toda la jurisprudencia casatoria tiene la calidad de vinculante; sin embargo, si la Corte Suprema así lo decide, alguna de ellas tendrá tal efecto. Obviamente la Sala Penal expresamente determinará esta condición en la parte resolutiva de la sentencia casatoria.

Si ello es así, queda claro entonces, que existen las sentencias casatorias vinculantes y las sentencias o resoluciones casatorias ordinarias o comunes, cuyo efecto vinculante, por lo menos, no es igual al de las primeras. En efecto, las Salas Penales de la Corte Suprema vienen estableciendo expresamente, la calidad de vinculantes solo en determinadas sentencias casatorias.

Puede tratarse de sentencias casatorias o de otro tipo de resoluciones, siempre que el asunto a resolverse revista especial importancia y se aprecie su utilidad para la resolución de casos en el futuro; asimismo, cuando sea necesario para unificar los criterios jurisprudenciales.

Es necesario precisar que lo resuelto constituye ***"doctrina jurisprudencial vinculante",*** en tal sentido, debe de reunir el rigor de toda doctrina, esto es, desarrollar argumentos con suficiente fuerza persuasiva idóneos para generar convicción en los órganos jurisdiccionales (y la comunidad jurídica en general) que van a interpretar y aplicar dicha doctrina vinculante. De no reunir el suficiente rigor doctrinario o de presentar argumentos débiles o derrotables, siempre será posible desvincularse de la sentencia casatoria vinculante y desarrollar fundamentos de mayor fuerza argumentativa.

2.2.4. LOS PLENOS CASATORIOS VINCULANTES EN MATERIA PENAL CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Asimismo, conforme al referido artículo 433º.3 del Código Procesal Penal, si luego de expedirse la sentencia (o auto) casatoria vinculante, alguna otra Sala Penal de la Corte Suprema, o la misma Sala con nuevos integrantes, no estuviera de acuerdo con el contenido de la Sentencia casatoria vinculante, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales en lo Penal de la Corte Suprema para tomar la decisión correspondiente, la misma que se adoptará por mayoría absoluta. En dicho plenario se buscará uniformizar criterios y expedir el Acuerdo Casatorio pertinente, en el mismo que se establecerá la nueva doctrina vinculante correspondiente o se ratificará la contenida en la jurisprudencia casatoria vinculante preexistente.

En este caso no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

Al igual que en el caso de la jurisprudencia casatoria vinculante (tratada en el punto 4), estos criterios plenarios vinculantes deben reunir los presupuestos y requisitos propios de la doctrina jurídica, esto es, configurarse a partir de argumentos sólidos e incuestionables, de lo contrario, su efecto vinculante podrá ser débil o relativo y el operador jurisdiccional podrá desvincularse sin problema alguno, obviamente desarrollando la motivación reforzada correspondiente.

Finalmente, también el mismo artículo del Código Procesal Penal, establece que si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal, en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Jueces Supremos de las Salas Penales de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo.

Este último supuesto, como puede apreciarse, se trata de un plenario obligatorio en el que se debatirá las contradicciones de las Salas Supremas Penales y se expedirá al Acuerdo Plenario Casatorio correspondiente, al igual que en el caso anterior.

2.2.5. OTRAS DECISIONES VINCULANTES DE LA CORTE SUPREMA

a) Precedentes vinculantes en materia civil

Al igual que en el Código Procesal Penal, también en el artículo 400º del Código Procesal Civil, se establece que: *"Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.*

Si los Abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad".

Como puede advertirse también en el área civil se dicta la jurisprudencia casatoria vinculante. La diferencia con la procesal penal, es que en dicha sede, la jurisprudencia casatoria la determina la propia Sala Penal al resolver el caso concreto (los 5 vocales de la Sala) o en todo caso, cuando se dicta el Acuerdo Plenario Casatorio de todos los Vocales de las Salas Supremas, este acuerdo no resuelve ni modifica lo resuelto en el caso específico que motiva la jurisprudencia. En cambio en sede civil, se convoca a todos los Vocales Supremos de dicha área y entre todos resuelven, por mayoría absoluta, el caso concreto; esto es, dictan la sentencia resolviendo la casación todos los Jueces Supremos Civiles. La decisión, además de resolver el caso concreto, constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Obviamente, también se trata de doctrina jurisprudencial y por ello tiene que reunir los requisitos de una buena doctrina (argumentación coherente, suficiente y justificada), de

lo contrario, el operador jurisdiccional podrá desvincularse del contenido de la jurisprudencia casatoria vinculante.

Los Vocales de las Salas civiles de la Corte Suprema, a través de estas jurisprudencias casatorias vinculantes se han pronunciado sobre: a) Transacción extrajudicial y legitimación activa en intereses difusos, Casación N° 1465-2007- Cajamarca; b) Prescripción adquisitiva de dominio, Casación N° 2229-2008-Lambayeque; y, c) Divorcio por causal de separación de hecho (daños morales en casos de divorcio), Casación N° 4664-2010-Puno; etc.

b) Precedentes vinculantes en materia contencioso – administrativo

En materia contencioso administrativo el artículo 37º del TUO del Proceso Contencioso Administrativo D.S. 013-2008-JUS, establece que *"Cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante.*

Los órganos jurisdiccionales podrán apartarse de lo establecido en el precedente vinculante, siempre que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan del precedente.

El texto íntegro de todas las sentencias expedidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República se publicarán en el Diario Oficial El Peruano y en la página web del Poder Judicial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad".

En este caso, es la propia Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema la que al conocer un caso concreto en materia contenciosa administrativa, establece directamente el principio que configura el precedente vinculante, sin necesidad de convocar a una reunión plenaria con los demás integrantes de las demás salas en materia constitucional y social. Y como puede apreciarse, la propia norma deja abierta la posibilidad de desvinculación por parte del operador jurisdiccional.

c) Precedentes vinculantes en materia laboral

En el mismo sentido, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema que conozca del recurso de casación en materia laboral, de conformidad con el artículo 40º de la Ley procesal del Trabajo Nº 29497, puede convocar al pleno de los jueces supremos que conforman otras salas en materia constitucional y social a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión se toma por mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio y constituye precedente judicial que vincula a los órganos jurisdiccionales de la República hasta que sea modificado por otro precedente. En la vista de la causa, los abogados pueden informar oralmente.

Como puede apreciarse, también en estos casos se convoca a reunión plenaria de todos los vocales de la materia y resuelven el caso específico a través de una sentencia, que a la par que resuelve el caso concreto establece los principios casatorios vinculantes de la materia; los mismos que serán debidamente publicados conforme a ley.

d) Decisiones de la Sala Suprema Constitucional y Social

Finalmente, el artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de conformidad con la supremacía de la norma constitucional establece la faculta de los jueces de aplicar el control difuso de las leyes que resultan contraria a la Constitución, a las mismas que dejarán de aplicar por considerarlas inconstitucionales. En este caso, los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal en el caso concreto por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación.

Lo que resuelva la Sala Constitucional y Social Suprema, en estos casos tendrá efecto vinculante, atendiendo a que la máxima instancia jurisdiccional de la justicia ordinaria se ha pronunciado luego de evaluar la conformidad o disconformidad de la norma con la Constitución. Obviamente, siempre existirá la posibilidad de desvincularse de esta decisión, en la medida que se pueda desarrollar argumentos sustentatorios suficientes y reforzados[103].

---

[103] En el mismo sentido, es de tomar en cuenta el Acuerdo Plenario Nº 4-2008/CJ-116. 18/07/2008. FV: 10 y 11, en el mismo que las Salas Supremas de la Corte Suprema, dejan abierta la posibilidad de desvincularse de lo resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, en ocasión de que esta se pronuncia desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal. En dicha sentencia la Sala Constitucional declaró que la norma en cuestión no se contrapone a la Constitución.

Pese a ello, el Acuerdo Plenario estipula que el control difuso es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no solo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Consecuentemente, los jueces penales, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.

De ello se aprecia que las Salas Penales de la Corte Suprema, consideran que la decisión de la Sala Constitucional cuando resuelve las consultas, no sería vinculante para los jueces. Sin embargo, dicho criterio no nos parece muy acertado, si se tiene en cuenta que al dejar de aplicar la norma en mérito al control difuso aplicado por el Juez, de todos modos se elevará en consulta a la Sala Constitucional, y claro, dicha Sala aplicando su criterio ya esbozado, corregirá lo resuelto por el juez de inferior jerarquía, con lo que lo resuelto por dicho juez, no será más que un trámite dilatorio e innecesario. Por ello, es que ratificamos nuestro criterio, en el sentido de que las decisiones de la Sala Constitucional, cuando resuelve las consultas relativas al control difuso, sí resultan vinculantes, aún cuando no se trata de una vinculatoriedad absoluta, la misma que, consideramos no existe ni es posible en nuestro ordenamiento jurídico.

2.3. DOCTRINA JUDICIAL ("LEGAL") DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA

2.3.1. LOS ACUERDOS PLENARIOS DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA

Las decisiones de la Corte Suprema que en los últimos tiempos han tenido más difusión y aplicación en nuestro medio, sobre todo en el ámbito penal, son los llamados Acuerdos Plenarios "vinculantes" a través de los cuales los miembros de las Sala Penales de la Corte Suprema han desarrollado y expedido la llamada ***"doctrina legal",*** como expresamente lo establecen en los propios Acuerdos Plenarios dictados.

En realidad se trata de *"doctrina judicial no jurisdiccional",* puesto que sería "legal" solo si tuviera su fuente en la ley, pero la doctrina no puede crearse o desarrollarse por la ley, si así fuera ya no se trataría de doctrina sino de un componente normativo (mandato legal); pues, la doctrina la elaboran o desarrollan los juristas o teóricos del derecho. Obviamente, también existe la *"doctrina jurisdiccional o jurisprudencial"* que nace de las decisiones jurisdiccionales, pero solo de la actuación del órgano jurisdiccional cuando, precisamente, ejercita la función jurisdiccional, es decir, cuando imparte o administra justicia, declarando o diciendo el derecho en el caso concreto; en otras palabras, cuando resuelve conflictos concretos sometidos a su competencia.

Debe tenerse en cuenta que no toda acción o decisión de los jueces tiene naturaleza jurisdiccional. "En efecto, si bien, por lo general, los jueces ejercen función jurisdiccional, existe una gran cantidad de acciones en las que no. Por ejemplo, no es función jurisdiccional la asistencia de un juez a un evento académico, como no lo es la votación para elegir al Presidente de Corte. En igual situación se encuentra la participación de los magistrados en los plenos jurisdiccionales. En los plenos no se ejerce función jurisdiccional, habida cuenta que no se resuelven conflictos de intereses respetando ciertos principios y haciendo uso de determinados poderes, con autoridad de cosa juzgada"[104]. Por tanto, a través de reuniones plenarias fuera de la función jurisdiccional, no se puede crear doctrina jurisdiccional o jurisprudencial y menos aún concretar mandatos vinculantes; salvo claro está, los casos en que los jueces proceden de acuerdo a una norma autoritativa para tomar decisiones vinculantes como el caso del artículo 22° del TUOLOPJ, pero siempre analizando y decidiendo sobre lo resuelto en casos concretos[105].

Como se ha señalado con anterioridad, en nuestro sistema jurídico, y en general en el sistema del derecho escrito, la calidad vinculante de la jurisprudencia o precedentes judiciales, lo establece la propia norma (ley autoritativa para que el órgano jurisdiccional dicte jurisprudencia con efecto vinculante) y no puede ser de otro modo, puesto que el órgano jurisdiccional no emite normas o preceptos generales; pues, su función es la de impartir o administrar justicia, "diciendo el derecho en el caso concreto".

---

104 BAZÁN SEMINARIO, César: *"Primeros apuntes sobre los (mal llamados) plenos jurisdiccionales".* Justicia Viva, disponible en https://www.google.com.pe/#q=nivel+de+obligatoriedad+de+las+sentencias+casatorias

105 En España este tema ha sido advertido con claridad, de modo que los cónclaves que se realizan en virtud del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio) son denominados ***plenos no jurisdiccionales.*** La figura de los plenos no jurisdiccionales españoles tiene grandes semejanzas con los plenos peruanos, pues ambos buscan uniformizar la jurisprudencia, a partir de la reunión y debate de los magistrados de determinada especialidad.

a) Naturaleza del Acuerdo Plenario

En el Estado Constitucional de Derecho, cuyo fundamento y objetivo es generar las condiciones de vigencia de los derechos fundamentales y la realización de los valores y principios propios de un Sistema Democrático, se busca evitar la concentración del "poder" a fin de evitar tiranías o arbitrariedades; para ello se ha configurado un Estado con división de poderes y competencias capaz de proporcionar los pesos y contrapesos que generen un control recíproco entre los diversos Poderes e instituciones que conforman el Estado, con lo cual se busca evitar que alguno de los Poderes o instituciones pueda atribuirse el poder en forma exclusiva[106]. En tal sentido, el Poder Legislativo dicta la ley conforme a la Constitución; el Poder Ejecutivo tiene un poder administrador, correspondiéndole cuidar que las leyes se cumplan y se observen; y, el Poder Judicial interpreta y aplica las leyes a los casos en los cuales se ha suscitado un conflicto o una incertidumbre jurídica. Igualmente las otras instituciones cumplen las funciones complementarias establecidas por la Constitución y las leyes.

En nuestro medio, siguiendo la orientación anotada, nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 138° ha establecido que: *"La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes."* Igualmente, el mismo artículo reconoce al Poder Judicial la facultad de controlar la constitucionalidad y la jerarquía de todas las normas; asimismo, el artículo 140° de la Constitución concede al Poder Judicial la facultad de revisar lo resuelto por otros fueros como el Militar por ejemplo. Siendo estas sus facultades como Poder del Estado; resaltando la facultad de administrar justicia. Obviamente "… la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los causes constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce. Esto es así, porque la Constitución, a partir del principio de la supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las cuales se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez dicho principio exige que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico deben ser acordes con lo que la Constitución señala"[107].

En tal sentido, se aprecia que el Poder Judicial es el titular de la función jurisdiccional, agregándose que la Corte Suprema es el órgano de clausura o máxima instancia de dicha función. Como tal, el Poder Judicial tiene todas las facultades y obligación de resolver, con autoridad de cosa juzgada (de modo definitivo), todo tipo de conflictos sometidos a su competencia; y si al resolver concretamente dichos casos puede desarrollar criterios o principios que puedan ser de utilidad para la resolución de otros casos futuros análogos, puede disponer que dichos criterios tengan efecto vinculante para todas las instancias judiciales a fin de optimizar la función jurisdiccional y asegurar la vigencia del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica. Es decir, el Poder Judicial está facultado para expedir la llamada *jurisprudencia o precedente vinculante* a través de la Corte Suprema. Pero obviamente, esta jurisprudencia vinculante

---

106 En nuestro medio el Poder Ejecutivo ha asumido mayor primacía llegando a atribuirse mayores facultades y constituyéndose propiamente en el Poder gobernante.

107 LANDA ARROYO, César: *"Constitución y fuentes del Derecho"*. Palestra, Lima, 2006, p. 54.

solo podrá expedirse siempre que exista una norma autoritativa para ello, puesto que estamos en un sistema de derecho escrito.

Las normas autoritativas que han llevado a la expedición de la jurisprudencia vinculantes son el artículo 301º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el D. Leg. N° 959 así como el artículo 433º.3 del Código Procesal Penal, sobre materia penal; el artículo 400º del Código Procesal Civil, en materia civil; el artículo 37º del Texto Único Ordenado del Proceso Contencioso-Administrativo, D.S. 013-2008-JUS, en materia contencioso-administrativo; el artículo 40º de la Ley procesal del Trabajo Nº 29497, en materia laboral; así como para el Tribunal Constitucional los artículo VI y VII del Título Preliminar el Código Procesal Constitucional.

Pero reiteramos, la jurisprudencia vinculante puede expedirla la Corte Suprema, siempre en el marco de la resolución de un caso concreto. Pues, no tiene facultades para dictar o expedir decisiones de carácter general y abstracto con contenido normativo o preceptivo fuera del contexto del conocimiento de un caso concreto, puesto que ello es una función reservada para el órgano legislativo, tal como lo ha dispuesto la propia Constitución. Consecuentemente, ni siquiera es posible que a través de una norma legal autoritativa se pueda facultar a la Corte Suprema para expedir o tomar decisiones generales vinculantes fuera del ejercicio concreto de la función jurisdiccional, porque ello sería inconstitucional y, por tanto, carecería de todo efecto.

Sin embargo, los miembros de las Salas Penales de la Corte Suprema, en determinado momento, tomaron la decisión de reunirse en Pleno Jurisdiccional y expedir los llamados ***Acuerdos Plenarios*** fuera del contexto de la resolución de un caso concreto y sin que se presenten las discrepancias intersalas referidas en el numeral 2 del artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales; procediendo a emitir pronunciamientos supuestamente vinculantes, pese a que, como ha quedado claro, dichas Salas Penales solo pueden emitir decisiones (resoluciones) con contenido vinculante, cuando conozcan un caso concreto y siempre que exista una norma autoritativa al respecto.

En realidad, los ***Acuerdos Plenarios*** que viene expidiendo la Corte Suprema estos últimos años no han definido su naturaleza ni encuentran una definición en el ordenamiento jurídico ni en la jurisprudencia, a la vez que tampoco encontramos un fundamento normativo para su expedición y, sobre todo, para su supuesta naturaleza vinculante. Si bien se ha pretendido fundamentarlos en el artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959 y los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (últimamente solo se ha hecho referencia al artículo 116°); sin embargo, si revisamos cuidadosamente estas normas encontramos que estas no facultan a los miembros de las Salas Penales de la Corte Suprema para expedir estos Acuerdos Plenarios y menos para darles la calidad de vinculantes. En efecto, el artículo 301°-A del CdePP se refiere a la *jurisprudencia vinculante* dictada al resolver un caso concreto (a la cual ya nos hemos referido), así como a la posibilidad de que los Jueces Supremos Penales puedan reunirse en Pleno a fin de dictar una *"sentencia plenaria"* que resuelva la controversia surgida entre las Salas sobre la interpretación y aplicación de la ley en determinado caso; y claro, dicha sentencia tiene que limitarse específicamente al caso concreto y a analizar los criterios discrepantes de las Salas, aun cuando puede complementarlos o racionalizarlos en la sentencia plenaria que se dicte por mayoría o por unanimidad. Asimismo, el artículo 22° del TUOLOPJ solo se refiere a la

publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento por todas las instancias judiciales; con lo que se refiere también a sentencia y resoluciones (concuerda con el numeral 1 del artículo 301°-A del CdePP) mas no así los referidos *Acuerdos Plenarios*; y ojo, que la norma se refiere a publicaciones trimestrales, lo cual no se observa en la expedición de estos Acuerdos.

De otro lado, el artículo 116° del TUOLOPJ en ningún momento se refiere a la naturaleza vinculante de la jurisprudencia o de los Acuerdos Plenarios, únicamente hace referencia a la posibilidad de que los integrantes de las Salas Especializadas puedan reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales para ***concordar*** la jurisprudencia de la especialidad, es decir no para elaborar acuerdos doctrinarios sino para trabajar únicamente con las sentencia y resoluciones ya existentes. Estos Plenos jurisdiccionales han sido realizados solo por los Jueces Superiores de los diversos Distritos Judiciales, en los mismos que, más allá de concordar la jurisprudencia, han desarrollado criterios doctrinarios y han tomado postura respecto a aspectos controvertidos en la jurisprudencias, pero en ningún momento han pretendido darle el carácter de vinculantes a las conclusiones arribadas en dichos plenos; y si bien este artículo se refiere a plenos nacionales, con ello se ha considerado al pleno de los Jueces Superiores de los distritos judiciales de todo el país (a nivel nacional)[108]. Pues, para el nivel de la Corte Suprema se ha reservado la posibilidad de dictar la jurisprudencia o precedentes vinculantes y las sentencias plenarias, las mismas que, efectivamente tienen carácter vinculante en la condición de Órgano de Clausura de esta en el Sistema Judicial. Y claro, la concordancia de de la jurisprudencia, señalada en el artículo 116°, pueden realizarla los miembros de las Salas Penales de la Corte Suprema en el marco de las sentencias plenarias establecidas por el numeral 2 del artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales así como en el artículo 22° del TUOLOPJ.

Consecuentemente, en realidad, no existe ninguna norma autoritativa para que las Salas Penales de la Corte Suprema emitan este tipo de Acuerdos Plenarios "vinculantes", así como tampoco existe para las Salas de las demás especialidades de dicha Corte; y claro, estas en ningún momento han emitido criterios normativo generales y abstractos sin referencia a caso concreto alguno (asumiendo el papel de supuestos legisladores) como lo han hecho las Salas Penales, únicamente se han reunido en pleno conforme a las normas autoritativas de sus respectivas especialidades cuando se ha tratado de resolver casos específicos.

Al respecto CASTILLO ALVA asumiendo la postura de la Corte Suprema, en el sentido de que la norma autoritativa, efectivamente, sería el referido artículo 116° del TUOLOPJ, concluye en consecuencia, que estos Acuerdos Plenarios no son vinculantes, precisando que su valor radica únicamente en la fuerza persuasiva de sus argumentos[109]. Esto es correcto en parte, pues, efectivamente estos Acuerdos no pueden ser vinculantes; sin embargo, creemos que aun cuando la Corte Suprema hace referencia a este artículo del

---

[108] Por lo menos no se conoce que los Jueces Supremos de las Salas Penales se hayan reunido conforme a la facultad concedida en el artículo 116° del TUOLOPJ, recién a partir del año 2004, a partir de la vigencia del artículo 301°-A del Código de procedimientos Penales es que se conoce de las reuniones plenarias de los miembros de las Salas Penales Supremas.

[109] CASTILLO ALVA, José Luis: Precedentes vinculantes, sentencias plenarias y acuerdos plenarios. En: *Los precedentes vinculantes de la Corte Suprema,* 3ª Edición, APECC, Lima, 2012, p. 26 y ss.

TUOLOPJ como norma autoritativa para expedir los antedichos Acuerdos, realmente esta no sería propiamente la real postura de la Corte, puesto que de ser así, no podrían justificar su supuesto efecto vinculante. Y claro, en los Acuerdos Plenarios desde un inicio se incidió categóricamente en dicho "carácter vinculante", lo cual ha sido sostenido (y se sigue sosteniendo)[110] por los Jueces Supremos en todo momento, pese a que con ello se estaría negando tal efecto vinculante, como correctamente señala CASTILLO ALVA.

A nuestro parecer, los miembros de las Salas Penales de la Corte Suprema creyeron encontrar el fundamento para expedir estos Acuerdos Plenarios (supuestamente vinculantes) en el numeral 2 del artículo 301°-A del CdePP, incorporado por el Decreto Legislativo N° 959, en cuanto establece que los miembros de las Salas Penales pueden celebrar reuniones plenarias para emitir una *sentencia plenaria vinculante* a fin de resolver las controversias o discrepancias surgidas entre las Salas sobre determinada materia. En efecto, en los primeros Acuerdos Plenarios del 30 de setiembre del 2005, especialmente en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, sobre Definición y Estructura Típica del Delito de Peculado Art. 387° CP, en su encabezamiento se señaló que se trataba de una Concordancia Jurisprudencial conforme al artículo 116° del TUOLOPJ; sin embargo, a renglón seguido se señalaba que las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron realizar el Pleno Jurisdiccional a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301°-A del CdePP, incorporado por el D. Leg. N° 959 y solo complementariamente se hacía referencia a los artículo 22 y 116 del TUOLOPJ; y finalmente *acuerdan establecer como doctrina legal las definiciones precisadas y la estructura del delito de peculado,* precisando además que algunos de sus párrafos constituyen ***"precedente vinculante".*** Estos criterios siguen en los demás Acuerdos Plenarios de estos primeros años.

Como puede verse, no se ha realizado ninguna concordancia jurisprudencial conforme al artículo 116° ni se ha ordenado publicar Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales conforme al artículo 22°, entonces estos artículos no resultaban aplicables ni fundamentaban estos Acuerdos Plenarios; por el contrario se había establecido la denominada *"doctrina legal",* como una creación unilateral del Pleno. Entonces, descartados los artículos los artículos 22° y 116° del TUOLOPJ, solo queda el artículo 301°-A del CdePP, el cual tampoco resulta de aplicación, porque este está referido a la *jurisprudencia vinculante* y a las *sentencias plenarias,* mas no así a *Acuerdos Plenarios* o a *"doctrina legal"* vinculantes.

No obstante, como ya lo hemos adelantado, no podemos hablar propiamente de *"doctrina legal",* ya que para ello, dicha doctrina tendría que tener su fuente en la ley; pero, como se sabe, la doctrina no puede ser creada por la ley, si así fuera ya no se trataría de doctrina sino de un mandato legal; pues, la doctrina la elaboran o desarrollan los juristas o teóricos del derecho. En todo caso, también podemos hablar de *doctrina jurisprudencial,* como se señala en el numeral 3 del artículo 433° del Código Procesal Penal, referido a las sentencias casatorias vinculantes que establecen la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales de la Corte Suprema.

---

110 PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Consecuencias jurídicas del delito. En *Los precedentes vinculantes de la Corte Suprema;* 3a. Edición, APECC, 2014, pp. 35 y ss, y todos sus demás escritos sobre la materia. Asimismo, NEYRA FLORES, José Antonio, en sus diversos pronunciamientos publicados y más recientemente en el Prólogo al libro *Jurisprudencia penal vinculante* de Jelio Paredes Infanzón ya señalada.

Con posterioridad, a partir de los Acuerdos Plenarios del 2006, especialmente el N° 7-2006/CJ-116, del 13 de octubre del 2006, ya se deja de consignar el articulo 301°-A en los Acuerdos Plenarios, consignándose únicamente los artículo 22° y 116° del TUOLOPJ, puesto que los Jueces Supremos se dieron cuenta que el artículo 301°-A no resultaba aplicable. Pero, los otros artículos tampoco resultan aplicables, es decir, tampoco sirven de sustento para expedir Acuerdos Plenarios. Actualmente, solo se consignan en los Acuerdos Plenarios el artículo 116° del TUOLOPJ, lo que ha llevado a autores como CASTILLO ALVA a criticar su naturaleza vinculante, puesto que este artículo en ningún momento faculta a los jueces para expedir este tipo de decisiones.

Entonces, los *Acuerdos Plenarios,* a través de los cuales se pretende establecer criterios doctrinarios vinculantes, no tienen asidero normativo alguno en nuestro ordenamiento jurídico; y hasta donde conocemos, no tiene precedente o símil en ningún otro sistema jurídico. Por tanto, constituyen una creación unilateral y de *motu propio* de los Jueces Supremos de las Salas Penales de la Corte Suprema.

Lamentablemente, los operadores jurídicos han aceptado mayoritariamente estos Acuerdos y su supuesta vinculatoriedad sin detenerse a realizar un debido análisis crítico; ello ha alentado a los Jueces Supremos Penales a seguir emitiendo este tipo de decisiones cada año y a incidir en su supuesta vinculatoriedad pese a que de ningún modo pueden fundamentarlo. Y peor aún, inciden en vincular a los operadores judiciales a estos Acuerdos sin fundamentación legal, pese a que la Constitución establece que el Poder Judicial ejerce la jurisdicción conforme a la Constitución y las leyes; criterio que es reconocido por el propio Tribunal Constitucional, el que asumiendo criterios desarrollados por la doctrina, señala: "(...) la Constitución también incide en el sistema de fuentes en la medida en que regula el proceso de producción jurídica atribuyendo poderes normativos a distintos sujetos y asignando un valor específico a las normas creadas por estos. Es decir, la Constitución es la *norma normarum* del ordenamiento, aunque no todas las normas sobre la producción jurídica están contenidas en ella[111].

A nuestro criterio, el único caso en que lo Acordado en las reuniones plenarias de Jueces Supremos resultan vinculantes, son los supuestos en que en dichos Plenarios se procede a seleccionar determinadas Ejecutorias o decisiones jurisprudenciales sin contenido vinculante dictadas por las diversas Salas Penales, a las mismas que el Pleno les otorga la calidad de vinculantes, por considerar que fijan principios jurisprudenciales útiles para optimizar la función jurisdiccional y que deben ser de obligatorio cumplimiento. En estos casos, como puede verse, en el Pleno no se dicta una *sentencia plenaria*, sino que se *acuerda* seleccionar ciertas Ejecutorias ya dictadas en todo su contenido y por mayoría o por unanimidad se decide otorgarles la calidad de vinculantes y se ordena su publicación en el Diario Oficial. En este supuesto, el fundamento normativo no proviene del artículo 301°-A del CdePP o del artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino más bien del artículo 22° del mismo cuerpo normativo.

b) Definición y nivel de vinculatoriedad de los Acuerdos Plenarios

111 EXP N.° 047-2004-AI/TC. Caso: Gobierno Regional de San Martín. 24/04/2006.

Como ya se indicó líneas antes, estos Acuerdos Plenarios "vinculantes" son decisiones tomadas mayoritaria o consensualmente por el Pleno de los Jueces de las Salas Penales de la Corte Suprema en las que desarrollan teóricamente (en cuyo análisis también incluyen la jurisprudencia) algunas cuestiones problemáticas que se presentan en la actuación cotidiana de los órganos jurisdiccionales, llegando a configurar una especie de doctrina de la máxima instancia judicial (el Acuerdo la denomina *"doctrina legal"*, pero ello no es propiamente tal). En estos Acuerdos no se resuelve un caso concreto con autoridad de cosa juzgada por lo que no constituye el ejercicio de la función jurisdiccional de los jueces intervinientes.

En tal sentido, solo valdrán como criterios doctrinarios en general, los mismos que más allá de su origen jurisdiccional, solo configurarán doctrina asumible en tanto y en cuanto aporten argumentos con una fuerza persuasiva capaz de generar convicción en el intérprete, de lo contrario solo podrá ser considerado como cualquier tipo de doctrina desarrollada en el medio.

Hay que tener en cuenta que la doctrina o dogmática jurídico-penal es el conjunto sistemático de conocimientos jurídicos rigurosamente estructurados, elaborados u obtenidos a través de metodologías propias de las ciencias jurídicas (dogmática, exegética, hermenéutica y sobre todo la argumentación jurídica), que señala los límites y define los conceptos o categorías jurídicas que permiten la aplicación segura y predecible del Derecho penal, lo que a la vez dota de racionalidad a la actividad jurídico - penal sustrayéndola de la arbitrariedad y la improvisación. Sin embargo, este sistema constituido por la dogmática, no es absoluto y cerrado por sus propias premisas o conclusiones, por el contrario, debe estar orientado a lograr la solución efectiva de los conflictos sociales y permanecer abierto a los nuevos conocimientos, a las nuevas soluciones o a los nuevos problemas. Asimismo, la dogmática debe mostrarse capaz de resolver cualquier tipo de antinomias que surjan al interior del sistema u ordenamiento jurídico, a fin de salvar la ordenación lógico-sistemática que le da unidad y coherencia.

En tal sentido, si es que en los Acuerdos Plenarios no se desarrollan criterios rigurosos que ameriten ser considerados como una verdadera doctrina, ni siquiera merecen ser tomados en cuenta y discutidos por los operadores jurídicos. Consecuentemente su nivel de vinculatoriedad resulta altamente discutible; es más, se sabe que no vienen siendo asumidos en su integridad; salvo los casos en que desarrollan o aportan argumentos debidamente fundamentados idóneos para generar convicción.

Aun cuando, en general, el contenido de estos Acuerdos, al constituir un tipo de doctrina, no tendría más valor que la doctrina creada por los juristas, fiscales o procuradores, tiene el plus o *auctoritas* de provenir de la máxima instancia judicial y por ello debe ser tomada en cuenta por los operadores jurídicos e intérpretes de las normas, pero no porque realmente tengan efecto vinculante alguno. Pues, está claro que en un sistema de derecho escrito, dicha vinculatoriedad solo puede provenir, precisamente de la norma escrita.

c) Retroactividad del Acuerdo Plenario

Al analizar la retroactividad de la *jurisprudencia vinculante,* hemos señalado que, aun cuando la Sala Penal permanente de la Corte Suprema de Justicia, en una

jurisprudencia vinculante, ha establecido que la jurisprudencia vinculante no es retroactiva, por nuestra parte, desde una perspectiva constitucional, hemos señalado que sí se puede justificar la retroactividad benigna de dicha jurisprudencia.

Sin embargo, no podemos esgrimir el mismo argumento para el caso de los Acuerdos Plenarios, puesto que estos no cuentan con una norma jurídica que les otorgue la calidad de vinculantes, constituyendo únicamente el criterio de los Jueces Supremos reunidos en el Pleno. Pues, estos no contienen un cambio normativo sino solo una nueva propuesta interpretativa de las normas, las mismas que se mantienen igual.

Consecuentemente, así como la doctrina elaborada por los juristas, los abogado litigantes o los procuradores no puede tener incidencia en la cosa juzgada, de igual modo los Acuerdos Plenarios no pueden tener efectos *ex tunc* e incidir en los casos ya decididos de modo definitivo, a diferencia de la promulgación de un nuevo criterio normativo o preceptivo que sí debe tener retroactividad benigna en materia penal *(ex nunc).*

2.4. JURISPRUDENCIA PENAL ORDINARIA DEL PODER JUDICIAL Y PRONUNCIAMIENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Como se sabe, dentro de los grandes sistemas hegemónicos que coexisten en el mundo (el *common law* y el *civil law)* nuestro sistema jurídico es tributario del Sistema Romano-Germánico, derecho escrito o *civil law;* en este sistema la fuente preeminente es la norma escrita, quedando la jurisprudencia o decisiones procedentes de los órganos jurisdiccionales, reservada a una función netamente secundaria. En tal sentido, en el *civil law,* la norma legal y la doctrina o teoría elaborada a partir de la interpretación y desarrollo de la misma, ha guiado el quehacer de los órganos jurisdiccionales y de los operadores jurídicos en general; a diferencia de los sistemas del *common law,* en que la jurisprudencia o precedentes vinculantes (*stare decisis)* son el producto natural del sistema y la fuente principal a partir de la cual se desarrolla y concreta la función del derecho en la vida de la sociedad.

Sin embargo, en el actual Estado Constitucional de Derecho, en el que se ha producido una especie de jurisdiccionalización del derecho, la voz o decisión del Juez en el *civil law* se ha revalorado, habiéndose producido un acercamiento al sistema del *common law,* cobrando la jurisprudencia o decisiones jurisdiccionales vital importancia en el sistema jurídico así como en el desarrollo y aplicación del derecho; tanto es así, que actualmente ya no se concibe una doctrina o teoría jurídica que no parta de la jurisprudencia o que no la tome en cuenta. Y si bien, en nuestros sistemas no tenemos una tradición sustentada en la jurisprudencia o precedentes judiciales, han sido las propias normas escritas las que han dispuesto que las decisiones de los órganos de justicia (ordinaria y constitucional) tengan efecto vinculante para la evaluación y resolución de casos futuros, cuando así se establece en la propia resolución, con lo que se les ha dado entrada directa y preeminente en el accionar de los órganos jurisdiccionales, en la propia interpretación y aplicación de las normas así como en la configuración del derecho u ordenamiento jurídico.

Sin embargo, además de las decisiones jurisprudenciales o precedentes, que por mandato de la propia norma escrita resultan vinculantes o de obligatoria observancia por parte de los operadores jurisdiccionales, también existen las decisiones que no tienen la condición de vinculantes, pero que por desarrollar criterios relevantes, resultan de gran

utilidad para la interpretación normativa, la configuración del derecho y para la resolución de casos futuros. Pues si se expide o desarrolla jurisprudencialmente un argumento persuasivo y aceptado, no existirá razón para dejarlo de lado, salvo que hubiese una mejor razón o mejor argumento para resolver de modo distinto. En tal sentido, dicha jurisprudencia ordinaria del Poder Judicial (Corte Suprema y Cortes Superiores fundamentalmente) en la actualidad nos acerca al funcionamiento del derecho y a su propia configuración. Consecuentemente, resulta de vital importancia estudiar y analizar dicha jurisprudencia ordinaria a fin de interpretar y aplicar debidamente el derecho vigente, más allá de la interpretación doctrinaria presentada por los juristas.

Como se sabe, la jurisprudencia es el conjunto de criterios y directrices doctrinarias o prácticas producidas por los jueces al conocer un caso concreto; en esta se condensa los consensos gnoseológicos sobre diversas materia jurídicas, o sobre un punto o cuestión determinada. Criterios que son desarrollados o asumidos racionalmente por la comunidad jurídica y proporcionan certeza y seguridad jurídica[112].

En tal sentido, en este trabajo presentamos y desarrollamos la jurisprudencia penal ordinaria, que no tiene la calidad de vinculante, expedida por las Cortes Suprema en el conocimiento de recursos de nulidad; la que expide al conocer las casaciones, conforme el nuevo Código Procesal Penal, así como también la jurisprudencia expedida por algunas de las Cortes Superiores; precisando que también a nivel de las Cortes Superiores, se realizan acuerdos plenarios para sistematizar los criterios esbozados en la jurisprudencia de sus respectivas cortes, los que orientan el accionar de los jueces, pero no tienen efecto vinculante, aunque si persuasivo, para los jueces de la respectiva Corte Superior.

2.4.1. JURISPRUDENCIA ORDINARIA DE LA CORTE SUPREMA

a) Jurisprudencia ordinaria

Referida a las sentencias o resoluciones de la Corte Suprema expedidas en los casos en que, conforme al Código de Procedimientos Penales, son elevados a esta instancia en recurso de nulidad, recurso de queja, a través de una consulta o mediante una demanda de revisión de una sentencia condenatoria. Estas resoluciones o decisiones, se toman teniendo en cuenta el pronunciamiento previo del Fiscal Supremo en lo Penal, el mismo que se plasma en un dictamen ilustrativo que sin ser vinculante para la Sala Suprema Penal, aporta criterios orientadores para que la Sala resuelva de la mejor manera.

Estas sentencias o resoluciones no son vinculantes para los operadores jurídicos en la resolución de casos futuros, puesto que nuestro sistema no es el del *stare decisis*; sin embargo, por tratarse de criterios doctrinarios o interpretativos de la máxima instancia del órgano jurisdiccional, de todos modos, contiene las mejores razones para resolver los casos más importantes de la justicia penal peruana; y por ello mismo, contiene los argumentos más desarrollados y persuasivos que deben ser tomados en cuenta por los operadores jurisdiccionales de todas las jerarquías; sobre todo, si se trata de casos que van a ser conocidos en última instancia por la Corte Suprema, cuyos criterios ya quedan plasmados en sus pronunciamientos Jurisprudenciales.

---

[112] ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal.* Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 11.

b) En materia casatoria

Referido a las decisiones de las Salas Penales de la Corte Suprema que sin haberse establecido su efecto vinculante en la misma resolución, resuelven casos concretos cuando la causa es elevada en casación conforme al Código Procesal Penal. Pues, conforme al artículo 433º del referido Código, las Salas Supremas pueden expedir sentencias casatorias en las que se establece expresamente su carácter vinculante y otras sentencias en que no se establece tal calidad. Estos últimos supuestos son fundamentalmente, los que al declarar fundado el recurso de casación, la Sala Suprema decide resolver sin reenvío, esto es, resuelve el fondo del asunto. En esta sentencia de fondo, se plasman y desarrollan los criterios casatorios doctrinarios e interpretativos asumidos por la Corte Suprema, y como tales orientan las decisiones de los organismos jurisdiccionales inferiores.

Debe quedar claro en este caso, que si bien en estas resoluciones no se establece expresamente que su contenido o argumentos principales son vinculantes para las demás instancias del Poder Judicial, por la propia naturaleza de las sentencia o resoluciones casotorias, consideramos que las mismas tienen efecto vinculante, aun cuando puede discutirse el nivel de vinculatoriedad de las casaciones expresamente vinculante y las demás resoluciones y sentencias casatorias.

2.4.2. DICTÁMENES DE LAS FISCALÍAS SUPREMAS

Conforme al artículo 83° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Fiscal Supremo en lo Penal emite dictamen previo a la sentencia en los procesos expresamente determinados por la ley. En tal sentido, los Fiscales Supremos desarrollan criterios doctrinarios sobre la aplicación e interpretación de la ley, así como para la evaluación y percepción de los hechos materia de los procesos, los mismos que, al igual que la jurisprudencia ordinaria del Poder Judicial, también tiene alta incidencia en la investigación y resolución de caso futuros, especialmente en el ejercicio de la función fiscal.

2.4.3. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LAS CORTES SUPERIORES

También los jueces integrantes de las Salas Superiores, cuando conocen los casos en apelación o de modo originario (cuando las Salas son las encargadas de llevar a cabo del desarrollo del juicio oral) emiten decisiones fundamentadas en las que desarrollan criterios doctrinaros o interpretativos útiles para la resolución de casos futuros; asimismo, aportan criterios prácticos conforme a las máximas de la experiencia que resultan ilustrativos para la evaluación de casos análogos. Estas sentencias también contienen criterios jurisdiccionales de utilidad para la configuración del derecho y para la adecuada resolución de los casos concretos. Pues la observancia de los criterios jurisdiccionales en general, aporta elementos para la seguridad jurídica, la concreción del derecho de igualdad ante la ley y la propia legitimación de la administración de justicia.

Es por ello que en el presenta trabajo también presentamos algunas decisiones de las Cortes Superiores que las consideramos ilustrativas y útiles para orientar el criterio de los órganos jurisdiccionales. Inclusive, pueden aportar criterios jurisdiccionales de utilidad las

decisiones de los propios Juzgados Penales de primera instancia. En efecto, las sentencia expedidas por los juzgados penales de primera instancia en aplicación del nuevo Código Procesal Penal, en los últimos tiempos viene aportando elementos importantes que pueden ilustrar al magistrado o intérprete que va a conocer un caso en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAGNANO, Nicola (2008): *Diccionario de filosofía.* Fondo de Cultura Económica, México.

AGUILÓ REGLA, Josep (2007): *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras.* En Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30.

ALEXY, Robert (1989): *Teoría de la argumentación jurídica.* Centro de Estudios Constitucionales, Trad. Manuel Atienza, Madrid.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (2007): *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución.* Grijley, Lima.

ATIENZA, Manuel (1999): *El Derecho como argumentación.* Isegoría, Nº 21.

BAUM, Laurence (1987): *El tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica.* Librería Bosch, Barcelona.

BERNAL PULIDO, Carlos (Editor – 2011): *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y Razón en la obra de Robert Alexy.* Palestra, Lima.

BOBBIO, Norberto (1992): *Teoría General del Derecho.* Temis, Bogotá.

CALSAMIGLIA, Albert (1997): *Racionalidad y eficacia del derecho.* Fontamara, México.

CANARIS, Claus-Wilhelm (1998): *El sistema en la jurisprudencia.* Fundación del Notariado, Madrid.

CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2009): *El precedente judicial y el precedente constitucional.* Ara Editores, Lima.

CASTILLO ALVA, José Luis (2012): Precedentes vinculantes, sentencias plenarias y acuerdos plenarios. En: *Los precedentes vinculantes de la Corte Suprema,* 3ª Edición, APECC, Lima.

CASTILLO ALVA, José Luis (2001): *Las consecuencias jurídico-económicas del delito.* Idemsa, Lima.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2008): *Configuración jurídica de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano.* En Jus Constitucional, Nº 1, Grijley, Lima.

DWORKIN, Ronal. (1992): *El imperio de la justicia.* Gedisa, Barcelona.

DE ASIS ROIG, Rafael (2007): *El razonamiento judicial.* Ara Editores, Lima.

ESSER (1961): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado.* Bosch, Barcelona.

FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (1991): *El derecho a un Juicio Justo.* En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas; Junio, 1991, Nº 80, pp. 138-179.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (1997): *Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho.* En revista Sistema N° 38, Madrid.

FERRAJOLI, Luigi (2011): *Principia iuris.* Trotta, Madrid.

FERRAJOLI, Luigi (2010): *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX*. Palestra, Lima,

FERRAJOLI, Luigi (2004): *Razones jurídicas del pacifismo.* Trotta, Madrid.

FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón.* Trad, de Perfecto Ibáñez y otros, Trotta, Madrid.

FIX ZAMUDIO, Héctor (1994) Latinoamérica: *Constitución, Proceso, y Derechos Humanos*. Ed. Porrúa, México.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino (2010): *El Ministerio Público. Visto a través de los dictámenes, resoluciones y otras decisiones de las Fiscalías Supremas.* Jurista Editores, Lima, 2010.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando (2013): *Tratado de Derecho penal. Parte General.* Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá.

GARCÍA AMADO, Juan (2008): *Controles descontrolados y precedentes sin precedente.* Jus Constitucional Nº 1, Grijley, Lima.

GARCÍA CAVERO, Percy (2008): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Grijley, Lima.

GRACIA MARTÍN, Luis (2004): *Estudios de Derecho Penal.* Idemsa, Lima.

GUASTINI, Ricardo (1999): *Distinguiendo. Estudios sobre teoría y metatoría del derecho.* Gedisa, Barcelona.

KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugenio; WALTER, Robert (2005): *Validez y eficacia del derecho.* Astrea, Buenos Aires.

HABERMAS, Jürgen (2001): *Facticidad y Validez.* Editorial Trotta, Madrid.

HART – DWORKIN (1997): *La decisión judicial. (El debate Hart – Dworkin).* Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

HASSEMER, Winfried (1997): *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, N° 1.

IGARTUA SALAVARRÍA, Juan (2008): *La fuerza vinculante del precedente judicial.* En Jus Constitucional N° 1, Grijley, Lima.

LAPORTA, Francisco (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual.* Trotta, Madrid.

MAZZARESE, Tecla (2003): *Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas.* Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 26.

MORAL SORIANO, Leonor (2002): *El precedente judicial.* Marcial Pons, Madrid - Barcelona.

MORRIS, Clarence (1998): *Cómo razonan los abogados.* Limusa, México.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2000): *"Derecho Penal. Parte General".* Tirant lo Blanch, Valencia.

OTEIZA, Eduardo (1998): *El* certiorari *o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso.* En revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año3, Nº 1, Buenos Aires.

PAREDES INFNAZÓN, Jelio (2014): *Jurisprudencia penal vinculante.* Segunda edición, Cafsol, Lima.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1999): *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.* Madrid, Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; DE ASIS ROIG, Rafael y BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (2004): *Lecciones de Derechos fundamentales.* Dykinson, Madrid.

PERALTA ESCUER, Teresa (1999): *Derecho y argumentación histórica.* Edicions de la Universidad de Lleida.

POZZOLO, Susanna (2011): *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos.* Palestra, Lima.

POZZOLO, Susanna (2011): *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico.* Palestra, Lima.

POZZOLO, Susanna; ESCUDERO, Rafael (2011): *Disposición Vs. Norma.* Palestra, Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2014): Consecuencias jurídicas del delito. En *Los precedentes vinculantes de la Corte Suprema;* 3a. Edición, APECC, Lima.

ROXIN, Claus (2007): *La teoría del delito en la discusión actual.* Trad. de Manuel Abanto, Grijley, Lima.

ROXIN, Claus; GUNTHER, Arzt y TIEDEMANN, Claus (1988): *"Introducción al derecho Penal y Procesal Penal",* Barcelona.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2010): *El precedente judicial en materia penal.* Editorial Reforma, Lima.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y otros (2007): *El futuro de la justicia constitucional.* Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid.

ROJAS VARGAS, Fidel (1999): *Jurisprudencia penal.* Gaceta Jurídica, Lima.

RUIZ VADILLO (1994): *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal.* Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

SAN MARTIN CASTRO, César (2002): *"Derecho Procesal Penal".* Volumen I, Grijley, Lima.

SERRANO, José Luis (1999): *Validez y vigencia.* Trotta, Madrid.

SCHÜNEMANN, Bernd (2006): *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio.* Idemsa, Lima.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992): *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Bosch, Barcelona.

TERRAGNI, Marco A. (1997): *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.* T. 1, Parte General, Hammurabi, Buenos Aires.

TIEDEMANN, Claus (2003): *Constitución y Derecho Penal.* Palestra, Lima.

VIGO, Rodolfo L. (1999): *Interpretación jurídica.* Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2005): *El Derecho Dúctil. Ley, Derecho, Justicia.* Trad. De Marina Gascón, Trotta, Madrid.

UNIDAD I

INTRODUCCIÓN: JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA PENAL (DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DERECHO PROCESAL PENAL)

- ✓ **Guilhereme Marinoni, Luiz.** El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del *civil law:* La contribución de Taruffo.
  https://www.academia.edu/12417542/EL_PRECEDENTE_INTERPRETATIVO_COMO_RESPUESTA_A_LA_TRANSFORMACI%C3%93N_DEL_CIVIL_LAW_LA_CONTRIBUCI%C3%93N_DE_TARUFFO?auto=download&campaign=weekly_digest

EL PRECEDENTE INTERPRETATIVO COMO RESPUESTA A LA TRANSFORMACIÓN DEL *CIVIL LAW*: LA CONTRIBUCIÓN DE TARUFFO

LUIZ GUILHERME MARINONI
Catedrático de la Universidad Federal de Paraná, Brasil. Posdoctor por la Università degli Studi di Milano. *Visiting Scholar* en la Columbia University.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Taruffo y la ideología del tribunal de casación. 3. El presupuesto teórico del tribunal que tiene la uniformidad como medio de control de la interpretación exacta de la ley. 4. El impacto del constitucionalismo, el uso creciente de las cláusulas generales y la evolución de la teoría de la interpretación. 5. La función de definición del sentido del derecho y de garantía de su unidad. La obligatoriedad del precedente como consecuencia. 6. El argumento de que el sistema de precedentes obligatorios obstaculiza la evolución del derecho. 7. El argumento de que los precedentes obligatorios son típicos de un sistema en el que el juez crea el derecho. 8. La estabilidad del derecho como fundamento de un tribunal de precedentes. 9. El problema de las peculiaridades del caso concreto. 10. La contradicción inherente a un «tribunal supremo de corrección». 11. La inevitabilidad del tribunal de precedentes en el Estado contemporáneo: la coherencia del orden jurídico y la tutela de la seguridad jurídica y la igualdad

1. Introducción

En la actualidad, se debate intensamente sobre el papel que deben desarrollar los tribunales supremos. Para ello, se comparan los tribunales supremos de *civil law* con los tribunales de precedentes, de lo que es un notable ejemplo el Tribunal Supremo estadounidense, y se afirma que ambos buscan garantizar la uniformidad de la interpretación a partir de modelos opuestos. En el caso del *civil law*, incluso se llega a admitir que el acceso de todos los litigantes al tribunal supremo es esencial para salvaguardar la uniformidad de la interpretación. Es decir, aún se defiende, en el ámbito del *civil law*, un modelo de tribunal supremo que pueda conocer de cualquier caso, cuya finalidad sea corregir las decisiones de los tribunales de apelación.

Este artículo, que tiene en consideración las ideas de Taruffo, magistralmente desarrolladas en sus escritos sobre el tribunal de casación y

al respecto del tema de los precedentes[1], pretende demostrar que es un error suponer que los tribunales establecidos para corregir decisiones pueden garantizar la unidad del derecho y proteger la igualdad y la seguridad jurídica.

El origen de los tribunales de casación se halla en valores y presupuestos teóricos que, con el tiempo, han sido superados. El principal de ellos es el de que la ley, en sí misma, sería suficiente para garantizar la igualdad, con lo que el tribunal de casación debería limitarse a proclamar el sentido exacto de la ley y garantizar su cumplimiento en todas sus decisiones. Pensar que la ley tiene un sentido exacto crea la ilusión de que el tribunal supremo tiene la función de revelar la norma que contiene el texto legal, de forma que garantice su aplicación a todos los casos particulares. Si la norma que contiene la ley es anterior a la actividad interpretativa y el tribunal puede conocerla en todo caso y sin necesidad de recurrir a juicios de valor, es racional que haya un sistema de corrección de las decisiones. En este caso no cabe pensar en precedente o *ratio decidendi*, o más precisamente, en un derecho determinado a partir de la interpretación del texto. Ahora bien, cuando no se piensa en ese derecho, no se puede hablar de tribunal de precedentes. El sistema de precedentes obligatorios es una consecuencia lógica de la existencia de reglas determinadas a partir de la actividad del tribunal supremo.

A lo largo de este artículo, se demostrará que el cambio del *civil law* y la evolución de la teoría de la interpretación exigen la correspondiente modificación del perfil del tribunal supremo y que los precedentes obligatorios no son más que una consecuencia de la naturaleza derivada de su nueva

[1] En particular, Michele Taruffo, La corte di cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991; Michele Taruffo, Funzioni e problemi attuali della corte di cassazione, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991; Michele Taruffo, Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991; Michele Taruffo, Dimensioni del precedente giudiziario, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1994; Michele Taruffo, Institutional factors influencing precedents, *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997; Michele Taruffo, Precedente e giurisprudenza, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007; Michele Taruffo, Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

función. En realidad, un tribunal de precedentes no es, como se suele suponer, una simple opción técnico-jurídica para garantizar la unidad del derecho. De este modo, el Estado contemporáneo no puede privarse de un tribunal de precedentes si no quiere renunciar a la coherencia del derecho y a su deber de proteger la igualdad y la seguridad jurídica.

2. Taruffo y la ideología del tribunal de casación

Taruffo, para tratar el «tema» de la Corte de Casación, aborda el art. 65 de la Ley sobre el ordenamiento judicial italiano[2]. De acuerdo con este artículo «la corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, *assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale (*…)».

El autor analiza la expresión «*esatta osservanza* (…) della legge», y advierte que «exactitud» remite a la idea de que la norma es objeto de «cálculo» y que, según una visión acorde a dicha idea, el mejor instrumento para ello sería el método sistemático/deductivo, que tendría la doble ventaja de garantizar soluciones ciertas y objetivas y de excluir las opciones subjetivas del juez[3]. Señala que otra consecuencia de la idea de «exactitud» es la de que, a pesar de que una norma pueda dar lugar a distintas interpretaciones, siempre existe una interpretación «exacta», pues corresponde al procedimiento interpretativo descartar las interpretaciones equivocadas para, al final, descubrir el «verdadero» significado de la norma: este significado existe y es objetivamente dado, de modo que interpretar la norma no es más que descubrirlo y declararlo. En esta línea, Taruffo advierte que el art. 65 presupone que la casación podría aclarar la confusión interpretativa creada por la jurisprudencia, esto es, eliminar las interpretaciones equivocadas e indicar la interpretación «exacta» de la norma[4].

---

[2] Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo*. *Saggi sulla Cassazione civile,* cit., p. 67 y ss.

[3] Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo*. *Saggi sulla Cassazione civile,* cit., p. 71.

[4] Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo*. *Saggi sulla*

Junto a la «exactitud», en el art. 65 se señalan dos criterios más destinados a orientar la actividad de la Corte de Casación: la «uniforme interpretazione della legge» y la «unità del diritto». Al referirse a la «unidad del derecho», la norma quiere aludir a la unidad del derecho *objetivo,* suponiendo que el tribunal realizaría una interpretación casi auténtica y, de ese modo, dictaría los criterios seguros para los tribunales inferiores decidieran. Taruffo recuerda que el criterio de «unidad del derecho objetivo nacional» está vinculado a la idea de que la casación «es un órgano de interpretación casi auténtica de la ley, desde la que "se irradia sobre la administración de justicia una luz intensa y perenne", es decir, una interpretación unitaria y "sustraída por una refinada sensibilidad jurídica y política según el espíritu sustancialmente innovador de las leyes fascistas"» [5].

No obstante, observando la estrecha relación entre la interpretación *exacta* y la interpretación *uniforme* de la ley se pueden extraer datos más prometedores. Subraya Taruffo que la interpretación uniforme de la ley está prevista en estrecha relación con su exacta observancia, de donde deriva que lo que debe ser uniforme es la interpretación *exacta* de la ley. «En sustancia, dado que toda norma tiene un significado verdadero y objetivamente dado, que corresponde a la casación descubrir, *es ese* significado el que debe repetirse de modo uniforme en todos los casos en los que la norma encuentre aplicación» [6].

Quiere decir que la interpretación exacta y la garantía de la uniforme interpretación son dos aspectos de la misma función del tribunal: la de descubrir y declarar, de forma objetiva, la norma o el significado del texto legal. La pretensión de uniformidad de la interpretación deriva de la suposición de que hay una interpretación exacta, o más claramente, de que

---

Cassazione civile, cit., p. 71.

[5] Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo*. *Saggi sulla Cassazione civile,* cit., p. 72.

[6] Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge, *Il vertice ambiguo*. *Saggi sulla Cassazione civile,* cit., p. 73.

existe una norma anterior a la actividad interpretativa descubierta y declarada por el tribunal.

3. El presupuesto teórico del tribunal que tiene la uniformidad como medio de control de la interpretación exacta de la ley

La función de los tribunales de casación del *civil law* se definió, como no podía dejar de ser, a partir de valores y presupuestos teóricos de un determinado momento histórico. La formación positivista y cognitivista de Calamandrei tiene una íntima relación con la idea de «uniformidad» como medio de control de la interpretación exacta de la ley[7].

Si bien, el paso del tiempo vació completamente el presupuesto teórico que determinó la idea de que el tribunal supremo debía controlar la interpretación exacta de la ley. Este presupuesto se asienta en la teoría formalista o cognitiva de la interpretación, que, a su vez, está informada por los valores del Estado legislativo[8].

Para esta teoría, la interpretación, como actividad, tiene naturaleza cognitiva: se analiza para describir. El juez, al interpretar, analiza el significado del texto legal y entonces lo describe[9]. Se entiende que la «norma jurídica», el sentido o el contenido de la ley, está implícito en el texto legal. El juez interpreta para señalar lo que de forma implícita se afirma en el texto. Junto a este tipo de interpretación se hallan las ideas de completitud y coherencia del derecho. Por tanto, el juez no actúa de forma subjetiva, pues, cuando decide, está vinculado a una norma preexistente. De modo que la interpretación, como producto, es un mero enunciado descriptivo, sujeto a la

---

[7] Piero Calamandrei, La genesi logica della sentenza civile, *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1965, v. 1; Piero Calamandrei, La cassazione civile – disegno generale dell'istituto, *Opere Giuridiche*, Napoli: Morano, 1976, v. VII.

[8] Michele Taruffo, Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie, *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*, cit., p. 46 y ss.

[9] «Secondo la teoria che converremo di chiamare "cognitivistica" – ma talora della "formalistica" – la quale risale alle dottrine giuridiche dell'Illuminismo, l'interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza del significato» (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 409).

prueba de verdad y falsedad. Solo existe una interpretación correcta[10].

El Estado liberal clásico acogía estas ideas sin mayores problemas. Como dice Wróblewski, los valores jurídicos que orientan la decisión pautada en el formalismo interpretativo son, entre otros, la certeza, la seguridad jurídica y la estabilidad, puesto que si la decisión está completa y estrechamente determinada por la ley, las decisiones son tan estables y seguras como ella, con lo que incluso se puede afirmar que la ley es la que decide el caso concreto[11].

No obstante, aunque la teoría formalista aún está presente en el pensamiento jurídico común y el estilo de la fundamentación de los tribunales, en la actualidad, la cultura jurídica la rechaza frontalmente, por lo que no se puede tomar en serio cuando se piensa en individualizar la función de los tribunales supremos en los Estados contemporáneos. Como se demostrará, el impacto del constitucionalismo y la evolución de la teoría de la interpretación vencieron de forma natural a dicha teoría y a la idea de que la ley es suficiente para garantizar la igualdad.

4. El impacto del constitucionalismo, el uso creciente de las cláusulas generales y la evolución de la teoría de la interpretación

No hay duda de que el *civil law* pasó por un proceso de transformación del concepto de derecho y jurisdicción[12]. Como el derecho pasó a depender de que la ley se acomodara a la Constitución, la judicatura pasó a tener la función de controlar la validez de la ley a partir de los derechos

[10] Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit.

[11] Jerzy Wróblewski, Functions of law and legal certainty, *Anuario de Filosofia del Derecho*, XVII, 1973-1974, p. 322 y ss.

[12] Rolf Stürmer, Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozessrecht, *NJW*, München/Frankfurt am Main, Beck, 1979, p. 2.334-2.338; Peter Häberle, Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat, *Recht und Staat – Festschrift für K. Küchenhoff*, Berlin: Duncker & Humblot, 1972; Pietro Pierlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

fundamentales [13] , además de buscar la interpretación conforme a la Constitución, mediante una actividad dirigida a preservar la ley que excluyera las interpretaciones inconstitucionales[14].

En Brasil, donde existe un control difuso de constitucionalidad, el juez del caso concreto pasó a tener potestad para atribuir un significado a los derechos fundamentales. Huelga decir que esta tarea interpretativa está muy lejos del razonamiento judicial modelado por los esquemas del positivismo clásico (interpretación cognitivista de una norma preexistente dada por el legislador), pues manifiesta la necesidad de considerar factores que deben ser observados y comprendidos desde otras perspectivas, como la moral y la económica[15].

Al subordinarse la ley a los derechos fundamentales, se le impuso al juez, además del deber de razonar a partir de normas-principios, que proyectas figuras imprecisas, la necesidad de considerar cuestiones de orden moral, político y económico, que se encuentran en la estructura abierta de las disposiciones constitucionales, lo que amplió el espacio judicial para expresar el derecho y resolver el caso litigioso. Como resulta obvio, esto desmoronó la creencia de que el juez podía decidir mediante un mero razonamiento lógico, subsumiendo las situaciones concretas en las hipótesis abstractas que

---

[13] U. Scheuner, Die Funktion der Grudrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, *Die öffentliche Verwaltung – DOV*, 1971, p. 505-513.

[14] Tullio Ascarelli, Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione, *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 351 y ss; Vezio Crisafulli, Disposizione (e norma). *Enciclopedia del diritto*, 1964; Giovanni Tarello, Il "problema" dell'interpretazione: una formulazione ambigua, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 349-357; Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit.; Riccardo Guastini, Disposizione vs. norma, *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 3-14; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica.* Bologna: Il Mulino, 2007. p. 62; Pierluigi Chiassoni, Disposición y norma: una distinción revolucionaria. *Disposición vs norma*. Lima: Conferencia, 2011. p. 8.

[15] Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. 2.ª ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, p. 431. Sobre el tema, además, Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 9 y ss.; Pierluigi Chiassoni, *L´Indirizzo analítico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen.* Torino: Giappichelli, 2009, p. 177 y ss.

contiene el sistema jurídico. De este modo, se acabó con la pretensión de lograr certeza jurídica y previsibilidad mediante el esquema positivista típico del *civil law* de finales del siglo XIX y principios del XX, marcado por la sistematicidad y la plenitud[16].

Un sistema que da al juez de primera instancia la facultad de controlar la constitucionalidad de la ley y de interpretarla según la Constitución no puede prescindir de un sistema de precedentes obligatorios[17], en la medida en que corresponde al tribunal supremo o al constitucional decir la última palabra sobre el significado de las normas constitucionales.

Por otro lado, la técnica de las cláusulas abiertas ha proporcionado al juez un espacio que no tenía, que la hace merecedora de la atención de la teoría jurídica, para evitar la multiplicación de normas jurídicas en casos iguales, que se traduzcan en pérdida de previsibilidad y violación de la igualdad. Además, advierte John Henry Merryman, en un estudio de derecho comparado sobre la tradición del *civil law*, que no se necesita mucha imaginación para ver que cláusulas como la de la buena fe proporcionan al juez una buena cantidad de poder equitativo indefinido, que le deja casi sin responsabilidad frente a la formulación legislativa y lejos del modelo de juez concebido por la tradición del *civil law*[18].

---

[16] Como señala Franz Wieacker, «hoy en día, la función original del positivismo científico, en virtud de los cambios sociales y políticos de los últimos cien años y la crítica ideológica que la acompañó, está desnaturalizada al punto de ser irreconocible. Una aplicación del derecho que excluía las "consideraciones políticas, sociales o económicas" ya no puede considerarse correcta en una época de luchas ideológicas y sociales» (Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, cit., p. 439).

[17] Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè, 1968, p. 62 y ss.

[18] «It is true that the legislature has acted and that its action is expressed as a substantive rule of law, but the terms are so broad ("good faith", which is not defined in the code, has an almost unlimited area of potential application) that the judge is hardly constrained by the legislative formulation. What that stature means depends on what judges do with it in concrete cases. What they do with it in concrete cases becomes the law in fact, although not in theory». (John Henry Merryman, *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Standford: Standford University Press, 2007, p. 53).

Solo el respeto a los precedentes del tribunal supremo puede dejar claro que la cláusula general se destina a dar al judicial la facultad de elaborar una norma de aplicación general, aunque atienda a una circunstancia específica que no pueda definirse en el momento en el que se dicta el texto legal. Es decir, la norma judicial derivada de la técnica legislativa de las cláusulas generales, pese a considerar una circunstancia que surge en el caso concreto, debe tener carácter universal, en la medida en que no tendría racionalidad si no puede aplicarse a casos futuros marcados por la misma circunstancia[19].

La doctrina del *common law* percibe, cuando analiza el *civil law*, que en las decisiones sobre materia constitucional y en aquellas en las que se aplican cláusulas generales no se puede admitir la distinción entre precedentes interpretativos y precedentes de solución. En esos casos, argumenta que la interpretación tiene un alcance tal y es guiada por argumentos tan débiles y vagos de la ley escrita que la decisión podría explicarse tanto mediante la teoría interpretativista como por medio de la teoría positivista de la creación judicial del derecho[20].

Esto quiere decir, en otras palabras, que las decisiones de los jueces de *civil law*, *al menos* cuando abordan una materia constitucional o se sirven de cláusulas generales, se relacionan con la previsibilidad en términos similares a las decisiones de *common law*, lo que significa que nuestra realidad, que convive con la corrección de la legislación a partir de los derechos fundamentales y con el uso cada vez más difundido de cláusulas abiertas, no puede aplazar la teorización de un sistema de precedentes obligatorios, capaz de dar la debida autoridad a las decisiones de los tribunales supremos.

---

[19] De hecho, desde una perspectiva lógico-argumentativa, todas las decisiones deben ser universalizables, pues en caso contrario no estarían justificadas desde el punto de vista del sistema jurídico (Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte Suprema*, cit., p. 106-109); Daniel Mitidiero, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 82-86).

[20] Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski y Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent, in: *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 485.

Por último, al contrario de lo que sostenía el formalismo teórico, no existe un significado unívoco intrínseco al texto legal. La norma no está en el texto legal, no hay una relación de sinonimia entre el texto y el resultado de la actividad interpretativa[21]. Por ello, no se puede pensar en averiguar para describir la norma.

Si la ley o el texto legal no tienen significado en sí mismos, el juez siempre le atribuye un determinado sentido. Por tanto, el sentido no puede confundirse con el texto[22]. El sentido, y no el texto, constituye la norma, que es el significado que tiene en cuenta el juez a la hora de decidir[23].

No es correcto entender que esta disociación exista solo en la zona de penumbra o ante un caso difícil[24]. En la zona de luz o ante un caso fácil, la atribución de sentido es más sencilla o requiere menos meditación y esfuerzo, sin embargo, es obvio que el juez, cuando se depara con un enunciado de las fuentes, inevitablemente le atribuye significado o sentido, con independencia de su claridad. En realidad, la atribución de sentido es consecuencia inmediata, natural e inevitable del contacto de una persona con

---

[21] Giovanni Tarello, *L 'interpretazione della legge*, cit., p. 61, 63-64.

[22] Véase Mario Jori y Anna Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1995, p. 205 y ss.; Enrico Dicioti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino: Giappichelli, 1999, p. 200 y ss.; Rodolfo Sacco, Interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell'interprete. *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma/Bari: Laterza, 1998, p. 111 y ss.

[23] «l'operazione intellettuale che conduce dall'enunciato al significato – o, se si preferisce, l'operazione di identificazione del significato – altro non è che l'interpretazione. La *disposizione* è dunque l '*oggetto* dell'interpretazione, la *norma* è il suo *risultato*. O, detto altrimenti, 'la disposizione è fonte della norma attraverso l 'interpretazione». (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 63-64).

[24] La idea de zona de penumbra, o mejor dicho, de *open texture,* está relacionada con la teoría de Hart. Básicamente, se entiende que, en virtud de la estructura abierta de los textos legales, en ellos siempre hay un núcleo iluminado o una zona de luz rodeada por una zona de penumbra. Esto es, en todo texto legal hay enunciados que están en la zona de luz y enunciados que están en la zona de penumbra. Solamente aquellos que se encuentran en la zona de penumbra necesitarían valoración y decisión, es decir, una actividad discrecional del intérprete. Por el contrario, aquellos que están en la zona de luz serían normas predefinidas, que simplemente podrían ser descritas. (Herbert Hart, *The concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1993).

el enunciado. La claridad solo facilita la trasposición del lenguaje de las fuentes al lenguaje del emisor. Así, la distinción que debe hacerse no está en la claridad o no del texto, que revela una mera descripción y atribución de sentido, sino en el lenguaje mismo, o más concretamente, en la distinción entre el lenguaje de las fuentes y el lenguaje del emisor o del intérprete. El lenguaje de la fuente, aunque sea claro, nunca será el lenguaje del intérprete[25].

Como explica Guastini, la disposición y la norma no son más que enunciados. La disposición es un enunciado del discurso de las fuentes y la norma, un enunciado del discurso del intérprete. Así, la distinción entre disposición y norma no es una distinción ontológica entre enunciado y otra cosa, sino una mera distinción entre dos especies de enunciados[26]. Guastini demuestra claramente que la creencia difusa de que hay una correspondencia biunívoca entre disposición y formulación de norma, es una falacia, puesto que toda disposición es vaga y ambigua, de forma que tolera distintas atribuciones de significado que pueden entran en conflicto. «En este sentido, a una única disposición —a cada disposición— le corresponde no solo una única norma, sino una multiplicidad de normas disociadas. Una única disposición expresa más normas de forma disociada: una u otra norma, de acuerdo con las distintas interpretaciones posibles»[27].

En una visión interpretativista que tenga contacto con la realidad y no solo con las formas, existe una clara separación entre texto legal o ley y sentido o norma jurídica. El juez reconstruye el derecho a partir del texto, de

---

[25] Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 63 y ss.

[26] «(...) la norma non è cosa ontologicamente diversa dalla disposizione: è semplicimente la disposizione *interpretata* e pertanto riformulata, o, da un altro punto di vista, un enunciato (interpretante) di cui l'interprete assume la sinonímia con l'enunciato interpretato (la disposizione)». (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 65).

[27] «(...) molte disposizioni – quase tutte le disposizioni, in verità – hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme congiunte. Ad un'única disposizione possono dunque corrispondere più norme *congiuntamente*». (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 65-66).

elementos extratextuales del orden jurídico y mediante directivas interpretativas y valoraciones[28]. Por otro lado, por decir que el juez, además del texto legal, toma en consideración los principios y los fundamentos que están por detrás de él, la decisión no deja de ser construcción y pasa a ser una mera declaración, pues la solución del caso no deriva objetivamente de aquellos, sino que se construye, de forma más o menos discrecional, con su ayuda[29].

Según Wróblewski, para llegarse al sentido de la ley tiene que producirse una actividad presidida por directivas, que, una vez elegidas y utilizadas, *dependen* de juicios de valor. En la justificación de las decisiones interpretativas los juicios de valor desempeñan el papel más importante, pues la fórmula normal de las decisiones interpretativas justificadas utiliza directivas interpretativas y juicios de valor, pero estos determinan la elección y el uso de las directivas[30]. Wróblewski demuestra que, porque haya

---

[28] Jerzy Wróblewski, Lenguaje jurídico e interpretación jurídica. *Sentido y hecho en el derecho*, México: Fontamara, 2008, p. 136 y ss.

[29] Véase Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais (teoria geral),* Coimbra: Coimbra Editora*,* 2002, p. 178.

[30] Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 62-65. Así, la elaboración de una norma (interpretación-resultado) que requiera la consideración del significado de disposiciones constitucionales exige, más que en cualquier otro lugar, que el intérprete opte entre una ideología de la interpretación jurídica que pueda definirse como estática y otra unida a la adaptación del derecho a las necesidades presentes y futuras de la sociedad. La adopción de una u otra postura tiene relación de causa-efecto con la elección de las directivas de primer grado —lingüísticas, sistémicas y funcionales— y con la utilización de las directivas de segundo grado —procedimentales y de preferencia—, que se dirigen a definir el modo de aplicación y la prevalencia de las directivas de primer grado. Está claro que el intérprete que acepta la ideología estática de la interpretación da énfasis a las directivas lingüísticas y sistémicas en detrimento de las funcionales y, cuando aplica una directiva funcional, se apega a la voluntad del «legislador histórico». Por otro lado, si el intérprete sigue la ideología de la interpretación que busca adaptar el texto a la realidad social contemporánea, prefiere las directivas funcionales frente a las lingüísticas y sistémicas, y, cuando aplica las funcionales, elige la directiva que atiende a la voluntad o a las valoraciones del intérprete. En la elección de las directivas de interpretación, hay un nítido y claro uso de juicio de valor, tanto de primer como de segundo grado. Además, cuando el intérprete elige la directiva funcional que exige su «voluntad», se le abre la posibilidad de valorar los elementos de la vida en sociedad desde varias perspectivas —moral, política, económica, etc.— y sus elecciones tienen, una vez más, una naturaleza que confiere a la interpretación-resultado carácter «creativo», es decir, un contenido que no es descubierto o simplemente extraído del derecho. (Jerzy Wróblewski, *Constitución y*

valoración en la elección y la aplicación de las directivas interpretativas, no se puede hablar de interpretación verdadera ni se admite la tesis de la interpretación correcta. Afirma que calificar como verdadera una decisión interpretativa conduce a consecuencias desconcertantes, por lo que es preferible hablar de decisiones interpretativas justificadas en argumentos concretos, preguntar sobre las razones para aceptarlos y presentar la cadena de razonamientos justificativos hasta donde sea pragmáticamente necesario y posible dentro de un marco del discurso jurídico concreto[31].

A partir de una perspectiva similar, Taruffo advierte que el resultado-interpretación debe fundarse en el correcto uso de criterios de elección aceptables, que revelen un significado apoyado en las «mejores razones»[32]. La interpretación fundada en las mejores razones se relaciona con la corrección del procedimiento de elección y con la aceptabilidad de los criterios en los que esta se basa, sin vincularse a la corrección del resultado interpretativo. De esta forma, hay «exactitud en el método» de interpretación de la ley, el método es correcto cuando la decisión está racionalmente justificada desde un punto de vista interno —de coherencia entre las premisas y las conclusiones— y externo —de fundabilidad y aceptabilidad de las premisas—[33].

Cuando se sustituye la idea de «interpretación exacta» por la de «interpretación basada en razones apropiadas»[34], el tribunal supremo está de

---

teoría general de la interpretación jurídica, cit., p. 72-78).

[31] Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 89.

[32] Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge. *Il vertice ambiguo*. *Saggi sulla Cassazione civile,* cit., p. 103.

[33] Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge. *Il vertice ambiguo*. *Saggi sulla Cassazione civile,* cit., p. 105.

[34] De acuerdo con Taruffo, la función de la casación no puede verse como la de asegurar la exactitud formal de la interpretación, puesto que ello equivaldría a hacer prevalecer la interpretación formal, fundada únicamente en criterios formales. Le corresponde a la casación, eso sí, establecer cuál es la interpretación justa —o más justa— de la norma con base en las directivas y elecciones interpretativas más correctas, es decir, aceptables a partir de las «mejores razones» (Michele Taruffo, La Corte di Cassazione e la legge. *Il vertice ambiguo*. *Saggi sulla Cassazione*

forma natural investido de la facultad de definir la interpretación adecuada o de atribuir sentido al derecho y, en consecuencia, surge la correlativa facultad de garantizar la unidad del derecho que proclama.

5. La función de definición del sentido del derecho y de garantía de su unidad. La obligatoriedad del precedente como consecuencia

Cuando se es consciente de que la norma no puede extraerse de la ley, queda claro que la interpretación de los textos legales puede variar. Por tanto, la ley no es suficiente para garantizar la igualdad ante del derecho, ni mucho menos para garantizar la seguridad y la igualdad. De este modo, deja de ser posible pensar que el tribunal supremo puede controlar las decisiones basándose en el sentido exacto de la ley, para admitir que está autorizado a atribuir sentido al derecho mediante la definición de la interpretación adecuada.

La interpretación capaz de atribuir sentido al derecho no es una operación meramente lógica. Las directivas interpretativas no constituyen reglas lógicas, sino criterios elegidos y cumplidos mediante juicios de valor y opciones del juez, que conducen a un resultado-interpretación que expresa su voluntad. La decisión del tribunal supremo, no solo en virtud de las reglas legales que invitan al intérprete a concretarla según las circunstancias del caso y la imprescindibilidad de que la ley se ajuste a los dictados de la Constitución, como también por la circunstancia de que resulta de una actividad interpretativa que contiene juicios de valor y decisiones sobre contenidos externos al texto de la ley, realmente añade sentido o sustancia al orden legislativo. Esta, en otras palabras, no es suficiente para orientar a la sociedad o, mejor dicho, para por sí sola reflejar el derecho que regula la vida social. El derecho necesita algo más: necesita la colaboración del poder judicial y, en ese contexto, en particular, requiere que los tribunales supremos tengan la «última palabra».

---

civile, cit., p. 104).

La decisión del tribunal supremo, al atribuir sentido al derecho a partir de valoraciones debidamente racionalizadas, revela una «creación» no solo por hacer surgir algo que no existe antes de la interpretación o que no deriva lógicamente de la ley, sino también por ser expresión de una voluntad del poder judicial[35]. Además, el debate sobre si el juez «crea derecho» pierde sentido cuando se supone que una decisión es creativa si su formulación no está determinada por la ley, de forma que exige la participación de la voluntad del intérprete[36].

Se puede afirmar, siguiendo a Wróblewski[37] y Shapiro[38], que la creatividad propia a la interpretación judicial que se ampara en la ley cambia el derecho solo «incrementadamente» (*incrementally*). En realidad, la decisión que interpreta la ley añade algo de nuevo al orden jurídico legislado, pero no la invalida o la integra, porque da contenido a un orden jurídico de mayor amplitud, cumplimentada por la legislación y las decisiones judiciales

[35] «Sin adoptar posturas extremas, reconocemos con Carrió, que afirmar que los jueces crean derecho es una expresión ambigua; quizá sea esa ambigüedad la que posibilite el amplio consenso existente hoy en día al respecto. Pensamos, sin embargo, que se trata sólo de un consenso aparente, pues el significante "los jueces crean derecho" encierra múltiples significados que dan lugar a las más diversas concepciones de la actividad judicial. Desde quienes pretenden asimilar la actividad de los jueces a la de los legisladores hasta aquellos que hablan de creatividad judicial en su sentido más débil como una dimensión necesaria en la tarea de decidir. Como ni uno ni otro extremo nos ofrecen un modelo de actividad judicial que resista su comparación con la realidad, creemos por el contrario *que cierto grado de creación del derecho es inevitable y que en instancias tales como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo la creatividad judicial se asimila a la función del legislador en lo que se ha venido llamando legislación negativa*». (Ernesto J. Vidal Gil; Cristina García Pascual, Creación Judicial del Derecho. *Sentido y razón del derecho – enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*. Madrid: Hacer Editorial, 1992, p. 145-146). Véase Genaro Carrió. Notas sobre derecho y lenguaje, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979, p. 24-51; Giovanni Tarello, Il «problema» dell'interpretazione: una formulazione ambigua. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 355.

[36] Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.

[37] Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.

[38] M. Shapiro, Stability and change in judicial decision-making: incrementalism or stare decisis? *Law and the behavioral sciences*. Indianapolis-Kansas-Nueva York: Ed. L. M. Friedman & S. Macaulay, 1977.

de los tribunales supremos.

La observación de que la decisión interpretativa pasa a cumplimentar un orden jurídico de mayor amplitud supone, como no podría dejar de ser, que la decisión no se limita a los litigantes implicados en el caso, sino que se amplía a toda la colectividad con carácter de derecho. Según la Constitución brasileña, cabe al Superior Tribunal de Justicia definir la interpretación de la ley federal y garantizar su unidad, evitando decisiones divergentes de los tribunales ordinarios. Esto quiere decir que la decisión del Superior Tribunal de Justicia establece el sentido del derecho que debe orientar la vida en sociedad y pautar las decisiones judiciales.

Si las decisiones del tribunal supremo no se limitan a revelar la ley, sino que representan reglas determinadas mediante interpretación, es evidente que no se puede pensar en corregir las decisiones a partir del significado exacto de la ley. Por el mismo motivo, el sistema de corrección es realmente incapaz de garantizar la uniformidad de la interpretación. Como las reglas son resultado de la interpretación, los precedentes del tribunal supremo obligan a los jueces y tribunales a no vulnerar la seguridad jurídica y la igualdad. Cabe señalar que la eficacia obligatoria del precedente, circunscrita a su *ratio decidendi*, es una mera consecuencia de la función del tribunal supremo de atribuir sentido al derecho y garantizar su unidad o, dicho de otro modo, de crear algo de nuevo en el orden jurídico vinculante.

Antes se hablaba de una mítica unidad del derecho objetivo, cuando el también ilusorio sistema de corrección de las decisiones para garantizar la uniformidad de la interpretación se presentaba como válido. Hoy en día, corresponde al tribunal supremo atribuir sentido al derecho mediante precedentes, que deben guiar la resolución de los casos similares en pro de la igualdad. Es decir, el sistema de precedentes es un medio de protección de la igualdad, en la medida en que la interpretación ya no es el método que revela la norma que contiene la ley, sino un medio para elaborar su significado. Por tanto, en la actualidad, un tribunal de vértice solo puede

verse como tribunal de precedentes, que, al atribuir significado al derecho, en consecuencia, debe garantizar la igualdad y la seguridad jurídica.

6. El argumento de que el sistema de precedentes obligatorios obstaculiza la evolución del derecho

Recuérdese que Calamandrei, al tratar los mecanismos relacionados con la garantía de la uniformidad de la interpretación, se refirió al sistema de precedentes obligatorios. Sin embargo, argumentó claramente que este sistema era incompatible con el *civil law*, alegando, básicamente, que obstaculizaba la «diversidad sucesiva de la interpretación judicial», que en él el juez era un «verdadero creador del derecho positivo» y que, en dicho sistema, la decisión judicial asumía naturaleza de ley[39].

Calamandrei, mirando la realidad de su época, obviamente no podía percibir que los precedentes, incluso en el *common law*, pueden y deben ser derogados en nombre del desarrollo judicial del derecho. Hay que tener en cuenta que, en la época en la que Calamandrei escribió —las primeras décadas del siglo pasado—, el sistema de *stare decisis* inglés aún era absolutamente rígido. Además, aquel momento estaba más próximo del fallo del conocido caso *London Tramways v. London County Council*, celebrado en 1898, que del también famoso *practice statement* de la *House of Lords*, de 1966.

Durante un largo período de tiempo, justamente entre 1898 y 1966, la *House of Lords* entendió que estaba irremediablemente obligada a respetar sus decisiones anteriores. En 1898, en el fallo del caso *London Tramways v. London County Council*, la *House* decidió que nunca podría dejar de observar sus precedentes, creándose así un precedente que pasó a verse como una especie de inmunidad contra el *overruling.* Este caso constituye el punto culminante de una evolución que vincula la *House* a sus

[39] Piero Calamandrei, La cassazione civile – disegno generale dell'istituto, *Opere Giuridiche*, v. VII, cit., p. 92 y ss.

decisiones, al señalar que el tribunal no podía tomar en cuenta cualquier fundamento para reconsiderar sus precedentes[40]. Fue necesario que pasara más de la mitad del siglo pasado para que la *House of Lords* pudiera afirmar lo contrario. En 1966, la *House* declaró que, en determinadas circunstancias, podría derogar (realizar el *overruling*) sus propias decisiones. El *Statement* de 1966 reconoce la posibilidad de que la *House of Lords* decida de forma diferente a sus anteriores manifestaciones cuando ello le pareciera correcto (*depart from a previous decision when it appears right to do so*)[41].

Así, la *House of Lords*[42] —en la línea de los tribunales de vértice de otras jurisdicciones de *common law*— pasó a poder derogar sus propios precedentes. En Estados Unidos, tanto el Tribunal Supremo como los tribunales inferiores siempre han tenido un poder similar. El Tribunal Supremo americano entiende que la derogación de un precedente requiere una justificación especial, pero nunca ha sentido que ello le estuviera prohibido[43]. De esta forma, se evita perpetuar precedentes que estén alejados de las nuevas tecnologías, la nueva realidad social o incluso que, en razón de una

---

[40] «When, in 1898, in London Tramways Co. v. London County Council, the issue was squarely put whether the House could hear argument asking it to reconsider a previous decision, it had no hesitation in ruling that it could not» (Jim Evans, Precedent in the nineteenth century. *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 58).

[41] En la justificación del *practice statement* se señaló lo siguiente: «los *lordships* consideran el uso del precedente una base indispensable para decidir lo que es el derecho y aplicarlo a los casos concretos. Da un grado mínimo de certeza que permite que los individuos puedan pautar sus conductas, así como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas. No obstante, los *lordships* reconocen que una vinculación muy rígida a los precedentes puede llevar a la injusticia en un caso concreto, así como a limitar en exceso el debido desarrollo del derecho. Por tanto, ellos proponen modificar esta práctica y, aunque traten las antiguas decisiones como normalmente vinculantes, dejar de lado una decisión anterior cuando parezca correcto hacerlo».

[42] En la actualidad, *Supreme Court of the United Kingdom*.

[43] En los Estados Unidos, desde hace mucho se enfatizan las posibilidades de cambio y desarrollo en el derecho que proporciona la derogación de precedentes en situaciones apropiadas. (Margaret N. Kniffin, Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Action by United States Courts of Appeals, *Fordham Law Review,* 1982, p. 55).

experiencia posterior, se revelen evidentemente equivocados[44].

No se admiten excepciones injustificadas a la aplicación de un precedente. Una interpretación elaborada con carácter general solo puede derogarse si se supera la carga argumentativa que evidencie la imposibilidad de mantenerla en virtud de las nuevas condiciones generales. En esta situación, aunque el caso concreto funcione como estímulo para cancelar la validez del significado atribuido a la norma legal, la derogación del precedente aún depende de que se demuestre la adecuación de la nueva interpretación y su capacidad de universalización en las más variadas situaciones concretas[45].

7. El argumento de que los precedentes obligatorios son típicos de un sistema en el que el juez crea el derecho

Tampoco hay razón para afirmar que los precedentes obligatorios son resultado de un sistema en el que el juez crea el derecho. Nunca ha habido unanimidad en el *common law* sobre la naturaleza de la jurisdicción creadora o no de derechos. Basta recordar la vieja disputa entre las teorías declarativa y constitutiva, encabezadas, de un lado, por William Blackstone[46] y, del otro, por Jeremy Bentham[47] y John Austin[48].

---

[44] Robert S. Summers, Precedent in the United States (New York State). In: Neil Maccormick y Robert S. Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 394 y ss.

[45] En el *common law*, un precedente que ya no tiene congruencia social puede excepcionalmente mantenerse en nombre de criterios que dictan razones para la estabilidad, básicamente la confianza justificada y la prevención de la sorpresa injusta. Véase Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 131.

[46] William Blackstone, *Commentaries on the law of England* (facsímil de la 1.ª edición, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979. v. 1, p. 69.

[47] Jeremy Bentham, Truth *versus* Ashhurst; or Law as it is, contrasted with what it is said to be. In: *The Works of Jeremy Bentham* (published under the superintendence of his executor, John Bowring). Edinburgh: William Tait, 1843. vol. V, p. 231-238.

[48] John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, *or the philosophy of positive law*. 5th ed. rev. London: John Murray, 1911. vol. II, p. 634. Jeremy Bentham y John Austin condenaron de forma ácida y sin piedad la teoría declarativa. Bentham llegó a calificarla de *dog-law*, mientras que Austin la tildó de ficción infantil. Para este autor,

No hace mucho, la cuestión de si los jueces crean derecho fue uno de los focos principales del debate entablado entre Herbert Hart, que sostiene el papel creativo que desempeñan los jueces, y Ronald Dworkin, que lo niega[49]. Mientras Hart afirma que el juez crea el derecho cuando no existe una regla que solucione el caso[50], Dworkin, al tratar los *hard cases* en la célebre obra *Taking Rights Seriously*, argumenta que «aunque ninguna regla regule el caso, una de las partes puede tener el derecho a ganar la causa» y «el juez sigue teniendo el deber, también en los casos difíciles, de *descubrir* cuáles son los derechos de las partes y no inventar nuevos derechos con carácter retroactivo»[51]. Es interesante percibir que la doctrina de Dworkin en cierto sentido revive la teoría declarativa, al sostener que el juez, cuando no existe una regla específica que regule el caso, «descubre» el derecho a partir de principios y fundamentos.

La idea de creación del derecho, cuando se entiende como elaboración de decisión judicial que no se funda en la ley o en un precedente, sino que se ampara en los principios jurídicos, es plenamente compatible con la realidad diaria del juez brasileño, que, incluso, aplica los derechos fundamentales directamente al caso, con independencia de la ley[52].

---

los jueces tendrían la ingenua noción de que ellos no producirían el *common law*, sino que sería algo milagroso, hecho por nadie, que existe desde y para siempre y que de vez en cuando se declara. El *common law*, en la concepción de la teoría positivista, existía porque lo establecían jueces que tenían *law-making authority*, de forma que el derecho era producto de la voluntad de los jueces: no algo meramente descubierto, sino, creado. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*. 3.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 25-26.

[49] Véase, a este respecto, Herbert Hart, *The concept of Law, cit.* (esp. *Formalism and rule-scepticism* e *Postscript*); Ronald Dworkin, *Taking rights seriously.* Cambridge: Harvard University Press, 1978 (esp. *The model of rules* e *hard cases*).

[50] Herbert Hart, *The concept of law*, cit., p. 135.

[51] Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, cit., p. 12 y ss.

[52] Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitzprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, *JuS*, München, Beck, 1989, p. 161 y ss.; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 520-543; Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 157–172; Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo:

En realidad, en la actualidad, argumentar a partir de la idea de «creación del derecho» no tiene mucho significado, pues tampoco hay acuerdo sobre el significado de la expresión «creación del derecho». Si el juez, cuando no cuenta con ley o precedente para resolver el litigio, crea el derecho al decidir con base en la Constitución, los sistemas en los que el juez puede suplir la insuficiencia de tutela normativa de los derechos fundamentales desde hace mucho conviven con la creación judicial del derecho. Del mismo modo, si crear el derecho tiene relación con juicios de valor o con la voluntad del juez, este crea el derecho desde el momento en que el sistema judicial se desvinculó del mito de que la ley podría, sin ayuda del juez, regular los casos conflictivos.

Un sistema de precedentes obligatorios, en vez de ser visto como corolario de la creación judicial del derecho, debe verse como técnica imprescindible para garantizar la unidad del derecho que proclaman los tribunales supremos y, por ende, para tutelar la igualdad y la seguridad jurídica de los litigantes.

Así, el derecho de los tribunales supremos debe tener una autoridad capaz de obligar a los tribunales inferiores, pues tiene autonomía con relación a la ley. Si el texto de la ley no garantiza la igualdad, el sistema de precedentes no es más que el corolario de la función contemporánea de los tribunales supremos, de atribuir sentido al derecho.

Por último, es fácil advertir que reconocer a una decisión judicial carácter obligatorio no tiene nada que ver con la función legislativa. La decisión interpreta la norma a partir de un caso concreto, desarrollando, por tanto, una función claramente judicial. El problema, en realidad, es el de no entender que tanto los tribunales inferiores como el tribunal supremo que la dictó, deben adoptar necesariamente la *ratio decidendi* de una decisión

---

Malheiros, 2005; Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69- 116.

judicial que define el sentido del derecho, hasta que el referido tribunal considere que ha llegado el momento de derogarla. Se trata, simplemente, de una consecuencia lógica de la función judicial de dar unidad al derecho. Esto es así para permitir que el poder judicial, en su tarea de colaboración con el poder legislativo en la construcción del derecho, proteja el respeto a la seguridad jurídica y la igualdad.

8. La estabilidad del derecho como fundamento de un tribunal de precedentes

La aproximación entre los sistemas de *common law* y *civil law* permite ver que, en el *common law*, existen numerosos precedentes interpretativos, cuya importancia es proporcionar estabilidad a las decisiones judiciales que afirman el sentido del derecho. Si en el derecho inglés primitivo había una reducida producción de leyes, esto no sucede en el *common law* contemporáneo[53]. Suponer que, en Estados Unidos, la producción legislativa es baja, lo que impondría a los jueces la necesidad de crear el derecho, no solo es falso, sino que también provoca errores en el ámbito del derecho comparado[54]. Es posible que cualquier estado estadounidense tenga tanta legislación como un país europeo o latinoamericano, legislación que obviamente los jueces deben interpretar y aplicar, por lo que cuentan con precedentes interpretativos de carácter obligatorio[55].

Esto demuestra que el sistema de precedentes es una técnica destinada a promover la estabilidad del derecho producido por los tribunales.

---

[53] Véase Abbe R. Gluck, The Federal Common Law of Statutory Interpretation: Erie for the Age of Statutes. *William & Mary Law Review*, v. 54, p. 753-811.

[54] Véase John Henry Merrymann y Rogelio Pérez-Perdomo, *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, cit., p. 47

[55] Como señala Antonio Gambaro, la experiencia continental europea dio, durante el siglo pasado, un gran espacio al derecho jurisprudencial, mientras que, por otro lado, una «orgia di legiferazione» dio forma y apariencia legislativa a gran parte de las reglas del *common law* clásico (Antonio Gambaro, *Civil law* e *common law*: evoluzione e metodi di confronto, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (numero speciale: Due iceberg a confronto: Le derive di *common law* e *civil law*), 2009, n. 4, p. 11. Véase Guido Calabresi, *A* common law *for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

Ahora bien, en estas condiciones no se puede suponer que el derecho brasileño pueda rechazar esta técnica. Esto solo sería posible si las decisiones de los tribunales no fueran autónomas con relación a la ley o si no hubiera ninguna preocupación con la seguridad jurídica y la igualdad.

Además, la sociología demuestra que la formación cultural brasileña está marcada por el rechazo a la impersonalidad y la racionalidad legal[56]. La idea de que el hombre, mediante sus relaciones personales, podría dejar de someterse a la ley, está presente cuando se piensa en las estrategias dirigidas a la obtención de decisiones particulares en casos que deberían regirse mediante una misma regla o interpretación. Esto significa que todavía hoy existen posiciones sociales que no desean un orden jurídico coherente y un sistema racional de distribución de justicia[57].

9. El problema de las peculiaridades del caso concreto

La elección de un tribunal de precedentes, orientado a producir normas de carácter universal, podría verse como una opción que eliminaría la posibilidad de considerar las particularidades de los casos concretos.

Como se ha demostrado, un tribunal de interpretación, del que emanan precedentes, es imprescindible para definir la interpretación adecuada, para determinar el significado del derecho y su aplicación uniforme, a fin de evitar decisiones desiguales en casos iguales. Por tanto, el problema relacionado con la necesidad de un tribunal de interpretación o de precedentes no desaparece porque se admita la importancia de considerar las particularidades de los casos concretos. Por el contrario, entender que

[56] Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras [1936], 1995,

[57] «No es difícil establecer una relación bastante clara entre una cultura que afirma, sin ningún pudor, la posibilidad de que el hombre se oponga a la ley que le perjudica haciendo uso de sus relaciones y un sistema en el que resuena su falta de unidad en la solución de casos iguales, cuando ve el trato diferenciado de las personas como algo natural. De modo que la falta de reacción frente a un sistema judicial que niega la igualdad y la previsibilidad puede revelar el interés de algunas posiciones sociales, incluso de grupos de jueces y parte de los abogados». (Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos Precedentes*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 14).

dichas particularidades merecen atención no excluye la necesidad de que los tribunales supremos desempeñen la función de tribunal de interpretación ni tiene mayor importancia que la propia realización de esta función.

La coherencia del orden jurídico, o más concretamente, decisiones iguales en casos similares, es imprescindible en un Estado de derecho. Como afirma MacCormick, la fidelidad al Estado de derecho exige que se evite cualquier variación frívola en el modelo decisorio de un juez o tribunal a otro, de modo que en un Estado moderno, con muchos jueces y tribunales y una jerarquía estructurada de recursos, la decisión judicial debe orientarse por las mismas reglas y soluciones, con independencia de quien la pronuncie en el caso concreto [58].

Además, la necesidad de considerar las particularidades del caso concreto no es incompatible con un sistema que cuenta con un tribunal de precedentes. Basta ver que la función de resolver los casos concretos es del juez de primera instancia y de los tribunales de apelación y no de los tribunales supremos. Estos analizan y solucionan los casos para poder desempeñar la función de atribución de sentido al derecho.

Además, esto no significa que el tribunal supremo, a la hora de no aplicar el precedente al caso en cuestión, no pueda tener en cuenta determinadas particularidades alegadas ante el tribunal de apelación. Aunque los precedentes deban tener carácter universal, las particularidades del caso pueden hacer que este merezca un trato específico.

La técnica del *distinguishing,* que utiliza el *common law*, consiste en distinguir el caso en causa de aquellos que dieron origen al precedente[59]. Esta técnica permite que el derecho se desarrolle mediante la elaboración de

[58] Neil MacCormick, *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, New York: Oxford University Press, 2005, p. 178.
[59] «*Distinguishing* is what judges do when they make a distinction between one case and another». (Neil Duxbury. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 113).

precedentes que abarcan particularidades distintas o, incluso, mediante la simple extensión del precedente a otras situaciones.

Una decisión puede demostrar que el primitivo precedente, a pesar de su carácter generalizador, no puede aplicarse a la situación concreta en causa o que la tesis de derecho que fija el primitivo precedente, pese a su naturaleza restrictiva, también se aplica a la situación objeto de estudio.

La técnica del *distinguishing* reconoce al tribunal supremo la posibilidad de desarrollar el derecho que está escrito a partir del precedente, para aclarar que la tesis de derecho no se aplica a otra situación concreta o que, aunque fue elaborada sin ser claramente adecuada para la situación en causa, en verdad también la contempla.

La adopción de un precedente no puede ser incongruente con las razones lo que justificaron. Ante estas razones, el precedente debe regular todos los casos compatibles con ellas. Esta potencialidad, inherente al precedente, hace posible su adopción para resolver casos individualizados en virtud de circunstancias que en un primer momento no se tuvieron en consideración. Sin embargo, si en una determinada situación no se hallan las razones que justificaron el precedente, este no podrá aplicarse. De este modo, se justifica la extensión o la limitación del precedente según el caso nuevo esté individualizado por razones compatibles o incompatibles con las que están presentes en el precedente[60].

Ampliar un precedente a otros casos revive su fuerza y autoridad, haciendo que sea adecuado para tratar nuevas realidades. El significado del precedente se amplía, sin fragmentarse, a situaciones que surgen a lo largo del tiempo[61]. De igual forma, elaborar un nuevo precedente no ataca la

---

[60] «(…) That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them». (Neil Duxbury, *The nature and authority of precedent*, cit., p. 114).

[61] Véase Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge: Harvard University Press, 2009. esp. apartados 5, 8 y 9.

estabilidad y desarrolla el derecho. Por tanto, la técnica de la distinción permite el desarrollo del derecho sin arriesgar la estabilidad, pues el antiguo precedente, en dichos casos, se mantiene intacto. Es decir, el *distinguishing* actúa, al mismo tiempo, tanto a favor de la estabilidad y como del desarrollo del derecho[62].

10. La contradicción inherente a un «tribunal supremo de corrección»

Un tribunal supremo de corrección tiene razón de ser cuando se considera que hay un parámetro externo para controlar las decisiones de los tribunales estatales o regionales. Por ello, cuando se suponía que la decisión declaraba la norma contenida en el texto legal, se aceptaba la idea de un tribunal supremo encargado de corregir las decisiones.

No obstante, cuando se tiene conciencia de que la norma se produce mediante la interpretación de la ley y de que el tribunal supremo tiene la función de atribuir sentido al derecho, deja de haber parámetro externo para que el tribunal supremo controle las decisiones de los tribunales inferiores. Como el sentido del derecho está en los precedentes del tribunal supremo,

[62] La técnica de la distinción se utiliza desde la perspectiva de las partes y del poder judicial. La primera perspectiva hace ver el impulso práctico para la distinción, pues, si se parte de la premisa de que un precedente siempre beneficia o puede beneficiar una determinada posición, la limitación de su aplicabilidad siempre favorece a una parte y perjudica a la otra. Esto es, en el proceso, se esgrimen argumentos a favor y en contra de la adopción del precedente. En este sentido, existe una verdadera tensión en el seno del sistema, que casi configura una lucha entre la contención y la extensión del precedente. Desde otra perspectiva, la del poder judicial, se contraponen los valores del sistema, es decir, unidad del derecho, seguridad, previsibilidad e igualdad, a las razones sustanciales del precedente. La limitación y la extensión del precedente siempre configuran corrección o acomodación a su *ratio decidendi*. Si bien, esta acomodación prioriza las razones del precedente, ya que tanto su extensión como su limitación solo son posibles cuando son compatibles con ellas. No obstante, ¿cuándo se preservan los valores del sistema frente a las razones del precedente? Realmente cuando se contiene el precedente, sin extensión o limitación. Pero no solo en esos casos. En el *common law*, se admite que, para evitar la derogación del precedente, se proceda a una distinción inconsistente (*the drawing of inconsistent distinctions*), es decir, a una distinción incompatible con las razones del precedente. En estos casos, aunque la razón inmediata de la distinción inconsistente sea la no derogación (total) del precedente, su justificación se halla en la seguridad jurídica (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*. 3.ª ed., cit., p. 333-334).

deja de existir la función de control para afirmar la norma que contiene la ley. El sentido del derecho, consolidado en los precedentes, vincula las decisiones de los jueces y tribunales inferiores.

No se puede pensar que, con la evolución de la teoría de la interpretación, basta sustituir el criterio de la «norma que contiene la ley» por el del «sentido del derecho» para seguir admitiendo que la función del tribunal supremo es la de corrección. Hay diferencia entre corregir para tutelar al legislativo y corregir para tutelar el derecho delineado por el tribunal supremo. Cuando se corrige para tutelar al legislativo, el derecho no está en las decisiones del referido tribunal. Sin embargo, cuando se piensa en «corregir» porque la decisión del tribunal inferior se ha separado del precedente del tribunal supremo, la situación es obviamente otra. En ese caso, el tribunal estatal o regional se opone al derecho que el tribunal supremo delineó.

Cuando el derecho está en el tribunal supremo, los precedentes tienen fuerza obligatoria para los demás tribunales. Como los precedentes consolidan el derecho que los tribunales deben necesariamente observar, la actividad de «corrección» de las decisiones que niegan precedentes sirve para reafirmar la función de interpretación y desarrollo del derecho. Esta actividad de «corrección», que es meramente supletoria, se subordina a la función de atribución de sentido al derecho y de garantía de su unidad.

Así, en la actualidad, no se puede pensar que un tribunal supremo deba tener como función (principal) la de corrección. Como es obvio, es completamente contradictorio atribuir a un tribunal supremo, que perfila el derecho, la función de corregir las decisiones[63].

Desde otra perspectiva, se constata que si el tribunal que atribuye sentido al derecho no dicta precedentes obligatorios su existencia será

[63] Michele Taruffo, Precedente e giurisprudenza, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2007, p. 718; Michele Taruffo, Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, cit.

innecesaria. En realidad, no hay motivo para tener un tribunal supremo, cuya función sea definir la interpretación adecuada, cuando los tribunales inferiores pueden discrepar libremente de ella. En ese caso, realmente, no solo bastarían los tribunales de apelación, sino que, además, el tribunal supremo no tendría ningún motivo para atribuir sentido al derecho y, por ende, para estar presente en el sistema judicial.

Cerrar los ojos ante la verdadera función que debe desempeñar un tribunal de vértice es considerarlo un alto tribunal de apelación, como una especie de tabla de salvación mágica puesta a disposición de cualquier litigante, con la gran desventaja de dar entrada a la irracionalidad en la distribución de justicia y a la negación de la seguridad jurídica y la igualdad.

11. La inevitabilidad del tribunal de precedentes en el Estado contemporáneo: la coherencia del orden jurídico y la tutela de la seguridad jurídica y la igualdad

Este artículo no puede concluir sin afirmar que un tribunal supremo de precedentes es *imprescindible* en el Estado contemporáneo. No se trata de una simple cuestión de opción dogmática, sino de si tanto un tribunal de corrección (de revisión o casación) como un tribunal de precedentes son compatibles con los valores del Estado constitucional.

No existe Estado de derecho sin orden jurídico coherente. La uniformidad de las decisiones judiciales, aspecto fundamental de la coherencia del derecho, favorece que el Estado se presente como garante de la unidad del derecho. Un Estado que produce decisiones distintas en casos que exijan el mismo tratamiento falla en su compromiso de garantizar un sistema jurídico único[64].

[64]«Legal coherence, together with uniformity of decision, is indeed an everywhere acknowledged value served by respect for the force of argument from precedent, and one which it is the particular function of courts in their interpretative role to achieve. The value of uniformity can be deemed a technical-legal desideratum, just as coherence may be considered an aspect of *elegantia juris*; but both also go to overall integrity of the state as guarantor of a single legal system». (Zenon Bankowski; Neil

El Estado constitucional tiene el deber de tutelar la seguridad jurídica, garantizando la estabilidad del derecho y su previsibilidad. En un Estado constitucional, además de la estabilidad del orden jurídico, se espera univocidad a la hora de calificar las situaciones jurídicas, sin la que no es posible prever las consecuencias jurídicas de las conductas, lo que es indispensable para que el ciudadano se pueda desarrollar en un Estado de derecho[65]. El sistema jurídico y, por ende, incluso la estructuración y el funcionamiento de los órganos judiciales deben ser capaces de proporcionar previsibilidad[66].

No se puede asegurar la igualdad ante el derecho cuando los precedentes de los tribunales supremos no tienen fuerza obligatoria[67]. Un sistema que conviva con decisiones diferentes en casos que no tienen ningún motivo racional para ser tratados de forma distinta es un sistema que no solo refleja desigualdad, sino que, además, la estimula, al permitir que el ciudadano crea que siempre existe la posibilidad de «manipular el caso» para conseguir una decisión que le beneficie.

Todo ello significa que, si el Estado constitucional tiene el deber normativo y fáctico de tutelar los derechos fundamentales, no puede convivir con un tribunal supremo incapaz —por la falta de normas o de eficiencia

---

MacCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent. *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 487).

[65] De acuerdo con MacCormick, la previsibilidad de las decisiones es un valor moral imprescindible para que el hombre, de forma libre y voluntaria, pueda desarrollarse y, por tanto, vivir en un Estado de derecho. (Neil MacCormick, *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, cit., p. 6). Véase Neil MacCormick, The ethics of legalism, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193.

[66] Como afirma Massimo Corsale, un ordenamiento jurídico sin capacidad de permitir previsiones y calificaciones jurídicas unívocas, así como de generar un sentido de seguridad en los ciudadanos, no puede sobrevivir como tal. (Massimo Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 31 y ss.).

[67] «This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law)». (Zenon Bankowski; Neil MacCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for precedent. *Interpreting precedents: a comparative study*, cit., p. 488).

fáctico-administrativa— de garantizar la coherencia del derecho, la seguridad jurídica y la igualdad.

UNIDAD I

INTRODUCCIÓN: JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA PENAL (DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DERECHO PROCESAL PENAL)

- ✓ **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**. Casaciones y Acuerdos Plenarios. http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/portada/CASACIONES-Y-ACUERDOS-PLENARIOS.pdf

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Casaciones y Acuerdos Plenarios

Código Procesal Penal (Decreto legislativo N° 957)

Comisión Especial de Implementación
Secretaría Técnica
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos



PERÚ | Ministerio de Justicia y Derechos Humanos | Despacho Ministerial | Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal



Casona del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Casaciones y Acuerdos Plenarios
Decreto Legislativo Nº 957

Comisión Especial de Implementación
Código Procesal Penal
Secretaría Técnica

El presente libro "Casaciones y Acuerdos Plenarios" es un trabajo realizado por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. Para su publicación se ha acopiado distintas resoluciones emitidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

La finalidad de la presente obra es la de dotar de material didáctico de función jurisdiccional que se viene dando en la aplicación del Código Procesal Penal, tan necesaria para los distritos donde se aplica el Código, así como para aquellos donde se implementará.

El presente libro es el segundo tomo de un conjunto de documentos que viene trabajando la Secretaría Técnica, los mismos que serán puestos a disposición de los distintos actores del nuevo sistema de justicia penal.

COMISIÓN ESPECIAL DE IMPLEMENTACIÓN
CÓDIGO PROCESAL PENAL
Presidencia:
DRA. EDA ADRIANA RIVAS FRANCHINI
Ministra de Justicia y Derechos Humanos

Perú

Comisión Especial de Implementación del CPP

Reforma Procesal Penal

Justicia rápida y transparente

Tomo II

Casaciones y Acuerdos Plenarios Decreto Legislativo Nº 957

Colección REFORMA

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Secretaría Técnica
Comisión Especial de Implementación
Código Procesal Penal

Colección REFORMA

Tomo II
Casaciones y
Acuerdos Plenarios
D. L. Nº 957
2012

ISBN: 978-612-46283-1-3



©Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Comisión Especial de Implementación
Código Procesal Penal
http://www.minjus.gob.pe/cpp/comision

Scipión Llona Nº 350 Miraflores,
Lima 18. Perú

Teléfonos:
(511) 204-8020
(511) 204-8076
(Anexo 1268/1397)

Edición: A cargo de la Secretaría Técnica CEI-CPP

Impreso en Perú
Representaciones Generales 2000 S.A.C.
http://www.representacionesgenerales2000.com
Av. Gran Chimú 191 - Zárate

Tiraje: 1000 ejemplares

Noviembre 2012

CASACIONES Y ACUERDOS PLENARIOS

Decreto Legislativo Nº 957

Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal
Secretaría Técnica

Noviembre de 2012

La Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación ha creído conveniente acopiar diferentes resoluciones judiciales que vienen siendo emitidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, así como diferentes Acuerdos Plenarios emitidos por los Jueces Supremos, con la finalidad de poner de conocimiento público el tratamiento jurisdiccional de muchas instituciones procesales y contribuir al enriquecimiento de la cultura jurídica en nuestro país de una manera pragmática.

DRA. EDA ADRIANA RIVAS FRANCHINI
Ministra de Justicia y Derechos Humanos
Presidenta de la Comisión Especial de Implementación del CPP

Edición al cuidado de:
Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del CPP
Dr. Carlos Zoe Vásquez Ganoza
(Secretario Técnico)

Equipo Responsable:
José Antonio Huaylla Marín
Edward Alberto Vega Rojas
Lin Cáceres Sam
(Área de Seguimiento y Monitoreo)

Agradecimiento Especial:
José Antonio Neyra Flores
(Juez Supremo Provisional de la Corte Suprema de Justicia del Perú)

Esta obra es de circulación nacional y está destinada a los jueces, fiscales, policías, defensores públicos, defensores privados, estudiantes de derecho y a la ciudadanía en general.

Reservados todos los derechos al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del titular de Copyright.

Esta publicación es de carácter gratuito y acepta canjes con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Registro Nº 2012-12296

PRÓLOGO

Disipar de las tinieblas a la humanidad fue la finalidad principal de la ilustración, y no existió mejor herramienta para ello que hacerlo a través de las luces de la razón. Al igual que otras tantas instituciones que hoy conocemos, el Tribunal y el recurso de Casación fueron producto de dicho movimiento cultural e intelectual. Si bien su fundamento estuvo en la defensa y consolidación de la Asamblea Nacional Francesa, evitando que la misma se debilite frente al retorno de la monarquía absoluta, su nacimiento sirvió para apuntalar el camino hacia la democracia y la República[1].

Al igual que la génesis del recurso casatorio, las reformas procesales penales emprendidas en esta parte del continente no estuvieron exentas de circunstancias políticas y sociales para su gestación y, en algunos casos como el nuestro, para su consolidación. En efecto, luego del fortalecimiento de los Derechos Humanos en la década del 70, las reformas procesales encontraron un ambiente propicio con las transiciones a la democracia en muchos países latinoamericanos durante las décadas de los 80, 90 e inicios del siglo XXI[2].

La Comisión de Alto Nivel creada por el Ministerio de Justicia en el año 2003, establecía que, entre las razones que justificaron la dación del nuevo Código Procesal Penal, una de las más importantes fue la *"necesidad de que los países de este lado del continente adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)"*[3].

Hoy, seis años después del inicio de su implementación, la Reforma Procesal Penal es una Política Pública que busca consolidarse como una de las más importantes emprendidas dentro del sistema de justicia penal. Para ello, es necesario que la misma sea acompañada por un proceso de monitoreo y evaluación que nos permita implementar las acciones gubernamentales que sean requeridas para una adecuada implementación y esperada consolidación.

La reforma procesal penal ha significado no solo un cambio normativo hacia la reconducción constitucional de su normatividad, sino un cambio mayor: el cultural. La metodología que establece el Código Procesal Penal, no solo en las diversas alternativas que excluyen o aceleran el juicio oral para solucionar los conflictos penales (salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal), pasando por las propias reglas del juicio oral, así como el nuevo modelo de gestión de los despachos de carácter corporativo, requieren de un continuo afianzamiento y retroalimentación de los funcionarios que se desempeñan en él.

La Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal que tengo hoy el honor de presidir, no ha sido ajena a esta necesidad. En lo que va del año 2012, la Secretaría Técnica de la misma ha desarrollado 17 cursos interinstitucionales (9 básicos y 8 intermedios), en los Distritos Judiciales de Huánuco, Pasco, Santa, Ancash, Loreto, Ucayali, Madre de Dios, Tumbes, Amazonas, Lima, Lima Sur, Lima Norte y Callao. Lo dicho ha representado la capacitación oportuna de 1020 funcionarios (255 Jueces, 255 Fiscales, 221 Defensores Públicos y 34 Procuradores). Asimismo, se han realizado 02 talleres de trabajo conjunto entre el Ministerio Público y Policía Nacional en el marco de la investigación del delito en los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad (40 fiscales y 40 efectivos policiales), así como un taller sobre los alcances del Código Procesal Penal para asesores del Tribunal Constitucional (40 asesores).

1 ANTILLON, Walter. "La casación repensada". En: Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Editores del Puerto. Buenos Aires – 2005.p. 183.
2 Por ello, el orden cronológico de su entrada en vigencia corrobora lo dicho: Argentina (Sistema federal en1991; Provincia de Córdoba en 1992; Provincia de Buenos Aires en 1997, entre otras), Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1997), Paraguay y Venezuela (1998), Honduras y Bolivia (1999), Ecuador y Chile (2000), Nicaragua (2001), República Dominicana (2002), Perú (2004) y últimamente México en los Estados de Oaxaca y Chihuahua (2006).
3 Véase la exposición de motivos del Código Procesal Penal, disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/otros/2004/proyecto.pdf

Dentro de estas capacitaciones, los instrumentos didácticos o académicos que requieren los operadores cobran una vital importancia. Así, a inicios del año, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publicó el Libro "Jurisprudencia Nacional, Código Procesal Penal, Decreto Legislativo Nº 957"[4] , en el cual se recogen diversas resoluciones sobre la aplicación del Código Procesal Penal por los Juzgados de Investigación Preparatoria, Unipersonales, Colegiados y Salas de Apelaciones a nivel nacional. Gracias a dicha compilación, los operadores donde se viene iniciando la reforma, así como aquellos que se vienen preparando para su implementación, han podido tomar conocimiento del tratamiento de las diversas y novísimas instituciones procesales que regula el nuevo cuerpo normativo, lo que genera fuente de lectura y debate.

En la misma línea antes expuesta, la presente publicación tiene como finalidad dar a conocer las diferentes resoluciones, sentencias casatorias y acuerdos plenarios emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República. Lo importante del documento radica en la línea jurisprudencial desarrollado en los últimos años por el máximo tribunal del Poder Judicial en la aplicación del Código Procesal Penal y que complementa a la publicación sobre Jurisprudencia Nacional antes citada. En esta nueva publicación, el lector podrá acceder al tratamiento - por parte del Supremo Tribunal - de las diversas instituciones procesales a través de sus sentencias casatorias, así como de la línea base jurisprudencial sobre la admisibilidad del recurso casatorio. Finalmente, se recogen los diversos acuerdos plenarios realizados en los últimos años, donde se destaca la participación activa de la comunidad jurídica en las sesiones previas a la toma de posición de los Jueces Supremos.

Finalmente, cabe mencionar la importancia del trabajo realizado por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal en la presente obra. Esperamos que la misma sirva de instrumento idóneo a los diversos operadores del derecho en sus propias competencias bajo la aplicación del Código Procesal Penal y poder decir, así como toda ilustración, que la razón prime en una correcta administración de justicia en favor de esta importante política pública en favor del ciudadano.

Miraflores, noviembre de 2012
Dra. EDA ADRIANA RIVAS FRANCHINI
Ministra de Justicia y Derechos Humanos
Presidenta de la Comisión Especial de Implementación del CPP

4 Disponible en: http://sistemas3.minjus.gob.pe/cpp/docu

PRESENTACIÓN

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha tenido a bien encargarme la presentación de esta publicación titulada "Casaciones y Acuerdos Plenarios", elaborada por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. Esta obra de recopilación jurisprudencial contiene las primeras ejecutorias de casación penal así como los Acuerdos Plenarios referidos a cuestiones derivadas de la aplicación del nuevo ordenamiento procesal que, en los últimos años, ha dictado la Corte Suprema de Justicia de la República.

Uno de los efectos notables de todo el proceso de reforma procesal penal ha sido la importante producción de decisiones jurisdiccionales de las diferentes instancias y en los distintos Distritos Judiciales del país, en virtud de las cuales se ha logrado dar vida propia al nuevo modelo procesal penal. La Corte Suprema de Justicia no ha sido ajena a este proceso y, luego de más de seis años de vigencia de su aplicación, corresponde conocer y, fundamentalmente, hacer un balance acerca de lo trabajado en este ámbito por el máximo órgano de la pirámide jurisdiccional de nuestro país.

La obra contiene las primeras 45 sentencias de casación penal que, en cumplimiento del mandato constitucional y bajo el nuevo marco normativo, está ejerciendo el Supremo Tribunal peruano. Asimismo, incorpora en su segundo capítulo una selección de los principales autos de calificación dictados en la fase de admisión casacional. El tercer y último capítulo presenta los principales Acuerdos Plenarios de problemas originados en la aplicación del nuevo ordenamiento procesal.

Como se sabe y en principio, hasta antes de la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, sólo era posible la vía del recurso de nulidad para procurar que una decisión final – en un proceso ordinario- fuera revisada por el máximo tribunal. Este modelo, sin embargo, ha cambiado de manera notable, pues, el carácter extraordinario, devolutivo y suspensivo de la casación ha determinado que tanto el procedimiento así como el razonamiento de las ejecutorias supremas sean muy diferentes al régimen antiguo.

En lo que concierne a la naturaleza extraordinaria de la casación, podrá conocerse en las sentencias y, con mayor claridad, en los autos de calificación, el conjunto de criterios que sigue la Suprema Corte para exigir el cumplimiento de los presupuestos de procedencia, verificar el objeto impugnable y, finalmente, la debida sustentación del motivo o causal de casación. En este punto, es de destacar que si bien en un primer momento la Corte Suprema fijó una línea amplia para el control de los presupuestos antes indicados, en la actualidad se han establecido criterios estrictos que los fiscales, abogados y justiciables deben conocer. En efecto, al inicio de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal la Corte Suprema fue bastante permisiva –la primera sentencia de casación se admitió por la vía excepcional- y favorable a la concesión del recurso. Es por ello que se aceptó expresamente la denominada *teoría de la voluntad impugnativa*, contenida en el primer auto de calificación Nº 01-2007 Huaura del 17 de mayo del año 2007 y, en tal virtud, se declaró bien concedido el recurso, aun cuando la Sala Suprema realizó el juicio de corrección precisando cuál era el motivo o causal de casación correcto. Según dicha ejecutoria suprema la concepción de la denominada "voluntad impugnativa", se circunscribe al contenido, fundamentación y a la pretensión del recurso.

Ahora bien, en la idea de mantener su carácter extraordinario y de hacer de la casación excepcional, contenida en el apartado 4 del artículo 427, un camino discrecional y ligado a la existencia de un real interés casacional, la Corte Suprema emitió en los últimos años interesantes ejecutorias que han fijado reglas muy claras para restringir, sin mengua del derecho al recurso, el acceso a la casación en casos diferentes a los prescritos taxativamente en la norma. Es de destacar entonces las resoluciones que señalan los presupuestos para la casación excepcional tales como: Auto de calificación de la

casación Nº 06-2007 Huaura, del 24 de octubre del año 2007, Auto de calificación de la casación Nº 66-2009 Huaura, del 4 de febrero de 2010.

Otro de los aspectos más interesantes de la casación penal, que en esto se diferencia de la actual casación civil –aunque no de la casación laboral-, radica en su efecto no suspensivo. El modelo seguido por el legislador del 2004 sigue la tendencia mayoritaria del derecho recursal más reciente que viene afirmando el principio de ejecución inmediata de las decisiones judiciales, fundamentalmente de las sentencias, ello en la idea de proteger la garantía procesal de amplio espectro y reconocimiento constitucional, esto es, la tutela jurisdiccional. Una revisión de los casos llegados a la Corte Suprema permite conocer que en un primer momento las Salas Superiores no tenían suficiente claridad al respecto y fue por ello que al conceder el recurso remitían a la Corte Suprema todo el expediente principal. Esta práctica ha sido ya corregida y en la actualidad sólo se elevan los cuadernos respectivos, pues, todo el cuaderno principal debe seguir en la Sala para la ejecución de la decisión de vista.

Otro de los efectos interesantes que hemos podido advertir en estos primeros años de casación penal tiene que ver, como lo indicamos ya en una anterior oportunidad[1] , con la menor litigiosidad penal ante la Corte Suprema, en comparación con lo sucedido alrededor del antiguo recurso de nulidad. Ciertamente, el hecho de que a la fecha no existan más de cincuenta sentencias casatorias –sin perjuicio de los casos desestimados o inadmitidos- nos indica que el conocimiento y práctica casacional está recién iniciándose en nuestro medio. Sin embargo, no debe perderse de vista que ello obedece no sólo a la mayor complejidad procesal de la casación sino al modelo de progresividad de implementación del nuevo Código Procesal Penal que también rige para nuestra Corte Suprema. Con seguridad, el número de causas que llegan vía casación se irán incrementando y entonces habrá que estar preparados para dar una respuesta que además de ser jurídicamente consistente, sea a la vez eficiente.

Finalmente, en lo atinente a la jurisprudencia casatoria, es necesario conocer que del total de sentencias emitidas hasta la fecha, han sido seis sentencias las que tienen el carácter de precedente vinculante, conforme a lo prescrito por el artículo 433º del Código Procesal Penal. En línea cronológica, tenemos los siguientes: Casación Nº 02-2008 La Libertad: Plazo de las Diligencias Preliminares y plazo de la Investigación Preparatoria; Casación Nº 54-2009 La Libertad: Caducidad de los plazos procesales; Casación Nº 66-2010 Puno: Plazo de las Diligencias Preliminares; Casación Nº 116-2010 Cusco: Cumplimiento de las reglas de conducta; Casación Nº 63-2011 Huaura: Cadena de custodia en procesos de querella y motivación de sentencia; Casación Nº 159-2011 Huaura: Oralidad en el nuevo Código Procesal Penal.

Pero esta publicación no contiene únicamente jurisprudencia casatoria sino también los Acuerdos Plenarios. Es conocido que desde el año 2005 hasta la fecha la Corte Suprema ha emitido un total de 52 Acuerdos Plenarios sobre diversos aspectos del derecho penal material, procesal y de ejecución penal; Además, quince son los Acuerdos Plenarios referidos a cuestiones derivadas de la aplicación del nuevo Código Procesal Penal y que han abordado diversos temas relativos a: nuevos alcances de la conclusión anticipada (Acuerdo Plenario Nº 5-2008/CJ-116), proceso de terminación anticipada: aspectos esenciales (Acuerdo Plenario Nº 5-2009/CJ-116), control de la acusación fiscal (Acuerdo Plenario Nº 6-2009/CJ-116), persona jurídica y consecuencias accesorias (Acuerdo Plenario Nº 7-2009/CJ-116), ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio (Acuerdo Plenario Nº 10-2009/CJ-116), prescripción: problemas actuales (Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116), audiencia de tutela: (Acuerdo Plenario Nº 4-2010/CJ-116), incautación (Acuerdo Plenario Nº 5-2010/CJ-116), acusación directa y proceso inmediato (Acuerdo Plenario Nº 6-2010/CJ-116), apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual (Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116), constitución

1 En: Estudios de Derecho Procesal Penal, "Recurso de Casación y Corte Suprema de Justicia: evaluación tres años después". Editora jurídica Grijley, 2012, p. 509.

del actor civil: requisitos, oportunidad y forma (Acuerdo Plenario Nº 5-2011/CJ-116), motivación escrita de la resoluciones judiciales y el principio de oralidad: necesidad y forma (Acuerdo Plenario Nº 6-2011/CJ-116), Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales (Acuerdo Plenario Nº 7-2011/CJ-116), audiencia de tutela e imputación suficiente (Acuerdo Plenario Nº 2-2012/CJ-116) y la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del Código Procesal Penal 2004 (Acuerdo Plenario Nº 3-2012/CJ-116).

Según ha expresado la Corte Suprema, dos han sido los criterios que se han venido siguiendo para la afirmación de los Precedentes Vinculantes de forma paulatina. El primero, ubicar aquellas decisiones que tienen cierto nivel de trascendencia y pueden generar soluciones a una determinada práctica judicial estimada incorrecta o altamente perjudicial a la paz jurídica. En segundo lugar, detectar normas o instituciones jurídicas necesitadas de una decisión unificadora, que de uno u otro modo no han podido ser de conocimiento inmediato por la Corte Suprema.

Como bien anota Prado Saldarriaga, el método seguido por la Corte Suprema para lograr los Acuerdos Plenarios ha seguido las siguientes etapas: a) Identificación de la situación jurisprudencial problemática, b) Designación de un magistrado ponente, c) Realización de un Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos, d) Redacción y difusión de la doctrina jurisprudencial producida[2]. Esta metodología de trabajo ha ido año a año perfeccionándose de modo que los últimos Plenos Jurisdiccionales (años 2010-2012) se promovió mayor espacio de discusión de cada uno de los temas de la agenda plenaria con la finalidad de recoger de la comunidad jurídica nacional sus respectivos aportes. Es por ello que se creó el foro participación ciudadana a través del portal *web* del Poder Judicial y además se logró la intervención de diversas instituciones públicas y privadas las mismas que presentaron importantes ponencias que finalmente fueron expuestas ante el Pleno de las Salas Penales de esta Suprema Corte en Audiencias Públicas[3].

Como podrá advertirse la trascendencia de esta obra en el ámbito procesal penal, específicamente en cuanto a la difusión de los Acuerdos Plenarios y la sistematización de las sentencias y autos de calificación de la casación penal, contribuye a seguir afirmando las bases del Derecho procesal penal en nuestro país en un momento crucial de su evolución. En efecto, recién con el nuevo Código Procesal Penal se está regulando de manera sistemática el conjunto de normas generales y específicas relativas al recurso de casación. De ahí la importancia de su publicación y difusión de las líneas interpretativas y razonamiento que sobre la materia la Corte Suprema de Justicia ha establecido.

Lima, noviembre de 2012
Dr. CESAR SAN MARTÍN CASTRO
Presidente de la Corte Suprema de
Justicia del Poder Judicial

2 Prado Saldarriaga, Víctor. En: Precedentes vinculantes, Sentencias casatorias y ejecutorias relevantes en materia penal de la Corte Suprema de Justicia. Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2008, p. xxxiv.
3 VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2010, p.9.

ÍNDICE

PRÓLOGO
PRESENTACIÓN

CAPÍTULO I
CASACIONES DE FONDO

Res. **Pág.**

01 **CAS. Nº 01-2007** PRISIÓN PREVENTIVA: PRESENCIA DEL IMPUTADO EN AUDIENCIA — 21
02 **CAS. Nº 05-2007** MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: VALORACIÓN DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA — 27
03 **CAS. Nº 08-2007** MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: MANIFIESTA ILOGICIDAD — 32
04 **CAS. Nº 09-2007** NUEVA PRUEBA OFRECIDA: TESTIMONIO ESPECIAL — 38
05 **CAS. Nº 10-2007** JUICIO ORAL: LECTURA DE PRUEBA DOCUMENTAL Y NUEVA PRUEBA — 43
06 **CAS. Nº 11-2007** DETERMINACIÓN DE LA PENA: LEGALIDAD, PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD — 48
07 **CAS. Nº 02-2008** DILIGENCIAS PRELIMINARES: PLAZO DE DURACIÓN — 52
08 **CAS. Nº 37-2008** TERMINACIÓN ANTICIPADA: REPARACIÓN CIVIL — 56
09 **APEL. Nº 02-2009** IMPUGNACIÓN: INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA — 62
10 **CAS. Nº 14-2009** JUICIO ORAL: DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN GRADO DE TENTATIVA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO — 65
11 **CAS. Nº 16-2009** PROCESO ESPECIAL DE SEGURIDAD Y PROCESO COMÚN: DEFECTO ESTRUCTURAL DE LA SENTENCIA — 74
12 **CAS. Nº 22-2009** NULIDAD: TAXATIVIDAD Y PODER NULIFICANTE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL — 80
13 **CAS. Nº 49-2009** MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: IMPRECISIÓN EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS — 87
14 **CAS. Nº 52-2009** IMPUGNACIÓN DE AUTO: ADMISIBILIDAD DEL RECURSO — 93
15 **CAS. Nº 54-2009** CADUCIDAD: ACTIVIDAD DE FISCALES Y JUECES — 97
16 **CAS. Nº 62-2009** JUICIO ORAL: ACUSACIÓN ALTERNATIVA — 102
17 **CAS. Nº 79-2009** EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CONTROL DE LAS REGLAS DE CONDUCTA — 107
18 **CAS. Nº 7-2010** MOTIVACIÓN DE RESOLUCIÓN JUDICIAL: VALORACIÓN DE LA PRUEBA OMITIDA — 110
19 **CAS. Nº 9-2010** PRINCIPIO ACUSATORIO: CONGRUENCIA PROCESAL — 115
20 **CAS. Nº 14-2010** TUTELA DE DERECHOS: FINALIDAD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y DERECHO DE DEFENSA — 122
21 **CAS. Nº 19-2010** MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: MANIFIESTA ILOGICIDAD — 128
22 **CAS. Nº 22-2010** TERMINACIÓN ANTICIPADA: DISCONFORMIDAD DEL FISCAL SUPERIOR CON EL ACUERDO — 132
23 **CAS. Nº 23-2010** SOBRESEIMIENTO PARCIAL: EFECTO DE SU IMPUGNACIÓN — 136
24 **CAS. Nº 33-2010** RESOLUCIÓN DICTADA ORALMENTE: MOMENTO DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO IMPUGNATORIO — 140
25 **CAS. Nº 38-2010** EJECUCIÓN DE SENTENCIA: RESTITUCIÓN DE BIEN INMUEBLE MATERIA DE USURPACIÓN — 143
26 **CAS. Nº 56-2010** SEGUNDA INSTANCIA: NUEVA PRUEBA — 147

27 **CAS. Nº 57-2010** INCAUTACIÓN: INMEDIATEZ PARA SU CONFIRMACIÓN — 152
28 **CAS. Nº 66-2010** CONTROL DE PLAZOS: INICIO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES — 157
29 **CAS. Nº 70-2010** PRISIÓN PREVENTIVA: DEBIDA MOTIVACIÓN — 161
30 **CAS. Nº 73-2010** MOTIVACIÓN DE RESOLUCIÓN JUDICIAL: VALORACIÓN DE LA PRUEBA EXCLUIDA — 169
31 **CAS. Nº 75-2010** DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS — 174
32 **CAS. Nº 78-2010** RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO: VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO — 181
33 **CAS. Nº 79-2010** TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE: OPORTUNIDAD DE SU INCORPORACIÓN — 187
34 **CAS. Nº 80-2010** INVESTIGACIÓN PREPARATORIA: MEDIOS DE PRUEBA PRESENTADO POR LAS PARTES — 191
35 **CAS. Nº 87-2010** RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO: VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO — 197
36 **CAS. Nº 106-2010** PRINCIPIO DE JUEZ IMPARCIAL: IMPARCIALIDAD OBJETIVA — 201
37 **CAS. Nº 107-2010** MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: CALIDAD DEL AGENTE EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL — 206
38 **CAS. Nº 116-2010** EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CONTROL DE REGLAS DE CONDUCTA — 212
39 **CAS. Nº 128-2010** EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN: EXENCIÓN DE PENA EN DELITOS TRIBUTARIOS — 216
40 **CAS. Nº 145-2010** JUICIO DE TIPICIDAD: DELITO DE EXTORSIÓN Y ROBO — 221
41 **CAS. Nº 153-2010** PRUEBA: INDEBIDA VALORACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR — 225
42 **CAS. Nº 01-2011** INVESTIGACIÓN PREPARATORIA: CONTROL JUDICIAL SOBRE LA DISPOSICIÓN FISCAL DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN — 228
43 **CAS. Nº 49-2011** JUICIO ORAL: RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 173º.3 AL ARTÍCULO 170º DEL CÓDIGO PENAL, POR DELITO DE ABUSO SEXUAL NO CONSENTIDO COMETIDO CONTRA ADOLESCENTE MAYOR DE 14 Y MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD — 232
44 **CAS. Nº 63-2011** CADENA DE CUSTODIA: IMPOSIBILIDAD DE SU APLICACIÓN EN PROCESOS POR DELITOS DE EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL — 238
45 **CAS. Nº 159-2011** DECISIONES EMITIDAS ORALMENTE: TRANSCRIPCIÓN ÍNTEGRA DE LA DECISIÓN — 246

CAPÍTULO II
CASACIONES INADMISIBLES

SUBCAPÍTULO I: PRESUPUESTOS OBJETIVOS

01 **CAS. Nº 04-2007** EL DELITO DE HURTO AGRAVADO IMPUTADO NO SUPERA EN SU EXTREMO MÍNIMO LOS SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXIGIDO COMO PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE AUTO — 257
02 **CAS. N° 07-2007** EL DELITO DE PECULADO DOLOSO, IMPUTADO EN LA ACUSACIÓN ESCRITA, NO SUPERA EN SU EXTREMO MÍNIMO LOS SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXIGIDO COMO PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE SENTENCIA — 259
03 **CAS. N° 15-2007** LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL EL TRIBUNAL SE DESVINCULA DE LA ACUSACIÓN NO ES IMPUGNABLE EN CASACIÓN, POR CUANTO EL RECURSO CASATORIO NO PROCEDE PARA CUESTIONAR UNA FACULTAD ESTABLECIDA POR LEY — 261
04 **CAS. N° 56-2009** EL DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR DE MENOR DE EDAD, IMPUTADO EN LA ACUSACIÓN ESCRITA, NO SUPERA EN SU EXTREMO MÍNIMO LOS SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXIGIDO COMO PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE SENTENCIA — 263
05 **CAS. N° 03-2010** EL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA, IMPUTADO EN LA ACUSACIÓN ESCRITA, NO SUPERA EN SU EXTREMO MÍNIMO LOS SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXIGIDO COMO PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE SENTENCIA — 265

06 **CAS. N° 17-2010** LOS AUTOS QUE RESUELVEN MEDIDAS CAUTELARES NO CUMPLEN CON EL PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE AUTOS, PUES NO TIENE EL EFECTO DE PONER TÉRMINO AL PROCESO — 267
07 **CAS. N° 20-2010** LOS AUTOS QUE RESUELVEN BENEFICIOS PENITENCIARIOS NO CUMPLEN CON EL PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE AUTOS, PUES NO TIENE EL EFECTO DE PONER TÉRMINO AL PROCESO — 269
08 **CAS. N° 29-2010** EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, IMPUTADO EN LA ACUSACIÓN ESCRITA, NO SUPERA EN SU EXTREMO MÍNIMO LOS SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXIGIDO COMO PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE SENTENCIA — 271
09 **CAS. N° 99-2010** EL AUTO QUE RESUELVE LA SOLICITUD DE TUTELA DE DERECHOS NO CUMPLE CON EL PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE AUTOS, PUES NO TIENE EL EFECTO DE PONER TÉRMINO AL PROCESO — 273
10 **CAS. Nº 100-2010** LOS AUTOS QUE RESUELVEN NULIDADES NO CUMPLEN CON EL PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE AUTOS, PUES NO TIENE EL EFECTO DE PONER TÉRMINO AL PROCESO — 275

SUBCAPÍTULO II: PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

11 **CAS. Nº 13-2009** LA INCONCURRENCIA INJUSTIFICADA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA DE CASACIÓN SOBRE SENTENCIA (DESISTIMIENTO TÁCITO), DARÁ LUGAR A LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO INTERPUESTO Y, APAREJADO A ELLO, LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS — 279
12 **CAS. Nº 25-2009** LA INCONCURRENCIA INJUSTIFICADA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA DE CASACIÓN SOBRE AUTOS (DESISTIMIENTO TÁCITO), DARÁ LUGAR A LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO INTERPUESTO Y, APAREJADO A ELLO, LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS — 282
13 **CAS. Nº 66-2009** LA INCONCURRENCIA INJUSTIFICADA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA DE CASACIÓN SOBRE AUTOS (DESISTIMIENTO TÁCITO), DARÁ LUGAR A LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO INTERPUESTO — 284
14 **CAS. Nº 8-2010** INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CASATORIO POR INVOCAR VIOLACIONES DE LA LEY QUE NO HAYAN SIDO DEDUCIDAS EN LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN — 285

SUBCAPÍTULO III: PRESUPUESTOS FORMALES

15 **CAS. Nº 02-2007** INADMISIBILIDAD POR IMPRECISIONES Y FALTA DE FUNDAMENTACIÓN ESPECÍFICA RESPECTO A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES SUPUESTAMENTE VULNERADAS — 289
16 **CAS. Nº 68-2009** INADMISIBILIDAD POR NO PRECISAR NI FUNDAMENTAR SEPARADAMENTE CADA CAUSAL INVOCADA — 291
17 **CAS. Nº 77-2009** EN SEDE CASACIONAL NO SE PUEDE ANALIZAR O VALORAR LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO O PROPONER FÓRMULAS PROBATORIAS ALTERNATIVAS — 293
18 **CAS. Nº 134-201**0 EL RECURSO DE CASACIÓN CARECE DE FUNDAMENTO SI PRETENDE DISCUTIR O SOLICITAR UNA NUEVA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE SIRVIERON DE BASE PARA EMITIR SENTENCIA — 295
19 **CAS. Nº 31-2011** EL RECURSO DE CASACIÓN DEBERÁ INDICAR DE MANERA PRECISA LA CAUSAL O SUBCAUSAL DONDE SE ENCUADRA EL SUPUESTO AGRAVIO — 297
20 **CAS. Nº 208-2011** LA ADMISIÓN DEL RECURSO REQUIERE QUE SEA INTERPUESTO POR ESCRITO Y EN EL PLAZO PREVISTO POR LEY: LAS RESOLUCIONES SE ENTENDERÁN NOTIFICADAS A LAS PARTES ASISTENTES DESDE EL MOMENTO DE SU PRONUNCIAMIENTO EN AUDIENCIA, INDISTINTAMENTE SI UNA DE ELLAS ABANDONA LA MISMA SIN MOTIVO JUSTIFICADO — 299

CAPÍTULO III
ACUERDOS PLENARIOS

01 ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116
NUEVOS ALCANCES DE LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA — 303

02 ACUERDO PLENARIO Nº 5-2009/CJ-116
PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA: ASPECTOS ESENCIALES — 315

03 ACUERDO PLENARIO Nº 6-2009/CJ-116
CONTROL DE LA ACUSACIÓN FISCAL — 321

04 ACUERDO PLENARIO Nº 7-2009/CJ-116
PERSONA JURÍDICA Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS — 326

05 ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116
EJECUCIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN Y RECURSO IMPUGNATORIO — 334

06 ACUERDO PLENARIO Nº 1-2010/CJ-116
PRESCRIPCIÓN: PROBLEMAS ACTUALES — 338

07 ACUERDO PLENARIO Nº 4-2010/CJ-116
AUDIENCIA DE TUTELA — 345

08 ACUERDO PLENARIO Nº 5-2010/CJ-116
INCAUTACIÓN — 350

09 ACUERDO PLENARIO Nº 6-2010/CJ-116
ACUSACIÓN DIRECTA Y PROCESO INMEDIATO — 355

10 ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116
APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL — 361

11 ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116
NUEVOS ALCANCES DE LA PRESCRIPCIÓN — 370

12 ACUERDO PLENARIO N° 3-2011/CJ-116
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y TRATA DE PERSONAS: DIFERENCIAS TÍPICAS Y PENALIDAD — 374

13 ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116
RELEVANCIA DEL VALOR DEL BIEN MUEBLE OBJETO DE HURTO PARA LA CONFIGURACIÓN DE LAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 186º CP — 379

14 ACUERDO PLENARIO N° 5-2011/CJ-116
CONSTITUCIÓN DEL ACTOR CIVIL: REQUISITOS, OPORTUNIDAD Y FORMA — 384

15 ACUERDO PLENARIO N° 6–2011/CJ–116
MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y EL PRINCIPIO DE ORALIDAD: NECESIDAD Y FORMA — 389

16 ACUERDO PLENARIO N° 7-2011/CJ-116
DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y MEDIDAS DE COERCIÓN REALES — 394

17 ACUERDO PLENARIO N° 8-2011/CJ-116
BENEFICIOS PENITENCIARIOS, TERRORISMO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA — 400

18 ACUERDO PLENARIO N° 2-2012/CJ-116
AUDIENCIA DE TUTELA E IMPUTACIÓN SUFICIENTE — 406

19 ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116
SOBRE LA NECESIDAD DE REEVALUAR LASUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISPUESTA EN EL ARTÍCULO 339°.1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004 — 409

ABREVIATURAS

CP	:	Código Penal
NCPP	:	Nuevo Código Procesal Penal
Const.	:	Constitución Política del Perú
Cas.	:	Casación
LOPJ	:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOMP	:	Ley Orgánica del Ministerio Público
AP	:	Acuerdo Plenario
R.A.	:	Resolución Administrativa
P.J.	:	Poder Judicial
CPConst.	:	Código Procesal Constitucional
PIDCP	:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CADH	:	Convención Americana de Derechos Humanos
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	:	Tribunal Constitucional
PHC	:	Procesos de Hábeas Corpus
DUDH	:	Declaración Universal de Derechos Humanos
CPC	:	Código Procesal Civil
PSJ	:	Pacto de San José de Costa Rica
Reg. Aud.	:	Reglamento General de Audiencias
ACPP	:	Antiguo Código de Procedimientos Penales
APEL.	:	Apelación

CAPÍTULO

Casaciones de Fondo

PRISIÓN PREVENTIVA: PRESENCIA DEL IMPUTADO EN AUDIENCIA

01

LA ASISTENCIA DEL IMPUTADO A LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA NO ES OBLIGATORIA PARA SU INSTALACIÓN, SI SE CONSTATA PREVIAMENTE QUE SU INASISTENCIA A LA MISMA SE DEBE A UNA DECISIÓN VOLUNTARIA, INTENCIONAL O NEGLIGENTE FRENTE A UNA DEBIDA CITACIÓN

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) Al respecto la señora Fiscal Adjunta Superior sostiene en sus recursos formalizados (...) que no es necesario para requerir prisión preventiva que antes se haya solicitado y obtenido mandato de detención preliminar; que los presupuestos materiales del pedido de prisión preventiva no incorporan la necesidad de que el imputado esté presente o haya sido previamente detenido; y, que lo único consustancial a la audiencia de prisión preventiva es que se garantice el derecho de defensa".

Fundamento del auto impugnado en casación
"El auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente: (...), que para que se requiera prisión preventiva por primera vez es necesario que el imputado esté detenido por la Policía mediando flagrancia o por orden de detención preliminar del Juez. Además la audiencia de prisión preventiva se debe celebrar con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y de su defensor (...)".

Fundamento de la casación
"Ese entendimiento no es correcto. La detención, si bien es una privación de libertad provisionalísima - caracterizada por su brevedad y su limitación temporal - de naturaleza estrictamente cautelar –evitar la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de la justicia - y dispuesta por la Policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria, cuya función es tanto asegurar a la persona del imputado cuanto garantizar la futura aplicación del ius puniendi mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables (...); no es, en principio, una medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva".

"Lo expuesto permite entender en su justo alcance (i) la situación del imputado previa al pedido de prisión preventiva -puede estar o no detenido-, (ii) los presupuestos para la expedición de la resolución de citación para la realización de la audiencia respectiva -el juicio de admisibilidad está condicionado a la existencia de un imputado en estricto sentido, que contra él se haya dictado una Disposición de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria-, y (iii) las exigencias para la propia instalación y desarrollo de la audiencia -citación debida, presencia obligatoria del Fiscal y del abogado defensor, y, en caso de ausencia del imputado, constatación previa de una situación de inasistencia voluntaria por razones derivadas de su actitud anterior a la convocatoria a la audiencia (ausencia, contumacia, fuga o no presencia pese a su emplazamiento a los actos de investigación) o como consecuencia de una decisión, intencional o negligente, de inconcurrencia ante la citación judicial-".

Base Legal: NCPP: Arts. 255.2, 259, 260, 261, 264.1, 268, 271.1.2, 336, 429.2, 432.1.2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 01-2007 (AUTO)
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de julio de dos mil siete .-

VISTOS; en audiencia pública; el **recurso de casación** por inobservancia de norma procesal interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE HUAURA contra el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, del veintiséis de enero de dos mil siete -y no dos mil seis como erróneamente se ha consignado-, que revocando el auto de primera instancia de fojas ciento tres, del veintidós de diciembre de dos mil seis, declaró improcedente el requerimiento fiscal de prisión preventiva.
Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del incidente en primera instancia.

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial de Huaura mediante requerimiento de fojas ochenta y seis, del veinte de diciembre de dos mil seis, cursado al señor Juez de la Investigación Preparatoria de Huaura, solicitó se dicte la medida de coerción personal de prisión preventiva contra Jimmy Edinho Cavero Ramírez, Margarita

Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez, al amparo de los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal, quienes tienen formalizada investigación preparatoria, el primero, por delitos de secuestro y violación en agravio de la menor R.K.R.O; y, las dos restantes, por delito de falsedad en juicio en agravio del Estado.

SEGUNDO: El señor Juez de la Investigación Preparatoria mediante decreto de fojas noventa y seis, del veintiuno de diciembre de dos mil seis señaló fecha para la audiencia de prisión preventiva. La audiencia se realizó al día siguiente sin la concurrencia de los imputados, pero con la asistencia de sus abogados defensores de confianza. Intervino en la audiencia el señor Fiscal Provincial requirente.

El debate se concretó en la posibilidad de realizar la audiencia de prisión preventiva sin la concurrencia de los imputados y sin antes haberse dictado o en su caso efectivizado mandato de detención preliminar. Contra el imputado Cavero Ramírez, previamente se había dictado mandato de detención preliminar -sin que haya podido concretarse-. Las encausadas Ramírez Ramos y Cavero Ramírez no han sido pasibles de tal medida provisionalísima porque el correspondiente requerimiento fiscal fue rechazado por el Juez de la causa.

TERCERO: El señor Juez de la Investigación Preparatoria, en ese acto, dictó el auto corriente a fojas ciento tres que declaró infundado el pedido de la Fiscalía Provincial de realización de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva, sin presencia de los imputados.

Contra esa resolución recurrió la citada Fiscalía Provincial por escrito de fojas ciento seis y el actor civil por escrito de fojas ciento trece. Ambas impugnaciones fueron concedidas.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

CUARTO: El Superior Tribunal por resolución de fojas ciento treinta y cuatro, del quince de enero de dos mil siete, señaló fecha para la audiencia de apelación. Esta se realizó, conforme al acta de fojas ciento cuarenta y cinco, del veintiséis de enero de dos mil siete, con la intervención del Fiscal Superior, el abogado defensor de oficio del imputado, la defensora de confianza de las encausadas, y la asistencia de estas últimas: Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez. En la audiencia se expidió tanto el auto de fojas ciento cuarenta y siete, del veintiséis de enero de dos mil siete, que declaró inadmisible la apelación del actor civil, cuanto el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, de la misma fecha, que absolvió el grado.

QUINTO: El auto de vista recurrido en casación, por mayoría, revocó la resolución del Juez de la investigación Preparatoria que declaró infundado el pedido del Fiscal para la realización de la audiencia de prisión preventiva; y, reformándola, lo declaró improcedente. Precisó, a su vez, que el Señor Fiscal puede instar la prisión preventiva en su debida oportunidad con arreglo a ley.

El voto singular estimó, en principio la procedencia del pedido del Ministerio Público, pero como no se había notificado a las partes en forma oportuna, debía anularse la resolución de primera instancia y disponerse que el Juez de la Investigación Preparatoria realice nueva audiencia de prisión preventiva con el emplazamiento oportuno a las partes.

III. Del trámite del recurso de casación de la señora Fiscal Adjunta Superior.

SEXTO: Notificado el auto de vista, la señora Fiscal Adjunta Superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento setenta. Introdujo dos motivos de casación: errónea interpretación de la ley penal y defecto de logicidad. Concedido el recurso por auto de fojas ciento setenta y ocho, del quince de febrero de dos mil siete, y presentado argumentos adicionales por escrito de fojas ciento noventa y tres, aceptados por resolución de fojas doscientos uno, del veintiuno de febrero de dos mil siete, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha siete de marzo de dos mil siete.

SÉPTIMO: Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del diecisiete de mayo de dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, sólo admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de norma procesal -previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal-, así como declaró inadmisible el citado recurso por el motivo de defecto de logicidad.

OCTAVO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del señor Fiscal Supremo Adjunto, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

NOVENO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día seis de agosto próximo a horas nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas catorce, del cuaderno de casación, del diecisiete de mayo de dos mil siete, el único motivo de casación admitido es el de inobservancia de norma procesal. Al respecto la señora Fiscal Adjunta Superior sostiene en sus recursos formalizados de fojas ciento setenta y ciento noventa y tres -más allá de su confusa argumentación- que no es necesario para requerir prisión preventiva que antes se haya solicitado y obtenido mandato de detención preliminar; que los presupuestos materiales del pedido de prisión preventiva no incorporan la necesidad de que el imputado esté presente o haya sido previamente detenido; y, que lo único consustancial a la audiencia de prisión preventiva es que se garantice el derecho de defensa.

SEGUNDO: El auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente:

A. Que el Fiscal Provincial requirió la medida de detención preliminar contra el imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez el dieciocho de noviembre de dos mil seis, la cual fue concedida ese mismo día por el Juez de la Investigación Preparatoria. Con fecha catorce de diciembre de dos mil seis el Fiscal Provincial dictó la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria contra el citado imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez por delitos de secuestro y violación en agravio de la menor R.K.R.O. y contra Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez por delito de falsedad en juicio en agravio del Estado, no obstante que el día anterior había requerido contra las dos últimas mandato de detención preliminar y que había sido rechazado. El veinte de diciembre de dos mil seis el Fiscal Provincial solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria mandato de prisión preventiva para los tres imputados -que no fue aceptado-, y con fecha nueve de enero de dos mil siete formuló acusación contra los tres encausados, sin que al dictar la primera Disposición haya ordenado la realización de diligencias de investigación.

B. Que, ahora bien, conforme al artículo doscientos sesenta y cuatro apartado uno del Nuevo Código Procesal Penal, para que el Fiscal requiera prisión preventiva el imputado debe encontrarse detenido –en flagrancia por la Policía, arresto ciudadano o preliminarmente por orden judicial-.

C. Que contra el imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez el Juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del Fiscal Provincial, dictó mandato de detención preliminar, pero no se efectivizó, al punto que el citado encausado se fugó al extranjero. Contra las encausadas Anyela Cinthia Cavero Ramírez y Margarita Ramírez Ramos el Fiscal también solicitó mandato de detención preliminar, pero fue rechazado por el Juez de la Investigación Preparatoria, mediante resolución que no fue impugnada por el Fiscal requirente.

D. Que para que se requiera prisión preventiva por primera vez es necesario que el imputado esté detenido por la Policía mediando flagrancia o por orden detención preliminar del Juez. Además, la audiencia de prisión preventiva se debe celebrar con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y de su defensor. Si bien el artículo doscientos setenta y uno apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal establece que cuando el imputado se niega a estar presente en la audiencia será representado por su abogado defensor o el de oficio, debe entenderse que tiene que encontrarse detenido y en esa condición negarse a concurrir a la audiencia. Distinta es la situación -insiste el Tribunal de Apelación- cuando ya existe formalización de la investigación preparatoria y al imputado se le ha impuesto medida de comparecencia, en cuyo caso se podrá solicitar la diligencia de variación de dicha medida por la de prisión preventiva. Además -entiende el Tribunal Superior-, si se rechazó la medida de detención preliminar o no se solicitó medida alguna contra un imputado ya no se puede requerir mandato de prisión preventiva al no tener la condición de detenido, sólo puede instarse la medida de comparecencia restrictiva o impedimento de salida del país.

TERCERO: La situación de hecho, objeto de subsunción jurídica, está claramente definida; y, por lo demás, no corresponde a este Tribunal de Casación examinarla o, en su caso, variarla, por expreso mandato del artículo cuatrocientos treinta y dos apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal. Es de puntualizar, al respecto, que el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrado en la *questio iuris*. Por lo demás, la denominada "casación formal o por quebrantamiento de forma" está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento, o la estructura y ámbito de las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes.

Por consiguiente, para el análisis del recurso se tiene lo siguiente:

A. Que el Fiscal Provincial había iniciado diligencias preliminares a raíz de un secuestro y ulterior abuso sexual violento que sufrió la menor R.K.R.O., de dieciséis años de edad, en la que comprendió tanto a Jimmy Edinho Cavero Ramírez, sindicado como el secuestrador y agresor sexual, cuanto a Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez, por proporcionar a sabiendas versiones falsas para confundir a la justicia acerca del paradero del imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez.

B. Que, en sede de diligencias preliminares, el Fiscal solicitó la medida de detención preliminar contra los tres imputados, pero el Juez de la Investigación Preparatoria sólo aceptó dictarla contra Jimmy Edinho Cavero Ramírez, orden que finalmente no se efectivizó, al punto que el citado encausado pudo huir hacia la Argentina.

C. Que, posteriormente, el Fiscal Provincial dictó la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria contra los tres inculpados, luego requirió mandato de prisión preventiva -objeto de recurso de casación- y, finalmente, formuló acusación contra los tres.

D. Que a la audiencia de prisión preventiva, en primera instancia, no asistieron los encausados -imposible de parte del imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez por haber huido a la Argentina- pero sí sus abogados de confianza. En la audiencia de apelación asistieron las encausadas por delito de falsedad en juicio, el abogado defensor de oficio del imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez y el abogado de confianza de las otras dos inculpadas. En ambas audiencias el debate se circunscribió a la posibilidad legal de solicitar la prisión preventiva y al debido u oportuno emplazamiento de las dos encausadas.

CUARTO: La medida de coerción personal de prisión preventiva está regulada en el Título III de la Sección III del Libro Segundo del Nuevo Código Procesal Penal. Concretamente, los presupuestos materiales y formales, que determinan su imposición, a la vez que el trámite para dictarla, están previstos en el Capítulo I del referido Título, que consta de cuatro artículos: del doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta y uno.

No constituye presupuesto material de dicha medida personal, como claramente fluye del artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal, que el imputado se encuentre sujeto a la medida provisionalísima de detención, en cualquiera de sus modalidades. La Ley sólo exige implícitamente, por la propia naturaleza de una medida de coerción procesal de intensa limitación de derechos fundamentales, de presupuestos materiales más rigurosos, y de efectos temporales más intensos, como es la prisión preventiva, que sólo pueden tener lugar en los ámbitos de una investigación preparatoria formal, vale decir, que se haya dictado la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria a que hace referencia el artículo trescientos treinta y seis del Nuevo Código Procesal Penal [sólo por esa circunstancia es lógico que el artículo doscientos sesenta y cuatro, apartado uno, del Nuevo Código Procesal Penal, insista que luego de la detención policial de oficio o preliminar judicial el pedido de prisión preventiva está condicionada a la *"...continuación de las investigaciones ..."*, esto es, como no puede ser de otra forma, a la mencionada Disposición Fiscal]; y, además, para que el Fiscal pueda obtener una decisión favorable del Juez de la Investigación Preparatoria, se debe probar la concurrencia de los presupuestos establecidos en el apartado uno, y en su caso el dos, del artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal. No existe, ni puede configurarse pretoriana o judicialmente, presupuesto adicional, al que dicha norma prevé.

Por consiguiente, el imputado contra quien se solicita mandato de prisión preventiva puede encontrarse en muy diversas situaciones procesales. Así, puede estar detenido policialmente en los supuestos de flagrancia delictiva o por previo arresto ciudadano o detenido preliminarmente por orden judicial, conforme a los artículos doscientos cincuenta y nueve, doscientos sesenta y doscientos sesenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal. Asimismo, puede encontrarse, de facto, en la condición de no habido –sea que se hubiera fugado antes de ser capturado en flagrancia por la policía o que ésta, pese al mandato judicial de detención preliminar, no haya podido capturarlo- o sin medida coercitiva personal alguna porque el Fiscal no la solicitó ante el Juez de la Investigación Preparatoria, sea por la razón que fuere.

QUINTO: El Tribunal de Alzada, como fluye del auto recurrido, traza una vinculación estricta entre detención y prisión preventiva, y a partir de ese entendimiento estima que es imprescindible a la prisión preventiva -y condición para su imposición- la medida de detención, de suerte que si ésta no tiene lugar, porque no se efectivizó o se desestimó, no es posible solicitar aquélla y menos concederla.

Ese entendimiento no es correcto. La detención, si bien es una privación de libertad provisionalísima -caracterizada por su brevedad y su limitación temporal- de naturaleza estrictamente cautelar -evitar la posibilidad de

fuga o elusión de los efectos de la justicia- y dispuesta por la Policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria, cuya función es tanto asegurar a la persona del imputado cuanto garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables -por ejemplo, y en la perspectiva de individualizar a los responsables del hecho delictivo e impedir además el ocultamiento y destrucción de huellas o pruebas del delito: interrogatorio, reconocimientos, pericias forenses-, amén de sustentada en supuestos notorios de evidencia delictiva, tales como la flagrancia, o, según el caso, razones plausibles de comisión delictiva [sospechas o indicios concretos y determinados de que una persona ha cometido un delito]; no es, en principio, una medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva.

La prisión preventiva, como fluye de las normas antes citadas, es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba [no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo]. Está sometida, en comparación con la detención, y prevista para un periodo de tiempo más lato, a requisitos más exigentes- cuyo eje es la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado, la comisión del delito por él-, tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican -sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y de motivación-.

Siendo así, tal y como está prevista la detención en el Título II de la Sección III "Las medidas de coerción procesal", responde tanto a la necesidad imperiosa de poner fin a la ejecución de un delito o hacer cesar sus efectos lesivos inmediatos, como a la urgencia de garantizar la presencia judicial del imputado -evitando su fuga- y de realizar con el concurso de aquél actos de investigación y de aseguramiento inaplazables -carácter adicional de erigirse en un acto de investigación indirecto-. En consecuencia, esta medida cautelar personal y provisionalísima será o no necesaria según las características y entidad del caso concreto, y su pedido judicial -detención preliminar y, de ser el caso, ulterior convalidación extensiva, a que hace referencia el artículo doscientos sesenta y seis del Nuevo Código Procesal Penal- corresponderá exclusivamente a la estrategia y planteamiento de la investigación que autónomamente, y bajo su responsabilidad, decida el Fiscal Provincial.

SEXTO: Es cierto, desde luego, que una vez que se detenga policialmente a una persona -ver artículos doscientos cincuenta y nueve y doscientos sesenta apartados dos del Nuevo Código Procesal Penal- o cuando el Juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del Fiscal, dicte y se ejecute una medida de detención preliminar -ver artículo doscientos sesenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal-, el régimen legal o situación jurídica del imputado y de las diligencias preliminares –dada la limitación del derecho fundamental a la libertad personal- están severamente circunscriptas y sometidas a reglas de procedimiento específicas, a tenor de los artículos doscientos sesenta y cuatro y siguientes del Nuevo Código Procesal Penal -que incluso puede dar lugar a un pedido de convalidación de la detención, a su extensión temporal, conforme al artículo doscientos sesenta y seis-. Sin embargo, ello no da pie a inferir que siempre es del caso pedir detención preliminar en aras, luego, de instar la prisión preventiva; y, menos, que si se intenta esa medida provisionalísima y el Juez no la acepta, está vedado requerir la medida de prisión preventiva en una oportunidad posterior de incorporarse -claro está- más elementos de investigación o de prueba en orden a los presupuestos que la condicionan -artículo doscientos cincuenta y cinco apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal-. Como se ha indicado, el artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal, que regula los presupuestos materiales para dictar dicha medida provisional personal, no lo impone, ni por su propia lógica institucional podía hacerlo.

SÉPTIMO: La audiencia de prisión preventiva, regulada por los apartados uno y dos del artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal, prevé varias exigencias para que pueda emitirse válidamente un mandato de prisión preventiva o, alternativamente, una medida de comparecencia restrictiva o simple -ver apartado cuatro-. Son: **a)** requerimiento o solicitud del Ministerio Público; **b)** realización de la audiencia de prisión preventiva dentro del plazo legal de las cuarenta y ocho horas siguientes a su requerimiento; y, **c)** concurrencia a la audiencia del Fiscal requirente, del imputado y de su defensor -si no asiste el defensor de confianza o el imputado no lo tiene se le reemplaza en el acto o interviene el defensor de oficio-.

Es particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal: *"...Si; el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso"*. No es, pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí, necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal –si lo hubiere señalado-, o su conducción al Juzgado cuando esté efectivamente detenido [con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional -en cuanto acceso al proceso- y se afirma, a su vez, la

garantía de defensa procesal]. Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido –lo que denota imposibilidad material del Juez para emplazarlo- o porque, sencillamente, no quiere hacerlo -en ejercicio de su derecho material de defensa, a su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal-, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio.

Lo expuesto permite entender en su justo alcance **(i)** la situación del imputado previa al pedido de prisión preventiva -puede estar o no detenido-, **(ii)** los presupuestos para la expedición de la resolución de citación para la realización de la audiencia respectiva -el juicio de admisibilidad está condicionado a la existencia de un imputado en estricto sentido, que contra él se haya dictado una Disposición de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria-, y **(iii)** las exigencias para la propia instalación y desarrollo de la audiencia -citación debida, presencia obligatoria del Fiscal y del abogado defensor, y, en caso de ausencia del imputado, constatación previa de una situación de inasistencia voluntaria por razones derivadas de su actitud anterior a la convocatoria a la audiencia (ausencia, contumacia, fuga o no presencia pese su emplazamiento a los actos de investigación) o como consecuencia de una decisión, intencional o negligente, de inconcurrencia ante la citación judicial-.

OCTAVO: En virtud a lo precedentemente expuesto, es de concluir que el Tribunal de Alzada, al igual que el Juez de la Investigación Preparatoria, inobservaron las exigencias establecidas por el artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal y tergiversaron los alcances de los artículos doscientos sesenta y uno y doscientos sesenta y cuatro del mismo Código en relación con la norma anteriormente citada [el Tribunal de Apelación, incluso, asumió la existencia de un presupuesto formal del pedido de prisión preventiva: el previo mandato ejecutado de detención preliminar, sin base legal que lo ampare]. Sobre esa consideración, el Juez de la Investigación Preparatoria limitó indebidamente el ámbito de la audiencia de prisión preventiva y no decidió sobre el fondo del asunto, sin dar pie además, pese a ser el objeto central de la misma, a un debate oral sobre el mérito del requerimiento fiscal. Por ello, y como hace falta realizar en forma la audiencia de prisión preventiva con las citaciones correspondientes, la estimación del recurso de casación sólo trae consigo un juicio rescindente -artículo cuatrocientos treinta y tres apartado uno del Nuevo Código Procesal Penal-.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de norma procesal -artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del Nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE HUAURA contra el auto de vista que revocando el auto de primera instancia declaró improcedente el requerimiento fiscal de prisión preventiva. En consecuencia: **NULO** el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, del veintiséis de enero de dos mil siete, e **INSUBSISTENTE** el auto de primera instancia de fojas ciento tres, del veintidós de diciembre de dos mil seis.

II. ORDENARON que el Juez de la Investigación Preparatoria realice la audiencia de prisión preventiva y, cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una resolución sobre el fondo del asunto.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todos las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
SALAS GAMBOA
SAN MARTÍN CASTRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: VALORACIÓN DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

02

LA NO ACTUACIÓN DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA NO LIMITA A LA SALA DE APELACIONES REALIZAR UN CONTROL SOBRE EL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE DE LA MOTIVACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA, NO BASTANDO EMITIR UN FALLO POR REMISIÓN

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal: motivación de resoluciones judiciales.

Fundamento del recurso casatorio
"Alega que no se dio una respuesta razonada, motivada (sic) y congruente a su pretensión impugnatoria, no se expresó el proceso mental que llevó al Tribunal a la confirmación de la condena, no se puso de manifiesto las razones de la decisión jurisdiccional".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"Que la menor agraviada declaró en el juicio de primera instancia. Allí indicó detallada y pormenorizadamente la forma, modo y circunstancias como se perpetró el delito en su agravio. También declaró otro testigo de cargo. Ambas pruebas personales, por no haberse actuado en sede apelación, no es posible otorgarle un contenido distinto – sólo puede valorarse independientemente la prueba instrumental, pericial, preconstituida y anticipada-. Además, en segunda instancia no se verificó mayor actividad probatoria a instancia de la defensa".

Fundamento de la casación
"En el presente caso el Tribunal de Apelación ha entendido que la apreciación del Tribunal de Primera Instancia, en orden a la valoración de la prueba personal, no puede ser revisada, es inmodificable, tanto más si no se actuó prueba en segunda instancia. Sin embargo, no apreció, pese a que integraba el motivo de la impugnación, el otro ámbito de fiscalización de la prueba personal: la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo, en suma [desde luego, es del caso puntualizar que el hecho de que una testigo en el curso del proceso haya expuesto varias versiones en modo alguno inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre que explicite los motivos por los que asume una de ellas], si el relato incriminador era atendible en función a las reglas de la experiencia, si éste era suficiente, a partir del conjunto de la prueba apreciada por A Quo; si el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia era en sí mismo sólido y completo".

"Por otro lado, en el presente caso no es aceptable la técnica de la remisión, pues existe un cuestionamiento a la completitud de la prueba (...), y una invocación a la necesidad de apreciar el conjunto de declaraciones de la agraviada y a lo que del testigo de cargo anotó el recurrente, datos o precisiones no consolidados en la sentencia de primera instancia. En tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia (...) vulneró, en consecuencia, la garantía de motivación (...)".

Base Legal: Const.: Art. 139.5; NCPP: Arts. 429.1, 433.1, 504.2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 05-2007 (SENTENCIA)
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de octubre de dos mil siete .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales interpuesto por el encausado JHONNY JAVIER GIRALDO ROMERO contra la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de mayo de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y seis, del cuaderno de debate, del treinta y uno de enero de dos mil siete, lo condenó como autor de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio calificado y contra la libertad sexual - violación sexual de menor en agravio de Kenye Brhayan Castro Palma y de M.C.G.R. respectivamente, a quince años de pena privativa de libertad, y fijó en veinte mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil.
Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario de lo causa en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Giraldo Romero fue inculpado formalmente mediante auto apertorio de instrucción de fojas ciento veintisiete, del dieciséis de diciembre de dos mil tres, a mérito de la denuncia formalizada del señor Fiscal Provincial de Huaura de fojas ciento veintitrés. Se le atribuyó la comisión del delito de violación

sexual en agravio de la menor M.C.G.R. y de homicidio en agravio del menor Kenye Brhayan Castro Palma. Los hechos objeto de imputación ocurrieron el seis de mayo de dos mil tres, en el domicilio de doña Daría Palma Rosales –madre del menor fallecido-, ubicado en la localidad de Barranca, en circunstancias en que el imputado Giraldo Romero ingresó al mencionado predio con la anuencia de la menor M.C.G.R., de quince años de edad, a fin de ver televisión; sin embargo, de improviso se acercó a la cama donde se encontraba la citada agraviada y, pese a su oposición y gritos, le hizo sufrir el acto sexual; que como el menor Castro Palma, sobrino de aquélla y de seis años de edad, observó lo ocurrido, trató de defender a su tía y anunció que contaría a su madre lo sucedido, cuando intentó salir del domicilio fue detenido por el imputado, quien violentamente lo arrojó contra la cama y le apretó el cuello con las manos hasta matarlo, no obstante la actitud de la menor M.C.G.R. procuró evitar la agresión, luego de lo cual se dio a la fuga.

SEGUNDO: El proceso se inició con arreglo al estatuto procesal anterior. Sin embargo, la Sala Penal Superior por imperio del originario artículo dieciocho, apartado tres, del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y ocho, remitió lo actuado al Juzgado Penal Colegiado –véase auto de fojas novecientos cuarenta, del treinta y uno de julio de dos mil seis-. Este Juzgado por auto de fojas diecisiete del cuaderno de debate, del veintidós de Diciembre del dos mil seis, adecuó la causa al nuevo Código Procesal Penal y dictó el auto de enjuiciamiento correspondiente.

TERCERO: Capturado el imputado y realizado el juicio oral, el segundo Juzgado Penal Colegiado de Huaura condenó al imputado como autor de los delitos de homicidio calificado y violación sexual a quince años de pena privativa de libertad, así como fijó por concepto de reparación civil la suma de veinte mil nuevos soles a favor de los herederos legales del menor Kenye Brhayan Castro Palma y dos mil nuevos soles a favor de la menor agraviada M.C.G.R.

Contra el fallo condenatorio tanto el encausado Jhonny Javier Giraldo Romero como el padre de la agraviada M.C.G.R. interpusieron recurso de apelación. Los recursos fueron concedidos por autos de fojas ciento cuarenta y cinco, del nueve de marzo de dos mil siete, y de fojas ciento diecisiete, del nueve de marzo de dos mil siete, respectivamente.

II. Del Trámite recursal en segunda instancia.

CUARTO: El Superior Tribunal, en primer lugar, por resolución de fojas cuarenta y uno, del veintitrés de abril de dos mil siete, declaró inadmisible el recurso de apelación del recurrente Germán Guerrero Caushi, padre de la menor agraviada M.C.G.R., por no haberse constituido en actor civil; y, por auto de fojas cincuenta y tres, del siete de mayo de dos mil siete, citó para la audiencia de apelación no sin antes rechazar de plano los medios de prueba ofrecidos por el primero de los nombrados.

La audiencia se realizó, conforme al acta de fojas setenta y siete, del veintiuno de mayo de dos mil siete, con la intervención del Fiscal Superior, del abogado defensor del imputado recurrente, del abogado de la agraviada y con la presencia del encausado Jhonny Javier Giraldo Romero.

QUINTO: La sentencia de vista recurrida en casación de fojas ochenta y tres, del treinta y uno de mayo de dos mil siete, confirmó en todos sus extremos la sentencia de primera instancia. Ratificó, en consecuencia, la pena de quince años de privación de libertad y el monto de reparación civil ascendente a veinte mil nuevos soles, objeto del recurso, con lo demás que contiene.

III. Del Trámite del recurso de casación del imputado.

SEXTO: El imputado Giraldo Romero interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ochenta y seis. Introdujo tres motivos de casación: inobservancia de garantías constitucionales, inobservancia de normas procesales y defecto de logicidad. Concedido el recurso por auto de fojas noventa y tres, del trece de junio de dos mil siete, se elevó los actuados a este Supremo Tribunal con fecha diecinueve de junio de dos mil siete.

SÉPTIMO: Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas diecinueve del cuaderno de casación, del uno de agosto de dos mil siete, sólo admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de la garantía constitucional de motivación, así como declaró inadmisible el citado recurso por los motivos de inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso y de aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, de inobservancia de normas legales de carácter procesal, y de manifiesta ilogicidad de la motivación.

OCTAVO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada día y hora para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del Señor Fiscal Supremo Adjunto y de la defensa del imputado y de la agraviada, el estado de lo causa es la de expedir sentencia.

NOVENO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día dieciséis de octubre próximo a horas nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por lo Ejecutoria Suprema de fojas diecinueve, del cuaderno de casación, del uno de agosto de dos mil siete, el motivo de casación admitido es el de inobservancia de la garantía constitucional de motivación. Sobre el particular, el imputado alega en su recurso formalizado de fojas ochenta y seis, al amparo del inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de lo Constitución y con cita de la sentencia número mil doscientos noventa y uno – dos mil dos - AA/TC, del seis de diciembre de dos mil uno, que la sentencia de vista presenta una motivación insuficiente.

Al respecto, anota que la sentencia precisó que en la causa hay una inexistente investigación y actividad probatoria, que ha de observarse en cuanto sean aplicables las normas del juicio de primera instancia, que la decisión debe circunscribirse única y exclusivamente a los límites de la pretensión impugnatoria tanto en la declaración de hechos corno en la aplicación del derecho, y que en segunda instancia no se verificó mayor actividad probatoria promovida o propuesta por la defensa.

Alega que no se dio una respuesta razonada, motivada (sic) y congruente a su pretensión impugnatoria, no se expresó el proceso mental que llevó al Tribunal a la confirmación de la condena, no se puso de manifiesto las razones de la decisión jurisdiccional.

SEGUNDO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. Que la defensa del imputado incidió, esencialmente, en que no existe prueba suficiente que dé mérito a la condena. Incluso acota que la versión de la menor agraviada es inverosímil, pues se ha desdicho en varias oportunidades, incluso en el proceso tutelar.

B. Que la menor agraviada declaró en el juicio de primera instancia. Allí indicó detallada y pormenorizadamente la forma, modo y circunstancias como se perpetró el delito en su agravio. También declaró otro testigo de cargo. Ambas pruebas personales, por no haberse actuado en sede de apelación, no es posible otorgarle un contenido distinto -sólo puede valorarse independientemente la prueba instrumental, pericial, preconstituida y anticipada-. Además, en segunda instancia no se verificó mayor actividad probatoria a instancia de la defensa.

TERCERO: El encausado Giraldo Romero en su recurso de apelación, al impugnar la sentencia de primera instancia, protestó inocencia; y, en puridad, alegó error en la apreciación de la prueba, pues no participó en la muerte del agraviado Castro Palma y en la violación de la menor M.C.G.R. -insiste en la uniformidad de su negativa-. Añadió que la agraviada en sede tutelar reconoció una muerte accidental a su cargo, pero luego brindó cuatro versiones contradictorias, y ha sido sancionada por el Juzgado Civil de Barranca. En tal virtud, existe duda razonable pues primero se autoinculpó, luego sindicó a la esposa del padre de la víctima, posteriormente lo incriminó y, finalmente, sindicó o su madre Isabel Felicitas Romero de Giraldo como la persona que le instigó para que se autoinculpe. Igualmente, cuestiona la declaración de culpabilidad por el delito de violación porque la sola imputación de la agraviada es insuficiente y no se actuaron pruebas cruciales al efecto. Finalmente, acota que el testigo Lorenzo Eduardo Esquivel Ángeles declaró que tenía conocimiento de los delitos porque los vecinos y amigos le comentaron, y que no es cierto que él fue la persona que ingresó al domicilio de la agraviada.

CUARTO: El Juzgado Penal Colegiado señaló las razones por las que rechazó la prueba de descargo y dio mérito probatorio concluyente a la declaración en el juicio de la menor agraviada y del testigo Esquivel Ángeles, que vio cuando el día y hora de los hechos el agraviado ingresó a la casa de la víctima. El fundamento duodécimo de la sentencia apelada es amplio al respecto –véase fojas ciento uno a ciento cuatro.-

La sentencia de vista, ante los motivos de la apelación puntualizados en el fundamento jurídico anterior, se ha

limitado a sostener que la declaración plenaria de la menor agraviada ha sido detallada y pormenorizada, así como que existe la declaración de otro testigo. La razón de esa argumentación estriba en que se trata de pruebas personales actuadas en el plenario de primera instancia, por lo que se encontraría impedido de otorgarle diferente valor probatorio, tanto más si en segunda instancia no se actuó prueba alguna ofrecido por la defensa del impugnante.

QUINTO: Es evidente que el imputado no sustentó su pretensión absolutoria en prueba distinta de la actuada en el plenario de primera instancia. Por ello no ofreció prueba en sede de apelación, pese a que podía hacerlo conforme a lo dispuesto por el artículo cuatrocientos veintidós del nuevo Código Procesal Penal. Resaltó en su recurso la insuficiencia de la evidencia de cargo, a cuyo efecto afirmó la postura no uniforme de la principal testigo de cargo, la falsedad de la declaración del testigo Esquivel Ángeles, el defecto de la prueba pericial de reconocimiento médico legal y la ausencia de pruebas periciales esenciales.

Es de recibo, igualmente, reconocer que el Superior Tribunal, ante los términos de la impugnación, debía responder a esos motivos impugnatorios. El problema, entonces, es establecer si lo expuesto por éste en la sentencia de vista -véase último párrafo del fundamento jurídico anterior- cumple con la garantía de motivación constitucionalmente exigible.

SEXTO: La garantía procesal específica de motivación, como es doctrina jurisprudencial de esta Suprema Sala, integra a su vez la garantía procesal genérica de tutela jurisdiccional. Toda decisión jurisdiccional, de primera y de segunda instancia, debe ser fundada en derecho y congruente, es decir -en lo que interesa al presente recurso-, ha de estar motivada mediante un razonamiento jurídico que exprese de modo claro y que permita entender el porqué de lo resuelto -basta con que se exprese o explique las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión, sin entrar a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicos alegadas por la parte-. Se trata de una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico - ello será posible en tanto el órgano jurisdiccional explique las razones de su decisión, lo que a su vez permite controlar si la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica racional y la legalidad-.

La sentencia de fondo que resuelva las pretensiones debe estar jurídicamente fundada. Esta exigencia, como ha quedado expuesto, es aplicable tanto a la sentencia de primera instancia como a la de segunda instancia. Este deber incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena y reparación civil finalmente impuestas. Los órganos jurisdiccionales deben hacer explícitos los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción constitucional de inocencia y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores jurídicamente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción en la norma penal aplicable.

Es claro, por lo demás, sostener que la sentencia de segunda instancia no vulneraría la garantía de motivación - en concreto, de motivación suficiente-, cuando utiliza la técnica denominada del *"fallo por remisión"*, es decir, cuando el Tribunal Superior se remite a la sentencia de primera instancia, siempre y cuando ésta resuelva con rigor y motivadamente la cuestión planteada. En todo caso, los motivos del recurso deben haber sido respondidos cabalmente y de los argumentos del fallo de vista puede inferirse válidamente que se pronunció acerca de las alegaciones del recurrente.

SÉPTIMO: Es exacto que con arreglo a los principios de inmediación y de oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos - las denominadas "zonas opacas"-, los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados.

Empero, existen "zonas abiertas", accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconmovible, pues: **a)** puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto -el testigo no dice lo que lo menciona el fallo-; **b)** puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, **c)** ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (ver: GIMENO SENDRA. VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, dos mil cuatro, páginas doscientos setenta y cinco / doscientos setenta y seis).

OCTAVO: En el presente caso el Tribunal de Apelación ha entendido que la apreciación del Tribunal de Primera Instancia, en orden a la valoración de la prueba personal, no puede ser revisada, es inmodificable, tanto más si no se actuó prueba en segunda instancia. Sin embargo, no apreció, pese a que integraba el motivo de la impugnación, el otro ámbito de fiscalización de la prueba personal: la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo, en suma [desde luego, es del caso puntualizar que el hecho de que una testigo en el curso del proceso haya expuesto varias versiones en modo alguno inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre que explicite los motivos por los que asume una de ellas]; si el relato incriminador era atendible en función a las reglas de la experiencia; si éste era suficiente, a partir del conjunto de la prueba apreciada por A Quo; si el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia era en sí mismo sólido y completo.

Por otro lado, en el presente caso no es aceptable la técnica de la remisión, pues existe un cuestionamiento a la completitud de la prueba -tanto testifical como pericial-, y una invocación a la necesidad de apreciar el conjunto de declaraciones de la agraviada y a lo que del testigo de cargo anotó el recurrente, datos o precisiones no consolidados en la sentencia de primera instancia.

En tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia no absolvió debidamente los motivos del recurso de apelación centrados en un error en la apreciación de la prueba de cargo. Vulneró, en consecuencia, lo garantía de motivación, en concreto el principio de razón suficiente. No justificó la razón de la pretensión impugnativa del imputado Giraldo Romero.

Sobre esa base, y como hace falta realizar nuevamente una audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, la estimación del recurso de casación sólo trae consigo un juicio rescindente -artículo cuatrocientos treinta y tres inciso uno del nuevo Código Procesal Penal-.

NOVENO: Finalmente, respecto de las costas -pronunciamiento que omitieron en primera y segunda instancia-, habiéndose acogido el recurso de casación es del caso exonerar al imputado, conforme a lo dispuesto por el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal. Al no mediar oposición formal del actor civil no cabe que responda por ellas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de motivación -artículo cuatrocientos veintinueve, inciso uno del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por el acusado Jhonny Javier Giraldo Romero contra la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de mayo de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y seis, del cuaderno de debate, del treinta y uno de enero de dos mil siete, lo condenó como autor de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio calificado y contra la libertad sexual - violación sexual de menor en agravio de Kenye Brhayan Castro Palma y de M.C.G.R., respectivamente, a quince años de pena privativa de libertad, y fijó en veinte mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil. En consecuencia: **NULA** la citada sentencia de vista de fojas ochenta y tres, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de mayo de dos mil siete. Sin costas.

II. ORDENARON que la Sala Penal de Huaura, integrada por otro colegiado, cumpla con dictar nueva sentencia, previa nueva audiencia de apelación en las mismas condiciones que la anterior; y, cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una nueva sentencia.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
SALAS GAMBOA
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
URBINA GANVINI

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: MANIFIESTA ILOGICIDAD

03

NULIDAD DE RESOLUCIÓN JUDICIAL POR EXISTIR UN RAZONAMIENTO JURÍDICO INCOHERENTE ENTRE LA PARTE CONSIDERATIVA Y LA PARTE DECISIVA

Causal de Admisibilidad
Falta y manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

Fundamento del recurso casatorio
"Que de las instrumentales aportadas se advierte claramente el modo y circunstancias en que se perpetró el evento delictivo; que el Colegiado Superior, indebidamente consideró que el procesado actuó en calidad de funcionario de Sedapal, dando cumplimiento a la Resolución Administrativa número doscientos cincuenta y nueve; que consideró que no existió dolo en el accionar del encausado; y que los hechos denunciados no tienen relevancia penal, debiendo ventilarse la litis en una vía extrapenal, al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos denunciados".

Fundamento del auto impugnado en casación
"Que la resolución de Primera Instancia, no fue impugnada por el representante del Ministerio Público, sino más bien por la parte agraviada que es la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral; que asimismo en esta instancia, el Fiscal Superior no se hizo presente a la audiencia, lo que implícitamente significa la conformidad con el sobreseimiento dictado por el Juez (...), por tanto se observa que no ha existido dolo en el accionar del imputado; por lo que los hechos denunciados no tienen relevancia penal, debiendo ventilarse la litis en una vía extrapenal, al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos denunciados".

"Que también resulta de aplicación la eximente de responsabilidad por haber obrado el procesado en ejercicio legitimo del cargo, siendo el hecho imputado atípico; encuadrándose por tanto en la previsión contenida en el inciso segundo, literal a) del numeral trescientos cuarenta y cuatro del Nuevo Código Procesal Penal".

Fundamento de la casación
"(...) en ese contexto, constituye una de sus finalidades el control de logicidad en la motivación de las resoluciones judiciales, que pueden resumirse en lo siguiente: en falta de motivación, deficiente motivación, insuficiente motivación, aparente motivación y la incongruencia entre la parte considerativa y la parte decisoria de la resolución".

"En el punto segundo, se señalan los presupuestos materiales para dictar la procedencia del auto de sobreseimiento, remitiéndose al artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal y seguidamente señala que la defensa del imputado solicitó el sobreseimiento respectivo, sin indicar específicamente en cuál de los presupuestos indicados se sustenta su petición; pese a ello ampara su petitorio en virtud de lo establecido en el literal "a" del inciso segundo del artículo trescientos cuarenta y cuatro del citado cuerpo de leyes".

"Asimismo el Colegiado Superior sostiene (...), que los hechos imputados al encausado Oscar Talavera Gallegos no tienen relevancia penal al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos de usurpación y daños agravados, al haber actuado en su condición de funcionario de la Empresa SEDAPAL, en cumplimiento de una resolución administrativa, aludiendo a la eximente de responsabilidad penal contenida en el inciso octavo del numeral veinte del Código Penal. Que al respecto, la propia Sala no obstante reconocer en el punto seis de los fundamentos, que dicha resolución quedó sin efecto ante la interposición de una reconsideración por la parte agraviada, en forma no coherente concluye que el imputado actuó en cumplimiento de aquella resolución".

"Que en consecuencia (...), la Sala Superior inobservó la garantía constitucional contenida en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Fundamental; incurriendo en la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación; no apreciándose falta de motivación tal como se tiene señalado (...)".

Base Legal: Const.: Art. 139.5; NCPP: Arts. 344.2.a, 429.4; CP: Arts. 20.8, 203, 206; LOPJ: Art. 12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 08-2007 (SENTENCIA)
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, trece de febrero de dos mil ocho .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal de falta y manifiesta ilogicidad de la motivación interpuesto por el actor civil, Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay – Huaral, contra el

auto de vista de fojas doscientos cincuenta, del cuaderno de apelación, del trece de junio de dos mil siete, que confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos siete, del trece de abril de dos mil siete, declaró el sobreseimiento de la causa seguida contra Oscar Talavera Gallegos, por delito contra el patrimonio -usurpación- y daños agravados, en agravio de la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral; y ordenó el archivo definitivo de la causa.
Interviniendo como Ponente el señor Zecenarro Mateus.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del trámite de la causa en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Oscar Talavera Gallegos, fue inculpado formalmente mediante auto de apertura de instrucción de fojas cuatrocientos cincuenta y siete, del once de enero de dos mil cinco, a mérito de la denuncia formalizada por el señor Fiscal Provincial de Huaral de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco, como presunto autor del delito contra el patrimonio - usurpación - perturbación en el uso de aguas y del delito de daños agravado, previstos en los artículos doscientos tres y doscientos seis del Código Penal, en agravio de la Junta de Usuarios del Distrito de Riego de Chancay-Huaral.

SEGUNDO: Como fluye de la formalización de denuncia y el auto de apertura de instrucción, se atribuyó al encausado Oscar Talavera Gallegos, que en su condición de Jefe del Proyecto Marca III de la empresa SEDAPAL, pese a tener conocimiento que la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral protege y explota legalmente las aguas provenientes de las lagunas del sistema Puajanca, el veintiuno de mayo de dos mil cuatro, al mando de un grupo numeroso de personas procedió a realizar trabajos con maquinaria pesada en el trasvase del Sistema o Circuito de Lagunas Puajanca, con el propósito de desviar el curso de las aguas hacia el Proyecto Marca III (Marcapomacocha), por el lado noreste de la Laguna Barrosococha, la misma que es la más próxima al canal colector de la referida represa, ocasionando cuantiosos daños en el trasvase e infraestructura hidráulica de las lagunas que conforman el referido sistema, haciendo discurrir mayor cantidad de agua hacia la laguna de Barrosococha, obstruyendo de este modo el cauce natural de las aguas excedentes de estas lagunas hacia el Valle de Chancay-Huaral con el consiguiente perjuicio al cultivo y la producción agrícola del aludido Valle.

TERCERO: Que, el proceso se inició con arreglo a la normatividad del anterior Código de Procedimientos Penales. Sin embargo, por resolución de fojas catorce, del veinticuatro de noviembre de dos mil seis, se adecuó la causa al nuevo Código Procesal Penal y el Juez de la Investigación Preparatoria de Huaral, dispuso formar el Cuaderno de la Etapa Intermedia con las copias certificadas que menciona y se avocó al conocimiento del presente proceso.

CUARTO: Hallándose esta causa con la acusación Fiscal que corre a fojas uno y que fue subsanado a fojas cuarenta y cinco, el Juez de la causa resolvió formar el Cuaderno de la Etapa Intermedia, disponiendo correr traslado a los sujetos procesales por el término de ley, a cuyo vencimiento el Juez mediante resolución número ocho de fojas ciento veintiuno, resolvió citar a la Audiencia Preliminar para el control de la acusación para el catorce de marzo de dos mil siete, estadío en el que el procesado Talavera Gallegos a fojas ciento treinta y tres absolvió el traslado de acusación y solicitó el sobreseimiento del proceso; habiéndose llevado a cabo previamente la audiencia preliminar de control de requerimiento Fiscal cuya acta corre a fojas ciento setenta y cuatro; posteriormente el Juez procedió a dictar la resolución de fojas doscientos siete, del trece de abril de dos mil siete, disponiendo el sobreseimiento total del proceso seguido contra el imputado Oscar Talavera Gallegos, de la acusación Fiscal formulada en su contra por delito contra el patrimonio -usurpación en la modalidad se entiende de perturbación de uso de aguas y daño agravado, y ordenó el archivo definitivo; contra la cual el actor civil formuló recurso de apelación conforme es de verse de fojas doscientos veintiuno.

II. Del trámite del recurso en segunda Instancia.

QUINTO: El Superior Tribunal por resolución de fojas doscientos treinta y ocho, del veintiocho de mayo de dos mil siete, señaló fecha para la audiencia de apelación, la que se concretó conforme al acta de fojas doscientos cuarenta y nueve, del trece de junio de dos mil siete, sin la presencia del Fiscal Superior y con la intervención del actor civil representado por Marcial Vega Lostaunau y su señor Abogado, oportunidad en la que se dictó el auto de vista de fojas doscientos cincuenta que confirmó la resolución número diecinueve de fecha trece de abril de dos mil siete que declaró el sobreseimiento de la causa.

III. Del Trámite del recurso de casación interpuesto por el actor civil.

SEXTO: Notificado el auto de vista, la parte agraviada constituida por la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral, debidamente representada por su Presidente Marcial Vega Lostaunau interpuso recurso de casación, mediante escrito que corre a fojas doscientos ochenta y nueve, por dos causales: **a)** inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal y constitucional, referidas a las reglas que garantizan el debido proceso, así como al irrestricto ejercicio del derecho de defensa que constituyen "principio y derecho de la función jurisdiccional"; y **b)** falta o manifiesta ilogicidad de la motivación. Concedido el recurso por auto de fojas doscientos noventa y cinco, del diez de julio de dos mil siete, se dispuso su elevación a este Supremo Tribunal, para los fines correspondientes.

SÉPTIMO: Cumplido el trámite de traslados a las partes respectivas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas veintiuno, del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, sólo admitió a trámite el recurso de casación por la causal de falta y manifiesta ilogicidad de la motivación, previsto en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, así como la declaró inadmisible por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal en lo concerniente al debido proceso y a la defensa procesal; por los fundamentos que se señalan en la aludida resolución.

OCTAVO: Instruido el expediente en Secretaría, se señaló para la audiencia de casación el día de la fecha; instalada la misma y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que corre a fojas cuarenta y cuatro del cuaderno de casación con la concurrencia del Abogado defensor del imputado, doctor José Antonio Caro John, dejando constancia de la inconcurrencia del Abogado de la parte agraviada, pese ha estar debidamente notificado, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

NOVENO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública, con las partes que asistan, se realiza por la Secretaría de la Sala el día de la fecha trece de febrero de dos mil ocho a las nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conforme ha quedado establecido en la Ejecutoria Suprema de fojas veintiuno del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, esta Suprema Sala consideró como motivo de casación, la causal contenida en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal, que específicamente es la falta y manifiesta ilogicidad de la motivación. Sobre el particular, la parte, agraviada, en su recurso formalizado de fojas doscientos ochenta y nueve, señala lo siguiente: que de las instrumentales aportadas se advierte claramente el modo y circunstancias en que se perpetró el evento delictivo; que el Colegiado Superior, indebidamente consideró que el procesado actuó en calidad de funcionario de Sedapal, dando cumplimiento a la Resolución Administrativa número doscientos cincuenta y nueve; que consideró que no existió dolo en el accionar del encausado; y que los hechos denunciados no tienen relevancia penal, debiendo ventilarse la litis en una vía extrapenal, al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos denunciados.

SEGUNDO: El auto de vista impugnado en vía de casación, que confirmó la resolución apelada, precisa lo que a continuación se señala:

A. Que la resolución de Primera Instancia, no fue impugnada por el representante del Ministerio Público, sino más bien por la parte agraviada que es la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay - Huaral; que asimismo en esta instancia, el Fiscal Superior no se hizo presente a la audiencia, lo que implícitamente significa la conformidad con el sobreseimiento dictado por el Juez.

B. Que del contenido de la acusación de fojas uno y siguientes, aparece que el Fiscal formula acusación contra personas no comprendidas en auto de apertura de instrucción, siendo obligado a rectificarse a instancias del señor Abogado del inculpado; insistiendo respecto al imputado Oscar Talavera Gallegos; sin embargo estuvo conforme con el sobreseimiento dictado por el Juez, dado que no interpuso recurso impugnatorio alguno.

C. Que en la denuncia presentada por los agraviados que corren de fojas uno a siete, no se indica la fecha en que habrían ocurrido los hechos; como tampoco en el requerimiento de acusación.

D. Que mediante Resolución Administrativa número doscientos cincuenta y nueve guión dos mil tres guión INRENA.IRH/ATDRM de fecha dieciséis de octubre de dos mil tres, la que obra a fojas trescientos noventa, el Administrador Técnico del Distrito de Riego Mantaro otorgó autorización a la empresa Sedapal para que en el plazo de un año, ejecute las obras de rehabilitación de los diques de regulación en las lagunas de Cochahuamán, Barrosococha, Verdecocha, Minachacan y Pucacocha, integrantes de la cuenca del Río Mantaro, con fines de recuperar sus niveles anteriores para garantizar el abastecimiento de agua potable para Lima y Callao y preservar el ecosistema del lugar.

E. Que la resolución administrativa antes referida, ante la interposición de un recurso de reconsideración por los agraviados fue dejada sin efecto por la misma autoridad; por lo cual se entiende que el imputado Talavera Gallegos ha actuado como funcionario de Sedapal, en el cargo de Jefe de operación del sistema Marca Pomacocha Marca tres, dando cumplimiento a dicha resolución que después fue dejada sin efecto, por tanto se observa que no ha existido dolo en el accionar del imputado; por lo que los hechos denunciados no tienen relevancia penal, debiendo ventilarse la litis en una vía extra penal, al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos denunciados.

F. Que también resulta de aplicación la eximente de responsabilidad por haber obrado el procesado en ejercicio legítimo del cargo, siendo el hecho imputado atípico; encuadrándose por tanto en la previsión contenida en el inciso segundo, literal a) del numeral trescientos cuarenta y cuatro del Nuevo Código Procesal Penal.

TERCERO: Que, al respecto esta Suprema Sala, al proceder a la calificación del recurso, ha señalado en su parte pertinente que, si bien la no valoración de determinada prueba o elemento de convicción, que podría ser esencial para la definición de la controversia, en especial para decidir el sobreseimiento pese a la acusación fiscal, sin embargo propiamente no integra la garantía genérica del debido proceso sino la específica de motivación contemplado en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, añadido a la falta de rigor y coherencia de la motivación; lo que es compatible con el motivo de ilogicidad invocada como segunda causal autónoma.

CUARTO: Que es preciso acotar que, positiva y doctrinariamente el recurso de casación, por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia, por tratarse de un medio impugnatorio de carácter extraordinario con motivos tasados que tiene caracteres que están determinados en la ley y han merecido una serie de disquisiciones en el campo de la doctrina; en ese contexto, constituye una de sus finalidades el control de logicidad en la motivación de las resoluciones judiciales, que pueden resumirse en lo siguiente: en falta de motivación, deficiente motivación, insuficiente motivación, aparente motivación y la incongruencia entre la parte considerativa y la parte decisoria de la resolución.

Que, en el caso sub materia, el Colegiado Superior sostiene en la parte pertinente como argumento de su decisión, entre otros, que la resolución del A quo no fue impugnada por el representante del Ministerio Público, sino por la parte agraviada; asimismo que en esta instancia el Fiscal Superior no se hizo presente a la audiencia, lo que implícitamente significa la conformidad con el sobreseimiento dictado por el Juez; también esgrime que en la denuncia de los agraviados no se indica fecha en la que habrían ocurrido los hechos; y finalmente, que la conducta incriminada no tiene relevancia penal al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos de usurpación, en la modalidad de perturbación en el uso de aguas y daños agravados, por lo que resulta de aplicación la causal eximente de responsabilidad penal, por haber obrado el imputado en ejercicio legítimo del cargo conforme a lo previsto por el inciso octavo del artículo veinte del Código Penal.

QUINTO: Que, respecto a la garantía de motivación, es necesario señalar que el numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú establece como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los de decretos de mero trámite, con mención expresa de la Ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan; norma que concuerda con el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por el artículo único de la Ley número veintiocho mil cuatrocientos noventa, en cuya observancia se debe proceder a la fundamentación de las resoluciones correspondientes.

Que en ese sentido, las decisiones jurisdiccionales que correspondan, deben ser adecuadamente fundamentadas mediante un razonamiento jurídico que exprese el porqué de lo que se decide. Analizados los fundamentos esgrimidos por el Superior Colegiado, en la resolución recurrida, si bien es cierto no se advierte falta o aparente motivación, sin embargo se evidencia deficiente e incoherente motivación, situación que se refleja en lo que a continuación se señala:

a) En el punto segundo, se señalan los presupuestos materiales para dictar la procedencia del auto de sobreseimiento, remitiéndose al artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal y seguidamente señala que la defensa del imputado solicitó el sobreseimiento respectivo, sin indicar específicamente en cuál de los presupuestos indicados se sustenta su petición; pese a ello ampara su petitorio en virtud de lo establecido en el literal "a" del inciso segundo del artículo trescientos cuarenta y cuatro del citado cuerpo de leyes.

b) Asimismo el Colegiado Superior sostiene como punto fundamental de la recurrida, que los hechos imputados al encausado Oscar Talavera Gallegos no tienen relevancia penal al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos de usurpación y daños agravados, al haber actuado en su condición de funcionario de la Empresa SEDAPAL, en cumplimiento de una resolución administrativa, aludiendo a la eximente de responsabilidad penal contenida en el inciso octavo del numeral veinte del Código Penal. Que al respecto, la propia Sala no obstante reconocer en el punto seis de los fundamentos, que dicha resolución quedó sin efecto ante la interposición de una reconsideración por la parte agraviada, en forma no coherente concluye que el imputado actuó en cumplimiento de aquella resolución.

c) Que, sobre este particular es preciso puntualizar, que de autos se aprecia que la aludida resolución administrativa número doscientos cincuenta y nueve guión dos mil tres guión INRENA-IRH-ATDRM fue expedida por el Administrador Técnico del Distrito de Riego Mantaro con fecha dieciséis de octubre de dos mil tres, en la que autoriza a Sedapal a realizar obras de rehabilitación de diques de regulación en las lagunas comprendidas en el circuito de la cuenca del Río Mantaro; sin embargo dicha resolución administrativa fue dejada sin efecto por la misma autoridad en mérito a una reconsideración formulada por los agraviados, mediante Resolución número cero cero tres guión dos mil cuatro guión INRENA/ATDR de fecha dieciséis de enero de dos mil cuatro, por no existir un expediente técnico o proyecto que lo sustente; habiéndose comunicado a Sedapal mediante el documento denominado Notificación número doscientos sesenta y ocho guión dos mil tres-INRENA-IRH/ATDR, de fecha dieciséis de diciembre de dos mil tres, a fin de retirar los diques de tierra y restablecer el curso normal de las aguas; evidenciándose en consecuencia ilogicidad en la motivación de la recurrida, así como apreciarse falta de coherencia entre lo expuesto en la parte considerativa y lo decidido, dado que el propio Colegiado reconoció que dicha resolución administrativa había quedado sin efecto como precedentemente se tiene expuesto; concluyendo sin embargo que se habría actuado en cumplimiento de una resolución, tanto más que al expedirse la Resolución Ministerial número ciento setenta y nueve guión AG de fecha diecinueve de febrero de dos mil cuatro, dejó subsistente la notificación antes aludida.

SEXTO: Uno de las garantías establecidas por la ley, es el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta motivada, pero razonada y congruente respecto a las peticiones que se formulen, en este caso, en materia penal. La exigencia de motivación como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el plano constitucional, en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución; debiendo tenerse en consideración que la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional relacionada también con el debido proceso; de ahí que toda decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con logicidad, claridad y coherencia, lo que permitirá entender el porqué de lo resuelto.

SÉPTIMO: Que en consecuencia, de acuerdo a lo que se expone en forma precedente, se concluye que la Sala Superior inobservó la garantía constitucional contenida en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Fundamental; incurriendo en la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación; no apreciándose falta de motivación tal como se tiene señalado; por lo que dentro del marco de la ley debe procederse al reenvío del proceso.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, por la causal de falta de motivación de la resolución impugnada.

II. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación de la resolución recurrida, por el motivo contenido en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, interpuesto por la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral, contra el auto de vista de fojas doscientos cincuenta, del cuaderno de apelación, su fecha trece de junio de dos mil

siete que confirmando el apelado de primera instancia de fojas doscientos siete del trece de abril de dos mil siete, declara el sobreseimiento de la causa seguida contra Oscar Talavera Gallegos, por el delito contra el patrimonio - usurpación en la modalidad de perturbación de uso de aguas y daños agravados, en agravio de la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral; en consecuencia: **NULO** el auto de vista de fojas doscientos cincuenta del trece de junio de dos mil siete.

III. ORDENARON el reenvío del proceso, a fin de que la Sala Penal Superior correspondiente renueve el auto de vista de fojas doscientos cincuenta de fecha trece de junio de dos mil siete, en la forma que prevé la ley.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, inclusive a las no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
SALAS GAMBOA
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS

NUEVA PRUEBA OFRECIDA: TESTIMONIO ESPECIAL

04

LA NO ACTUACIÓN DE UN TESTIGO ESPECIAL EN PRIMERA INSTANCIA, AL NO HABERSE ADOPTADO LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU INTEGRIDAD EMOCIONAL Y CONCURRENCIA AL JUICIO, NO PUEDE SER RECHAZADO COMO NUEVA PRUEBA EN ETAPA RECURSIVA

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso y defensa procesal.

Fundamento del recurso casatorio
"Sobre el particular la actora civil K.N.A.R. en su recurso formalizado de fojas ochenta y cuatro alegó que en segunda instancia no se le convocó para que preste declaración, pese a que su testimonio fue ofrecido como prueba, con infracción del artículo cuatrocientos veintidós apartado cinco del nuevo Código Procesal Penal, que la valoración probatoria no comprendió la actuación de una prueba pertinente y, por ende, tampoco examinó una prueba personal con arreglo a los principios de inmediación y contradicción".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"Que si el juez de juzgamiento de primera instancia no pudo valorar la prueba personal por no haberse ofrecido para su actuación por las partes procesales, o por prescindir o desistirse tácita o expresamente de las mismas, entonces no se puede pretender que en el juicio oral de segunda instancia se actué dicha prueba, proceder así, significaría recortar el derecho de defensa del imputado quien ya no podría recurrir a otra instancia para actuar la prueba documental".

Fundamento de la casación
"(...) Que al desestimarse la declaración de la agraviada K.N.A.R., no se tuvo en cuenta que la actora civil en sus alegatos preliminares, conforme al acta de juicio oral de primera instancia (...), informó que el motivo de la inasistencia de la víctima se produjo por su estado de salud mental, aludiendo el informe psicológico (...) ofrecido y admitido como prueba que señalaba que la agraviada presentaba "Depresión mayor con ideación suicida actual...", y el Colegiado de primera instancia no adoptó ninguna medida para asegurar su concurrencia a juicio conforme lo dispone el artículo ciento sesenta y cuatro del nuevo Código Procesal Penal, tampoco consideró su testimonio como uno especial, conforme al artículo ciento setenta y uno, a pesar de la justificación de inconcurrencia".

"(...) Que en tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia vulneró la garantía constitucional del debido proceso al afectar el principio de inmediación y la garantía de defensa procesal en su ámbito de derecho a la prueba pertinente".

Base Legal: NCPP: Arts. 164, 171.2.3.5, 342.2.a, 422.5, 425, 429.1, 504.2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 09-2007 (SENTENCIA)
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciocho de febrero de dos mil ocho .-

VISTOS: en audiencia pública; el **recurso de casación** por inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa procesal interpuesto por la agraviada de iniciales K.N.A.R contra la sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de julio de dos mil siete, en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debate, del dieciséis de mayo de dos mil siete, absolvió a Carlos Alfredo Ochoa Rojas y no Ramírez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en su agravio; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Róger Herminio Salas Gamboa.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del Itinerario de la causa en primera instancia.

PRIMERO: Que el encausado Carlos Alfredo Ochoa Rojas fue inculpado formalmente mediante auto apertorio de instrucción de fojas cuarenta y seis, del quince de marzo de dos mil seis, a mérito de la denuncia formalizada del señor Fiscal Provincial Penal de Huaral de fojas cuarenta y tres. Se le atribuyó la comisión del delito de violación sexual en agravio de la menor K.N.A.R. y de violación sexual en grado de tentativa

en agravio de la menor A.S.R.R.. Los hechos objeto de imputación ocurrieron el veintisiete de febrero de dos mil seis en el domicilio de doña Mary Mercedes Narvarte viuda de Ramírez -suegra del acusado-, ubicado en la calle derecha número quinientos cuarenta, interior nueve en la localidad de Huaral, en circunstancias que el encausado Carlos Alfredo Ochoa Rojas tras aprovechar la confianza que le tenían ingresó a la vivienda con la llave que momentos antes le proporcionó Cecilia Payco Facundo, pero dejó la puerta de la calle semiabierta lo que facilitó el ingreso de un sujeto no identificado con el rostro semicubierto por un trapo verde quien portaba un cuchillo, el mismo que obligó al imputado Carlos Alfredo Ochoa Rojas a tirarse al piso, a la vez que se dirigió contra la mencionada Mary Mercedes Narvarte viuda de Ramírez y Cecilia Payco Facundo a quiénes bajo amenaza las condujo al segundo piso donde se encontraba su sobrina por línea materna de iniciales K.N.A.R. de diecisiete años de edad, para luego de encerrarlas en el baño, el encausado Ochoa Rojas -que tenía el rostro cubierto- habría conducido a la menor K.N.A.R. a una habitación en el tercer piso; momentos en que la menor A.S.R.R. y su hermana Katherin Nataly Ramos Ramírez tocaron la puerta de la casa, para después ser jaladas hacia el interior de la vivienda por el citado imputado, quien procedió a introducir a la segunda en el baño donde se encontraban Mary Narvarte y Cecilia Payco, llevándose consigo a la menor de iniciales A.S.R.R. a otra habitación en el tercer piso, seguidamente abusó sexualmente de su sobrina K.N.A.R., y pretendió hacer lo mismo con su otra sobrina de iniciales A.S.R.R. a quien previamente le ató las manos y tapó su cabeza con una sábana, si no le decía donde se encontraba el dinero que supuestamente había recibido Mary Mercedes Narvarte viuda de Ramírez.

SEGUNDO: Que el proceso se inició con arreglo al estatuto procesal anterior. Sin embargo, el Segundo Juzgado Penal Transitorio de Huaral por auto de fojas doscientos veintiuno adecuó la causa al nuevo Código Procesal Penal y remitió los autos a la Fiscalía Provincial, que vencido el plazo de investigación, conforme es de verse a fojas doscientos veintidós, el Fiscal Provincial de Huaral formuló acusación - véase fojas uno del cuaderno de etapa intermedia-.

TERCERO: Que, presente el imputado -a quien se le otorgó libertad por exceso de detención- y realizado el juicio oral, el Segundo juzgado Penal Colegiado de Huaura, mediante sentencia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debates, del dieciséis de mayo de dos mil siete -cuaderno de debate- absolvió al imputado de los ilícitos contra la libertad - violación sexual, en agravio de la menor K.N.R.A y en grado de tentativa en agravio de A.S.R.R., sosteniendo que los delitos estaban acreditados pero no la responsabilidad del imputado, archivando provisionalmente los actuados.

Tanto la Actora Civil y el Fiscal Provincial y la Actora Civil interpusieron recurso de apelación - formalizado a fojas doscientos treinta y siete y doscientos cuarenta y dos, respectivamente-. Los recursos fueron concedidos por autos de fojas doscientos cuarenta y cuatro, de veintidós de mayo de dos mil siete.

II. Del Trámite recursal en segunda instancia.

Ofrecimiento de pruebas de la parte civil

CUARTO: Que en segunda instancia la Actora Civil ofreció entre otros la declaración de la menor K.N.A.R. -conforme a los escritos de fojas cuarenta y siete y sesenta del cuaderno de apelación-, y expresó que en primera instancia ofreció y se admitió dicha prueba, sin embargo, la citada menor estuvo imposibilitada de concurrir por presentar un cuadro depresivo, hecho que según refiere no se dejó constancia en el acta; que la inconcurrencia no fue un acto voluntario ni imputable a ella, por lo que la Sala en atención al principio de inmediación debe tener acceso directo a la información que la agraviada proporcionará respecto al reconocimiento de su agresor.

Del rechazo de la prueba de la actora civil y citación a juicio oral

QUINTO: Que mediante resolución de fojas sesenta y uno, del veinte de junio de dos mil siete la Sala desestimó dicho medio de prueba, por las siguientes consideraciones:

a) Que en el juicio oral de primera instancia la declaración de la agraviada K.N.A.R. fue oralizada por su inasistencia, debido a que, según el escrito que presentó, se encontraba con un grave cuadro depresivo y crisis de migraña, el mismo que no justificó, pues debió presentar el certificado médico u otro documento que lo acredite.

b) Que no es posible admitir dicho medio de prueba por no encontrarse en ninguno de los presupuestos del artículo trescientos cuarenta y dos, numeral dos, apartado a) del Nuevo Código Procesal Penal.

c) Que si el juez de juzgamiento de primera instancia no pudo valorar la prueba personal por no haberse ofrecido para su actuación por las partes procesales, o por prescindir o desistirse tácita o expresamente de las mismas, entonces no se puede pretender que en el juicio oral de segunda instancia se actúe dicha prueba, proceder así, significaría recortar el derecho de defensa del imputado quien ya no podría recurrir a otra instancia para actuar la prueba personal.

d) Citó a juicio oral para el día diecisiete de julio de dos mil siete.

SEXTO: Que la audiencia se realizó, conforme a las actas de fojas sesenta y siete y setenta, del diecisiete y treinta y uno de julio de dos mil siete, respectivamente, con intervención, en la primera sesión, del Fiscal Superior, del imputado y su abogada defensora, y del abogado de la actora civil, y en la segunda sesión sólo con la presencia del Fiscal Superior y abogada del imputado.

Sentencia de vista

SÉPTIMO: Que la sentencia de vista impugnada en casación, de fojas setenta y uno, del treinta y uno de julio de dos mil siete precisa lo siguiente:

A. Que en el juicio de apelación de hecho, no se actuó medio probatorio, debido a que el órgano persecutor del delito no ofreció ninguno, y el actor civil, si bien ofreció algunos testimonios, sin embargo lo realizó de modo deficiente.

B. Que, si las partes no ofrecieron medio probatorio o lo hicieron deficientemente, ese hecho es de su exclusiva responsabilidad, pues no se puede pretender la condena de una persona sin que exista actividad probatoria idónea producida en presencia de los Jueces, del acusado, de las partes procesales y el público en general, que permita enervar la presunción de inocencia.

C. Que el artículo cuatrocientos veinticinco, segundo parágrafo, del Código Procesal Penal establece que *"la Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia".* Que en cumplimiento de la citada norma la prueba personal actuada en el juicio oral de primera instancia mantiene el valor probatorio que los Jueces le otorgaron y que sirvió para absolver al acusado, al no existir ninguna prueba que haya sido actuada en segunda instancia para cuestionar el valor probatorio de la prueba personal actuada y producida ante los Jueces de Primera Instancia.

III. Del trámite del recurso de casación de la actora civil.

OCTAVO: Que la Actora Civil K.N.A.R. interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ochenta y cuatro. Que el motivo casacional comprendió "la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal como la grave afectación al principio de inmediación y la igualdad entre las partes". Concedido el recurso por auto de fojas ochenta y ocho, del veinte de agosto de dos mil siete, se elevó los actuados a este Supremo Tribunal con fecha veintisiete de agosto de dos mil siete.

NOVENO: Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas trece del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil siete, invocando la voluntad impugnativa admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa procesal.

DÉCIMO: Que instruido el expediente en Secretaría, señalada día y hora para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del Señor Fiscal Supremo Adjunto y de la defensa del imputado y de la agraviada, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

DÉCIMO PRIMERO: Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública se realizó en la fecha a las ocho y treinta horas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ámbito de la casación

PRIMERO: Que conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas trece, del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil siete, el motivo de casación admitido es el de inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso (por infracción del principio de inmediación) y defensa procesal (por vulneración del derecho a la prueba pertinente).

Sobre el particular la actora civil K.N.A.R. en su recurso formalizado de fojas ochenta y cuatro alegó que en segunda instancia no se le convocó para que preste declaración, pese a que su testimonio fue ofrecido como prueba, con infracción del *artículo cuatrocientos veintidós apartado cinco del nuevo Código Procesal Pena*l, que la valoración probatoria no comprendió la actuación de una prueba pertinente y, por ende, tampoco examinó una prueba personal con arreglo a los principios de inmediación y contradicción.

Solicita que el efecto casatorio se extienda a la sentencia de primera instancia -del diecisiete de mayo de dos mil siete-, porque sin aplicarse lo dispuesto en el artículo ciento setenta y uno apartados dos, tres y cinco del Nuevo Código Procesal Penal soslayó la prueba que ofreció para su declaración en juicio.

SEGUNDO: Que el tema específico está centrado en establecer si existió o no vulneración del derecho a la prueba pertinente y con ello afectación del principio de inmediación.

En primer lugar debemos conceptuar las garantías específicas afectadas.

Derecho a la prueba pertinente

Que el derecho a la prueba pertinente está ligado al derecho de defensa. No se puede ejercer tal derecho si no se permite a las partes llevar al proceso los medios que puedan justificar los hechos que han alegado; siempre que **a)** la prueba haya sido solicitada en la forma y momento procesalmente establecido, **b)** sea pertinente, es decir, debe argumentarse de forma convincente y adecuada el fin que persigue, y **c)** que la prueba sea relevante.

Principio de Inmediación

Que el nuevo Código Procesal Penal, establece que el juicio es la etapa principal del proceso, rigen especialmente los principios de oralidad, publicidad, ***inmediación*** y la contradicción en la actuación probatoria. La inmediación garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee de un acta, no está en condiciones -por capaz que sea- de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho, además, tal declaración no puede ser contraexaminada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad. Sin inmediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo, de ahí, que debe protegerse la inmediación del juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba.

TERCERO: Que en el caso concreto, el ofrecimiento de la declaración de la menor K.N.A.R. -en segunda instancia- está regulado por el artículo cuatrocientos veintidós apartado c) del Nuevo Código Procesal Penal, ofrecida en tiempo oportuno, con el objeto de que bajo las exigencias de inmediación y contradicción la agraviada K.N.A.R. sea examinada por los jueces a cargo del control y revisión de la sentencia apelada, declaración relevante -por razón del delito- y necesaria para los fines del esclarecimiento de la imputación formulada; situación que no es atentatoria contra el derecho de defensa del imputado, por tener expedito el derecho del contrainterrogatorio. Que al desestimarse la declaración de la agraviada K.N.A.R., no se tuvo en cuenta que la actora civil en sus alegatos preliminares, conforme al acta del juicio oral de primera instancia de fojas doscientos ocho, informó que el motivo de la inasistencia de la víctima se produjo por su estado de salud mental, aludiendo el informe psicológico número sesenta-DPS-HNCH-cero siete ofrecido y admitido como prueba que señalaba que la agraviada presentaba "Depresión mayor con ideación suicida actual...", y el Colegiado de primera instancia no adoptó ninguna medida para asegurar su concurrencia a juicio conforme lo dispone el artículo ciento sesenta y cuatro del nuevo Código Procesal Penal, tampoco consideró su testimonio como uno especial, conforme al artículo ciento setenta y uno, a pesar de la justificación de inconcurrencia.

CUARTO: Que el Colegiado de segunda instancia al rechazar la prueba ofrecida por la actora civil, en cuanto al examen de la agraviada K.N.A.R., vulneró no sólo el derecho a la prueba de la parte afectada sino principalmente el principio de inmediación, pues fundamentó la sentencia con información que no fue susceptible de ser contraexaminada -y que sometida a la contradictoriedad quizás habría revelado matices o detalles importantes-, por tanto, la oralización o lectura de la declaración de la agraviada K.N.A.R. no ofrecía garantías mínimas de calidad que sirvan para sostener un juicio de racionalidad, y es que sólo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla y determinar la fiabilidad y verosimilitud de su testimonio.

Ahora bien, el imputado no podría ser afectado en su derecho de defensa, puesto que luego del examen de la agraviada K.N.A.R., tenía el derecho del contraexamen o contrainterrogatorio, incluso de un careo, asegurada de este modo la igualdad de actuación entre las partes.

QUINTO: Que en tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia vulneró la garantía constitucional del debido proceso al afectar el principio de inmediación y la garantía de defensa procesal en su ámbito de derecho a la prueba pertinente.

Sobre esa base, y como hace falta realizar nuevamente una audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, la estimación del recurso de casación sólo trae consigo un juicio rescindente -artículo cuatrocientos treinta y tres incisos uno y dos del nuevo Código Procesal Penal-.

SEXTO: Que, finalmente, respecto de las costas -pronunciamiento que omitieron en primera y segunda instancia-, habiéndose acogido el recurso de casación es del caso exonerar a la actora civil, conforme a lo dispuesto por el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal. Al no mediar oposición formal del imputado no cabe que responda por ellas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO en parte** el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso: afectación del principio de inmediación y defensa procesal: derecho a la prueba, artículo ciento treinta y nueve apartado tres y catorce de la Constitución, interpuesto por la actora civil K.N.A.R. contra la sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de julio de dos mil siete, en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debate, del dieciséis de mayo de dos mil siete, absuelve a Carlos Alfredo Ochoa Rojas, de la acusación fiscal formulada por delito de violación sexual en su agravio. En consecuencia: **NULA** la citada sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación del treinta y uno de julio de dos mil siete, y **NULA** la resolución de fojas sesenta y uno del cuaderno de apelación, del veinte de junio de dos mil siete, sin costas.

II. Declararon **INFUNDADO** en cuanto se solicita que la vulneración de las garantías constitucionales se extienda a la sentencia de primera sentencia.

III. ORDENARON que la Sala Penal de Huaura, integrada por otro Colegiado, cumpla con dictar nueva sentencia, previa nueva audiencia de apelación y cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una nueva sentencia.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a los no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
SALAS GAMBOA
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATHEUS

JUICIO ORAL: LECTURA DE PRUEBA DOCUMENTAL Y NUEVA PRUEBA

05

LA LECTURA DE UNA DECLARACIÓN SUMARIAL SE BASA EN ARGUMENTOS DE URGENCIA Y EXCEPCIONALIDAD; ANTE LA AUSENCIA DE DICHOS PRESUPUESTOS, ES INDISPENSABLE QUE EL TESTIGO CONCURRA AL JUICIO ORAL

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal: presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba.

Fundamento del recurso casatorio
"El agravio consiste en que -según el recurrente- la sentencia de vista, al apreciar la prueba –testimonial de Wildo Ruben Ávila Navis-, no cumplió con los requisitos de suficiencia probatoria y, además, vulneró la regla de legitimidad y legalidad de la prueba testimonial. Alega al respecto que la admisión de dicha testifical fue ilegal porque se vulneró los apartados uno y dos del artículo trescientos setentitrés del nuevo Código Procesal Penal (sólo se acepta nueva prueba, instalado el juicio oral, cuando las partes han tenido conocimiento de ella con posterioridad a la audiencia de control de acusación), en consecuencia, no tiene la calidad de prueba pertinente para desvirtuar la presunción de inocencia por su irregular incorporación y que excluida sólo se tendría la versión de agraviado, por lo que al no existir otro medio probatorio quedaría duda respecto de la responsabilidad penal que se le atribuye".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"La sentencia de vista impugnada en casación precisa que en la actuación de la prueba testimonial prestada en el plenario de Wildo Rubén Ávila Navis, no se ha producido ninguna violación sustancial, directa o indirectamente, a derecho fundamental alguno del imputado; que esa declaración plenaria no es prueba irregular; que la inadmisibilidad decretada por el Juzgado Penal Colegiado incidió en la copia de la manifestación que contiene la declaración del testigo y que se ha aplicado correctamente la prescripción del artículo trescientos setenta y tres, apartado dos del CPP, en el que excepcionalmente se reiteran ofrecimientos de pruebas rechazados en audiencia de control, admitiendo como nueva prueba la testimonial de Wildo Rubén Ávila Navis a solicitud de la Fiscalía y que no fue objeto de cuestionamiento por las partes".

Fundamento de la casación
"(…) Si bien no existe identidad absoluta entre el ofrecimiento de una prueba personal y el ofrecimiento de una prueba documental, es evidente que en el caso de autos lo que el Fiscal perseguía era incorporar un elemento de prueba vital: la exposición de hechos por una persona determinada. La excepcionalidad en la admisión de la lectura de una declaración sumarial de un testigo se basa en argumentos de urgencia y excepcionalidad, por lo que en caso que estos presupuestos no se presenten es indispensable que el testigo concurra al acto oral para que exponga lo que sabe acerca de los hechos enjuiciados. En consecuencia, la insistencia del testimonio personal en el acto oral, en esas condiciones de rechazo del acta de declaración sumarial, muy bien puede ser invocada en la oportunidad prevista en el artículo trescientos setenta y tres, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal".

Base Legal: NCPP: Arts. II, 373.1.2, 383.1.d, 429.1.2, 448, 497

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 10-2007 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintinueve de enero de dos mil ocho .-

VISTOS; en audiencia pública; el **recurso de casación** por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba interpuesto por el encausado VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del trece de agosto de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cincuenta y cinco, del cuaderno respectivo, del veintiuno de junio de dos mil siete, lo condenó como autor del delito de robo agravado en perjuicio de Mario Raúl Reyes Arqueros y Luis Miguel Reyes Arqueros a diez años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles por concepto de reparación civil.
Interviene como ponente el señor Urbina Ganvini.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Víctor Nino Urquiza Cotrina fue procesado penalmente con arreglo al Código Procesal Penal [así consta de la disposición de fojas dos, del dieciséis de abril de dos mil siete, que formalizó la investigación preparatoria en su contra]. Mediante requerimiento de fojas once del dos de mayo del año próximo pasado la Fiscalía Provincial solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria la procedencia del proceso inmediato, que previo trámite de traslado fue aceptado por auto de fojas treinta y dos, del quince de mayo de dos mil siete, que se entendió contra el citado encausado por delito de robo agravado en agravio de Mario Raúl Reyes Arqueros y Luis Miguel Reyes Arqueros.

Seguida la causa con arreglo a su naturaleza especial, la señora Fiscal mediante requerimiento de fojas treinta y nueve, del veintiuno de mayo último, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la disposición de formalización de la investigación preparatoria. El auto de enjuiciamiento, corriente a fojas ocho -del cuaderno de debate-, del siete de junio de dos mil siete, fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado y a su vez citó para el veintiuno de junio la realización de la audiencia.

SEGUNDO: Realizado el juicio de primera instancia -véase acta de fojas cuarenta y ocho-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas cincuenta y cinco, del veintiuno de junio de dos mil siete, que condenó a Víctor Nino Urquiza Cotrina como autor del delito contra el patrimonio - robo agravado en perjuicio de Mario Raúl y Luis Miguel Reyes Arqueros a diez años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de los agraviados.

El imputado interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia por escrito de fojas sesenta y cinco. La alzada fue concedida por auto de fojas setenta, del veintidós de junio último.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

TERCERO: El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, sin ofrecimiento de pruebas por el recurrente, y realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas noventa y cinco, del trece de agosto de dos mil siete, cumplió con emitir y leer en audiencia la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del trece de agosto de dos mil siete.

CUARTO: La citada sentencia de vista, por unanimidad, confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a Víctor Nino Urquiza Cotrina como autor del delito contra el patrimonio - robo agravado en perjuicio de Mario Raúl y Luis Miguel Reyes Arqueros a diez años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de los agraviados.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Noreña Cajas.

QUINTO: Leída la sentencia de vista el acusado Urquiza Cotrina interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento cuatro. Introdujo dos motivos de casación: **a)** la denominada "casación constitucional", centrada en la presunta vulneración de tres preceptos constitucionales: presunción de inocencia, debido proceso e in dubio pro reo; y, **b)** la denominada "casación procesal o por quebrantamiento de forma". Ambos motivos debidamente reconocidos en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartados uno y dos, del nuevo Código Procesal Penal. Concedido el recurso por auto de fojas ciento diez, del veintisiete de agosto de dos mil siete, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha cuatro de septiembre de dos mil siete.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslados a la Fiscalía Suprema como a la parte recurrida, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas quince, del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, declaró inadmisible el recurso de casación por inobservancia de normas legales de carácter procesal y por inobservancia del precepto constitucional previsto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución; y, bien concedido el recurso de casación por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día catorce de diciembre último, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que

antecede, con intervención del abogado de oficio, así como del Señor Fiscal Supremo Adjunto, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan – se realizará por la Secretaria de la Sala el día veintinueve de enero a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas quince, del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, los motivos del recurso de casación se centran en la inobservancia del precepto constitucional que contiene la garantía de presunción de inocencia, concretados en las reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba. Esas reglas, junto con otras, han sido expresamente consagradas como integrantes de la presunción de inocencia en el artículo II del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal.

SEGUNDO: El agravio consiste en que -según el recurrente- la sentencia de vista, al apreciar la prueba -testimonial de Wildo Rubén Avila Navis-, no cumplió con los requisitos de suficiencia probatoria y, además, vulneró la regla de legitimidad y legalidad de la prueba testimonial. Alega al respecto que la admisión de dicha testifical fue ilegal porque se vulneró los apartados uno y dos del artículo trescientos setentitrés del nuevo Código Procesal Penal [sólo se acepta nueva prueba, instalado el juicio oral, cuando las partes han tenido conocimiento de ella con posterioridad a la audiencia de control de la acusación], en consecuencia, no tiene la calidad de prueba pertinente para desvirtuar la presunción de inocencia por su irregular incorporación y que excluida sólo se tendría la versión de agraviado, por lo que al no existir otro medio probatorio quedaría duda respecto de la responsabilidad penal que se le atribuye.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa que en la actuación de la prueba testimonial prestada en el plenario de Wildo Rubén Avila Navis no se ha producido ninguna violación sustancial, directa o indirectamente, a derecho fundamental alguno del imputado; que esa declaración plenaria no es prueba irregular; que la inadmisibilidad decretada por el Juzgado Penal Colegiado incidió en la copia de la manifestación que contiene la declaración del testigo y que se ha aplicado correctamente la prescripción del artículo trescientos setenta y tres, apartado dos del CPP, en el que excepcionalmente se reiteran ofrecimientos de pruebas rechazados en audiencia de control, admitiendo como nueva prueba la testimonial de Wildo Rubén Avila Navis a solicitud de la Fiscalía y que no fue objeto de cuestionamiento por las partes.

III. Del motivo casacional. Presunción de inocencia.

CUARTO: El recurrente, como se ha enfatizado, denuncia que la sentencia condenatoria vulneró la presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba. Afirma que el Colegiado no debió admitir la testimonial de Wildo Rubén Avila Navis y que sin ella en su caso quedaría la duda respecto a su responsabilidad, por cuanto no se puede condenar a la persona por la sola sindicación del agraviado.

QUINTO: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea *suficiente* -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, *primero*, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito -de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, fluye la existencia de un auténtico vacío probatorio y, en su caso, de una ilegalidad de los actos de prueba de entidad significativa.

En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias y éstas son legítimas la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas -tal como la ley prevé-, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior, salvo que ésta vulnere groseramente las reglas de la ciencia o de la técnica o infrinjan las normas del pensamiento, de la lógica o de la sana crítica.

SEXTO: El recurrente cuestiona la regularidad o, mejor dicho, la licitud de la admisión a trámite y ulterior valoración de una prueba testimonial.

Es el caso que se trata de un proceso inmediato, a cuyo efecto, con arreglo al artículo cuatrocientos cuarenta y ocho del nuevo Código Procesal Penal, se dictó -previa emisión del auto de procedencia de dicho proceso y acusación fiscal- el auto acumulado de enjuiciamiento y citación a juicio por el Juez Penal Colegiado.

En el escrito de acusación la señora Fiscal Provincial sólo ofreció la copia de la manifestación de Wildo Rubén Avila Navis, prestada en sede preliminar con presencia de la Fiscal Adjunta. El Juzgado Penal Colegiado la declaró inadmisible porque su lectura en el juicio no correspondía conforme a la permisión del artículo trescientos ochenta y tres, apartado uno, literal d), del nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, en la estación de ofrecimiento de nueva prueba la Fiscalía ofreció la declaración del citado Wildo Rubén Avila Navis, sin oposición de la defensa del imputado, la que además tuvo la oportunidad de contrainterrogarlo -así consta del acta de fojas cuarenta y ocho-. La sentencia condenatoria, entre otras pruebas, se sustentó en ese testimonio de cargo.

El apartado uno del artículo trescientos setenta y tres del nuevo Código Procesal Penal, en el caso de nuevos medios de prueba, establece que su ofrecimiento y admisión está condicionada a que se ha tenido conocimiento de su existencia con posterioridad a la audiencia de control de la acusación, que no es el caso del ofrecimiento de la declaración de un testigo debidamente identificado que prestó declaración en sede de investigación preparatoria. Ahora bien, el apartado dos del mismo artículo estatuye que es posible ofrecer un medio de prueba inadmitido en la audiencia de control; y, si bien no existe identidad absoluta entre el ofrecimiento de una prueba personal y el ofrecimiento de una prueba documental, es evidente que en el caso de autos lo que el Fiscal perseguía era incorporar un elemento de prueba vital: la exposición de hechos por una persona determinada. La excepcionalidad en la admisión de la lectura de una declaración sumarial de un testigo se basa en argumentos de urgencia y excepcionalidad, por lo que en caso que estos presupuestos no se presenten es indispensable que el testigo concurra al acto oral para que exponga lo que sabe acerca de los hechos enjuiciados. En consecuencia, la insistencia del testimonio personal en el acto oral, en esas condiciones de rechazo del acta de declaración sumarial, muy bien puede ser invocada en la oportunidad prevista en el artículo trescientos setenta y tres, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal.

La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego, una lesión a los derechos de las partes. En el presente caso el testigo citado asistió al acto oral, fue examinado por las partes y, es más, la solicitud probatoria que justificó su presencia no fue objetada por el imputado. No se está, pues, ante una prueba inconstitucional en la medida en que se cumplieron los principios fundamentales de la actuación probatoria: contradicción, inmediación y publicidad: la testimonial no incidió en un ámbito prohibido ni está referida a una intervención ilegal de la autoridad, tampoco se trató de una prueba sorpresiva. Las garantías procesales en la actuación probatoria, que es lo esencial desde la presunción de inocencia, no se han vulnerado.

La causal de casación por vulneración de la presunción de inocencia debe desestimarse.

SÉPTIMO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. Si bien el recurrente ha sido declarado culpable y es del caso desestimar el presente recurso de casación han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, referidas al alcance del artículo trescientos setenta y tres del nuevo Código Procesal Penal (apartado tres del referido artículo cuatrocientos noventa y siete), por lo que cabe eximirlo del pago de las costas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba, interpuesto por el encausado VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA.

II. EXIMIERON al recurrente del pago de las costas del recurso.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
SALAS GAMBOA
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS

DETERMINACIÓN DE LA PENA: LEGALIDAD, PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD

06

NO EXISTIENDO ATENUANTE PROCESAL O SUSTANTIVA ALGUNA, LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD NO PODRÁN SER UTILIZADOS PARA DETERMINAR LA PENA POR DEBAJO DEL MÍNIMO LEGAL, SINO DENTRO DE LOS LÍMITES FIJADOS POR EL TIPO PENAL

Causal de Admisibilidad
Errónea interpretación de la ley penal material o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) El señor Fiscal Superior en su recurso formalizado (...) anota que en la sentencia se ha vulnerado los parámetros fijados por la ley pues la pena no se ha impuesto dentro del mínimo o el máximo establecido en el tipo penal, por el contrario se ha impuesto una pena por muy debajo del mínimo legal sin que existan circunstancias que atenúen tal decisión, ya que se debe imponer el castigo dentro de los limites señalados en el precepto penal aplicado, por tanto no se debe imponer una pena distinta a la establecida por la ley, como ocurrió en el presente caso".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"Que, si bien es cierto en caso de autos no se está ante un supuesto de tentativa y las lesiones también le son atribuidas al sentenciado (...), la Sala estima que la pena impuesta por el Juzgado Colegiado no se corresponde con los principios de proporcionalidad y lesividad al bien jurídico protegido, en ese sentido la sustracción de un celular y un reloj, no configuran un impacto social que amerite la imposición de una pena tan severa (...)".

Fundamento de la casación
"Que por tanto, la determinación de la pena debió tomar en consideración, de conformidad con los artículos del Código Penal antes indicados, los límites fijados por el tipo penal perpetrado en atención al principio de legalidad de la pena en consonancia con los principios de proporcionalidad y culpabilidad; que como quiera que el delito de robo agravado (...) está conminado entre veinte y veinticinco años de pena privativa de libertad, ése es el parámetro legal que debió tenerse presente al momento de imponer la pena al justiciable (...)".

"Que en el caso de autos, la Sala de apelaciones sin existir ninguna circunstancia excepcional de atenuación redujo la pena impuesta por el Juzgado Colegiado y le impuso una por debajo del mínimo legal previsto en el segundo párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal".

Base Legal: Const.: Art. 2.24.d; NCPP: Arts. II, 429.3, 499.1; CP: Arts. VIII, 45, 46, 189

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 11-2007 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de febrero de dos mil ocho .-

VISTOS; en audiencia pública, el **recurso de casación** por errónea interpretación de la ley penal material, interpuesto por el señor Fiscal Superior de La Libertad contra la sentencia de vista de fojas ciento tres, del cuatro de setiembre de dos mil siete, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y tres, del diecisiete de julio de dos mil siete, condenó al encausado Wilson Ramiro Siccha Hurtado como autor del delito contra el patrimonio - robo agravado en perjuicio de Pedro Aurora Aguilera, a diez años de pena privativa de libertad.
Interviene como ponente el señor Ponce de Mier.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario de la causa en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Siccha Hurtado fue inculpado formalmente mediante auto que declara procedente el proceso inmediato de fojas treinta, del trece de junio de dos mil siete, a mérito del requerimiento de la señora Fiscal Provincial Penal del Segundo Despacho Fiscal de Investigación, de fojas nueve. Se le atribuyó al encausado la comisión del delito de robo agravado en perjuicio de Pedro Aurora Aguilera. Los hechos objeto de imputación ocurrieron el cuatro de mayo de dos mil siete, a las dos de la tarde aproximadamente,

en circunstancias que el agraviado transitaba por la intersección de las calles Húsares de Junín y Cinco de Noviembre del distrito de Florencia de Mora, Provincia de Trujillo, y fue interceptado por un sujeto quien le pidió la suma de dos soles y ante la negativa de éste, le propinó golpes conjuntamente con otro segundo sujeto que se acercó en ese momento y entre ambos lo atacaron causándole lesiones en la cabeza y el rostro, con la finalidad de quitarle sus bienes consistentes en un celular, un reloj y la suma de quince nuevos soles, luego de producido el latrocinio ambos sujetos se dieron a la fuga, pero como la policía ya había sido advertida de lo ocurrido fueron tras ellos logrando capturar al encausado Siccha Hurtado y conducido a la unidad policial, asimismo el agraviado fue auxiliado por estos efectivos del orden y conducido a una posta médica donde fue atendido.

SEGUNDO: El proceso se inició y fue tramitado con arreglo al estatuto procesal del nuevo Código Procesal Penal.

TERCERO: Capturado el imputado Wilson Ramiro Siccha Hurtado y realizado el juicio oral, el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Libertad lo condenó como autor del delito de robo agravado a veinte años de pena privativa de libertad, asimismo fijó por concepto de reparación civil la suma de quinientos nuevos soles a favor del agraviado Pedro Aurora Aguilera.

Contra el fallo condenatorio el encausado Wilson Ramiro Siccha Hurtado interpuso recurso de apelación. El recurso fue concedido por auto de fojas setenta y dos, del veintitrés de julio de dos mil siete.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

CUARTO: El Superior Tribunal, en primer lugar, por resolución de fojas setenta y ocho, del primero de agosto de dos mil siete, corrieron traslado a las partes por el término de cinco días, seguidamente por auto de fojas ochentidos, del trece de agosto de dos mil siete declararon admitir el recurso impugnatorio de apelación de sentencia y concedieron el plazo de cinco días a las partes procesales a efectos de que ofrezcan medios probatorios que estimen pertinentes; y por auto de fojas noventa y uno, del veintisiete de agosto de dos mil siete, citaron para la audiencia de apelación.

La audiencia se realizó, conforme al acta de fojas cien, del cuatro de setiembre de dos mil siete, con la intervención del Fiscal Superior, del abogado defensor del imputado y con la presencia del encausado Wilson Ramiro Siccha Hurtado.

QUINTO: La sentencia de vista recurrida en casación de fojas ciento tres, del cuatro de setiembre de dos mil siete, revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que impuso al encausado Wilson Ramiro Siccha Hurtado, la pena privativa de libertad de veinte años, reformando la misma le impusieron la pena privativa de libertad de diez años. Ratificó en consecuencia el monto de la reparación civil de quinientos nuevos soles, con lo demás que contiene.

III. Del trámite del recurso de casación del Fiscal Superior.

SEXTO: El señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento once. Introdujo un motivo de casación: inobservancia de la garantía constitucional del Principio de Legalidad del Derecho Penal Material. Concedido el recurso por auto de fojas ciento veinte, del diecinueve de setiembre de dos mil siete, se elevó los actuados a este Supremo Tribunal con fecha veintiséis de setiembre de dos mil siete.

SÉPTIMO: Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas doce del cuadernillo de casación, del cinco de noviembre de dos mil siete, admitió a trámite el recurso de casación entendiéndose su admisibilidad y procedencia, en vía de corrección, por el motivo de errónea interpretación de la ley penal material.

OCTAVO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada día y hora para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal y de la defensa del imputado, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

NOVENO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día catorce de febrero próximo a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo de casación admitido es la errónea interpretación de la ley penal material. Sobre el particular, el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas ciento once, al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Penal y del artículo dos, inciso veinticuatro, literal "d" de la Constitución, señala que la sentencia de vista no se encuentra conforme a los hechos, mucho menos arreglada a derecho.

Al respecto anota que en la sentencia se ha vulnerado los parámetros fijados por la ley pues la pena no se ha impuesto dentro del mínimo o el máximo establecido en el tipo penal, por el contrario se ha impuesto una pena por muy debajo del mínimo legal sin que existan circunstancias que atenúen tal decisión, ya que se debe imponer el castigo dentro de los límites señalados en el precepto penal aplicado, por tanto no se debe imponer una pena distinta a la establecida por la ley, como ocurrió en el presente caso.

SEGUNDO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. Que teniendo en cuenta que solo ha sido apelado el *quamtum* de la pena, corresponde a la sala determinar si la pena impuesta ha sido señalada en concordancia con los principios de proporcionalidad y lesividad o por el contrario existen razones o fundamentos de orden constitucional que justifiquen una rebaja de la pena por debajo del mínimo legal.

B. Que, si bien es cierto en caso de autos no se está ante un supuesto de tentativa y las lesiones también le son atribuidas al sentenciado, resulta necesario efectuar un reexamen respecto al *quantum* de la pena, para cuyo efecto la Sala estima que la pena impuesta por el Juzgado Colegiado no se corresponde con los principios de proporcionalidad y lesividad al bien jurídico protegido, en ese sentido la sustracción de un celular y un reloj, no configuran un impacto social que amerite la imposición de una pena tan severa, pena que además, debe estar de acuerdo a los fines de resocialización del sentenciado, y respecto al daño sufrido por la víctima, en el caso concreto fue de mínima gravedad.

En segunda instancia no se verificó actividad probatoria a instancia de ninguna de las partes procesales.

TERCERO: La garantía material específica del Principio de legalidad, en materia sancionadora, impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley. El principio de legalidad impone tres exigencias concurrentes: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa). Entonces el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos, ya que protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en forma clara e inequívoca en una norma jurídica.

CUARTO: En nuestro ordenamiento jurídico penal para efectos de determinar e individualizar la pena a imponer se tiene en cuenta los diversos criterios que establecen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, pues en el primero se prevén como circunstancias a tomar en cuenta al determinar la pena las carencias sociales que hubiera sentido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, mientras que en el segundo de los artículos mencionados se contemplan los factores para la medición o graduación de la pena a los que se recurre atendiendo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.

QUINTO: Que, por tanto, la determinación de la pena debió tomar en consideración, de conformidad con los artículos del Código Penal antes indicados, los límites fijados por el tipo penal perpetrado en atención al principio de legalidad de la pena en consonancia con los principios de proporcionalidad y culpabilidad; que como quiera que el delito de robo agravado -tipificado según el requerimiento de acusación en los incisos cuatro y siete del primer párrafo e inciso uno del segundo párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal- está conminado entre veinte y veinticinco años de pena privativa de libertad, ése es el parámetro legal que debió tenerse presente al momento de imponer la pena al justiciable Wilson Ramiro Siccha Hurtado.

SEXTO: Que el fundamento de que la pena en este caso puede ser recorrida en toda la extensión del marco penal abstracto -conforme al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal- teniendo en cuenta no sólo que la responsabilidad penal es personal, sino a la valoración objetiva y subjetiva del comportamiento, el contexto situacional y las características personales del encausado.

SÉPTIMO: Que, en el caso de autos, la Sala de apelaciones sin existir ninguna circunstancia excepcional de atenuación redujo la pena impuesta por el Juzgado Colegiado y le impuso una por debajo del mínimo legal previsto en el segundo párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, si se tiene en cuenta que en dicha hipótesis jurídica se subsumió la conducta desplegada por el encausado Siccha Hurtado, la que además quedó perfectamente acreditada; que, en efecto, si bien el encausado proviene de un medio social con carencias económicas y sociales, registra antecedentes judiciales y penales por similar delito -véase manifestación policial- no se advierte siquiera la admisión básica de los hechos que se le atribuyen ni es sujeto de responsabilidad restringida; que, por consiguiente, al evaluar no sólo dichos criterios y factores sino además la intensidad de su participación en el delito -véase acta de reconocimiento personal con presencia del Fiscal Provincial y su abogado defensor- que consistió en sustraer con inusitada violencia en compañía de otro sujeto dinero y objetos personales del agraviado quien al oponer resistencia fue víctima de lesiones de alta consideración, pues el certificado médico legal indica que las lesiones traumáticos que presenta son de tipo contuso que requirieron de tres días de atención facultativa por doce de incapacidad médico legal y que según el reconocimiento médico requiere evaluación del traumatólogo, otorrinolaringólogo, neurólogo y exámenes auxiliares determina que la conducta del encausado Siccha Hurtado fue desmedida, injustificada y se ensañó con su víctima al extremo de golpearlo con una piedra y darle de patadas; que todo lo expuesto no justifica de forma razonable imponer una pena debajo del mínimo legal establecido al no resultar adecuada a la gravedad de los hechos; que, desde esta perspectiva, la pena impuesta por la Sala de apelaciones no resulta correcta, por lo que debe corregirse en atención al principio de proporcionalidad según la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado.

En tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia no absolvió debidamente los motivos del recurso de apelación centradas en una rebaja prudencial de la pena impuesta por el Juzgado Colegiado. En consecuencia, interpretó erróneamente la ley penal material.

OCTAVO: Finalmente, respecto de las costas -pronunciamiento que omitieron en primera y segunda instancia-, estas no se fijan en el presente caso por estar exento del pago de costas los representantes del Ministerio Público, conforme a lo dispuesto por el artículo cuatrocientos noventa y nueve, apartado uno, del nuevo Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por errónea interpretación de la ley penal material -artículo cuatrocientos veintinueve apartado tres del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por el señor Fiscal Superior de La Libertad contra la sentencia de vista de fojas ciento tres, del cuaderno de apelación, del cuatro de setiembre de dos mil siete, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y tres, del cuaderno de debate, del diecisiete de julio de dos mil siete, condenó al encausado Wilson Ramiro Siccha Hurtado como autor del delito contra el patrimonio - robo agravado en perjuicio de Pedro Aurora Aguilera, a diez años de pena privativa de libertad y fijó en quinientos nuevos soles el monto por concepto de reparación civil. En consecuencia: **ANULARON** la referida sentencia; y de conformidad con el párrafo dos del artículo cuatrocientos treinta y tres del nuevo Código Procesal Penal, **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y tres, del cuaderno de debate, del diecisiete de julio de dos mil siete, que condenó al encausado Wilson Ramiro Siccha Hurtado como autor del delito contra el patrimonio – robo agravado en perjuicio de Pedro Aurora Aguilera, a veinte años de pena privativa de libertad y fijó en quinientos nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá abonar a favor del agraviado; con lo demás que contiene.

II. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no concurrentes.

III. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
SALAS GAMBOA
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS

DILIGENCIAS PRELIMINARES: PLAZO DE DURACIÓN

07

EL PLAZO DE DURACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES NO PUEDE SER COMPRENDIDO DENTRO DEL PLAZO DE DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA PROPIAMENTE DICHA

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto al control del plazo de la investigación preparatoria.

Fundamento del recurso casatorio
"El Fiscal Superior interpuso recurso de casación al considerar que, aún no se cumplió con el plazo de Investigación Preparatoria, por cuánto, (...) a la fecha de la solicitud de control de plazo (...), sólo han transcurrido cuarenta y tres días".

Fundamento del auto impugnado en casación
"Que, de otro lado, la Sala Penal de Apelaciones, fundó su resolución sosteniendo que en el nuevo Código Procesal Penal existe sólo una fase de investigación, que es la Investigación Preparatoria(...), que las diligencias preliminares practicadas durante la investigación preliminar forman parte de la Investigación Preparatoria, por existir unidad de prueba, unidad de investigación y unidad de investigador".

Fundamento de la casación
"Que concluyendo, los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al Fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; son diferentes y no se hallan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha".

"(...) es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al Fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es su límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso; que por lo demás, deben entenderse como excepcionales, ponderándose el plazo máximo de duración atendiendo a criterios de orden cualitativos conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables conforme dispone el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulado en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal".

Base Legal: NCPP: Arts. 3, 143.2, 144.2, 321, 334.2, 336.1.3, 337.2, 342.1, 343.2, 427.4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 02-2008 (AUTO)
LA LIBERTAD

AUTO DE CASACIÓN

Lima, tres de junio de dos mil ocho .-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor Zecenarro Mateus; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso y el principio de legalidad interpuesto por el señor Fiscal Superior de Apelaciones de La Libertad, contra el auto de fojas veintiuno, del veintiuno de noviembre de dos mil siete, que revocando el auto apelado de fojas ocho, del siete de noviembre de dos mil siete; declaró fundado el control de plazo y ordenó la conclusión de la Investigación Preparatoria; y dispuso que los autos se devuelvan al Juez de Investigación Preparatoria a fin que continúe con el plazo de ley; en el proceso seguido contra Joe Luis Montero Saldaña y otro, por el delito de hurto agravado, en agravio de Segundo Ernesto Guarniz Supo; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, esta Sala Suprema, mediante Ejecutoria de fecha quince de febrero de dos mil ocho, declaró bien concedido el recurso de casación en virtud de lo establecido por el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; disponiendo que la causa permanezca a disposición de las partes por el plazo de ley, a cuyo vencimiento se fije fecha para la audiencia correspondiente.

SEGUNDO: Que, previamente conviene precisar el itinerario o secuencia procesal que se observa en el presente caso: **a)** conforme se aprecia de folios uno, el señor Abogado defensor del inculpado Joe Luis Montero Saldaña, en virtud del inciso segundo del artículo trescientos cuarenta y tres del Código Procesal Penal, solicitó al Juzgado que se dé por concluida la investigación preparatoria, al considerar que ha excedido en el límite que permite la citada norma y se programe audiencia de control de plazos; **b)** la audiencia indicada se realizó con la concurrencia de la Fiscal Provincial y del Abogado defensor; que escuchada la exposición respectiva el Juez mediante resolución de fojas ocho, del siete de noviembre de dos mil siete, declaró infundada dicha solicitud; **c)** el Abogado defensor interpuso recurso de apelación, conforme aparece de fojas diez; **d)** la audiencia de apelación de auto que declara infundada la solicitud de control de plazos, se efectuó con la asistencia del Fiscal Superior y del Abogado defensor; la Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas veintiuno, del veintiuno de noviembre de dos mil siete, revocó el apelado y declaró fundado el control de plazo, ordenó la conclusión de la investigación preparatoria y dispuso devolver el incidente al Juez Penal de Investigación Preparatoria para que continúe con el plazo de ley.

TERCERO: Que, contra la aludida resolución, el Fiscal Superior interpuso recurso de casación al considerar que, aún no se cumplió con el plazo de Investigación Preparatoria, por cuanto, desde la fecha de notificación de la disposición de formalización y continuación de la investigación al Juez de Investigación Preparatoria, conforme establece el inciso segundo del artículo ciento cuarenta y tres del Código Procesal Penal, esto es el dieciocho de septiembre de dos mil siete, a la fecha de la solicitud de control de plazo que se concretó el treinta de octubre de dos mil siete, sólo han transcurrido cuarenta y tres días.

CUARTO: Que, de otro lado, la Sala Penal de Apelaciones, fundó su resolución sosteniendo que en el nuevo Código Procesal Penal existe sólo una fase de investigación, que es la Investigación Preparatoria, a cargo del Ministerio Público, conforme se establece en el inciso segundo del artículo trescientos treinta y siete del acotado, en el que se señala, que las diligencias preliminares practicadas durante la investigación preliminar forman parte de la Investigación Preparatoria, por existir "unidad de prueba, unidad de investigación y unidad de investigador".

QUINTO: Que, en el caso de autos, se declaró bien concedido el recurso de casación de conformidad con lo establecido en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código Procesal, al determinar que excepcionalmente se puede declarar la procedencia del recurso de casación fuera de las resoluciones enumeradas en los incisos señalados del citado artículo, ello cuando discrecionalmente se considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en este caso, respecto del control de plazo de la Investigación Preparatoria.

SEXTO: Que, el tema fundamental del caso planteado, es el plazo. Al respecto, en doctrina se hacen alusión a tres clases de plazos: **a)** el plazo legal (establecido por la ley); **b)** el plazo convencional (establecido por mutuo acuerdo de las partes); **c)** el plazo judicial (señalado por el Juez en uso de sus facultades discrecionales).

De otro lado, en rigor técnico, conforme se destaca en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, Tomo VI, página doscientos setenta y uno, la doctrina y la legislación, se sirven como sinónimos, soslayando sutilezas técnicas, de los vocablos plazo y término; sin embargo, discrepan en esencia, por cuanto el plazo es comprensivo de todo lapso para actuar, en tanto que término integra tan solo su vencimiento o final; en ese contexto, en el presente caso, se trata de analizar el plazo de carácter legal, vale decir, el que es señalado por la ley durante el desenvolvimiento del proceso; dentro del marco de referencia del sistema de orientación acusatorio adversarial que regula el Código Procesal Penal, en aplicación gradual en el Perú.

SÉPTIMO: Que, en ese sentido, es preciso señalar lo siguiente: **a)** que el inciso segundo del artículo trescientos treinta y siete del Código Procesal Penal, establece que las diligencias preliminares forman parte de la Investigación Preparatoria, y ésta a su vez tiene un plazo de ciento veinte días naturales, prorrogables por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales, conforme a lo estatuido por el inciso uno del numeral trescientos cuarenta y dos del mismo cuerpo de leyes, ello debe aplicarse en concordancia con lo dispuesto por el inciso segundo del numeral trescientos treinta y cuatro, que prescribe, que el plazo de las diligencias preliminares, es de veinte días y que no obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; **b)** en ese orden de ideas, la etapa de la Investigación Preparatoria, presenta a su vez dos sub etapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la segunda que corresponde a la investigación preparatoria propiamente dicha. En ese contexto, la fase de diligencias preliminares tiene un plazo distinto, el mismo que está sujeto a

control conforme dispone el inciso segundo del numeral ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal; control que tiene fundamental importancia para una tramitación adecuada y eficiente del proceso.

OCTAVO: Que, el artículo trescientos treinta y seis del aludido Código, en la parte final del inciso uno, regula la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria, la que deberá comunicarse al Juez de la Investigación Preparatoria a tenor de lo dispuesto en el inciso tres del mismo numeral, en concordancia con el artículo tres del Código Procesal Penal; interpretándose de todo ello que, el plazo establecido en el numeral trescientos cuarenta y dos, debe computarse a partir de su comunicación en virtud a lo establecido en el inciso dos del artículo ciento cuarenta y tres; señalándose, además, a partir de una interpretación sistemática, que, esa es la razón por la cual en cada una de esas fases, diligencias preliminares e Investigación Preparatoria, el Código Procesal Penal prevé la posibilidad de que los justiciables y fundamentalmente el imputado puedan promover mecanismos de control del plazo de investigación, que se regulan de manera diferenciada tanto para la fase de las diligencias preliminares como para la investigación preparatoria propiamente dicha, conforme se desprende de los artículos trescientos treinta y cuatro inciso segundo y trescientos cuarenta y tres inciso segundo del referido texto normativo.

NOVENO: Que, la formalización de la investigación preparatoria tiene como una de sus finalidades trascendentes la legitimación de los sujetos procesales, de manera que es recién a partir de dicho acto procesal que los mismos pueden constituirse y ser reconocidos como tales en el proceso para el efectivo ejercicio de sus pretensiones, debiendo tenerse en cuenta, además, que según dispone el artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal, la investigación preparatoria tiene como finalidad reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo.

DÉCIMO: Que, en el caso específico, de los argumentos del recurso de apelación de fojas diez, interpuesto por el Abogado defensor del inculpado, se advierte que el Fiscal Provincial formalizó la investigación preparatoria con fecha once de septiembre de dos mil siete; en consecuencia, computando hasta la fecha de presentación de solicitud de control de plazo de fojas uno, esto es, el treinta de octubre de dos mil siete, aún no había transcurrido el plazo establecido en el artículo trescientos cuarenta y dos.

DÉCIMO PRIMERO: Que concluyendo, los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al Fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; son diferentes y no se hallan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al Fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es su límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso; que por lo demás, deben entenderse como excepcionales, ponderándose el plazo máximo de duración atendiendo a criterios de orden cualitativos conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables conforme dispone el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria regulado en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon: **FUNDADO** en parte el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior del Distrito Judicial de La Libertad, contra el auto de fojas veintiuno, del veintiuno de noviembre de dos mil siete, que revoca el auto apelado del siete de noviembre de dos mil siete, y reformándolo: declara **Fundado** el control de plazo y ordena que se devuelvan los autos al Juez Penal de la Investigación preparatoria para que continúe con el plazo de ley; en consecuencia: **ESTABLECIERON:** de conformidad con lo previsto en el inciso cuarto del

artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, que los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al Fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación son diferentes y no se hallan comprendidos, en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha; conforme a los argumentos que se señalan en la parte considerativa de la presente resolución.

II. DISPUSIERON que la presente resolución casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

III. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
SIVINA HURTADO
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARIO MATEUS

TERMINACIÓN ANTICIPADA: REPARACIÓN CIVIL

08 DESPROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA E INCORPORACIÓN DEL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE EN SEGUNDA INSTANCIA

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial y errónea interpretación de la ley penal material o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación en el extremo de la responsabilidad civil.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) no existen fundamentos jurídicos válidos para la elevación de la reparación civil, siendo por el contrario que la sentencia recurrida se sustenta en hechos falsos, no probados, no aceptados por él, ni expresados en el acuerdo de terminación anticipada; ii) que el tribunal de apelación afectó el principio de congruencia procesal penal y civil, pues se han tomado como cierto hechos que no han sido incluidos en el acuerdo de terminación anticipada – incongruencia procesal penal- y porque ordenó la restitución del bien a favor del actor civil, cuando este extremo en ningún momento se ha planteado como pretensión resarcitoria del daño causado que se le restituya a refaccione el bien colisionado – incongruencia procesal civil-; iii) que se busca la indemnización de terceras personas que no se encuentran jurídicamente bajo tutela del agraviado, entre ellos, una menor que no es hija – natural ni adoptiva- del agraviado, ni de la cual era su tutor ni poseía algún cargo jurídico que lo obligue con la educación de ésta, ni respecto de nietos sobre los cuales no ejercían una relación de dependencia con el agraviado; y iv) que el Colegiado Superior no ha tenido en cuenta que el criterio para otorgar una reparación civil en caso de fallecimiento es el "proyecto de vida del agraviado" que se vio afectado por el hecho antijurídico".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"La sentencia de vista, por unanimidad, integró la sentencia de primera instancia para tener como Tercero Civil Responsable a la persona jurídica Empresa Agregados Servicios y Proyectos Sociedad de Responsabilidad Limitada- ASERPO S.R.L; y revocó la misma en el extremo de la reparación civil; reformándola: fijó en cien mil nuevos soles más los costos que importe la refacción o restitución del valor del vehículo dañado, montos que deberán ser abonados por el sentenciado de forma solidaria con el tercero civilmente responsable".

Fundamento de la casación
"El Tribunal de Apelación si bien tiene la potestad de aumentar o disminuir el monto fijado por el concepto de la reparación civil, en el presente caso se excedió al incrementarla en la suma de cien mil nuevos soles, pues para ello se basó en argumentos que no lo justifican: i) el dolor e impacto emocional que ocasionó la muerte del agraviado a los nietos del occiso, y ii) los daños materiales ocasionados al vehículo del agraviado al quedar totalmente inoperativo y porque era la herramienta de trabajo con la que mantenía a su familia".

"En lo atinente al Tercero Civilmente Responsable es correcta la actuación del Superior Colegiado, pues al advertir la existencia de un tercero civil responsable, de acuerdo a la concordancia de lo dispuesto en los artículos noventa y tres y noventa y cinco del Código Penal - norma última que señala que la reparación será solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente responsables- incorporó a la Empresa (...) para que conjuntamente con el procesado Tello Pretell cumpla con el pago de la pretensión económica fijada por concepto de reparación civil, no solo porque por error involuntario el Juez de la Investigación Preparatoria omitió pronunciarse al respecto, sino también porque constituyó uno de los argumentos invocados por la agraviada en su escrito de fojas setenta y ocho: "el imputado no solo era socio y gerente de la citada empresa, sino también poseía gran parte de dichas acciones". No existió indefensión material al incorporarlo como tal, y la necesidad de su concurrencia como obligado civil surge del artículo noventa y cinco del Código Penal, por tanto, teniendo en cuenta los lineamientos de la norma sustantiva antes acotada – artículo noventa y tres del referido cuerpo legal- y de acuerdo a los fundamentos jurídicos precedentes, debe disminuirse prudencialmente".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.3, 429.3.5, 468.3, 471, 497.3, 500.1, 504.2; CP: Arts. 93, 95

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 37-2008 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diez de marzo de dos diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el **recurso de casación** -concedido por las causales de desarrollo de la doctrina jurisprudencial y errónea interpretación de la ley material, previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartados cinco y tres, respectivamente, del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por el encausado GERARDO FEDERICO TELLO PRETELL contra la sentencia de vista de fojas ciento catorce, del once de septiembre de dos mil ocho, en el

extremo que integró como Tercero Civilmente Responsable a la empresa Agregados Servicios y Proyectos - ASERPO S.R.L. y que revocó la sentencia anticipada de primera instancia de fojas setenta y uno, del once de junio de dos mil ocho, en cuanto fijó el monto de la reparación civil en cien mil nuevos soles más los costos que importe la refacción o restitución del valor del vehículo, que solidariamente deberá pagar con el tercero civilmente responsable - Empresa Agregados Servicios y Proyectos S.R.L.; en el proceso seguido en su contra como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio culposo en agravio de Fernando Alcibíades Torres Rodríguez.
Interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Gerardo Federico Tello Pretell fue investigado penalmente, con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El día veintinueve de febrero de dos mil ocho, en una de las oficinas del Cuarto Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Penal de Trujillo, ante el Fiscal Provincial Titular, compareció el encausado Tello Pretell, quien en presencia de su abogado defensor y en mérito de las conversaciones sostenidas en el curso de la investigación preliminar, firmó el Acta de Acuerdo Provisional de Terminación Anticipada de Proceso de fojas uno, la misma que fue puesta en conocimiento de la parte civil con fecha nueve de abril de dos mil ocho -conforme consta de la notificación cursada de fojas catorce- para que pueda pronunciarse acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones, de conformidad a lo dispuesto en el artículo cuatrocientos sesenta y ocho apartado tres del nuevo Código Procesal Penal.

En la referida acta se acordó, respecto de la pena a aplicarse, que ésta sería de cuatro años de pena privativa de la libertad, la misma que descontada la sexta parte establecida en el artículo cuatrocientos setenta y uno del nuevo Código Procesal Penal sería de tres años y cuatro meses de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años.

En lo concerniente al extremo de la reparación civil, se fijó en la suma de veintiocho mil nuevos soles a favor de los herederos legales del occiso Fernando Alcibíades Torres Rodríguez. También se estableció reglas de conducta.

Finalmente, el encausado Tello Pretell instruido de los alcances del presente Acuerdo Provisional aceptó su culpabilidad y la pena acordada, así como la reparación civil fijada y sus formas de pago, al igual que las potestades del Ministerio Público, las normas de conducta fijadas en ese Acuerdo Provisional y la celebración de la Audiencia de Terminación Anticipada.

SEGUNDO: La Audiencia de Terminación Anticipada se realizó el día diez de junio de dos mil ocho -obrante a fojas sesenta y nueve-. Asistieron el Fiscal, el imputado Tello Pretell y la parte civil -debidamente representados-. Ésta última se opuso porque consideró que el monto de la reparación civil era muy irrisorio, agregando que apelará en este extremo independientemente de la decisión judicial que se tome -manifestación que quedó registrada en audio-.

TERCERO: En la continuación de la Audiencia Privada de Terminación Anticipada -véase acta de fojas setenta y uno-, el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de La Libertad dictó la sentencia anticipada de fojas setenta y uno, del once de junio de dos mil ocho, cuyos extremos son los siguientes:

i) Aprobó el acuerdo de terminación anticipada acordada entre el Fiscal Provincial de Trujillo y el imputado Tello Pretell;

ii) Condenó a Gerardo Federico Tello Pretell como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio culposo, a tres años y cuatro meses de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años e inhabilitación de un año para conducir cualquier vehículo motorizado, bajo reglas de conducta;

iii) Fijó en veintiocho mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de la parte agraviada.

Contra el extremo de la reparación civil que fijó la sentencia, la agraviada manifestó no estar conforme, por

lo que apeló en la misma Audiencia, la que se formalizó por escrito de fojas setenta y ocho. Este recurso fue concedido por auto de fojas ochenta y cinco, del dieciocho de junio de dos mil ocho.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

CUARTO: El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, y realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas ciento nueve, del cinco de septiembre de dos mil ocho, cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas ciento catorce, del once de septiembre de dos mil ocho.

QUINTO: La sentencia de vista, por unanimidad, integró la sentencia de primera instancia para tener como Tercero Civilmente Responsable a la persona jurídica Empresa Agregados Servicios y Proyectos Sociedad de Responsabilidad Limitada - ASERPO S.R.L.; y revocó la misma en el extremo de la reparación civil; reformándola: fijó en cien mil nuevos soles más los costos que importe la refacción o restitución del valor de vehículo dañado, montos que deberán ser abonados por el sentenciado de forma solidaria con el tercero civilmente responsable.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Tello Pretell.

SEXTO: Leída la sentencia de vista y cursada las respectivas notificaciones a las partes, el acusado Tello Pretell interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento veintisiete. Introdujo cuatro motivos de casación: **a)** inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material; **b)** falta de aplicación de la Ley penal u otras normas jurídicas; **c)** falta o manifiesta ilogicidad de la motivación; y, **d)** por apartarse de la doctrina jurisprudencial. Concedido el recurso por auto de fojas ciento noventa y tres, del uno de octubre de dos mil ocho, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha veintiuno de octubre de dos mil ocho.

SÉPTIMO: Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala, por mayoría, mediante Ejecutoria de fojas catorce, del cuaderno de casación, del dos de febrero de dos mil nueve, admitió a trámite el recurso de casación por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial y errónea interpretación de la ley material en el extremo de la responsabilidad civil.

OCTAVO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

NOVENO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan-se realizará por la Secretaria de la Sala el día diez de marzo a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas catorce, del cuaderno de casación, del dos de febrero de dos mil nueve, el motivo aceptado del recurso de casación se centra en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial y en lo atinente a la interpretación de las normas referentes a la reparación civil, prevista en el apartado tres del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Los agravios que invocan son: **i)** que no existen fundamentos jurídicos válidos para la elevación de la reparación civil, siendo por el contrario que la sentencia recurrida se sustenta en hechos falsos, no probados, no aceptados por él, ni expresados en el acuerdo de terminación anticipada; **ii)** que el Tribunal de Apelación afectó el principio de congruencia procesal penal y civil, pues se han tomado como cierto hechos que no han sido incluidos en el acuerdo de terminación anticipada -incongruencia procesal penal- y porque ordenó la restitución del bien a favor del actor civil, cuando este extremo en ningún momento se ha planteado como pretensión resarcitoria del daño causado que se le restituya o refaccione el bien colisionado -incongruencia procesal civil-; **iii)** que se busca la indemnización de terceras personas que no se encuentran jurídicamente bajo tutela del agraviado, entre ellos, una menor que no es hija -natural ni adoptiva- del agraviado, ni de la cual era su tutor ni poseía algún cargo jurídico que lo obligue con la educación de ésta, ni respecto de nietos sobre los cuales no ejercían una relación de dependencia con el agraviado; y **iv)** que el Colegiado Superior no ha

tenido en cuenta que el criterio para otorgar una reparación civil en caso de fallecimiento es el "proyecto de vida del agraviado" que se vio afectado por el hecho antijurídico.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: La sentencia de vista impugnada en casación precisó lo siguiente:

A. Que ha quedado acreditado que la conducta delictiva desarrollada por el sentenciado ha producido como daño emergente la muerte del agraviado Fernando Torres Rodríguez y la destrucción del auto del agraviado. A consecuencia de este daño emergente, también han producido daños de tipo moral y económico a los deudos del agraviado.

B. Que el agraviado occiso, no obstante, sus setenta años de edad, trabajaba como taxista en horario nocturno, con lo cual era el sostenimiento económico de su familia, la misma que está constituida por su esposa y una menor de la cual se hicieron cargo. También se tiene en cuenta el dolor e impacto emocional que ocasionó la muerte del agraviado a las mismas y, además, a los nietos del occiso cuyo impacto psicológico ya ha sido determinado en los informes que obran en autos y que no han sido objetados por la defensa, más aún teniendo en cuenta las graves circunstancias de la comisión del delito.

De igual modo se valora la conducta del acusado al tratar de evadir su responsabilidad e intentar fugar del lugar, sin prestar auxilio a su víctima con lo cual habría aminorado los efectos de su impericia, sino muy por el contrario, arrastró al agraviado algunos metros, con lo que demostró una total indiferencia por la vida humana y el pacífico goce de los derechos de los demás.

C. Que, en igual sentido, también debe comprenderse como perjuicio económico los daños materiales ocasionados al vehículo del agraviado al quedar totalmente inoperativo para el servicio de taxi con el cual mantenía a su familia, lo que debe ser objeto de restitución.

D. Que es necesario, por tanto, incrementar el monto de la reparación civil fijada por el A quo, al no estar en correlación con los fundamentos fácticos y normativos que se han detallado en la presente resolución, sin guardar la proporcionalidad real del daño ocasionado. Se recurre al principio de equidad, dado el carácter subjetivo de este tipo de daños, su dificultad de probanza y medición dentro del proceso. Por ello se justifica el monto de incremento a cien mil nuevos soles la reparación civil, y se dispone la restitución de su valor para garantizar la subsistencia de los damnificados, lo que deberá ser establecido en vía de ejecución.

E. Que en la relación jurídico procesal penal se encuentra como Tercero Civilmente Responsable la Empresa Agregados Servicios y Proyectos Sociedad de Responsabilidad Limitada - ASERPO S.R.L., hecho que se ha omitido involuntariamente por el A quo al momento de resolverse la solicitud de terminación anticipada en orden al pago de la reparación civil, por lo que debe integrarse la sentencia de primera instancia en el sentido de tener responsabilidad civil por las consecuencias jurídicas del delito. Siendo así, el pago de la reparación civil debe ser solidaria entre el sentenciado y la persona jurídica como tercero civilmente responsable.

Estos son los fundamentos probatorios, en orden al juicio de culpabilidad, que constituyen la base del motivo de casación.

III. Del análisis de la reparación civil y sus alcances.

CUARTO: La situación de hecho, objeto de subsunción jurídica, está claramente definida; y, por lo demás, no corresponde a este Tribunal de casación examinarla o, en su caso, variarla, por expreso mandato del artículo cuatrocientos treinta y dos apartado dos del nuevo Código Procesal Penal. Es de puntualizar, al respecto, que el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrado en la *questio juris*.

QUINTO: Para el análisis del recurso de casación se tiene:

A. Rige lo estipulado en el artículo cuatrocientos sesenta y ocho inciso siete del nuevo Código Procesal Penal que prescribe: *"la sentencia aprobatoria del acuerdo puede ser apelada por los demás sujetos procesales. Los demás sujetos procesales, según su ámbito de intervención procesal, pueden cuestionar la legalidad del acuerdo y, en su caso, el monto de la reparación civil. En este último caso, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión del actor civil"*.

B. Es legítimo, por tanto, que la agraviada apelara la sentencia anticipada en el extremo que fijó la suma de cien mil nuevos soles por concepto de reparación civil -monto que solidariamente tendría que pagar con el tercero civilmente responsable-, porque en su escrito de apelación fijó como pretensión civil la suma de doscientos cincuenta mil nuevos soles.

C. El Tribunal de Apelación si bien tiene la potestad de aumentar o disminuir el monto fijado por concepto de la reparación civil, en el presente caso se excedió al incrementarla en la suma de cien mil nuevos soles, pues para ello se basó en argumentos que no lo justifican: **i)** el dolor e impacto emocional que ocasionó la muerte del agraviado a los nietos del occiso, y **ii)** los daños materiales ocasionados al vehículo del agraviado al quedar totalmente inoperativo y porque era la herramienta de trabajo con la que mantenía a su familia.

D. En lo que respecta al impacto emocional sufrido por los nietos del agraviado, es de precisar que su reconocimiento se basó en los informes psicológicos realizados a Adriana Patricia Montenegro Torres -véase fojas cuarenta y cuatro- y a José Miguel Pajares Torres -véase fojas cuarenta y siete-, ambos nietos del agraviado. Empero, no se advirtió que del examen psicológico realizado a ambos se demostró que no existía una relación de dependencia ni estrecha cercanía entre abuelo y nietos, más aún si sus padres se encuentran con vida y están a su cargo. Asimismo, respecto al supuesto daño económico y moral producido a la menor de edad Lud Sol Cárdenas -de la que se habría hecho cargo en vida el agraviado Fernando Alcibíades Torres Rodríguez- se debe precisar que ésta no mantiene vínculo de familiaridad ni dependencia jurídica con el agraviado porque no es un familiar directo y, por ende, no existe obligación legal alguna que lo vincule con el agraviado, máxime si no consta prueba específica que acredite ser hija alimentista del agraviado Fernando Alcibíades Torres Rodríguez.

En tal virtud, este extremo carece de suficiente asidero para sustentar un aumento en el monto de la reparación civil.

E. Si el bien jurídico tutelado por el delito de homicidio culposo es la vida humana, no es correcto que la Sala Superior adicionalmente ordene el pago de los costos que importe la refacción o restitución del valor del vehículo del agraviado -los mismos que deberán ser pagados en forma solidaria con el tercero civilmente responsable-, puesto que el bien jurídico que aquí se protege y el objeto de la reparación civil está circunscrito a la vida humana y a todo aquello directa o indirectamente referido al resarcimiento de los daños tendientes a la satisfacción de ese atentado al aludido bien jurídico. Por consiguiente, el pago de los costos de restitución del vehículo no es congruente con el daño generado por el delito de homicidio culposo a los agraviados, en tanto parientes del occiso, sin perjuicio que debe dejarse a salvo el derecho de aquellos para acudir en este ámbito específico a la vía civil.

En suma, no existen elementos de juicio consolidados que sustenten válidamente el incremento de la reparación civil.

Este argumento también se rechaza.

SEXTO: En lo atinente al Tercero Civilmente Responsable es correcta la actuación del Superior Colegiado, pues al advertir la existencia de un tercero civil responsable, de acuerdo a la concordancia de lo dispuesto en los artículos noventa y tres y noventa y cinco del Código Penal -norma última que señala que la reparación será solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente responsables- incorporó a la Empresa Agregados Servicios y Proyectos Sociedad de Responsabilidad Limitada - ASERPO S.R.L. para que conjuntamente con el procesado Tello Pretell cumpla con el pago de la pretensión económica fijada por concepto de reparación civil, no sólo porque por error involuntario el Juez de la Investigación Preparatoria omitió pronunciarse al respecto, sino también porque constituyó uno de los argumentos invocados por la agraviada en su escrito de fojas setenta y ocho: *"el imputado no solo era socio y gerente de la citada empresa, sino también poseía gran parte de dichas acciones"*. No existió indefensión material al incorporarlo como tal, y la necesidad de su concurrencia como obligado civil surge del artículo noventa y cinco del Código Penal, por tanto, teniendo en cuenta los lineamientos de la norma sustantiva antes acotada -artículo noventa y tres del referido cuerpo legal- y de acuerdo a los fundamentos jurídicos precedentes, debe disminuirse prudencialmente.

IV. De las costas

SÉPTIMO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. El recurrente no sólo ha sido declarado culpable sino que también el presente recurso de casación ha sido desestimado en uno de sus extremos impugnados -artículos quinientos

apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal-. Empero, al haber existido razones serias y fundadas para promover en uno de sus extremos el recurso de casación cabe eximirlo del pago de las costas -artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres del nuevo Código Procesal Penal-.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación por el motivo desarrollo de la doctrina jurisprudencial y errónea interpretación de la ley material interpuesto por el acusado GERARDO FEDERICO TELLO PRETELL contra la sentencia de vista de fojas ciento catorce, del once de septiembre de dos mil ocho, que revocando la sentencia anticipada de primera instancia de fojas setenta y uno, del once de junio de dos mil ocho, en el extremo del monto de la reparación civil, fijó en cien mil nuevos soles más los costos que importe la refacción o restitución del valor del vehículo, que solidariamente deberá pagar con el tercero civilmente responsable; reformándola: **FIJARON** en sesenta mil nuevos soles que solidariamente deberá pagar con el tercero civilmente responsable; e **INFUNDADO** el pago de los costos que importe la refacción o restitución del bien del valor del vehículo de placa de rodaje BI guión tres mil quinientos cincuenta y tres; **DEJARON** a salvo su derecho a recurrir a la vía civil; en el proceso seguido en su contra como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio culposo en agravio de Fernando Alcibíades Torres Rodríguez.

II. EXONERARON en el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación al recurrente Gerardo Federico Tello Pretell.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

IMPUGNACIÓN: INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA

09

LA AUDIENCIA DE APELACIÓN DE SENTENCIA PUEDE REALIZARSE CON LA SOLA PRESENCIA DEL ABOGADO DEFENSOR DEL IMPUTADO, CUANDO ESTE HA SIDO CONDENADO A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA Y SE HA ORDENADO SU CAPTURA, POR SER COMPRENSIVO EL AFÁN NATURAL DE LAS PERSONAS DE EVITAR TODA LIMITACIÓN O PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, MAS ALLÁ DE LA LEGITIMIDAD DEL MANDATO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE

Fundamento del recurso de apelación

"Que la defensa del imputado Segura Rojas en su escrito de fojas veintiocho solicita que se interprete constitucionalmente el artículo cuatrocientos veintitrés, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal, que dispone la concurrencia del imputado recurrente a la audiencia de apelación de sentencia, bajo apercibimiento de la declaración de inadmisibilidad del recurso que interpuso, para lo cual debe tenerse presente la garantía específica del doble grado de jurisdicción -que integra la garantía genérica del debido proceso y la garantía genérica de defensa procesal-".

Fundamento de la Sala Penal Permanente

"(...)el artículo cuatrocientos veintitrés, apartado tres, del nuevo Código Procesal (...) establece la necesidad de la presencia personal del imputado recurrente a la audiencia de apelación de sentencia, exigencia que se sustenta en que todo imputado está sujeto al proceso y, por tanto, ligado a los mandatos judiciales de comparecencia –el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso-. En el caso en cuestión, la norma citada busca consolidar la vigencia de principios procesales y procedimentales de primer orden: contradicción efectiva –que integra la garantía de defensa proceso-, inmediación y oralidad –que integran la garantía del debido proceso-".

"En consecuencia, en este caso concreto, como está en riesgo la libertad personal del imputado –y sólo porque lo está de modo irremediable- sería desproporcionado atar a su inconcurrencia la inadmisibilidad del recurso que interpuso. Por ello cabe concluir que el motivo de su probable inasistencia está justificado. La audiencia de apelación, por tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, a quien debe reconocerse, analógicamente, la representación del imputado y, por tanto, los derechos de intervención en todas las diligencias y de ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal)".

Base Legal: NCPP: Arts. 422.2.5, 423.2.3.4; R.A. Nº 729-2006-MP-FN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN Nº 02-2009
LA LIBERTAD

Lima, veintiséis de junio de dos mil diez .-

AUTOS Y VISTOS; habiendo vencido el plazo para presentar pruebas en sede de apelación suprema; estando a los escritos de fojas diecisiete y veintiocho, del cinco de febrero de dos mil diez y tres de mayo de dos mil diez, respectivamente, presentados por la defensa del encausado EDUARDO GUSTAVO SEGURA ROJAS que ofrece prueba nueva y solicita la interpretación de los alcances del artículo 423.2 del nuevo Código Procesal Penal.
Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la solicitud de prueba del encausado de fojas diecisiete del cuaderno de casación ha sido presentada dentro del plazo estipulado por el apartado dos del artículo cuatrocientos veintiuno del Nuevo Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que el recurrente Segura Rojas sostiene que el DVD que adjunta contiene un informe periodístico propalado a nivel nacional por el canal de televisión Frecuencia Latina, con el que pretende demostrar que se rompió la cadena de custodia del audio de conversación y del video de su detención – producida cuando ejercía la función de Fiscal Adjunto Provincial de Pacasmayo-, y, por tanto, se infringió las reglas para la conservación y aseguramiento de evidencias contenidas en el Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados, aprobado por Resolución número 729-2006-MP-FN, del quince de junio de dos mil seis, pues fragmentos del mismo forman parte del citado informe periodístico. Alega que el audio y el video cuestionados fueron actuados en el juicio oral y valorados como prueba

válida en la sentencia, pese a su manipulación y edición por personal policial, que incluso entregó copias a la prensa antes de la audiencia de prisión preventiva sin conocimiento del Ministerio Público. El DVD demostraría, según él, que el casete nunca fue lacrado, asegurado y menos iniciado el procedimiento de cadena de custodia por el Fiscal Superior que dirigía el operativo, sino que fue entregado con total informalidad a la Policía; además, el formato de cadena de custodia no esta firmado por el Fiscal Superior encargado, no obstante haber escuchado el audio.

TERCERO: Que, ahora bien, el nuevo Código Procesal Penal ha instituido -conforme a su fuente hispana- un carácter excepcional y limitado a las pruebas que pretendan practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación contra sentencias definitivas –atento a su naturaleza de apelación no plena o restringida que lo informa-, más allá de reconocer la exigencia común de que los medios de prueba ofrecidos, sin perjuicio de la corrección formal de su proposición y de la legitimidad constitucional de los mismos, cumplan dos requisitos fundamentales de carácter general: **(i)** pertinencia –relación que debe existir entre el hecho que pretende probarse y las afirmaciones que hicieron las partes- y **(ii)** utilidad –que atiende positivamente al medio en sí mismo considerado y negativamente a su condición de superfluo-.

Son tres los supuestos que autorizan la actuación de prueba en segunda instancia: prueba de imposible proposición en primera instancia, prueba indebidamente denegada por el órgano *a quo* y prueba admitida pero no practicada por causas no imputables al solicitante (artículo 422º.2 del nuevo Código Procesal Penal), sin perjuicio de la regla ciertamente excepcionalísima del artículo 422º.5 del citado Código. Esta última posibilidad sólo es admisible cuando las declaraciones de los testigos, incluidos los agraviados, adolezcan de sensibles defectos legales o déficits de información que impiden el necesario esclarecimiento de los hechos objeto del debate. Es de tener en claro que el principio rector de la apelación penal contra sentencias definitivas es sólo permitir la actuación de nuevas pruebas desde una perspectiva de complementación del material probatorio en orden a la corrección de irregularidades probatorias de la primera instancia y a superar, limitadamente, las preclusiones allí producidas.

CUARTO: Que el encausado recurrente afirma que la prueba que ofrece no pudo presentarla al inicio del juicio oral porque recién la conoció en pleno desarrollo del plenario. Sin embargo, es de tener en cuenta que en este supuesto el proponente ha de demostrar que la falta de proposición oportuna se debió a circunstancias ajenas a su voluntad. En el presente caso es evidente que este supuesto excepcional no se presenta. Esta prueba pudo y debió ser propuesta en primera instancia, desde que se trata de un documento que aparecía colgado en el portal electrónico de Frecuencia Latina –de acceso público- desde antes del inicio del juicio y además había sido propalado debidamente. No es lógicamente creíble el alegado desconocimiento. Por tanto, debe inadmitirse la prueba ofrecida.

QUINTO: Que la defensa del imputado Segura Rojas en su escrito de fojas veintiocho solicita que se interprete constitucionalmente el artículo cuatrocientos veintitrés, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal, que dispone la concurrencia del imputado recurrente a la audiencia de apelación de sentencia, bajo apercibimiento de la declaración de inadmisibilidad del recurso que interpuso, para lo cual debe tenerse presente la garantía específica del doble grado de jurisdicción -que integra la garantía genérica del debido proceso- y la garantía genérica de defensa procesal-.

SEXTO: Que el artículo cuatrocientos veintitrés, apartado tres, del nuevo Código Procesal, al desarrollar una institución de configuración legal, como es el recurso de apelación -cuyo reconocimiento y alcance legislativo de cara a la garantía de la instancia plural no está puesta en duda-, establece la necesidad de la presencia personal del imputado recurrente a la audiencia de apelación de sentencia, exigencia que se sustenta en que todo imputado está sujeto al proceso y, por tanto, ligado a los mandatos judiciales de comparecencia - el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso-. En el caso en cuestión, la norma citada busca consolidar la vigencia de principios procesales y procedimentales de primer orden: contradicción efectiva -que integra la garantía de defensa procesal-, inmediación y oralidad -que integran la garantía del debido proceso-.

En la presente causa se presenta un hecho singular. El imputado asistió al juicio de primera instancia pero omitió concurrir, por razones obvias, a la sesión fijada para la lectura de la sentencia. Ésta le impuso una pena efectiva de privación de libertad de ocho años.

SÉPTIMO: Que desde el resultado de la interpretación de la ley es evidente que no puede aceptarse una opción jurisprudencial que colide con los preceptos constitucionales, más aún si implican derechos fundamentales cuya efectividad práctica debe garantizarse y sin que las sanciones derivadas del incumplimiento de normas procesales sean de tal entidad que originen resultados claramente desproporcionados.

La norma objeto de interpretación es clara. Dispone la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencia -y sólo de sentencias- cuando el recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia de apelación. La declaratoria de inadmisibilidad, en tanto sanción procesal, está ligada pues a la noción de "inasistencia injustificada".

Ésta puede presentarse por diversas situaciones y motivos, que sería de rigor identificar caso por caso en función a la multiplicidad de posibilidades que pueden presentarse.

OCTAVO: Que en el caso concreto el imputado ha sido condenado a una pena privativa de libertad efectiva y se ha ordenado su captura, medida que rige –pese al recurso de apelación- por mandato del apartado dos del cuatrocientos dieciocho del nuevo Código Procesal Penal.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico garantiza plenamente el ejercicio de la libertad personal y es comprensivo del afán natural de las personas de evitar toda limitación o privación de la libertad, más allá de la legitimidad del mandato de la autoridad competente. Por ende, no considera apropiado imponer sanción alguna por su razonable ejercicio, salvo que en su comisión se vulneren otros bienes jurídicos protegidos -integridad corporal, patrimonio, objetividad y corrección del ejercicio de la función pública, etcétera-.

Este Supremo Tribunal entiende el motivo del imputado por no asistir a la audiencia de apelación: si se presenta sería detenido e ingresado a un Establecimiento Penal.

Así las cosas, no es proporcional exigir su presencia bajo apercibimiento de desestimar liminarmente su impugnación. Si se reconoce, como se hace, el derecho de las personas a la libertad ambulatoria, y si en el caso concreto su presencia implicaría su detención inmediata, no es posible anudar a su inconcurrencia la desestimación del recurso, con lo que se limitaría desproporcionadamente –desde el sub principio de proporcionalidad estricta- el derecho al recurso -se clausuraría la posibilidad de someter al conocimiento de un Tribunal Superior una resolución que le causa agravio- y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva- no se tendría acceso a la segunda instancia, legalmente prevista, pese a que la audiencia de apelación, en este caso, en atención a los motivos del recurso y al ámbito de sus objeciones, no requiere de modo necesario la presencia del imputado-.

En consecuencia, en este caso concreto, como está en riesgo la libertad personal del imputado -y sólo porque lo está de modo irremediable- sería desproporcionado atar a su inconcurrencia la inadmisibilidad del recurso que interpuso. Por ello cabe concluir que el motivo de su probable inasistencia está justificado. La audiencia de apelación, por tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, a quien debe reconocerse, analógicamente, la representación del imputado y, por tanto, los derechos de intervención en todas las diligencias y de ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal).

DECISIÓN

Por estos fundamentos, y de conformidad con el apartado uno del artículo cuatrocientos veintitrés del Nuevo Código Procesal Penal:

I. Declararon **IMPROCEDENTE** la prueba videográfica ofrecida por la defensa del encausado Eduardo Gustavo Segura Rojas mediante su escrito de fojas diecisiete, del cinco de febrero de dos mil diez, por la defensa de Eduardo Gustavo Segura Rojas.

II. CONVOCARON a las partes, con las prevenciones de los apartados dos, tres y cuatro del referido artículo cuatrocientos veintitrés del nuevo Código Procesal Penal, y lo anotado en los fundamentos jurídicos séptimo y octavo de esta Ejecutoria para la audiencia de apelación, que se realizará el día veinte de julio de dos mil diez a las ocho y treinta de la mañana.

III. MANDARON se notifique a las partes. Hágase saber.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTA MARÍA MORILLO

JUICIO ORAL: DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN GRADO DE TENTATIVA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO

10

- **CUANDO EL ILÍCITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD NO LLEGA A CONSUMARSE, EL JUEZ AL MOMENTO DE DETERMINAR LA PENA, NECESARIAMENTE DEBERÁ DISMINUIRLA PRUDENCIALMENTE**
- **SOBRE LA RELACIÓN DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA, CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES DE MÉRITO – PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA – LA VALORACIÓN DE LA MISMA, RESERVÁNDOSE EN VÍA CASATORIA LA REVISIÓN DE LA EXISTENCIA O NO DE UN VACÍO PROBATORIO**
- **EL DEBIDO PROCESO ES UNA GARANTÍA GENERAL QUE DOTA DE RANGO CONSTITUCIONAL A TODAS AQUELLAS GARANTÍAS ESPECÍFICAS NO RECONOCIDAS EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN, POR LO QUE NO RESULTA CORRECTO ALEGAR LA VULNERACIÓN DE DICHA GARANTÍA CUANDO EXISTEN GARANTÍAS ESPECIFICAS YA RECONOCIDAS CONSTITUCIONALMENTE**
- **EL DERECHO DE DEFENSA SE EFECTIVIZA A TRAVÉS DE UN PROCESO DIALÉCTICO, POR EL CUAL LA SOSPECHA ES SOMETIDA A DEBATE INCULPATORIO Y EXCULPATORIO, ASÍ COMO LOS ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS PONDERADOS ENTRE SÍ**

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad y acceso carnal por vía bucal; e inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal: presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) Leída la sentencia de vista, el acusado (...) interpuso recurso de casación (...). Introdujo tres motivos de casación: a) Inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa; b) inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo; y, c) indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario número dos del año dos mil cinco".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad, confirmó en parte la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a (...) como autor del delito contra la libertad sexual (...) a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados. Por otro lado, revocó el fallo de instancia y en su reemplazo sancionó al condenado al pago de las costas del proceso".

"El voto singular estimó que la sentencia apelada no había justificado convenientemente una aplicación de treinta años de pena privativa de libertad, puesto que el acusado no reconoció su delito ni coadyuvó al esclarecimiento de las circunstancias del hecho. Empero, al ser impugnada únicamente por su parte, no quedaba mayor opción que confirmar la pena".

Fundamento de la casación
"Del primer motivo casacional. Presunción de Inocencia (...). Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aportan cumplen el requisito de suficiencia probatoria".

"Del segundo motivo casacional. Debido proceso (...). Es de acotar que dicha alegación cuestiona el carácter incriminatorio de los referidos elementos de prueba y su vinculación con los mismos, aspectos que, como se indicó (...), están directamente relacionados con la suficiencia de la actividad probatoria y por ende a la garantía de presunción de inocencia, no a la garantía del debido proceso".

"Del tercer motivo casacional. Derecho de defensa (...). Los argumentos de defensa del imputado fueron adecuadamente debatidos y analizados. El Tribunal de apelación desarrolló una argumentación racional ajustada al tema en debate y además ha dado cumplida respuesta a cada uno de los agravios manifestados por éste al formular su recurso de apelación".

"(...) En virtud de la referida norma procesal, esta Suprema Sala consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial (...). En lo referente a la tentativa, la norma es clara en señalar que se presenta cuando "el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena" –artículo dieciséis del Código Penal-. De modo que cuando la realización de un ilícito queda en grado de tentativa la atenuación de la pena resulta obligatoria para el juzgador. En virtud del principio de lesividad, previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Sustantivo, según el cual la imposición de pena sólo acontece ante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, cuando la tentativa es inidónea (...) no es punible".

Base Legal: Const.: Arts. 2.24.e, 139.11.14; NCPP: Arts. IX, 426.4, 427.3, 429.3.5, 468.3, 471, 497.3, 500.1, 504.2; CP: Arts. 93, 95

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 14-2009 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de febrero de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el **recurso de casación** por inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado SANTOS ELMER VÁSQUEZ VALQUI contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados.
Interviene como ponente el señor Calderón Castillo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Santos Elmer Vásquez Valqui fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Así consta de la disposición de fojas setenta y siete, del seis de septiembre de dos mil siete, que formalizó la investigación preparatoria en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V.

Seguida la causa conforme a su naturaleza ordinaria, la señora Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas uno, del siete de mayo de dos mil ocho, integrado a fojas cincuenta y cuatro y aclarado a fojas setenta y ocho -del cuaderno de debate-, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

El Juez de la Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento de fojas setenta y nueve, del once de julio de dos mil ocho. El auto de citación a juicio de fojas ciento veintiocho, del veintidós de septiembre de dos mil ocho, fue emitido por el Juzgado Penal.

SEGUNDO: Seguido el juicio de primera instancia -véase acta de fojas ciento sesenta y cuatro-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, que condenó a Santos Elmer Vásquez Valqui como autor del delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados; además de haber dispuesto el tratamiento terapéutico a favor del condenado.

Contra la referida sentencia el citado imputado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas doscientos cincuenta y tres. Este recurso fue concedido por auto de fojas doscientos cincuenta y ocho, del seis de noviembre de dos mil ocho.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

TERCERO: El Tribunal Superior de La Libertad, culminada la fase de traslado de la impugnación y ofrecida prueba testimonial por el recurrente, declaró inadmisible dicha prueba por auto de fojas doscientos ochenta y cuatro, del trece de enero de dos mil ocho. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas trescientos once, del dieciocho de febrero de dos mil nueve, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve.

CUARTO: La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad, confirmó en parte la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a Santos Elmer Vásquez Valqui como autor del delito contra la Libertad sexual - violación sexual de menor de edad en agravio de P.J.Z.A. y por delito contra la Libertad sexual - violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados. Por otro lado, revocó el fallo de instancia y en su reemplazo sancionó al condenado al pago de las costas del proceso.

El voto singular estimó que la sentencia apelada no había justificado convenientemente una aplicación de treinta años de pena privativa de libertad, puesto que el acusado no reconoció su delito ni coadyuvó al esclarecimiento de las circunstancias del hecho. Empero, al ser impugnada únicamente por su parte, no quedaba mayor opción que confirmar la pena.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Vásquez Valqui.

QUINTO: Leída la sentencia de vista, el acusado Vásquez Valqui interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas trescientos cuarenta y uno. Introdujo tres motivos de casación: **a)** inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa; **b)** inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimoniales de descargo; y, **c)** indebida aplicación, errónea interpretación de la ley penal respecto al Acuerdo Plenario número dos del año dos mil cinco.

Concedido el recurso por auto de fojas trescientos cuarenta y siete, del veinticuatro de marzo de dos mil nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha dos de abril de dos mil nueve.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas -la defensa del imputado mediante escrito de fojas veintitrés del cuaderno de casación, amplió los fundamentos del recurso de casación que planteó-, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas treinta y nueve, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso y del derecho de defensa. Asimismo, en aplicación del inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: **I.** la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y **II.** el acceso carnal por vía bucal.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor del acusado Vásquez Valqui, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el cinco de febrero, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día diez de marzo a horas ocho de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta y nueve, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, los motivos del recurso de casación se centran en la vulneración de tres preceptos constitucionales: presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa -artículos dos numeral veinticuatro literal *e*) y ciento treinta y nueve apartado once y catorce de la Constitución-. Adicionalmente, la Suprema Sala, en aplicación del apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: **I.** la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y **II.** el acceso carnal por vía bucal.

SEGUNDO: El **primer agravio:** vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, consiste en que -según el recurrente- la sentencia de vista se basó únicamente en apreciaciones subjetivas al momento de valorar la prueba, como es el caso de la estimulación que requiere para lograr la erección, ya que el Colegiado interpretó *contrario sensu* la prueba médica que aportó su defensa. Estima el recurrente que no se ha tomado

en cuenta la falta de coherencia y verosimilitud en las declaraciones vertidas por los menores agraviados, ya que de las pericias psicológicas y psiquiátricas se verifica la existencia de una serie de contradicciones en que incurrieron dichos menores, las mismas que hicieron constar en su recurso de apelación; que no se tomó en cuenta la evaluación realizada por los Peritos Psiquiatras Sami Acuña Buleje y Moisés Ponce Malaver en la que señalaron que el relato de los hechos motivo de evaluación del menor R.A.S.V. no es consistente; que la Sala Penal concluyó por la inconsistencia de la declaración testimonial prestada por Ana María Álvarez Culqui, empero, no precisó en que circunstancias la citada testigo observó el patio del centro educativo, a efectos de poder determinar la presencia de alumnos y profesores, que se puso en tela de juicio sus limitaciones físicas pese a existir pronunciamientos expedidos por diferentes profesionales médicos que lo auscultaron y no se tomó en cuenta lo vertido por el médico Díaz Calvo en el sentido de que la operación a la columna vertebral a la que fue sometido podría dejar como secuelas *"afectación en función motora"*, es decir, *"movimientos en las piernas, la sensibilidad, las funciones sexuales y el control de los esfínteres"*, secuelas que se le han presentado durante los once años trascurridos y su recuperación debe realizarse a través de un proceso de rehabilitación, y si bien, durante la audiencia de segunda instancia se trasladó de un lugar a otro sin ningún problema fue porque no tenía que realizar esfuerzo físico alguno y trasvasó el cable de micrófono por la escasa altura en que se encontraba ubicado y ello no puede ser sustento de una condena.

El **segundo agravio** referido a la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso estriba en la afirmación del impugnante en el sentido que la sentencia de vista habría incurrido en incongruencia fáctica al señalar que los menores agraviados presentan stress o trauma sexual, lo que no se condice con los protocolos de pericia psicológica.

El **tercer agravio** está referido a una supuesta vulneración de su derecho de defensa, por entender el recurrente que se dejó de lado las testimoniales de descargo por el solo hecho de que los testigos eran trabajadores del centro educativo donde labora, causándole indefensión.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. Que lo mencionado por el procesado -refiriéndose a lo alegado por éste - es desvirtuado con la declaración médica antes citada (médico Díaz Calvo) quien ha sostenido no haber auscultado temas de funcionamiento uretral o de disfunción sexual del acusado. Además, el propio acusado reconoció sostener relaciones sexuales con su esposa y que la posición decúbito dorsal la adopta por recomendación médica, que su erección es normal y que no sufre de eyaculación precoz. Tampoco se ha descartado que pueda tener relaciones sexuales de pie y en las circunstancias en que acometía a los agraviados, exigencia física para la que no está discapacitado; máxime cuando incluso alegara que dentro de sus obligaciones docentes estaba la de educación física. Asimismo, el propio encausado ha reconocido no tener necesidad de masturbarse y que sostiene relaciones sexuales normales con su esposa, con erección normal.

B. Que las sindicaciones de los menores agraviados tienen el carácter de uniformes y corroborantes. No se contradicen en la dirección de su sindicación. En realidad la versión de los menores corrobora la una a la otra y tienen la característica que es reiterativa y persistente a lo largo de todo el proceso, habiendo llegado a identificar hasta quince oportunidades en que los menores han narrado básicamente lo mismo, entre ellas la más importante, la versión directa realizada ante los jueces del juicio oral. Los menores en todas esas oportunidades y con sus palabras, propias de un menor de cinco años de edad han narrado exactamente lo mismo y han sindicado como autor de tales hechos al mismo personaje.

C. Que, las evaluaciones psiquiátricas de fojas doscientos noventa y ocho y trescientos ocho que concluyen por cierta inconsistencia en los relatos de los menores no son contundentes respecto a todo el relato, sino a determinadas y escasas circunstancias. Tales dictámenes no dicen que los menores mienten y dada la escasa edad de los agraviados es normal y hasta lógica, pues no se puede esperar que menores de cinco años repitan con las mismas palabras todo el evento sucedido. Por el contrario, del audio del juicio oral y el interrogatorio indirecto hecho al menor de iniciales P.J.Z.A. por parte de la directora de debates del Colegiado se advierte claramente que el menor va narrando el evento sin una secuencia cronológica y con distintas palabras pero finalmente concluye un relato que armado cual rompecabezas dice o cuenta exactamente lo mismo.

D. Que acerca de la afirmación de la defensa de no haber subido al segundo piso el día de los hechos, se han realizado una serie de actuaciones procesales. Incluso en el acto del juicio se ha realizado visita o inspección

en el lugar de los hechos, habiéndose registrado en video dicha diligencia, teniendo hasta dos oportunidades para ver el escenario de los hechos dado el video proporcionado por la parte apelante y si bien la testigo de descargo Ana María Álvarez Culqui niega haber visto a alguien subir al segundo piso del inmueble el día de los hechos, sin embargo, de los videos aludidos se puede colegir perfectamente que el lugar o inmueble del centro educativo es sumamente estrecho donde al momento de recreo o salida de las aulas de los menores existe gran congestión de niños correteando por los pasadizos y pequeño patio con piso de tierra, sumado a la presencia de las personas mayores que fungían de docentes y/o auxiliares de aula, por lo que es difícil afirmar que alguien pueda estar atenta a que nadie transite por el pasadizo de la escalera o la escalera misma y que tal hecho pueda ser apreciada por el rabillo del ojo de quien está sentada en la posición de la referida testigo, conforme al video y fotos de la propia parte.

E. Que en los videos incorporados no se ha podido obviar que la tranca, que significa un obstáculo de madera en la base de la escalera, es perfectamente traspuesto tanto por menores de la edad de los agraviados como por el acusado, quien supuestamente tiene una limitación física. Además destaca que el lugar donde habrían ocurrido exactamente los hechos, que sería al pie de la escalera a la azotea o siguiente piso, queda al interior de la habitación de Ana María Álvarez Culqui y empieza desde casi el nivel del suelo, para terminar a dos metros setenta y siete centímetros, donde perfectamente cabe el acusado y los menores, el mismo que no es tan visible desde la ventana que da al pasadizo externo. Lo expuesto acredita que el lugar del evento si permitía el acceso de los menores y el acusado, que éste cabe perfectamente en el espacio bajo la escalera dentro de dicha habitación y que no había agua en dicho segundo piso lo que justifica la versión de la tina azul narrada por los menores donde habrían sido aseados.

F. Que, en lo atinente al argumento defensivo del imputado en el sentido que se encuentra imposibilitado de mantener determinadas posturas, especialmente en cuclillas, como debería haber estado para lograr la penetración anal, pues manifiesta haber sido sometido a una operación de columna, es de destacar la declaración plenarial del médico Díaz Calvo, quien narró concluyentemente que el acusado fuera operado hace once años de las cinco vértebras lumbares y que fue una operación exitosa y que la única limitación que señalara es una dorsificación del pie izquierdo que en la práctica importa la dificultad (no imposibilidad) de impulsarse hacia delante con los dedos del pie izquierdo. Además, en las diligencias en el lugar de los hechos se aprecia que el acusado se moviliza perfectamente por las escaleras de acceso al segundo piso y traspasa la tranca de madera sin mayor dificultad ligeramente de costado, como lo haría cualquier persona con una valla de setenta y ocho centímetros de alto. El imputado ha reconocido en el propio juicio de apelación que subía agua en la tina azul al segundo piso, para cuestiones de aseo personal y de su esposa, lo que importa peso, fuerza y una posición hacia adelante sostenida durante toda la subida a gradas bastante empinadas como se verificara en el video de la inspección, y por si fuera poco, en la propia audiencia de apelación, atravesaba hasta en dos oportunidades la Sala (de ida y de regreso) frente a los magistrados, para ubicarse en el lugar de su examen, trasvasando el cable del micrófono del sistema de audio, ubicado a considerable altura, sin ningún problema y sin apoyarse en mueble o persona alguna. En tal virtud, no es verdad que no haya podido sostener por breve lapso de tiempo una posición que le permita acceder a rozamientos o intentos de penetración anal en los menores.

G. Que lo narrado por los menores ha sido corroborado no sólo por las circunstancias de tiempo, lugar, espacio, bienes y personas, sino por las circunstancias ansioso depresivas producto de stress o trauma sexual que presentan, quienes han quedado con secuelas psicológicas y psiquiátricas que les tomará tiempo y dinero superar y que son una prueba más de que los hechos efectivamente ocurrieron.

H. Que, respecto a las testimoniales de descargo, como lo destacara el Ministerio Público, las mismas no llegan a enervar la consistencia, persistencia y coherencia de la imputación, corroborada por los otros indicios señalados, como circunstancias de lugar, tiempo y ubicación o presencia de las partes en el hecho denunciado. Es más, varias de las declaraciones no sólo se desvanecen en cuanto a su verosimilitud por las relaciones -de los referidos deponentes- con el acusado por ser su alumno, empleadas del centro educativo informal y familiares o esposa del medio hermano de su cónyuge, sino que por sí mismo, las testimoniales carece de consistencia.

Estos son los fundamentos probatorios, en orden al juicio de culpabilidad, que constituyen la base de los tres motivos de casación constitucional.

III. Del primer motivo casacional. Presunción de Inocencia.

CUARTO: El recurrente denuncia que la sentencia de vista se basó únicamente en apreciaciones subjetivas al momento de valorar la prueba. Afirma que el Colegiado interpretó contrario sensu la prueba médica que

aportó su defensa; que no se ha tomado en cuenta la falta de coherencia y verosimilitud en las declaraciones vertidas por los menores agraviados; que la evaluación psiquiátrica realizada por los Peritos Psiquiatras Sami Acuña Buleje y Moisés Ponce Malaver, en la que señalaron que el relato de los hechos motivo de la evaluación del menor R.A.S.V., no es consistente; que la Sala Penal concluyó por la inconsistencia de la declaración testimonial prestada por Ana María Álvarez Culqui, empero no precisó si la observación efectuada por la citada testigo se realizó durante el recreo o a la hora de salida de los alumnos a efectos de poder determinar la presencia de alumnos y profesores en dicho patio; que se puso en tela de juicio sus limitaciones físicas pese a existir pronunciamientos expedidos por diferentes profesionales médicos que lo auscultaron, específicamente lo vertido por el médico Díaz Calvo en el sentido que la operación a la columna vertebral a la que fue sometido podría dejar como secuelas "*afectación en la función motora*", es decir, "*movimientos en las piernas, la sensibilidad, las funciones sexuales y el control de los esfínteres*", secuelas que se le han presentado durante los once años trascurridos y su recuperación debe realizarse a través de un proceso de rehabilitación.

QUINTO: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea *suficiente* -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, *primero*, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, *segundo*, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito -de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio.

En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra, y como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad a los Tribunales de primera instancia y de apelación.

SEXTO: De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de las sindicaciones uniformes y persistentes de los menores agraviados; que si bien las evaluaciones psiquiátricas señalan cierta inconsistencia en los relatos de dichos menores, están referidas a determinadas circunstancias absolutamente comprensibles dada la escasa edad de las víctimas; que las pericias psicológicas, debidamente explicadas por la Perito Psicóloga Giuliana Elaine Gutiérrez Meléndez en el acto oral -que dan cuenta de la reacción ansiosa de tipo situacional por parte de integrante de grupo de apoyo secundario (profesor) que presentan ambos menores- refuerzan los cargos; que si bien la testigo de descargo Ana María Álvarez Culqui negó haber visto a alguien subir al segundo piso del inmueble el día de los hechos, tal aseveración quedó desvirtuada con la visualización de los videos filmados con ocasión de la inspección en el lugar de los hechos y el proporcionado por la defensa del acusado; que, finalmente, está descartado que el acusado padeciera de limitaciones físicas que le impidieran cometer los ilícitos que se le atribuyen -no solamente por lo explicado por el médico Díaz Calvo sino también por lo observado en los videos incorporados en la que se aprecia al acusado movilizándose perfectamente por las escaleras del segundo piso, traspasa una tranca de madera de setenta y ocho centímetros de alto, por lo declarado por el mismo acusado en el sentido que subía agua en una tina azul al segundo piso y por lo observado por los magistrados que intervinieron en la audiencia de apelación-.

Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aportan cumplen el requisito de suficiencia probatoria.

El motivo no puede prosperar.

IV. Del segundo motivo casacional. Debido proceso.

SÉPTIMO: Esta garantía se encuentra reconocida, conjuntamente con la de tutela jurisdiccional, en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, y por ser una garantía general dota de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas no reconocidas expresamente en la Carta Política, pero que están destinadas a asegurar que el proceso penal se configure como un proceso justo. Por ello se dice que se trata de una cláusula de carácter residual o subsidiario, en cuya virtud comprende fundamentalmente las garantías de justicia específicas previstas en la legislación ordinaria y en los Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos.

No resulta por tanto correcto, incluir en el derecho al debido proceso a las cláusulas de garantías específicas ya contenidas en la Constitución.

En consecuencia, la garantía del debido proceso asegura que un fallo sea justo, acorde tanto a los hechos como al derecho, lo que justifica que una causa sea revisada por una instancia superior.

OCTAVO: De la lectura de lo argüido en este extremo por el encausado en el sentido de que se habría vulnerado la garantía del debido proceso en razón a que la sentencia de vista incurrió en incongruencia fáctica al indicar que los menores agraviados presentan stress o trauma sexual, diagnóstico que -según el recurrente- no se evidenciaría en los protocolos de pericia psicológica, es de acotar que dicha alegación cuestiona el carácter incriminatorio de los referidos elementos de prueba y su vinculación con los mismos, aspectos que, como se indicó en el fundamento jurídico quinto, están directamente relacionados con la suficiencia de la actividad probatoria y por ende a la garantía de presunción de inocencia, no a la garantía del debido proceso.

Adicionalmente, cabe puntualizar que lo denunciado por el recurrente no se condice con el mérito de lo actuado. En efecto, tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de vista se sustentaron, entre otros elementos de convicción, en el mérito de las pericias psicológicas, debidamente explicadas por la Perito Psicóloga Giuliana Elaine Gutiérrez Meléndez, quien en el acto oral hizo referencia a la "*reacción ansiosa de tipo situacional por parte de integrante de grupo de apoyo secundario (profesor) que presentaban ambos menores agraviados*".

El motivo debe rechazarse.

V. Del tercer motivo casacional. Derecho de defensa.

NOVENO: El inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución reconoce la garantía de defensa procesal. Es una garantía, desarrollada legalmente en el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, que importa que todo justiciable pueda tomar posición frente a los reproches o cargos formulados en su contra y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión; es decir, permite instrumentalmente el esclarecimiento de la sospecha mediante un proceso dialéctico, en el que se pone a debate aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como los argumentos y contra argumentos ponderados entre sí.

DÉCIMO: Alega el recurrente que se vulneró su derecho de defensa porque se dejó de lado las declaraciones testimoniales de descargo por el sólo hecho de que los deponentes eran trabajadores del centro educativo donde labora, causándole indefensión.

UNDÉCIMO: Los cuestionamientos que se esgrimen no se refieren, propiamente, al ámbito de la garantía de defensa procesal, sino al de tutela jurisdiccional, pues una resolución fundada en derecho requiere una apreciación y, luego, una valoración de los actos de prueba determinantes del juicio de culpabilidad, así como una respuesta acabada a los puntos que integran el objeto del debate y un pronunciamiento congruente con las pretensiones de las partes. Por lo demás, analizando el mérito de la denuncia, se tiene que tanto el Tribunal juzgador como el de apelación han cumplido con expresar de manera clara, entendible y suficiente las razones por las que le restan mérito probatorio a las referidas declaraciones testimoniales, especificando en la sentencia de vista que dichas declaraciones no llegan a enervar la consistencia, persistencia y coherencia de la imputación, corroborada por los otros indicios - mencionados expresamente en la citada sentencia-, tales como circunstancias de lugar, tiempo y ubicación o presencia de las partes en el hecho denunciado. Asimismo, se indicó que dichas testimoniales no sólo se desvanecían en cuanto a su verosimilitud por las relaciones con el acusado como alumno, empleadas del centro educativo informal y familiares o esposa del medio hermano de su cónyuge, sino que por sí mismas, carecían de consistencia.

En consecuencia, se advierte que los citados elementos de prueba fueron debidamente analizados y compulsados de manera conjunta y razonada con el caudal probatorio actuado en juicio oral. En todo caso, corresponde al Juez, soberanamente, la labor de verificar su aporte probatorio y otorgarle el valor que corresponda, aspecto que no le está permitido analizar a este Tribunal de Casación.

Los argumentos de defensa del imputado fueron adecuadamente debatidos y analizados. El Tribunal de apelación desarrolló una argumentación racional ajustada al tema en debate y además ha dado cumplida respuesta a cada uno de los agravios manifestados por éste al formular su recurso de apelación.

El motivo carece de virtualidad.

DUODÉCIMO: El apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal precisa que procede excepcionalmente la casación *"...cuando la Sala Penal de la Corte Suprema discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial"*. En virtud de la referida norma procesal, esta Suprema Sala consideró necesario realizar desarrollo jurisprudencial respecto a: **I.** la individualización judicial de la pena en la tentativa de violación sexual de menor de edad; y **II.** el acceso carnal por vía bucal.

DÉCIMOTERCERO: La individualización judicial de la pena o determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la sanción penal. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas, sobre esa base el Juez considera el hecho acusado como típico, antijurídico y culpable. En función a estos dos criterios, trabajará tal como lo explica la doctrina primero en construir *el ámbito abstracto de la pena* -identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; como segundo paso, *pasará a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta* -individualización de la pena concreta-, y finalmente entrará en consideración *la verificación de la presencia de las "circunstancias" que concurren en el caso concreto.*

En lo referente a la **tentativa**, la norma es clara en señalar que se presenta cuando *"el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena"* -artículo dieciséis del Código Penal-. De modo que cuando la realización de un ilícito queda en grado de tentativa la atenuación de la pena resulta obligatoria para el juzgador. En virtud del principio de lesividad, previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Sustantivo, según el cual la imposición de pena sólo acontece ante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, cuando la tentativa es inidónea -imposible consumación del delito, ya sea por ineficacia del medio empleado o por la impropiedad del objeto sobre el que recae la acción- no es punible.

En consecuencia, queda claro que si el ilícito de violación sexual de menor de edad no llega a consumarse, pese a haberse iniciado la ejecución del mismo, el Juez al momento de determinar la pena a imponer necesariamente deberá disminuirla prudencialmente.

DÉCIMOCUARTO: Desde una perspectiva global, la tipificación de los delitos contra la Libertad Sexual previstos en el Título IV, Capítulo IX, del Código Penal protegen el libre desarrollo de la sexualidad o la capacidad de una persona de auto determinarse sexualmente. El bien jurídico "Libertad Sexual" debe ser entendido en un sentido dual: como un derecho a la libre autodeterminación sexual en los mayores de edad y un derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores e incapaces.

El delito de violación sexual está previsto en el artículo ciento setenta del Código Sustantivo, que sanciona a quien *"con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, (...)"*. De manera similar el artículo ciento setenta y tres del citado cuerpo normativo, reprime a quien *"tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, (...)"*.

De la lectura de ambas normas se advierte que el "**acceso carnal por vía bucal**" está contemplado expresamente en nuestra legislación como una conducta castigada, en el primer caso, si se efectúa con violencia o grave amenaza y, en el segundo caso, si se trata de menor de edad, en el que la concurrencia de tales elementos -violencia o grave amenaza- resulta intrascendente.

En consecuencia, el legislador ha equiparado la gravedad de obligar a una relación sexual vía vaginal o anal con la conducta de imponer a una persona -o a un menor de edad- a practicar el sexo oral, puesto que en ambos casos importa una vulneración intensa de su libertad sexual y su facultad de autodeterminarse -o de su indemnidad sexual-, lo que a su vez implica -tal como reconoce la doctrina de manera mayoritaria- que no es necesario el daño físico o la comisión de un delito de lesiones para que exista una conducta subsumible en el artículo ciento setenta o ciento setenta y tres del Código Penal. Como bien señala Caro Coria, *"el ejercicio violento de la libertad sexual no sólo ataca aspectos físicos"* (Caro Coria, Diño Carlos: Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual; p. 82) sino que compromete también aspectos valorativos que se vinculan con el ejercicio de derechos constitucionales, los cuales no pueden permitir y tolerar una protección penal sesgada y unilateral.

DECIMOQUINTO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. El recurrente no sólo ha sido declarado culpable sino que el presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, a contrario sensu, del nuevo Código Procesal Penal].

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por los motivos de inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa interpuesto por el encausado SANTOS ELMER VÁSQUEZ VALQUI contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintiuno, del dos de marzo de dos mil nueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos, del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales P.J.Z.A. y por delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en grado de tentativa en agravio del menor de iniciales R.A.S.V. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en quince mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada uno de los agraviados.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado SANTOS ELMER VÁSQUEZ VALQUI; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

PROCESO ESPECIAL DE SEGURIDAD Y PROCESO COMÚN: DEFECTO ESTRUCTURAL DE LA SENTENCIA

151 LA ANULACIÓN DE UNA SENTENCIA POR DEFECTO ESTRUCTURAL DE LA MISMA, TRAS UN JUICIO ORAL, PÚBLICO Y CONTRADICTORIO, NO TRAE IRREMEDIABLEMENTE CONSIGO LA NULIDAD DEL JUICIO Y LA NECESIDAD DE SU REPETICIÓN

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial, errónea interpretación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación e inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad.

Fundamento del recurso casatorio
"Los agravios del Ministerio Público cuestionan el segundo extremo de la sentencia de vista que, por mayoría, declaró nulo todo lo actuado, hasta el momento de disponerse el inicio del proceso de seguridad contra el acusado Nakada Ludeña por delitos de homicidio calificado y de robo agravado en perjuicio de Teresa Cotrina Abad y otros. Pretende el Fiscal Superior casacionista que se declare nulo dicho extremo porque fue emitido mediante una errónea interpretación de lo previsto en el artículo 458º apartado 3 del NCPP e inobservado (falta de aplicación) lo estatuido en el artículo 457º apartado 5 del NCPP".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
La sentencia de vista (...), en su fundamento octavo sostiene que el proceso de seguridad al ser transformado a proceso común no constituye dos juicios orales independientes. Debe entenderse, estima, que la oralidad de ambos momentos procesales son en realidad parte de un solo juicio oral, a cuyo término se dicta una sentencia que pone fin al proceso al menos formalmente.

Fundamento de la casación
"La particularidad del presente caso es que, precisamente, como lo manda el artículo 458º.1 del NCPP, luego de la instalación del juicio oral de un proceso de seguridad se dictó un auto, ya firme, que transformó el proceso y lo derivó al proceso común, a partir del cual se reordenó la audiencia y se siguió íntegramente bajo sus reglas. Así las cosas, ¿la anulación del juicio por defecto estructural de la sentencia comprende esa resolución firme? La respuesta es negativa, en tanto en cuanto lo que se cuestionó no es esa premisa sino el resultado del juicio oral por proceso común: la sentencia. La nulidad no puede alcanzar a esa decisión pues el vicio declarado no la afecta".

Base Legal: NCPP: Arts. 150.d, 154.1, 393.3.e, 429.3, 457.5, 458.1, 458.3; CP: Arts. 20, 71, 74, 75

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 16-2009 (SENTENCIA)
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, doce de marzo de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por errónea interpretación e inobservancia de norma procesal penal y por desarrollo de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR contra la sentencia de vista de fojas veintitrés -del cuaderno de apelación-, del trece de marzo de dos mil nueve, que el extremo que declaró nulo lo actuado hasta el inicio del proceso de seguridad; en los seguidos contra Pedro Pablo Nakada Ludeña por delitos contra la vida el cuerpo y la salud - homicidio calificado y contra el patrimonio - robo agravado en perjuicio de Carlos Edilberto Merino Aguilar y otros.
Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Pedro Pablo Nakada Ludeña fue procesado penalmente, con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal -en adelante NCPP-. Se le inculpó formalmente por delitos contra la vida el cuerpo y la salud - homicidio calificado y contra el patrimonio - robo agravado en perjuicio de Carlos Edilberto Merino Aguilar y otros. En la etapa de investigación preparatoria el encausado Nakada Ludeña solicitó que se le siga el proceso de seguridad, petición que fue negada por el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Huaral por resolución número siete de fojas treinta, del cuatro de mayo de dos mil siete -del cuaderno de investigación-.

Apelada dicha resolución, la Sala Superior Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura por auto de vista, del veintitrés de julio de dos mil siete -corriente a fojas setenta y tres del cuaderno de casación y acta

de audiencia de fojas treinta y tres del cuaderno de investigación-, la revocó y en su reemplazo declaró fundado ese pedido, por lo que ordenó se transforme el proceso común a uno de seguridad y se desacumule el primero y se siga una causa independiente en su contra.

SEGUNDO: La Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaral, estando a los términos del auto de vista antes indicado, formuló su requerimiento en ese sentido -véase acusación de fojas cuarenta y cinco, del trece de agosto de dos mil siete, del cuaderno de investigación-. Una vez que se llevó a cabo la audiencia preliminar de control de la acusación, el Juez de Investigación Preparatoria emitió el auto de enjuiciamiento de fojas sesenta, del veintidós de noviembre de dos mil siete -del cuaderno de investigación-. Es así que el acusado Nakada Ludeña es sometido a juicio oral en vía de proceso de seguridad por la comisión de los delitos homicidio calificado y robo agravado.

TERCERO: En el curso del juicio de primera instancia el Juzgado Penal Colegiado Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Huaura - Huacho transformó el proceso de seguridad a uno común y en esos términos dictó la sentencia de fojas uno, del nueve de mayo de dos mil ocho -del cuaderno de juzgamiento-, en cuya virtud, en un extremo, condenó a Pedro Pablo Nakada Ludeña como autor de los delitos de homicidio calificado en agravio de Agustín Andrés Maguiña Oropeza y otros y de robo agravado en perjuicio de Carlos Edilberto Merino Aguilar y otros a treinta y cinco años de pena privativa de libertad y fijó en siete mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que pagará a los herederos de los occisos; y, en otro extremo, lo absolvió de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de robo agravado y homicidio calificado en agravio de Teresa Cotrina Abad, Walter Sandoval Osorio, Gerardo Leonardo Cruz Libia, Carlos Walter Tarazona Toledo, Nazario Julián Tamariz Pérez, Didier Jesús Zapata Dulanto y Nicolás Tolentino Purizaca Gamboa.

Contra esta sentencia el citado imputado interpuso recurso de apelación, que fue concedido por auto de fojas veintisiete, del veinte de mayo de dos mil ocho, del cuaderno de juzgamiento.

II. Del trámite impugnativo en segunda instancia.

CUARTO: El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, conforme al auto de fojas uno, del seis de junio de dos mil ocho -del cuaderno de apelación-, y realizada la audiencia de apelación, cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de vista de fojas veintitrés, del trece de marzo de dos mil nueve, del cuaderno de apelación.

El señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación.

QUINTO: La sentencia de vista, por mayoría, declaró nula la sentencia de primera instancia e insubsistente todo lo actuado hasta el momento del inicio del proceso de seguridad contra el acusado Nakada Ludeña.

El voto singular estimó que debía declararse infundada la apelación y, de oficio, nula la sentencia de primera instancia e insubsistente el juicio oral del proceso común, debiendo efectuarse nuevo juicio oral por otro Colegiado.

III. Del trámite del recurso de casación de la Segunda Fiscalía Superior de Huaura.

SEXTO: Leída la sentencia de vista, el Fiscal Superior de Huaura interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas treinta y seis -del cuaderno de apelación-. Introdujo dos motivos de casación: **a)** errónea aplicación de la norma procesal penal: la prevista en el artículo 458° apartado 3 del NCPP; y, **b)** inobservancia de la norma procesal penal: el artículo 457° apartado 5 del mismo cuerpo legal.

Concedido el recurso por auto de fojas cuarenta y seis, del catorce de abril de dos mil nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal.

SÉPTIMO: Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas [la defensa del imputado se apersonó a la instancia y fijó domicilio procesal -donde se le notificó de la audiencia de fojas sesenta y ocho del cuaderno de casación-], esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas veintiuno, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, admitió a trámite el recurso de casación por la infracción de las dos normas procesales antes citadas y, además, entendió que debía desarrollarse la doctrina jurisprudencial.

OCTAVO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención de la Señora Fiscal Suprema Adjunta, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

NOVENO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día viernes veintiséis de marzo a horas nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas veintiuno, del cuaderno de casación, del doce de junio de dos mil nueve, los motivos del recurso de casación se centran en la vulneración de dos preceptos procesales: errónea interpretación de la norma procesal penal -artículo 458°.3 del NCPP- e inobservancia de norma procesal penal -articulo 457°.5 del NCPP-. A partir de estos se pretende desarrollar la correspondiente doctrina jurisprudencial. Se trata entonces de una casación procesal prevista en el apartado 3 del artículo 429° del NCPP. Si las normas denunciadas como infringidas son de carácter procesal, luego, la casación que es legalmente procedente es la prevista por infracción de normas de ese carácter.

SEGUNDO: Los agravios del Ministerio Público cuestionan el segundo extremo de la sentencia de vista que, por mayoría, declaró nulo todo lo actuado, hasta el momento de disponerse el inicio del proceso de seguridad contra el acusado Nakada Ludeña por delitos de homicidio calificado y de robo agravado en perjuicio de Teresa Cotrina Abad y otros. Pretende el Fiscal Superior casacionista que se declare nulo dicho extremo porque fue emitido mediando una errónea interpretación de lo previsto en el artículo 458° apartado 3 del NCPP e inobservado (falta de aplicación) lo estatuido en el artículo 457° apartado 5 del NCPP.

A. El primer agravio denuncia la errónea interpretación del artículo 458° apartado 3 del NCPP. Sostiene que el Tribunal de Apelación declaró la nulidad de todo lo actuado hasta el inicio del proceso de seguridad porque este proceso no puede desligarse del proceso común y, por tanto, debe tramitarse como una sola unidad.

Estima que el fallo retrotrae el proceso a etapas ya conclusas, lo que necesariamente implicará que en la causa no solo se tiene que actuar un nuevo juicio oral sino también una nueva etapa intermedia.

B. El segundo agravio imputa la inaplicación del artículo 457° apartado 5 del NCPP, norma que prescribe que el proceso de seguridad no podrá acumularse con el proceso común, norma que -a su juicio- debe ser interpretada sistemáticamente y no aisladamente como lo hizo el Tribunal Superior. Afirma que el artículo 457° apartado 5 del NCPP es aplicable para sustentar que existen diferencias en la naturaleza jurídica de los procesos de seguridad y los procesos comunes, puesto que no solo tienen objetos diferentes, sino también finalidades distintas, por lo que está prohibida su acumulación, además que no resulta lógico que sólo en ciertas etapas se prohíba la acumulación de ambos procesos y en otras no. No existe mayor dificultad para discernir que se trata de dos procesos distintos y, por consiguiente, al dar por concluido uno de ellos, necesariamente se estaría dando inicio al otro, ya sea de un proceso común a uno de seguridad o viceversa.

Por consiguiente, pretende que se aplique este artículo al caso concreto y que se establezcan criterios a tener en cuenta para la aplicación de las normas del proceso de seguridad y su diferenciación con el proceso común.

III. De la sentencia de vista recurrida.

CUARTO: La sentencia de vista de fojas veintitrés, del cuaderno de apelación, del trece de marzo de dos mil nueve, en su fundamento octavo sostiene que el proceso de seguridad al ser transformado a proceso común no constituye dos juicios orales independientes. Debe entenderse, estima, que la oralidad de ambos momentos procesales son en realidad parte de un solo juicio oral, a cuyo término se dicta una sentencia que pone fin al proceso al menos formalmente.

III. Del análisis de los motivos casacionales.

QUINTO: Es de tener presente que como consecuencia del auto de vista de fojas setenta y tres del cuaderno de casación, del veintitrés de julio de dos mil siete, se instó la incoación del proceso de seguridad, bajo el argumento de derecho penal material de que la pericia psiquiátrica arrojaba indicios suficientes para estimar acreditado el estado de inimputabilidad del encausado Nakada Ludeña por sufrir de Esquizofrenia Paranoide y, por tanto, que en su día, era del caso imponer una medida de seguridad.

Sin embargo, iniciado el juicio oral en el propio proceso de seguridad -el veintitrés de abril de dos mil ocho-, el Juzgado Penal Colegiado, de oficio, al amparo del artículo 458°, apartado 1), del NCPP -fundamento jurídico que no ha sido cuestionado expresamente por el Tribunal de Apelación-, dictó el respectivo auto de transformación al proceso común y dispuso la reanudación de la audiencia para nueva fecha. Según la referida resolución, y siguiendo las explicaciones periciales de la Comisión de Psiquiatras de la División de Exámenes Clínicos Forenses del Ministerio Público -el dictamen pericial corre a fojas una del Cuaderno de Investigación Preparatoria-, los actos realizados por el imputado se llevaron a cabo con plena conciencia, quien no revela trastorno mental de tipo esquizofrénico, ni presenta ni ha presentado trastorno mental de tipo psicótico, de suerte que la supuesta esquizofrenia no sería la causa de la comisión de asesinatos seriales, quien más padece de conductas antisociales que definitivamente no lo convierten en inimputable.

Seguido el juicio oral conforme al rito del proceso común se dictó la correspondiente sentencia que contiene extremos condenatorios y absolutorios. El fallo sólo fue recurrido por el imputado -auto concesorio de fojas veintisiete, del veinte de mayo de dos mil ocho-. Estimó el impugnante que le correspondía la aplicación de una medida de seguridad.

El Tribunal de Apelación en la sentencia de vista impugnada por el señor Fiscal Superior, entendió que la sentencia de primera instancia no estaba debidamente motivada en cuanto al juicio de culpabilidad [más allá de sus defectos técnicos respecto del rol del Tribunal de Apelación cuando encuentra deficiencias en la motivación del fallo de primera instancia, las cuales muy bien puede suplir atento a la naturaleza ordinaria del recurso de apelación y a sus lógicas de corrección y subsanación —intrínsecas a su calificación de medio de gravamen— en aras del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas]. Por ello, lamentablemente, anuló el fallo y el propio juicio oral, hasta el momento de disponerse el inicio de la fase oral del proceso de seguridad.

La Fiscalía Superior sostiene que la extensión de la nulidad, que incluye la decisión de transformar el proceso de seguridad a uno común, es incorrecta e infringe la norma procesal.

SEXTO: Es materia de examen casacional, por consiguiente, si al extenderse la nulidad al inicio del juicio oral, comprendiendo ésta el auto de transformación del proceso a uno de carácter común, se ha inobservado o no dos normas procesales: **a)** el artículo 457°, apartado 5), del NCPP, que establece: *"El proceso de seguridad no podrá acumularse con un proceso común"*; y, **b)** el artículo 458°, apartado 3), del NCPP, que preceptúa: "*Si se ha deliberado en ausencia del imputado en virtud del artículo anterior* [juicio oral del proceso de seguridad], *se deberán repetir aquellas partes del juicio en las que el inculpado no estaba presente".*

Tal delimitación del recurso, atento al principio *tantum devolutiom quantum apellatum*, impide ingresar a examinar otros extremos del fallo de vista que muy bien podrían trazar distintas perspectivas en el desarrollo del caso, cuya demora es preocupante.

SÉPTIMO: La propia sentencia de vista no cuestiona un punto central del juicio de mérito, cuyo antecedente es el auto de primera instancia que transformó el proceso de seguridad al proceso común: que el imputado no está incurso en el supuesto de inimputabilidad del artículo 20°, inciso uno, del Código Penal, situación que de por sí excluye la posibilidad de aplicar la medida de seguridad que pretende el imputado (artículos 74° y 75° del Código Penal). El Tribunal de Revisión centra su censura en el denominado juicio de culpabilidad, en la ausencia de un razonamiento constitucionalmente válido para la declaración de hechos probados y la aplicación consiguiente del derecho a los mismos. De encontrar inválido el análisis previo, en rigor, el presupuesto del juicio común, así lo debió haber manifestado y razonado. Entonces, si se focalizó en la declaración de hechos probados y en el juicio de culpabilidad, sobre la base del binomio delito/pena, y no peligrosidad/medida de seguridad de internación, se entiende, que ese punto, antecedente del juicio común y de la sentencia consiguiente, no lo ponía en cuestión, pese a que, precisamente, ese era el ámbito estricto del recurso de apelación, base de su competencia funcional.

OCTAVO: Es de tener presente que la anulación de la sentencia emitida tras un juicio oral, público y contradictorio -a esto último no son ajenos los juicios orales en procesos comunes y de seguridad-, si se afirma la existencia de un defecto estructural de la sentencia [en rigor, una infracción procesal derivada de la vulneración de un requisito interno de la sentencia, de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente en su elemento de exhaustividad -que no de congruencia-], no trae irremediablemente consigo la nulidad del juicio oral y la necesidad de su repetición.

La opción anulatoria, en estas circunstancias, necesariamente debe asumirse como *ultima ratio* y siempre que, de un lado, se cumplan acabadamente los principios de taxatividad y de trascendencia y se configure una efectiva indefensión material a las partes concernidas -que menoscabe el derecho a intervenir en el proceso,

el derecho a realizar los alegatos que se estimen pertinentes, el derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes a los hechos alegados y, en su caso y modo, el derecho de utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales-, centrada en la vulneración de sus derechos y/o garantías procesales de jerarquía constitucional -es decir, relevantemente los principios inherentes a la estructura del proceso: contradicción e igualdad de armas- : y, de otro lado, no sea posible por la naturaleza del recurso, además de estimarlo, resolver el fondo de la controversia penal, imposibilidad que no es de recibo en el recurso de apelación, opción absolutamente preferible por razones de economía procesal.

Ahora bien realizada esta breve pero indispensable precisión, es del caso puntualizar que dictada la nulidad de una sentencia -absolutamente necesaria cuando se trata de vicios por defecto de tramitación, producidos en actos precedentes a la misma sentencia en tanto sean insubsanables- es irremediable anular las actuaciones del juicio oral, pues en ellas se sustenta toda sentencia de mérito -artículo 393° del NCPP-.

La particularidad del presente caso es que, precisamente, como lo manda el artículo 458°. 1 del NCPP, luego de la instalación del juicio oral de un proceso de seguridad se dictó un auto, ya firme, que transformó el proceso y lo derivó al proceso común, a partir del cual se reordenó la audiencia y se siguió íntegramente bajo sus reglas. Así las cosas, ¿la anulación del juicio por defecto estructural de la sentencia comprende esa resolución firme? La respuesta es negativa, en tanto en cuanto lo que se cuestionó no es esa premisa sino el resultado del juicio oral por proceso común: la sentencia. La nulidad no puede alcanzar a esa decisión pues el vicio declarado no la afecta.

NOVENO: La discusión si el proceso común es diferente al proceso de seguridad no se puede responder en abstracto. Es claro que cambia su objeto jurídico: el proceso de seguridad discute no sólo los hechos, aspecto en el que es idéntico al proceso común, sino la presencia del binomio peligrosidad/medida de seguridad; pero esta diferencia no lo hace necesariamente incompatible con el proceso común -comparte el cuadro matriz de las garantías de todo enjuiciamiento-, pues en este último proceso tras el juicio oral el Tribunal puede incluso imponer una medida de seguridad si se dan los presupuestos para ella y medió una discusión y debate sobre el particular, es decir, si se cumplió el principio de contradicción -artículo 393°, apartado 3), literal e), del NCPP-.

La prohibición de acumulación de un proceso de seguridad con el común es obvia, pero sólo dice de la imposibilidad de conexidad debido al diferente objeto de ambos procesos. La acumulación por conexidad importa en este último caso, y en sentido estricto diversidad de delitos culpándose a una sola persona o a varias, y procede si se cumplen sus presupuestos y condiciones; tiene como fundamento el tratamiento unitario de esas causas o imputaciones para garantizar la economía y la celeridad procesal, así como para evitar fallos contradictorios y posibilitar un conocimiento más integral de los cargos con arreglo al principio de inmediación y, en su caso, se pueda aplicar las reglas del concurso de delitos.

La base común del rito del juicio oral para ambos procesos, cuando es el del caso transformarlos, sólo autoriza, de modo general, a repetir aquellas actuaciones especiales que en el caso del proceso de seguridad se realizaron sin el concurso del imputado por razones de salud. No debe empezarse de cero -no puede entenderse que las actuaciones previas son ineficaces procesalmente-, sino que debe continuar en lo que es compatible y repetir lo que se hizo al margen del principio de bilateralidad y presencia efectiva del imputado.

Pero nada de lo expuesto es relevante en el presente caso. De modo que tratar el alcance de las dos normas arriba comentadas carece de sentido.

DÉCIMO: Lo que en verdad inobservó el Tribunal de Apelación al extender la anulación de lo actuado al auto de transformación del proceso es, precisamente, el principio de preclusión procesal, que integra la garantía del debido proceso. La decisión anulada no guarda relación con el vicio que detectó y censuró, única posibilidad legal de hacerlo conforme al artículo 154°, apartado 1), del CPP. No hay dependencia entre el vicio que se dice incurrió el Tribunal de Primera Instancia, centrado en el juicio de culpabilidad, con la declaración previa de transformación de la causa en común. Es de aplicación, por tanto, el artículo 150°, literal d), del NCPP. Y así debe declararse por tratarse de una nulidad absoluta, insubsanable en casación.

UNDÉCIMO: Cabe puntualizar que el nuevo juicio oral que realizará el Tribunal Penal de Primera Instancia, en los marcos amplios de la discusión procesal y de acuerdo a las pretensiones de las partes, podrá dilucidar ampliamente si son de aplicación los artículos 20°. 1 y 71° y siguientes del Código Penal. Es de recordar que el auto de transformación del proceso no causa estado, no genera cosa juzgada, por lo que a la luz del debate oral y de la discusión pericial -recuérdese que la etapa principal es el enjuiciamiento- el Tribunal podrá muy bien optar por la decisión que considere arreglada a derecho. Desde luego no será pertinente una

discusión incidental tendente a poner en crisis el juicio para que se suspenda la causa y se reoriente al juicio de seguridad, porque ello vulneraría el principio de concentración procesal, pero sí una discusión de fondo acerca de la aplicación de normas de Derecho penal material referentes al juicio de imputabilidad y a la necesidad y proporcionalidad de una posible medida de seguridad. Limitar esa posibilidad al imputado sería, eso sí, restringir irrazonablemente su derecho de defensa y producirle efectiva indefensión material.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** en parte el recurso de casación interpuesto por el Señor Fiscal Superior de Huaura por errónea interpretación e inobservancia de norma procesal penal y por desarrollo de doctrina jurisprudencial contra la sentencia de vista de fojas veintitrés -del cuaderno de apelación-, del trece de marzo de dos mil nueve, en el extremo que declaró nulo lo actuado hasta el inicio del proceso de seguridad; reformándola: declararon **NULO** ese extremo de la sentencia de vista; y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: **PRECISARON** que la nulidad del juicio no alcanza al auto de transformación del proceso de seguridad por el común.

II. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

III. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte suprema.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

NULIDAD: TAXATIVIDAD Y PODER NULIFICANTE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

12

LA TAXATIVIDAD DE LAS NULIDADES PROCESALES, NO LIMITA EL PODER NULIFICANTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES FRENTE A VULNERACIONES DE GARANTÍAS SUPREMAS

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial; errónea interpretación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación e inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso.

Fundamento del recurso casatorio
"Precisa el casacionista que sólo puede declararse la nulidad de un acto procesal –sentencias u otras- cuando la Ley así lo sancione en forma clara, expresa y concreta, lo que no sucede en el presente caso pues la inobservancia de la disposición contenida en los incisos dos y tres del artículo ciento ochenta y uno del citado Código no está sancionada con la nulidad".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"Que el tribunal Superior de la Primera Sala Penal de Apelaciones emitió sentencia de vista de fojas doscientos seis, del doce de diciembre de dos mil ocho, que declaró nula la sentencia de primera instancia que absolvió a Jaime Ronald Lino Padilla de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de parricidio en agravio de Shirley Narro Cháuez, y ordenó que otro Juzgado Penal Colegiado, previa realización de un nuevo juicio oral, expida nueva sentencia".

Fundamento de la casación
"La doctrina jurisprudencial que dimana de esta Ejecutoria no puede ser la que pretende el recurrente. Por el contrario, si bien se afirma la vigencia de los principios de taxatividad y trascendencia en materia de nulidades procesales, es claro que cuando se vulneran garantías supremas, entre ellas, la que fluye del principio de justicia material que exige el debido esclarecimiento de los hechos acusados (...), es indispensable la declaración de nulidad del fallo de primera instancia".

Base Legal: Const.: Arts. 43, 44, 139.3; NCPP: Arts. 149, 150, 151, 181.2.3, 378.7, 409.1, 425.3.a, 427.4, 429.1, 432, 433

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 22-2009 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintitrés de junio de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por las causales de inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso por una errónea aplicación de los supuestos de taxatividad que rige la nulidad de actuaciones procesales interpuesto por el encausado Jaime Ronald Lino Padilla contra la sentencia de vista de fojas doscientos seis, del doce de diciembre de dos mil ocho, que declaró nula la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y dos, del veinte de agosto de dos mil ocho, que lo absolvió de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de parricidio, en perjuicio de Shirley Narro Cháuez, y ordenó un nuevo juicio oral.
Interviene como ponente el señor Santa María Morillo.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del incidente en primera instancia.

PRIMERO: Que la señora Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo acusó a Jaime Ronald Lino Padilla -fojas uno, integrado a fojas quince del Tomo II- como autor del delito de parricidio, en perjuicio de Shirley Narro Cháuez, previsto y sancionado en el artículo ciento siete del Código Penal.

SEGUNDO: Que el Juez de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de la Libertad llevó a cabo la audiencia preliminar de control de acusación y dictó el correspondiente auto de enjuiciamiento -audiencia del diecisiete de junio de dos mil ocho del Tomo II, de fojas diecisiete-, admitiendo las pruebas de la parte civil, la Fiscalía y el procesado. Posteriormente, el Primer Juzgado Penal Colegiado mediante resolución

de fojas veintitrés, del veinte de junio de dos mil ocho, dictó auto de citación a juicio y emplazó a las partes para que concurran al juicio oral, a la vez que ordenó formar el expediente Judicial y el cuaderno de debate.

El cinco de agosto de dos mil ocho se inició el juicio oral -como consta a fojas cincuenta y tres del acta de registro-, con la continuidad de la actividad probatoria en las sesiones como consta a partir de fojas sesenta y uno. La audiencia fue suspendida para efectos de la expedición y lectura de sentencia.

TERCERO: Que el Juzgado Colegiado mediante sentencia de fojas ochenta y dos, del veinte de agosto de dos mil ocho, absolvió a Jaime Ronald Lino Padilla de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de parricidio en agravio de Shirley Narro Chávez.

Sus fundamentos jurídicos son los siguientes:

> *"[...] se puede llegar a determinar que la agraviada Shirley Narro Chávez falleció el catorce de febrero de dos mil siete, conforme se acredita con el acta de levantamiento de cadáver, protocolo de autopsia y acta de necropsia, presentando perforación cardiaca por herida perforante en el tórax por proyectil de arma de fuego. [L]a pericia de balística forense determinó que se ocasionó en el interior del vehículo de placa de rodaje AIQ-ochocientos setenta y siete, acreditándose inobjetablemente la muerte de la agraviada por mano ajena.*
>
> *[...] frente a los hechos que se le imputan al encausado Jaime Ronald Lino Padilla, existe la declaración de cargo de Yuliana Palmira Quispe Ricci, quien si bien refiere haber encontrado al encausado en la sala de emergencias, también lo es que antes de que ella lo auscultara ya lo había hecho Yasmín Farah Liza, quien lo atendió y determinó que tenía la presión elevada, suministrándole un medicamento con efecto antihipertensivo, por lo que no se puede afirmar que lo dicho por Quispe Ricci, en el sentido que el encausado fingía estar dormido, al no haberse determinado la dosis suministrada. [L]os indicios sobre el tiempo en que demoró el encausado se basan en que el testigo César Humberto Vargas Vallejo manifestó que recién llegó a la clínica con la agraviada a horas seis y cincuenta y cinco de la mañana del día catorce de febrero, lo cual se contradice, con el video proporcionado y visualizado en la audiencia.*
>
> *[...] si bien la psicóloga Juana Rosa Albán Torres manifestó que el encausado presenta rasgos de personalidad compulsiva y paranoide, evasiva, defensiva, que es posible que pueda matar por el síndrome de paranoide; sin embargo ha manifestado que los test no son determinantes sino proyectivos y que no se aplicó el test de Rocha pues el Ministerio Público no cuenta con ello, lo cual se contradice con lo expuesto por el psicólogo Dionisio Alberto Monroy Meza, quien ha manifestado que el encausado no presenta trastorno disocial de la personalidad. [E]l psicólogo Hugo Villanueva Gallo refiere que el encausado no presenta trastorno sicótico y se descarta el trastorno disocial, lo que es un indicador de la personalidad del acusado, quien en la etapa de juzgamiento presentaba un comportamiento positivo.*
>
> *[E]l Mayor PNP Ismael Flores Bueno manifestó que es difícil que el encausado realice el disparo, que el disparo no ha sido a boca de jarro, que habría la posibilidad de haber disparado una tercera persona, sumado a lo dicho por Manuel Sánchez Pereda, quien refiere la existencia de plomo y bario en la mano derecha y solo plomo en la izquierda, que cuando una persona dispara tiene los tres elementos, que al no haberse encontrado los elementos en el piso del chofer, existe la posibilidad de que haya disparado un tercero; que la ausencia de antimonio y bario en el asiento del chofer significa que el disparo no provino de dicho lugar; por ende no puede atribuirse la autoría al acusado."*

CUARTO: Que leída la sentencia de primera instancia, tanto la señora Fiscal Provincial como la actora civil interpusieron recurso de apelación -conforme se aprecia del acta de lectura de sentencia de fojas setenta y nueve-, a los que se les otorgó el plazo de ley que corresponde. Cumplidos los mismos -a fojas ciento catorce y ciento veintiséis- se concedieron ambos recursos mediante auto de fojas ciento cuarenta y cuatro.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

QUINTO: Que la Primera Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas ciento sesenta y cuatro, del veintiocho de octubre de dos mil ocho -después de haberse corrido traslado a las partes-, admitió ambos recursos impugnatorios y concedió un plazo de cinco días a las partes impugnantes para que ofrezcan sus medios probatorios.

Mediante resolución de fojas ciento ochenta y tres, del once de noviembre de dos mil ocho, se declaró inadmisible los medios probatorios ofrecidos por la defensa del encausado Jaime Ronald Lino Padilla, y se señaló fecha para la realización de la audiencia de apelación de sentencia.

El nueve de diciembre de dos mil ocho -según acta de audiencia de apelación de fojas doscientos uno- se declaró cerrado el debate y se suspendió la audiencia para la expedición y lectura de sentencia.

SEXTO: Que el Tribunal Superior de la Primera Sala Penal de Apelaciones emitió sentencia de vista de fojas doscientos seis, del doce de diciembre de dos mil ocho, que declaró nula la sentencia de primera instancia que absolvió a Jaime Ronald Lino Padilla de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de parricidio en agravio de Shirley Narro Chávez, y ordenó que otro Juzgado Penal Colegiado, previa realización de un nuevo juicio oral, expida nueva sentencia.

Los fundamentos jurídicos de la sentencia de vista son los siguientes:

"[...] los testimonios de cargo expresados por la madre de la agraviada y testigo Juliana Jesús Miranda Jiménez constituyen indicios de prueba que anteceden a los hechos. Existen contradicciones entre las pruebas científicas elaboradas por los peritos oficiales y perito de parte, así como entre las pruebas técnicas de balística forense e ingeniería forense y que no habrían sido objeto de valoración por el órgano jurisdiccional en comunión con las demás pruebas.

[...] en el fundamento décimo cuarto se confunde el principio de in dubio pro reo con el derecho a la presunción de inocencia, sin discriminar que el primero pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria y se aplica cuando, habiendo prueba, existe una duda racional, mientras que el derecho a la presunción de inocencia orienta su eficacia cuando exista falta absoluta de prueba.

[...] la versión de los testigos de cargo Yuliana Palmira Quispe Ricci, Yasmín Farah Liza y del perito William Salvador Cárdenas, la primera y segunda por su condición de médicos de la Clínica Peruano Americana, fueron las que atendieron al acusado inmediatamente después de recibido por el vigilante ..., que si bien evidencian contradicción con la versión del tercero de los mencionados, este aspecto no fue valorado en la sentencia de primera instancia.

[...] el desorden o falta de cuidado en la anotación de las incidencias de carácter administrativo como es el registro del contenido de la historia clínica respecto del estado en que se encontraba el imputado y medicamentos que se le suministró en el referido centro de salud, en modo alguno pueden servir para desvirtuar responsabilidad en el hecho delictuoso.

[...] la versión del testigo César Humberto Vargas Vallejo (vigilante), por ser la primera persona que tuvo acercamiento con el imputado y proporcionó la hora en que éste llegó al centro de salud, indicando que fue a las seis horas con cincuenta y cinco minutos, no fue valorada en comunión con la declaración de los médicos antes mencionados, y por el contrario se privilegia el contenido de un video, en donde la voz de una persona no identificada refiere que el ingreso se produjo en hora distinta de la indicada por el personal médico y vigilante.

[...] existe como hecho cierto que la agraviada tenía un hijo menor de edad producto de una relación extramatrimonial anterior, y ello habría generado una falta de aprecio de los familiares del acusado con quien también tenía una hija menor de edad. Las testigos María Dominga Chávez Solís (madre de la víctima) y Juliana Jesús Miranda Jiménez (amiga de la agraviada) fueron coincidentes en afirmar el maltrato y amenazas de muerte que habría sufrido por parte del acusado.

[...] existen serias contradicciones entre las afirmaciones de los peritos psiquiatras de parte y el oficial, las mismas que necesariamente debieron someterse a un debate pericial, acto procesal que si bien no fue realizado durante la investigación preparatoria ni se solicitó por los justiciables, pudo ordenarse su actuación de oficio en el juicio oral, sin embargo, no fue advertido por el Colegiado; además, la declaración de la perito en Psicología Juana Rosa Albán Torres, no fue objeto de análisis en comunión con las demás pruebas.

[...] los peritos médicos José Santiago Quezada Guarniz, Angélica Vásquez Montoya y Cástulo Rivera Roque, fueron coincidentes y uniformes en expresar, que por la trayectoria y zona de ingreso del proyectil en el cuerpo de la víctima, se habría salpicado sangre en sentido contrario, y esta afirmación no fue contrastada con la versión de la testigo Quispe Ricci, quien refirió que observó salpicadura de sangre en la camisa del acusado; además, si afirmaron que el disparo se habría producido a quemarropa también está en contradicción con lo expresado por el perito de la Policía Nacional Ismael Flores Bueno, quien sostuvo la dificultad de haberse disparado el arma por el acusado e introduce la posibilidad de una tercera persona.

[...] la sentencia recurrida no analiza las acciones de socorro y conducta que observó el acusado desde la hora que se produjo el presunto asalto hasta su ingreso al centro de salud, la velocidad empleada en el desplazamiento, el tiempo que paró el vehículo durante dicho desplazamiento, las llamadas telefónicas que efectuó durante el trayecto y el tiempo que empleó en el recorrido con el tiempo que consigna la pericia de ingeniería forense en comunión con las declaraciones del vigilante y médicos de la Clínica Peruana Americana.

III. Del Trámite del recurso de casación del imputado.

SÉPTIMO: Que la defensa del citado encausado interpuso recurso de casación -fojas doscientos cincuenta y cuatro-, el mismo que fue declarado inadmisible mediante resolución de fojas doscientos sesenta. Interpuesto recurso de queja, mediante resolución de fojas doscientos setenta y cuatro se ordenó formar el respectivo cuaderno y elevarlo a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Este Supremo Tribunal mediante Ejecutoria de fojas cuatrocientos sesenta y cuatro declaró fundado el recurso de queja interpuesto por la defensa del encausado Lino Padilla y dispuso que la Primera Sala Penal de Apelaciones conceda el recurso de casación.

OCTAVO: Que concedido el recurso de casación por resolución de fojas cuatrocientos sesenta y siete se elevaron los autos. Cumplido el respectivo trámite de traslado, esta Sala de Casación mediante auto de calificación de fojas veinte, del diez de julio de dos mil nueve -del cuaderno formado en esta Instancia-, declaró bien concedido el citado recurso por la causal de inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso por una errónea aplicación de los supuestos de taxatividad para la nulidad de actuaciones procesales, sustentada además en la necesidad de desarrollo jurisprudencial en el mismo supuesto procesal previstas en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal, en concordancia con el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código.

NOVENO: Que instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la realización de la audiencia de casación. Instalada la misma, realizados los pasos correspondientes, deliberada la causa en reserva, y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala de Casación Penal cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública con las partes que asistan se realizará el trece de julio del año en curso, a horas ocho y treinta de la mañana.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

DÉCIMO: Que conforme se ha establecido por Ejecutoria Suprema de fojas veinte, del diez de julio de dos mil nueve -del cuaderno de casación-, el motivo de casación admitido se circunscribe a la presunta inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso por una errónea aplicación de los supuestos de taxatividad para la nulidad de actuaciones procesales, sustentada además en la necesidad de desarrollo jurisprudencial en el mismo supuesto procesal.

Sobre el particular, el imputado alega en su recurso formalizado de fojas doscientos cincuenta y cuatro lo siguiente:

A. INOBSERVANCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO.

Se demostró la inexistencia del móvil del delito y de los testigos presenciales en el escenario de los hechos, así como la inexistencia -según la pericia de absorción atómica- del elemento químico del antimonio en sus manos, y la posibilidad, según el perito balístico, de la intervención de un tercero en el lugar de los hechos, en atención a la trayectoria de la bala. Así las cosas, se desbarata el argumento del Ministerio Público en el sentido de que el delito lo cometió a raíz de la oposición de los padres de la agraviada Narro Chávez, con quien iba a contraer matrimonio.

Agrega que la sentencia de vista que anuló la sentencia absolutoria es incorrecta e ilegal, pues no ha tenido en consideración lo dispuesto en el artículo ciento cuarenta y nueve del Nuevo Código Procesal Penal, que establece taxativamente que *"la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley"*. Precisa el casacionista que sólo puede declararse la nulidad de un acto procesal -sentencias u otras- cuando la Ley así lo sancione en forma clara, expresa y concreta, lo que no sucede en el presente caso pues la inobservancia de la disposición contenida en los incisos dos y tres del artículo ciento ochenta y uno del citado Código no está sancionada con la nulidad.

Apunta que la Sala de Apelaciones, transgrediendo dicha norma de contenido imperativo y de carácter obligatorio, anuló una correcta sentencia absolutoria, desde que el Ministerio Público no logró acreditar la responsabilidad penal que le atribuyó, pues basó su acusación en simples indicios que no fueron congruentes.

B. NECESIDAD DE DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.

De manera excepcional procede el recurso de casación contra sentencias procesales en tanto en cuanto esta Sala Penal de la Corte Suprema puede calificarlo como un acto necesario para el desarrollo de la Doctrina Jurisprudencial. La razón que justificó la interposición del recurso bajo esta cláusula excepcional, es que ninguna otra Sala de Apelaciones vuelva a cometer estos errores declarando nulidades sin respetar la taxatividad de la ley contenida en el artículo ciento cuarenta y nueve del Nuevo Código Procesal Penal.

UNDÉCIMO: Que es de precisar que los hechos objeto del proceso, ya están definidas en las sentencias tanto del Juzgado Colegiado como de la Sala de Apelaciones, por lo que a esta instancia no le corresponde hacer un examen del mismo, menos volver a valorarlos, conforme está definido en el apartado dos del artículo cuatrocientos treinta y dos del Nuevo Código Procesal Penal.

La casación no constituye técnicamente una doble instancia sino que posibilita el necesario control de la corrección y legalidad de las sentencias. Es un recurso extraordinario destinado a invalidar, a petición de parte, determinadas resoluciones judiciales por haber sido dictadas con infracción de la ley, siempre que dicha infracción haya influido en lo dispositivo del fallo. Este medio de impugnación por su naturaleza, no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada. El Tribunal de Casación está circunscripto a conocer exclusivamente los motivos aceptados en el auto de calificación.

En tal virtud, el análisis en una sentencia para determinar si ha incurrido en una vulneración de la ley debe realizarse a partir de sus propios fundamentos, por lo que no es admisible el reexamen de pruebas orientadas a decidir acerca de la responsabilidad o no del sujeto a quien se le imputa la comisión de un delito, tal como lo dispone el artículo cuatrocientos treinta y tres del Código acotado.

DUODÉCIMO: Que, ahora bien, respecto de la causal de inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso por una errónea aplicación de los supuestos de taxatividad que rigen la nulidad de las actuaciones procesales, se observa que, entre otras razones descritas anteriormente, la Sala de Apelaciones declaró la nulidad de la sentencia absolutoria por haberse omitido realizar un debate pericial entre los peritos psiquiatras de parte y los peritos psicólogos oficiales, así como para que se realice un debate pericial entre el perito de la Policía Nacional Flores Bueno y los peritos médicos Quezada Guarniz y Vásquez Montoya .

Se denuncia la ilegalidad de la sentencia de vista porque la declaración de nulidad no se encuadra en ninguno de los supuestos que estatuyen los artículos ciento cincuenta y ciento cincuenta y uno del nuevo Código Procesal Penal.

En este sentido, es de precisar que el apartado uno del artículo cuatrocientos nueve del citado Código Procesal establece que la impugnación confiere al Tribunal de Revisión competencia tanto para resolver propiamente los motivos del recurso como para declarar de oficio la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

En concordancia con este poder nulificante, el apartado tres, literal a) del artículo cuatrocientos veinticinco del citado Nuevo Código Procesal Penal establece que la sentencia de segunda instancia puede declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer que se remitan los actuados al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar.

DÉCIMO TERCERO: Que, no obstante lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, es absolutamente cierto que las nulidades procesales están sometidas al principio de taxatividad (artículo ciento cincuenta del nuevo Código Procesal Penal), en cuya virtud sólo cabe declararlas cuando lo autorice la ley procesal, y siempre que produzcan un efectivo perjuicio cierto e irreparable o una efectiva indefensión. Esta última prevención no es sino el reconocimiento del principio de trascendencia en materia de nulidades procesales, por lo que se ha de requerir que el órgano jurisdiccional con su conducta procesal menoscabe irrazonablemente el entorno jurídico de las partes privándolas, real y efectivamente, de intervenir, de uno u otro modo, en el proceso o alterando el sistema de garantías reconocidas por la legislación. Tal ineficacia, por lo demás, sólo puede declararse cuando es imputable, de modo inmediato y directo al órgano jurisdiccional, de modo que haga imposible que la parte afectada pueda utilizar en la instancia los medios que ofrece el ordenamiento jurídico para superarla.

El artículo ciento cincuenta del nuevo Código Procesal Penal establece las causales de nulidad absoluta, que por ser tales pueden ser declaradas de oficio. Un motivo específico es la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución (literal "d" del citado artículo ciento cincuenta). Sin duda una de las garantías específicas, compatibles con el principio de justicia material que exigen los artículos cuarenta y tres y cuarenta y cuatro de la Constitución y se incardina en la garantía genérica del debido proceso (artículo ciento treinta y nueve, inciso tres, de la Ley Fundamental), es la averiguación lícita de la verdad que garantiza una sentencia justa -el derecho material se realiza comprobando la verdad material-, lo que en modo alguno se cumple cuando se asume una concepción de mera "justicia de procedimiento", esto es, que se limite a garantizar la justicia de las condiciones de combate entre las partes.

Así las cosas, el artículo trescientos setenta y ocho, apartado siete del nuevo Código Procesal Penal establece que *"...En caso sea necesario se realizará un debate pericial, para lo cual se ordenará..."*. Además, el apartado dos del artículo ciento ochenta y uno del citado Código estipula que cuando existan informes periciales discrepantes se promoverá, de oficio inclusive, un debate pericial. Ambas normas, interpretadas sistemáticamente y con arreglo a los poderes de esclarecimiento que el Código reconoce al Juez, están destinadas a que los hechos y su interpretación pericial se debatan y diluciden con toda amplitud, a fin de que la decisión judicial sea todo lo justa que merece la sociedad -por los intereses públicos que están involucrados en el conflicto penal- y las partes, en cuyo ejercicio el Juez no está limitado al pedido de estas últimas sino a las exigencias de justicia que dimanan de la materia controvertida y cuya dilucidación le está encomendada.

Del tenor de la sentencia de vista, de su propia fundamentación, se advierte que no es posible un fallo de mérito sin antes agotar el esclarecimiento en su ámbito científico o pericial. El debate pericial, en estas condiciones, es inevitable; su pertinencia y utilidad están plenamente justificadas. Por tanto, su ausencia vicia la sentencia de primera instancia por sustentarse en pruebas diminutas y cuya responsabilidad era ampliarlas con arreglo a una expresa autorización legal, lo que evita por cierto vulnerar la garantía de imparcialidad judicial, el principio acusatorio y el derecho de defensa.

DÉCIMO CUARTO: Que, en tal virtud, la declaración de nulidad de la sentencia absolutoria de primera instancia no inobservó los artículos ciento cuarenta y nueve y ciento cincuenta del nuevo Código Procesal Penal. La necesidad de agotar el esclarecimiento de los cargos objeto de acusación fiscal a través del correspondiente debate pericial tiene sustento constitucional y legal. No se ha vulnerado, por tanto, la garantía genérica del debido proceso, antes bien la anulación decretada afianza esa garantía y el principio de justicia material.

La doctrina jurisprudencial que dimana de esta Ejecutoria no puede ser la que pretende el recurrente. Por el contrario, si bien se afirma la vigencia de los principios de taxatividad y trascendencia en materia de nulidades procesales, es claro que cuando se vulneran garantías supremas, entre ellas, la que fluye del principio de justicia material que exige el debido esclarecimiento de los hechos acusados -en los estrictos límites de las autorizaciones legales, como el presente caso-, es indispensable la declaración de nulidad del fallo de primera instancia.

En consecuencia, el motivo de casación debe ser desestimado.

DÉCIMO QUINTO: Que el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del Nuevo Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código.

III. DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso por una errónea aplicación de los supuestos de taxatividad para la nulidad de actuaciones procesales interpuesto por el sentenciado Jaime Ronald Lino Padilla contra la sentencia de vista de fojas doscientos seis, del doce de diciembre de dos mil ocho, que declaró nula la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y dos, del veinte de agosto de dos mil ocho, que lo absolvió de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de parricidio, en perjuicio de Shirley Narro Chávez, y ordenó un nuevo juicio oral por distinto Colegiado.

II. CONDENARON al recurrente al pago de las costas del recurso, que serán exigidas por el Juez de Investigación Preparatoria.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por Secretaría de esta Suprema Sala Penal, el trece de julio del año en curso, a horas ocho y treinta de la mañana; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTA MARÍA MORILLO

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: IMPRECISIÓN EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

13

LA GARANTÍA PROCESAL ESPECÍFICA DE MOTIVACIÓN DETERMINA QUE TODA DECISIÓN JURISDICCIONAL DEBE BASARSE EN UN RAZONAMIENTO JURÍDICO QUE EXPRESE DE MODO CLARO EL POR QUÉ DE LO RESUELTO, LO QUE INCLUYE LA OBLIGACIÓN DE FUNDAMENTAR LOS HECHOS, LA CALIFICACIÓN JURÍDICA, LA PENA Y REPARACIÓN CIVIL

Causal de Admisibilidad
Manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor e inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal: motivación de resoluciones judiciales, aplicación de la ley más favorable al reo en caso de duda o conflicto de leyes y debido proceso.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) Los motivos del recurso de casación se centran en: a) inobservancia de tres preceptos constitucionales: motivación de las resoluciones judiciales, aplicación de la ley más favorable al reo en caso de duda o de conflicto de leyes y debido proceso (...); y, b) manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"Que los hechos atribuidos al encausado Rosado Chiri, a juicio del representante del Ministerio Público, están referidos al tipo penal de violación sexual de menor de edad, contenidos en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal".

Fundamento de la casación
"De la lectura minuciosa de la sentencia de vista se advierte que el Tribunal de apelación, respecto a la calificación jurídica de los hechos atribuidos al encausado Rosado Chiri, se limitó a señalar que "a juicio del representante del Ministerio Público, están referidos al tipo penal de violación sexual de menor de edad, contenidos en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal"; que, sin embargo, ha obviado especificar el inciso del citado artículo por el que el encausado estaba siendo juzgado; que dicha precisión resultaba de suma importancia a efectos de que el enjuiciado pueda realizar un cabal ejercicio de su derecho de defensa, más aún cuando de dicha determinación dependía la fijación de los márgenes mínimo y máximo de pena entre los que el Tribunal Juzgador debía fijar judicialmente la pena".

"En tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia no absolvió debidamente los motivos del recurso de apelación centrados en un error en la apreciación de los hechos. Vulneró, en consecuencia, la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, así como el principio acusatorio".

Base Legal: Const.: Arts. 139.3.5.11; NCPP: Arts. 428, 429.1, 429.4, 433.1, 504.2; CP: Art. 173

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 49-2009 (SENTENCIA)
TACNA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintitrés de abril de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia privada; el **recurso de casación** por inobservancia de las garantías constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales, aplicación de la ley más favorable al reo en caso de duda o de conflicto de leyes y del debido proceso y manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia interpuesto por el encausado JESÚS ANDRÉS ROSADO CHIRI contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y tres, del veintiuno de julio de dos mil nueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y cuatro, del dieciséis de abril de dos mil nueve, lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor en agravio de las menores de iniciales K.L.R.A. y M.G.R.A. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada una de las agraviadas.
Interviene como ponente el señor Calderón Castillo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Jesús Andrés Rosado Chiri fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Así consta de la disposición de fojas ciento veintinueve, del veinte de junio de dos mil ocho,

que formalizó la investigación preparatoria en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor en agravio de las menores de iniciales K.L.R.A. y M.G.R.A.

Seguida la causa conforme a su naturaleza ordinaria, el señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas cuatro, del catorce de enero dos mil nueve -del cuaderno de debate-, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

El Juez de la Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento de fojas treinta y dos, del veintiséis de febrero de dos mil nueve. El auto de citación a juicio de fojas treinta y siete, del cuatro de marzo de dos mil nueve, fue emitido por el Juzgado Penal.

SEGUNDO: Seguido el juicio de primera instancia -véase acta de fojas ciento quince-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas ciento cuarenta y cuatro, del dieciséis de abril de dos mil nueve, que condenó a Jesús Andrés Rosado Chiri como autor del delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor en agravio de las menores de iniciales K.L.R.A. y M.G.R.A. a treinta años de pena privativa de libertad y fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada una de las menores agraviadas; además de haber dispuesto el tratamiento terapéutico a favor del condenado.

Contra la referida sentencia el citado imputado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas ciento sesenta y ocho. Este recurso fue concedido por auto de fojas ciento ochenta y uno, del veintitrés de abril de dos mil nueve.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

TERCERO: El Tribunal Superior de Tacna, culminada la fase de traslado de la impugnación y no habiendo ofrecido las partes nuevas pruebas, las emplazó a fin de que concurran a la audiencia de apelación de sentencia mediante resolución de fojas doscientos dieciocho, del once de junio de dos mil nueve. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas doscientos treinta y tres, del uno de julio de dos mil nueve, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas doscientos setenta y tres, del veintiuno de julio de dos mil nueve.

CUARTO: La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad, confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a Jesús Andrés Rosado Chiri como autor del delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor en agravio de las menores de iniciales K.L.R.A. y M.G.R.A. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada una de las agraviadas.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Rosado Chiri.

QUINTO: Leída la sentencia de vista, el acusado Rosado Chiri interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas trescientos cinco. Introdujo dos motivos de casación: **a)** inobservancia de las garantías constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales, aplicación de la ley más favorable al reo en caso de duda o de conflicto de leyes y del debido proceso; y, **b)** manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia.

Concedido el recurso por auto de fojas trescientos doce, del catorce de agosto de dos mil nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha siete de septiembre de dos mil nueve.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, esta suprema Sala mediante Ejecutoria del diecisiete de noviembre de dos mil nueve, obrante en el cuaderno de casación, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de **a)** inobservancia de las garantías constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales, aplicación de la ley más favorable al reo en caso de duda o de conflicto de leyes y del debido proceso; y, **b)** manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor del acusado Rosado Chiri, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día veinte de mayo a horas ocho y media de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema del diecisiete de noviembre de dos mil nueve, del cuaderno de casación, los motivos del recurso de casación se centran en: **a)** inobservancia de tres preceptos constitucionales: motivación de las resoluciones judiciales, aplicación de la ley más favorable al reo en caso de duda o de conflicto de leyes y debido proceso -artículo ciento treinta y nueve apartado tres, cinco y once de la Constitución-; y, **b)** manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia.

SEGUNDO: El primer agravio: vulneración de la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, consiste en que -según el recurrente- la Sala de Apelaciones no realizó el juicio de subsunción de los hechos juzgados en la norma material aplicable.

El segundo agravio referido a la vulneración de la garantía constitucional de aplicación de la ley más favorable al reo en caso de duda o de conflicto de leyes estriba en la afirmación del impugnante en el sentido de que en la sentencia de primera instancia se calificó su conducta como delito de violación sexual de menor "continuado", en tanto se le atribuyó haber agredido sexualmente a las menores de iniciales K.L.R.A. y M.G.R.A. desde que tenían ocho y nueve años de edad; afirmación con la que se desvincularon de la acusación fiscal y que puso de manifiesto al interponer su recurso de apelación, agravio que la Sala de apelación omitió analizar; que, en consecuencia, debió tomarse en cuenta que desde las supuestas fechas en que se habrían producido tales hechos hasta que fue denunciado se promulgaron sucesivamente diversas normas, las cuales le resultaban más favorables y sin embargo, se le aplicó la norma más severa y no la más benigna conforme al mandato constitucional.

El tercer agravio: vulneración de la garantía constitucional del debido proceso, por entender el recurrente que debió aplicársele la garantía del *in dubio pro reo*, en vista de que las menores agraviadas no fueron uniformes y persistentes en su sindicación, generando duda razonable de la comisión del delito; que, asimismo, se infringió el principio de legitimidad de prueba, por cuanto el disco compacto ofrecido como medio probatorio de cargo fue obtenido en forma irregular con vulneración de su derecho a la intimidad y porque no prestó consentimiento para dicha filmación.

El cuarto agravio está referido a una supuesta manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia, en razón a que el Colegiado Superior actuó en forma arbitraria y parcial al valorar pruebas irregularmente obtenidas que no gozan de las garantías procesales ni del contradictorio de la defensa.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: La sentencia de vista impugnada en casación precisó lo siguiente:

A. Que los hechos atribuidos al encausado Rosado Chiri, a juicio del representante del Ministerio Público, están referidos al tipo penal de violación sexual de menor de edad, contenidos en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal.

B. Que no se advierte que la sentencia recurrida hubiese incurrido en lo señalado por el apelante, por cuanto los puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación se trata del resumen de los hechos imputados por el representante del Ministerio Público, no se trata de las consideraciones del Colegiado, en que se sustenta la sentencia materia de impugnación, no existiendo en consecuencia ninguna desvinculación.

C. Que, se encuentra suficientemente acreditado que el sentenciado es padre de las menores agraviadas, que el examen médico legal concluye que presentan desfloración antigua, que los exámenes psicológicos realizados a ambas menores evidencian conflictos emocionales en torno a la figura paterna, respuestas emocionales compatibles con situación de abuso.

D. Que la sentencia condenatoria también se encuentra sustentada en la declaración firme, contundente

y uniforme de las menores agraviadas tanto a nivel preliminar, de investigación preparatoria como en el juicio oral, aunque en la audiencia de apelación de sentencia la menor de iniciales M.G.R.A. se retractó, se ha logrado percibir que la citada menor no era muy firme en las nuevas aseveraciones.

Estos son los fundamentos probatorios, en orden al juicio de culpabilidad, que constituyen la base de los motivos de casación.

III. Del primer motivo casacional. Motivación de las resoluciones judiciales.

CUARTO: El recurrente denuncia que la Sala de Apelaciones no realizó el juicio de subsunción de los hechos juzgados en la norma material aplicable.

QUINTO: La garantía procesal específica de motivación, como es doctrina jurisprudencial de esta Suprema Sala, integra a su vez la garantía procesal genérica de tutela jurisdiccional. Toda decisión jurisdiccional, de primera y de segunda instancia, debe ser *fundada* en derecho y congruente, es decir -en lo que interesa al presente recurso-, ha de estar motivada mediante un razonamiento jurídico que exprese de modo claro y que permita entender el porqué de lo resuelto -basta con que se exprese o explique las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión, sin entrar a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte-. Este deber incluye la obligación de fundamentar los hechos y la *calificación jurídica*, así como la pena y reparación civil finalmente impuestas. Los órganos jurisdiccionales deben hacer explícitos los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción constitucional de inocencia, y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores jurídicamente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción en la norma penal aplicable.

SEXTO: De la lectura minuciosa de la sentencia de vista se advierte que el Tribunal de apelación, respecto a la calificación jurídica de los hechos atribuidos al encausado Rosado Chiri, se limitó a señalar que *"a juicio del representante del Ministerio Público, están referidos al tipo penal de violación sexual de menor de edad, contenido en el artículo ciento setenta y tres del Código Penal"*; que, sin embargo, ha obviado especificar el inciso del citado artículo por el que el encausado estaba siendo juzgado; que dicha precisión resultaba de suma importancia a efectos de que el enjuiciado pueda realizar un cabal ejercicio de su derecho de defensa, más aún cuando de dicha determinación dependía la fijación de los márgenes mínimo y máximo de pena entre los que el Tribunal Juzgador debía fijar judicialmente la pena.

En tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia ha incurrido en flagrante vulneración de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución.

IV. Del segundo motivo casacional. Aplicación de la ley más favorable al reo en caso de duda o de conflicto de leyes.

SÉPTIMO: De la lectura de lo argüido en este extremo por el encausado en el sentido de que se habría vulnerado la citada garantía en razón a que en la sentencia de primera instancia se calificó su conducta como delito de violación sexual de menor "continuado", en tanto se le atribuyó haber agredido sexualmente a las menores de iniciales K.L.R.A. y M.G.R.A. desde que tenían ocho y nueve años de edad; afirmación con la que se desvincularon de la acusación fiscal y que puso de manifiesto al interponer su recurso de apelación, agravio que la Sala de apelación omitió analizar; que, en consecuencia, debió tomarse en cuenta que desde las supuestas fechas en que se habrían producido tales hechos hasta que fue denunciado se promulgaron sucesivamente diversas normas, las cuales le resultaban más favorables y sin embargo, se le aplicó la norma más severa y no la más benigna conforme al mandato constitucional.

Al respecto es de acotar que dicha alegación cuestiona propiamente la obligación de fundamentar mediante un razonamiento jurídico el porqué de lo resuelto, tanto en primera como en segunda instancia -en el presente caso, el porqué se estimó que los hechos atribuidos al encausado constituían delito de violación sexual de menor "continuado"-, aspecto que, como se indicó en el fundamento jurídico quinto, está directamente relacionado con la garantía de motivación de las resoluciones judiciales y no a la garantía de aplicación de la ley más favorable al reo en caso de duda o de conflicto de leyes.

OCTAVO: El encausado Rosado Chiri en su recurso de apelación de fojas ciento sesenta y ocho, al impugnar la sentencia de primera instancia, protestó inocencia; y, en puridad, alegó error en la apreciación de los

hechos, en tanto el Juzgado Penal Colegiado se desvinculó totalmente de lo precisado en la audiencia preliminar de control de la acusación en la que se indicó que la imputación estaba referida directamente, en el caso de la menor de iniciales K.L.R.A., a los hechos ocurridos el veintiséis de febrero de dos mil ocho y, en el caso de la menor de iniciales M.G.R.A., a mediados del año dos mil seis y no desde que dichas menores tenían ocho y nueve años de edad, respectivamente; que en consecuencia fue sentenciado por delito de violación sexual "continuado".

NOVENO: El Juzgado Penal Colegiado señaló las razones por las que concluyó que se trataba de una pluralidad de acciones que tuvieron lugar en diferentes momentos -desde que las menores tenían ocho y nueve años de edad-, los mismos que fueron cometidos por el mismo acusado y en agravio de las mismas menores, por lo que se trataba de un delito continuado y en virtud de ello le aplicó la ley penal más severa correspondiente al último acto delictivo. Los fundamentos ocho punto dos "a", "b" y "c" y doce de la sentencia apelada son amplios al respecto - fojas ciento cuarenta y cuatro-.

La sentencia de vista, ante dicho motivo de apelación puntualizado en el fundamento jurídico anterior, se ha limitado a sostener de manera genérica que: *"no se advierte que la sentencia recurrida haya incurrido en lo señalado por el apelante, por cuanto los puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación se trata del resumen de los hechos imputados por el representante del Ministerio Público, no se trata de las consideraciones del Colegiado, en que se sustenta la sentencia materia de impugnación, no existiendo en consecuencia ninguna desvinculación".*

Es evidente que dicha argumentación no cumple con la garantía de motivación constitucionalmente exigible al Superior Tribunal, ya que ante los términos de la impugnación, debía responder de manera precisa, clara y coherente a ese motivo impugnatorio; más aún cuando según se advierte del Dictamen Acusatorio y de la transcripción de la Audiencia de control de la acusación, la imputación estaba referida directamente a los hechos ocurridos el veintiséis de febrero de dos mil ocho y a mediados del año dos mil seis -fojas cuatro y dieciocho-.

En tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia no absolvió debidamente los motivos del recurso de apelación centrados en un error en la apreciación de los hechos. Vulneró, en consecuencia, la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, así como el principio acusatorio.

Sobre esa base, y como hace falta realizar nuevamente una audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, la estimación del recurso de casación trae consigo un juicio rescindente -artículo cuatrocientos treinta y tres inciso uno del nuevo Código Procesal Penal-.

V. Del tercer motivo casacional. Debido proceso.

DÉCIMO: De la lectura de lo alegado en este extremo por el impugnante en el sentido de que debió aplicársele la garantía del *In dubio pro reo*, en vista de que las menores agraviadas no fueron uniformes y persistentes en su sindicación, generando duda razonable de la comisión del delito; que, asimismo, se infringió el principio de legitimidad de prueba por cuanto el disco compacto ofrecido como medio probatorio de cargo fue obtenido en forma irregular con vulneración de su derecho a la intimidad y porque no prestó consentimiento para dicha filmación, cabe señalar que en el primer caso dicha alegación cuestiona propiamente el carácter incriminatorio de los referidos elementos de prueba -sindicación de las menores agraviadas- y su vinculación con los mismos, aspectos que, están directamente relacionados con la suficiencia de la actividad probatoria y por ende a la garantía de presunción de inocencia -cuyo contenido esencial implica que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente, es decir; primero, que las pruebas estén referidas a los hechos objeto de imputación y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio-, no al *In dubio pro reo* -principio de carácter procesal, que funciona en el área de valoración de la prueba, que es de exclusiva incumbencia del Tribunal de mérito y no susceptible de control casatorio- y menos está vinculada a la garantía del debido proceso.

Sin embargo, al haberse estimado en el fundamento noveno la vulneración de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales y en consecuencia la necesidad de que se realice una nueva audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, resulta innecesario que éste Tribunal Supremo se pronuncie al respecto.

DÉCIMOPRIMERO: En cuanto a la supuesta vulneración del principio de legitimidad de prueba alegado por el encausado, en razón a que el disco compacto ofrecido como medio probatorio de cargo habría sido obtenido en forma irregular con vulneración de su derecho a la intimidad; se observa que el encausado al

interponer su recurso de apelación a fojas ciento sesenta y ocho no manifestó agravio relacionado con el valor probatoria de dicho disco compacto; que, en consecuencia, en aplicación del artículo cuatrocientos veintiocho del nuevo Código Procesal Penal, dicho cuestionamiento debe rechazarse.

VI. Del cuarto motivo casacional. Manifiesta ilogicidad de la motivación de la sentencia.

DÉCIMOSEGUNDO: Al respecto el encausado sostiene que el Colegiado Superior actuó en forma arbitraria y parcial al valorar pruebas irregularmente obtenidas que no gozan de las garantías procesales ni del contradictorio de la defensa.

Del mencionado fundamento se advierte que el encausado en forma genérica alega una presunta valoración de pruebas irregularmente obtenidas, sin embargo, no precisa cuales son esas pruebas que no gozan de las garantías procesales exigibles. Por otra parte, tampoco puso de manifiesto tal agravio al promover su recurso de apelación, por tanto, el motivo debe rechazarse.

DÉCIMOTERCERO: Finalmente, respecto de las costas -pronunciamiento que omitieron en primera y segunda instancia-, habiéndose acogido el recurso de casación es del caso exonerar al imputado, conforme a lo dispuesto por el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal. Al no mediar oposición formal del actor civil no cabe que responda por ellas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de motivación -artículo cuatrocientos veintinueve, inciso uno, del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por el encausado JESÚS ANDRÉS ROSADO CHIRI contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y tres, del cuaderno de apelación, del veintiuno de julio de dos mil nueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y cuatro, del dieciséis de abril de dos mil nueve, lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor en agravio de las menores de iniciales K.L.R.A. y M.G.R.A. a treinta años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de cada una de las agraviadas. En consecuencia: **NULA** la citada sentencia de vista de fojas doscientos setenta y tres, del cuaderno de apelación, del veintiuno de julio de dos mil nueve. Sin costas.

II. ORDENARON que la Sala Penal de Tacna, integrada por otro Colegiado, cumpla con dictar nueva sentencia, previa nueva audiencia de apelación en las mismas condiciones que la anterior; y, cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una nueva sentencia.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

IMPUGNACIÓN DE AUTO: ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

14

LA INADMISIBILIDAD POR INASISTENCIA A LA AUDIENCIA SE CONFIGURA EN LA IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS, MAS NO DE AUTOS, PUÉS EN ESTA LA ACTIVIDAD IMPUGNATIVA SE CONFIGURA CON LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DEBIDAMENTE FUNDAMENTADO, SIENDO UNA OPORTUNIDAD PROCESAL ADICIONAL LA ASISTENCIA A LA AUDIENCIA DE APELACIÓN. EN TAL SENTIDO, LA DECLARACIÓN DE INADMISIBILIDAD PRESUPONE LA EXISTENCIA DE UNA NORMA EXPRESA

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial e inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

Fundamento del recurso casatorio
"Apunta el señor Fiscal Superior que se interpretó erróneamente el artículo 420º apartado cinco del NCPP, en el sentido de que la citada norma, en cuanto a la concurrencia de los sujetos procesales, alcanza a los abogados defensores de la parte impugnantes, los cuales deben asistir necesariamente para sustentar sus agravios. La obligatoriedad de asistencia a la audiencia de apelación de los abogados defensores se impone desde una aplicación sistemática del artículo 420º del NCPP, pues los apartados cinco y seis de la citada norma estipulan la intervención de dichos Letrados, a quienes incluso se les puede formular preguntas o que profundicen su argumentación o se refieren a algún aspecto especifico de la cuestión debatida".

Fundamento del auto impugnado en casación
"Que, sobre el particular, la Sala de Apelación, por mayoría, precisó que el régimen legal de la apelación de autos está fijado por el artículo 420º del NCPP, cuyo quinto apartado prescribe que la concurrencia a la audiencia es facultativa para las partes. El voto singular insiste en la supremacía aplicativa de los principios de oralidad, publicidad y contradicción y, por tanto, que debe entenderse que, a partir de lo dispuesto en el apartado seis del artículo 420º del NCPP, resulta indispensable la concurrencia a la audiencia de la defensa técnica del recurrente".

Fundamento de la casación
"(...) La declaración de inadmisibilidad presupone, como es lógico, una norma expresa y, además, se aplica solo y estrictamente a los casos en los que no exista ni la menor duda, es decir, al alcance interpretativo de la ley se limita al núcleo de su significación". "En tal virtud, la asistencia a la audiencia de apelación de autos es, propiamente, una posibilidad procesal, en tanto oportunidad procesal que se brinda al apelante a fin de acrecentar sus expectativas de una decisión favorable con su asistencia a las audiencias y exponer razonada, razonable y oralmente sus puntos de vista fácticos y jurídicos, así como sus propias pretensiones o resistencias. El NCPP, para el caso del recurso de apelación, ha configurado la asistencia del impugnante a la apelación como una carga procesal sólo cuando se apelen sentencias, pues su inasistencia determina la declaración de inadmisibilidad del recurso".

Base Legal: NCPP: Arts. I.2, VII.3, 405.1.b.c, 420.5.6, 423.3, 424, 427.4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 52-2009 (AUTO)
AREQUIPA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, trece de julio de dos mil diez .-

VISTOS; el recurso de casación por inobservancia de norma procesal interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE AREQUIPA contra el auto de vista de fojas ciento ochenta y cuatro, del veintiséis de agosto de dos mil nueve, en el extremo que por mayoría declaró infundado el pedido de aplicación analógica del artículo 423°, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal -en adelante NCPP- y que se declare la inadmisibilidad de la impugnación formulada por los encausados contra el auto de primera instancia de fojas ciento treinta y seis, del nueve de agosto de dos mil nueve, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el Fiscal Provincial.
Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que el señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas ciento dieciséis instó al Juez de la Investigación Preparatoria dicte mandato de prisión preventiva contra los encausados Roydani Martín Laura Quispe y Ronald Paúl Postigo Delgado, procesados por delito de robo agravado en agravio de Juan

Carlos Palacios Seminario. El indicado Juzgado por auto de fojas ciento treinta y seis, del nueve de agosto de dos mil nueve, declaró fundado dicho requerimiento, que fue recurrido por la defensa de los imputados.

SEGUNDO: Que concedido el recurso de apelación y tramitado en segunda instancia, el Fiscal Superior requirió en la audiencia de apelación la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación porque los imputados recurrentes y sus abogados defensores no asistieron a la audiencia. Invocó al efecto la aplicación analógica del artículo 423° apartado tres del NCPP.

El Tribunal Superior absolvió el grado mediante el auto de vista de fojas ciento ochenta y cuatro, del veintiséis de agosto de dos mil nueve. Por mayoría desestimó la indicada solicitud del Fiscal porque la impugnación era de un auto interlocutorio, no de una sentencia definitiva.

TERCERO: Que el señor Fiscal Superior por escrito de fojas doscientos treinta y cuatro interpuso recurso de casación por infracción procesal -equivocadamente rotuló el motivo como "errónea interpretación de la ley penal"-, en concreto, del artículo 420° apartado cinco del NCPP por no aplicar, como correspondía, el artículo 423° apartado tres del citado Estatuto Procesal.

El Tribunal Superior concedió el recurso de casación por auto de fojas doscientos cuarenta y seis, del veinticinco de septiembre de dos mil nueve.

CUARTO: Que elevado el proceso a esta Sala de Casación y tramitado como corresponde, esta Sala Suprema dictó el auto de calificación de casación de fojas treinta y dos, del veinte de noviembre de dos mil nueve. Declaró bien concedido el recurso de casación al amparo de la casación excepcional (artículo 427° apartado cuatro del NCPP), pero corrigió el motivo casacional: lo derivó al apartado tres del artículo 423° del NCPP: infracción de norma procesal, no de norma material.

QUINTO: Que producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria, que se leerá en audiencia pública el día lunes veintiséis de los corrientes a las nueve de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que es objeto del presente recurso de casación un extremo específico del auto de vista de fojas ciento ochenta y cuatro, del veintiséis de agosto de dos mil nueve. La desestimación del requerimiento del señor Fiscal Superior de Arequipa, por el cual instó la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto por los encausados contra el auto de primera instancia de fojas ciento treinta y seis, del nueve de agosto de dos mil nueve, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el Fiscal Provincial, porque éstos y su defensa no habían asistido a la audiencia de apelación.

Apunta el señor Fiscal Superior que se interpretó erróneamente el artículo 420° apartado cinco del NCPP, en el sentido de que la citada norma, en cuanto a la concurrencia de los sujetos procesales, alcanza a los abogados defensores de la parte impugnante, los cuales deben asistir necesariamente para sustentar sus agravios. La obligatoriedad de asistencia a la audiencia de apelación de los abogados defensores se impone desde una aplicación sistemática del artículo 420° del NCPP, pues los apartados cinco y seis de la citada norma estipulan la intervención de dichos Letrados, a quienes incluso se les puede formular preguntas o que profundicen su argumentación o se refieren a algún aspecto específico de la cuestión debatida.

SEGUNDO: Que, sobre el particular, la Sala de Apelación, por mayoría, precisó que el régimen legal de la apelación de autos está fijado por el artículo 420° del NCPP, cuyo quinto apartado prescribe que la concurrencia a la audiencia es facultativa para las partes. El voto singular insiste en la supremacía aplicativa de los principios de oralidad, publicidad y contradicción y, por tanto, que debe entenderse que, a partir de lo dispuesto en el apartado seis del artículo 420° del NCPP, resulta indispensable la concurrencia a la audiencia de la defensa técnica del recurrente.

TERCERO: Que, ahora bien, el procedimiento del recurso de apelación en el Tribunal Superior ha sido regulado separadamente según la resolución impugnada se trate de auto o de sentencia (así, artículos 420° y 424° del NCPP, respectivamente). Tratándose de autos, como el presente que se recurre una decisión sobre prisión preventiva, el apartado cinco del artículo 420° NCPP es claro y definitivo, no deja lugar a dudas ni puede invocarse siquiera una laguna normativa que requiera acudir a la integración jurídica, en concreto a la

aplicación supletoria de otra norma similar. Inicia el texto de la citada norma con la siguiente frase: *"A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente"*. A su vez, precisa que la audiencia de apelación *"...no podrá aplazarse por ninguna circunstancia... y [...] se oirá al abogado de la parte recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes"*.

Ambas frases no admiten, dentro de su sentido literal posible, otra opción que entender que la asistencia a la audiencia de apelación de autos de los sujetos procesales, incluyendo por cierto a sus abogados -que tienen una función específica dentro del proceso y su actividad se integra al de la parte que defiende-, es facultativa, y que los esclarecimientos y el propio debate de alegaciones, con la concurrencia incluso del acusado, que tiene derecho a la última palabra, es potestativa o discrecional. En este supuesto se considera suficiente el mérito del acto de interposición, respecto del cual la ley exige su debida fundamentación por escrito (artículo 405°, apartado uno, literal b) y c), del NCPP), y se privilegia la necesaria absolución del grado bajo el entendido de que la argumentación y la pretensión impugnativa constan en autos.

La asistencia a la audiencia de apelación desde la perspectiva del derecho a la revisión de una resolución de primera instancia de carácter interlocutoria, instituida legalmente, no trae consigo la inadmisibilidad de la apelación, su decadencia. Es obvio que desde una perspectiva general la concurrencia a la audiencia es, por cierto, un derecho constitucional de las partes -base del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, de hacerse oír por el órgano jurisdiccional antes de una decisión-. El deber u obligación procesal de asistencia, por el contrario, lo será en la medida, según el régimen legal respectivo, en que una norma específica así lo exija.

En tal virtud, la asistencia a la audiencia de apelación de autos es, propiamente, una posibilidad procesal, en tanto oportunidad procesal que se brinda al apelante a fin de acrecentar sus expectativas de una decisión favorable con su asistencia a las audiencias y exponer razonada, razonable y oralmente sus puntos de vista fácticos y jurídicos, así como sus propias pretensiones o resistencias. El NCPP, para el caso del recurso de apelación, ha configurado la asistencia del impugnante a la apelación como una carga procesal sólo cuando se apelen sentencias, pues su inasistencia determina la declaración de inadmisibilidad del recurso.

CUARTO: Que la declaración de inadmisibilidad de un acto procesal -en este caso de la interposición del recurso de apelación y de la consiguiente necesidad de la absolución del grado por el órgano jurisdiccional *Ad Quem*- constituye una sanción procesal. Como tal, según el apartado tres del artículo VII del Título Preliminar del NCPP, ha de ser interpretada restrictivamente. La declaración de inadmisibilidad presupone, como es lógico, una norma expresa y, además, se aplica sólo y estrictamente a los casos en los que no exista ni la menor duda, es decir, al alcance interpretativo de la ley se limita al núcleo de su significación.

Invocar el régimen de la apelación de sentencias, bajo el argumento de la supremacía de los principios de contradicción, oralidad y publicidad, es llanamente una integración analógica que lesiona el alcance del artículo 420° apartado cinco del NCPP, visto su contenido normativo expreso y cierto, e infringe palmariamente el artículo VII del Título Preliminar del NCPP ya citado.

QUINTO: Que un principio determinante, y base del debido proceso, es el de legalidad procesal, reconocido en el artículo I, apartado dos, del Título Preliminar del NCPP. La ley es la que en primer lugar informa y es la fuente primordial del ordenamiento procesal penal. Si ésta define acabadamente la situación procesal pertinente, si no existen lagunas jurídicas, entonces, no cabe acudir a otra norma en vía supletoria o de integración analógica.

Los principios del proceso penal nacional, siempre derivados de la Constitución y del propio Código, -entre ellos los de contradicción, oralidad y publicidad-, desde luego, han de ser utilizados como fundamento de interpretación de las normas procesales y, en defecto de norma, pueden aplicarse directamente. En el presente caso es cierto que el principio de oralidad se plasma en el régimen de audiencias, cuyo desarrollo está previsto legalmente. Tal régimen, sin embargo, no es absoluto, de suerte que la oralidad es sólo preponderante. Su aplicación directa sólo es posible dentro de las previsiones de la ley o, si ésta guarda silencio, cuando resulte indispensable y razonable, para afirmar las garantías de jerarquía constitucional de tutela jurisdiccional, defensa procesal y debido proceso. No es el caso respecto del artículo 420° apartado cinco del NCPP en relación con el artículo 423° apartado tres del citado Código.

El señor Fiscal Superior no ha sostenido que el artículo 420° apartado cinco del NCPP, tal como se está interpretando, de conformidad con lo decidido por la Sala de Apelación, es lesivo a las garantías procesales antes indicadas o al principio jurídico de igualdad, única posibilidad de inaplicarlo por inconstitucional

y que permitiría acudir directamente -a través de la integración jurídica- a los principios de contradicción y de oralidad, aunque en este caso sería de rigor concretar su contenido desde la forma y alcances en que han sido recogidos en nuestro ordenamiento -nunca se plasman en las legislaciones de modo absoluto o puro-.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de norma procesal interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE AREQUIPA contra el auto de vista de fojas ciento ochenta y cuatro, del veintiséis de agosto de dos mil nueve, en el extremo que por mayoría declaró infundado el pedido de aplicación analógica del artículo 423°, apartado tres, del NCPP y que se declare la inadmisibilidad de la impugnación formulada por los encausados contra el auto de primera instancia de fojas ciento treinta y seis, del nueve de agosto de dos mil nueve, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el Fiscal Provincial.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CADUCIDAD: ACTIVIDAD DE FISCALES Y JUECES

15 LA PRESENTACIÓN EXTEMPORÁNEA DEL REQUERIMIENTO FISCAL – ACUSATORIO O NO ACUSATORIO – SOLO ACARREA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA SOBRE EL FISCAL Y NO LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial, errónea interpretación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación e indebida aplicación de normas procesales.

Fundamento del recurso casatorio
"Que el agravio central del señor Fiscal Superior se refiere al correcto entendimiento del apartado 1) del artículo 144º NCPP, que alude a los plazos procesales que las partes deben cumplir dentro de la dinámica del proceso penal, que no estén referidos al ejercicio de las potestades que por imperio constitucional le han asignado al Poder Judicial y al Ministerio Público. Precisa el señor Fiscal recurrente que estimar que el plazo legal que tiene el fiscal para formular acusación o sobreseer la causa se encuentra sujeto a la sanción de caducidad es atentar directamente contra la acción penal y la persecución del delito. Agrega que el Tribunal Superior aplicó indebidamente el apartado 3) del artículo I del Título Preliminar NCPP, al entender que un plazo máximo es exigible a todos los sujetos procesales, entre ellos el Ministerio Público, en virtud al principio de igualdad de armas".

Fundamento del auto impugnado en casación
"El artículo 344º NCPP establece un plazo máximo para formular acusación de quince días, por lo que vencido este plazo operó la caducidad del mismo y en consecuencia la posibilidad de formularla, pues resulta de aplicación el artículo 144º numeral 1 -referido a los plazos máximos que deben observar las partes procesales- y no el numeral 2 de dicho artículo –tendiente a regular la actividad de jueces y fiscales-".

Fundamento de la casación
"Que en ese orden de ideas el apartado 2) del artículo 144 º NCPP cuando se refiere a la regulación de la actividad de los jueces y fiscales, debe ser entendido en relación a aquellas actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal –en caso de fiscales- como sería formular acusación y; expedir resoluciones en caso de jueces, las cuales al estar en estrecha relación con las funciones que la Constitución le asigna al Ministerio Público y al Poder judicial de manera exclusiva y excluyente no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo establecido por ley para emitir su dictamen o resolución, lo cual importaría una vulneración de las citadas normas constitucionales. Sin embargo, su inobservancia necesariamente debe estar sujeta a una sanción disciplinaria, puesto que todo justiciable tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sometido de manera indefinida a un proceso penal sin que se resuelva su situación jurídica".

"(...) El requerimiento fiscal –acusatorio o no acusatorio-, como ha quedado expuesto, es la expresión de un deber funcional ineludible: el proceso penal no se concibe sin su ejercicio. Por tanto, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para su emisión, por su carácter de acto necesario para el proceso, sólo acarrea responsabilidad disciplinaria como lo establece el artículo 144.2 NCPP; tienen que ser cumplidos aunque se hubiese producido su término final".

Base Legal: Const.: Arts. 139.5, 159.4.5; NCPP: Arts. I.3, VII.3, 144.1.2, 343.1, 344.1.2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 54-2009 (AUTO)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinte de julio de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por errónea interpretación e inobservancia de norma procesal penal interpuesto por la señora Fiscal Superior contra el auto de vista de fojas treinta y siete, del diecinueve de agosto de dos mil nueve, que revocando el auto de primera instancia de fojas veintiuno, del tres de agosto de dos mil nueve, declaró fundada la solicitud de caducidad de la acusación fiscal; en los seguidos contra Edilberto Sánchez Mera por delito contra la Administración Pública - violencia contra funcionario público en agravio del Estado.
Interviene como ponente el señor Calderón Castillo.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que la defensa del imputado Sánchez Mera solicitó la caducidad del plazo que tenía la Fiscalía para formular su acusación, conforme se advierte de su escrito de fojas dos. Al respecto alegó que al haberse dispuesto la conclusión de la investigación preparatoria, en aplicación del artículo 343° apartado 1) del

Código Procesal Penal -en adelante NCPP-, el representante del Ministerio Público tenía el plazo de quince días para formular acusación o no, en virtud del apartado 1) del articulo 344° NCPP.

SEGUNDO: Que recibida la indicada solicitud, se señaló fecha de audiencia para el día tres de agosto de dos mil nueve, oportunidad en la que el Juez de la Investigación Preparatoria la declaró infundada, conforme es de verse del acta de fojas veintiuno. Contra dicha decisión la defensa del encausado interpuso recurso de apelación, conforme es de verse de su escrito de fojas veintitrés, denunciando la trasgresión de la garantía específica de motivación de las resoluciones judiciales, prevista en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución.

TERCERO: Que elevados los autos a la Sala de Apelaciones, se fijó fecha de audiencia para el día diecinueve de agosto de dos mil nueve. Llevada a cabo la misma, dicho Colegiado revocó la resolución apelada y, reformándola, declaró fundada la solicitud de caducidad del plazo. En consecuencia, dio por no presentada la acusación formulada por el representante del Ministerio Público.

CUARTO: Que leída y notificada la citada resolución de vista, el Fiscal Superior interpuso recurso de casación con el escrito de fojas cuarenta. Introdujo como motivo de casación: la errónea interpretación e indebida aplicación de normas procesales e invocó, para su admisibilidad, el desarrollo de doctrina jurisprudencial. Concedido el recurso por auto de fojas cincuenta y siete, del tres de septiembre de dos mil nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha doce de octubre de dos mil nueve.

QUINTO: Que cumplido los traslados -sin que las partes presenten sus alegatos correspondientes-, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas diecinueve - del cuaderno de casación-, del cuatro de marzo de dos mil diez, admitió a trámite el recurso de casación invocando la vía excepcional del desarrollo de doctrina jurisprudencial y consolidó como causal casatoria la errónea interpretación e indebida aplicación de normas procesales.

SEXTO: Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención de la señora Fiscal Supremo en lo Penal, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

SÉPTIMO: Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día once de agosto del año en curso a horas ocho y treinta de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de calificación de fojas diecinueve -del cuaderno de casación-, del cuatro de marzo de dos mil diez, el acceso al recurso de casación persigue el desarrollo de doctrina jurisprudencial a fin de establecer los alcances de la interpretación del artículo 144° NCPP a partir del motivo casacional de infracción de ley procesal.

SEGUNDO: Que el agravio central del señor Fiscal Superior se refiere al correcto entendimiento del apartado 1) del artículo 144° NCPP, que alude a los plazos procesales que las partes deben cumplir dentro de la dinámica del proceso penal, que no estén referidos al ejercicio de las potestades que por imperio constitucional le han asignado al Poder Judicial y al Ministerio Público. Precisa el señor Fiscal recurrente que estimar que el plazo legal que tiene el fiscal para formular acusación o sobreseer la causa se encuentra sujeto a la sanción de caducidad es atentar directamente contra la acción penal y la persecución del delito. Agrega que el Tribunal Superior aplicó indebidamente el apartado 3) del artículo I del Título Preliminar NCPP, al entender que un plazo máximo es exigible a todos los sujetos procesales, entre ellos el Ministerio Público, en virtud al principio de igualdad de armas.

TERCERO: Que la resolución de vista impugnada en casación precisó lo siguiente:

A. El apartado 3) del artículo I del Título Preliminar NCPP al estatuir el principio de igualdad de armas no establece excepción alguna, por lo que el cumplimiento de las normas legales son para todas las partes por igual, por ello el Ministerio Público estaba obligado a observar el plazo establecido por la ley para emitir su acusación.

B. El artículo 344° NCPP establece un plazo máximo para formular acusación de quince días, por lo que vencido este plazo operó la caducidad del mismo y en consecuencia la posibilidad de formularla, pues resulta de aplicación el artículo 144° numeral 1 -referido a los plazos máximos que deben observar las partes procesales- y no el numeral 2 de dicho artículo -tendiente a regular la actividad de jueces y fiscales-.

CUARTO: Que el artículo 144° NCPP establece dos supuestos distintos con consecuencias diferentes: el apartado 1) referido al vencimiento de un plazo máximo, que es sancionado con la caducidad de lo que se pudo o debió hacer; mientras que el apartado 2) que regula la actividad de Jueces y Fiscales, señala que el vencimiento del plazo sólo acarrea responsabilidad disciplinaria.

Que una mera interpretación literal del referido artículo es insuficiente, pues es necesario delimitar cuáles son aquellos actos procesales sujetos a caducidad y qué debe entenderse como actividades de Jueces y Fiscales que son sancionadas disciplinariamente, por lo que resulta imprescindible recurrir a algunas cuestiones previas, a fin de realizar un análisis integrador y armónico de la citada norma.

QUINTO: Que una de las líneas rectoras del nuevo proceso penal, como consecuencia de la asunción específica del principio acusatorio es la separación de funciones de investigación y juzgamiento. De esta manera, constitucionalmente, la investigación penal está a cargo del Fiscal y la decisoria a cargo del Juez.

Que tal separación de funciones tiene su base constitucional en el artículo 159°.4 de la Ley Fundamental cuando señala que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito. Con la adopción del sistema procesal acusatorio y la estructura del proceso penal común, tanto el Ministerio Público como los órganos jurisdiccionales deben asumir plenamente las competencias exclusivas y excluyentes que la Constitución les asigna.

SEXTO: Que dentro de este nuevo proceso penal, propio de un Estado Constitucional, que se caracteriza por el respeto al debido proceso, uno de los principios procesales que lo informan es el principio acusatorio.

Que la vigencia del principio acusatorio como elemento que integra el contenido constitucionalmente garantizado del debido proceso, exige, entre otras cosas, pero de manera fundamental, que no puede existir juicio sin acusación, que debe ser formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si el Fiscal no formula acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente, sin que ello obste el procedimiento para formular acusación. En ese sentido, se advierte que la primera de las características del principio acusatorio guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159°.5 de la Constitución Política del Estado, de ejercitar la acción penal, siendo exclusiva su potestad de incoar la acción penal y de acusar, por lo que a falta de ésta el proceso debe llegar a su fin.

SÉPTIMO: Que una de las expresiones del principio acusatorio, que concreta el objeto procesal y define los roles de los sujetos procesales al interior del proceso penal mismo, es precisamente la formulación de la acusación por parte del representante del Ministerio Público. Al respecto el Acuerdo Plenario Nro 6- 2009/ CJ-116, del trece de noviembre de dos mil nueve, ha establecido como doctrina legal que: *"La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (...) Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido (...) ".*

OCTAVO: Que el principio de igualdad de armas, previsto en el apartado 3) del artículo I del Título Preliminar NCPP incide en la exigencia de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales. El principio de igualdad de armas es una proyección del genérico principio de igualdad, el cual hay que estimarlo vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna o bien el legislador, o bien el propio órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria (GIMENO SENDRA, Vicente: *"Derecho Procesal Penal"*, 2da edición, Colex, Madrid, 2007, pp 91-94).

En tal virtud, no debe invocarse su vulneración en todo acto procesal, pues existen casos en los que justificadas razones establecidas por la ley, reconocen a determinada parte procesal, como es el caso del fiscal cuando hace uso de la facultad asignada por la Constitución de ejercitar la acción penal. Tal ejercicio

no puede ser interpretado como una vulneración del principio de igualdad de armas, que tiene su principal plasmación en la actividad probatoria, en la que concurrentemente se requiere de la inmediación de un órgano jurisdiccional y la vigencia directiva del principio procesal de contradicción, que integra el contenido constitucionalmente protegido de la garantía de defensa procesal.

NOVENO: Que en este orden de ideas el apartado 2) del artículo 144° NCPP cuando se refiere a la regulación de la actividad de jueces y fiscales, debe ser entendido en relación a aquellas actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal -en caso de fiscales- como sería formular acusación; y expedir resoluciones en caso de jueces, las cuales al estar en estrecha relación con las funciones que la Constitución le asigna al Ministerio Público y al Poder Judicial de manera exclusiva y excluyente no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo establecido por ley para emitir su dictamen o resolución, lo cual importaría una vulneración de las citadas normas constitucionales. Sin embargo, su inobservancia necesariamente debe estar sujeta a una sanción disciplinaria, puesto que todo justiciable tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sometido de manera indefinida a un proceso penal sin que se resuelva su situación jurídica.

Asimismo, realizando una interpretación sistemática del propio Código, se tiene el artículo 343° NCPP referido al control del plazo de la investigación preparatoria -el cual esta vinculado a la facultad constitucional asignada al Ministerio Público de investigar el delito- en el que se establece que acarrea sólo responsabilidad disciplinaria en el Fiscal en caso se exceda en el plazo otorgado.

Por otro lado, el apartado 1) del citado artículo 144° NCPP debe ser entendido como todos aquellos plazos establecidos en la ley que no se encuentran comprendidos en la excepción antes detallada, como son los plazos para impugnar, para ofrecer pruebas, para interponer excepciones, entre otros, todos los cuales se dan dentro de la propia dinámica del proceso penal.

DÉCIMO: Que es cierto que la Ley establece un plazo para la formulación de la acusación (quince días, según lo dispuesto en el artículo 344°. 1 del NCPP). El requerimiento fiscal, acusatorio o no acusatorio, sin embargo, tiene lugar no como el ejercicio de una facultad discrecional del Ministerio Público sino como la ejecución de una obligación indispensable o necesaria para la continuación del proceso, sea para definir la clausura de la causa a través del sobreseimiento o para abrir la etapa principal de enjuiciamiento.

La caducidad es una sanción procesal. Supone, según doctrina consolidada, una facultad procesal atribuida a un sujeto procesal, y consiste en la pérdida o privación de la misma por efecto del tiempo transcurrido sin haberla ejercitado. Se funda en el comportamiento procesal del sujeto y su efecto es la preclusión, en cuya virtud aquél pierde la facultad procesal de que se trate y no puede ya ejercitarla. La caducidad consumada impide la realización del acto (EUGENIO FLORIAN: *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1934, pp 133-134).

El requerimiento fiscal -acusatorio o no acusatorio-, como ha quedado expuesto, es la expresión de un deber funcional ineludible: el proceso penal no se concibe sin su ejercicio. Por tanto, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para su emisión, por su carácter de acto necesario para el proceso, sólo acarrea responsabilidad disciplinaria como lo establece el artículo 144°.2 NCPP; tienen que ser cumplidos aunque se hubiese producido su término final.

Por otro lado, el carácter expreso o la exigencia de una específica autorización legal para imponer una sanción procesal, tal como ha sido establecido por el artículo VII, apartado 3), del NCPP, a la que se une su interpretación restrictiva, impide 'deducir' del ordenamiento un supuesto de caducidad y consiguiente preclusión. La norma establecida en el artículo 144° NCPP, en el caso de la actividad del Fiscal, no permite que se declare la caducidad del ejercicio de la acusación por vencimiento del plazo. Tal situación, además, importaría, *primero*, crear pretorianamente un supuesto adicional de sobreseimiento de la causa, al margen de lo dispuesto en el artículo 344°.2 del NCPP; y *segundo*, instituir una causal de cese de la acción penal fuera de los casos establecidos por la ley, vulnerándose los principios de oficialidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

UNDÉCIMO: Que en el caso concreto se advierte que el Tribunal de Apelación, a la luz de lo antes expuesto, realizó una indebida aplicación del artículo 144° NCPP, al sancionar con la caducidad el plazo que tenía el Fiscal para formular acusación, por más que se hubiere excedido -tal como efectivamente sucedió-.

En consecuencia, el recurso de casación interpuesto debe ser amparado, la resolución impugnada declarada

nula y emitiendo fallo sobre el asunto en cuestión, debe confirmarse la resolución de primera instancia, en virtud del apartado 1) del artículo 433° NCPP.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior de La Libertad. En consecuencia, **CASARON** la resolución de vista de fojas treinta y siete, del diecinueve de agosto de dos mil nueve, que revocando la resolución de primera instancia declaró fundada la solicitud de caducidad de la acusación fiscal interpuesta por la defensa del encausado Edilberto Sánchez Mera. Por tanto, actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** el auto de primera instancia de fojas veintiuno, del tres de agosto de dos mil nueve, que declaró infundada dicha solicitud, debiéndose proseguir la causa conforme a su estado procesal; en el proceso que se le sigue a Edilberto Sánchez Mera por delito contra la Administración Pública -violencia contra funcionario público en agravio del Estado-.

II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante lo dispuesto en los fundamentos jurídicos 9ª y 10° de la presente Ejecutoria Suprema, debiéndose publicar en el Diario Oficial El Peruano.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal.

IV. MANDARON que cumplidos los trámites correspondientes se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. -

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

JUICIO ORAL: ACUSACIÓN ALTERNATIVA

16 EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA NO SE VE AFECTADO CUANDO EL TRIBUNAL CONDENA POR UNO DE LOS DELITOS CONTEMPLADOS ALTERNATIVAMENTE EN LA ACUSACIÓN FISCAL

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) que si bien alternativamente acusó por delito de actos contra el pudor, no se le informó en qué consistían los cargos ni se le preguntó a su patrocinado si lo aceptaba o no; que la defensa técnica realizada a favor de su patrocinado se circunscribió a la imputación por el delito de violación sexual de menor de edad, precisamente porque no se le informó sobre los cargos específicos en relación al delito de actos contra el pudor. Lo que denuncia es, por consiguiente, la vulneración del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente el derecho de conocimiento de los cargos (...)".

Fundamento del auto impugnado en casación
"Que el Juzgado Colegiado mediante sentencia de fojas ciento cincuenta y siete, del doce de junio de dos mil nueve, absolvió a Dante Mamani Arohuanca de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de violación sexual en agravio de la menor Y.CH.M, y lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor en agravio de la mencionada menor".

"Que la Sala Penal de Apelaciones emitió la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cuatro, el día quince de setiembre de dos mil nueve, que confirmó la sentencia apelada en todos sus extremos".

Fundamento de la casación
"Desde el principio acusatorio la sentencia respetó los hechos acusados en su núcleo esencial. No está prohibido al Tribunal, desde luego, degradar la acusación a partir de la prueba actuada: pasar de violación a actos contra el pudor. El objeto procesal no se alteró, pues además de la identidad entre el factum acusatorio y los hechos declarados probados en la sentencia se acató la homogeneidad del bien jurídico existente entre los delitos de violación y actos contra el pudor".

"Desde el principio de contradicción (...) la sentencia se limitó a optar, motivadamente, por uno de los tipos legales específicamente contemplados en la acusación fiscal escrita. (...) el tipo legal de actos contra el pudor ya había sido contemplado por el Fiscal e integraba el auto de enjuiciamiento. El fallo no fue sorpresivo ni incluyo hechos radicalmente distintos a los acusados y debatidos".

Base Legal: Const.: Art. 139.14; NCPP: Arts. IX, 336.2.b, 349.3, 374.1, 429.1, 432.2, 433, 504.2; CP: Art. 176A

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 62-2009 (SENTENCIA)
TACNA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinte de julio de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal de inobservancia, indebida o errónea aplicación de garantías constitucionales de carácter procesal o material -prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por la defensa del encausado Dante Mamani Arohuanca contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cuatro, del quince de setiembre de dos mil nueve, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento cincuenta y siete, del doce de junio de dos mil nueve, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual - actos contra el pudor en agravio de la menor de iniciales Y.CH.M. a doce años de pena privativa de libertad, así como al pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.
Interviene como ponente el señor Santa María Morillo.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que la señora Fiscal Provincial del Cuarto Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna por requerimiento de fojas dos e integrado a fojas ochenta y ocho -del Tomo II- formuló acusación contra Dante Mamani Arohuanca como autor del delito de violación sexual en agravio de la menor de iniciales Y.CH.M - previsto y sancionado en el artículo ciento setenta y tres, inciso uno del primer párrafo

del Código Penal-, y alternativamente como autor del delito de actos contra el pudor en agravio de la citada menor -previsto y sancionado en el artículo ciento setenta y seis A del acotado Código-.

SEGUNDO: Que el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna llevó a cabo la audiencia preliminar de control de acusación y dictó el correspondiente auto de enjuiciamiento -audiencia del veintiuno de abril de dos mil nueve, de fojas noventa y nueve del Tomo II.-, conforme a los términos de la acusación Fiscal.

Posteriormente, el Juzgado Penal Colegiado de Tacna mediante resolución de fojas cuarenta y uno, del once de mayo de dos mil nueve -Tomo III-, dictó auto de citación a juicio y emplazó a las partes para que concurran al debate oral, a la vez que ordenó formar el expediente judicial y el cuaderno de debate.

El cuatro de junio de dos mil nueve se inició el juicio oral -ver fojas ciento dieciocho del acta de registro de audiencia-, con la continuidad de la actividad probatoria en las sesiones, como consta a partir de fojas ciento veintitrés. La audiencia fue suspendida para efectos de la expedición y lectura de sentencia.

TERCERO: Que el Juzgado Colegiado mediante sentencia de fojas ciento cincuenta y siete, del doce de junio de dos mil nueve, absolvió a Dante Mamani Arohuanca de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de violación sexual en agravio de la menor Y.CH.M., y lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor en agravio de la mencionada menor.

CUARTO: Que leída la sentencia de primera instancia, tanto la señora Fiscal Provincial como la defensa del procesado Mamani Arohuanca se reservaron su derecho de impugnar -conforme se aprecia del acta de lectura de sentencia de fojas ciento ochenta y nueve-; impugnación que en efecto promovieron mediante escritos de fojas ciento noventa y tres y doscientos dieciséis -dentro del plazo de ley-. Se concedieron ambos recursos mediante auto de fojas ciento noventa y seis y doscientos veintitrés, respectivamente.

QUINTO: Que la Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas doscientos treinta y siete, del veintiuno de julio de dos mil nueve -después de haberse corrido traslado a las partes-, admitió ambos recursos impugnatorios y concedió un plazo de cinco días a las partes impugnantes para que ofrezcan sus medios probatorios.

Mediante resolución de fojas doscientos cuarenta y siete, del seis de agosto de dos mil nueve, se declaró inadmisible los medios probatorios ofrecidos por la defensa del encausado Mamani Arohuanca, y se señaló fecha para la realización de la audiencia de apelación de sentencia.

El tres de setiembre de dos mil nueve -según acta de continuación de audiencia de apelación de fojas doscientos sesenta y tres-, la citada Sala declaró cerrado el debate y suspendió la audiencia para la expedición y lectura de sentencia.

SEXTO: Que la Sala Penal de Apelaciones emitió la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cuatro, el día quince de setiembre de dos mil nueve, que confirmó la sentencia apelada en todos sus extremos.

SÉPTIMO: Que la defensa del citado encausado interpuso recurso de casación -fojas doscientos ochenta y nueve-, el mismo que fue concedido por resolución de fojas doscientos noventa y cuatro. Elevados los autos a esta Suprema Instancia y cumplido el respectivo trámite de traslado, esta Sala de Casación mediante auto de calificación de fojas nueve, del cinco de marzo de dos mil diez -del cuaderno formado en esta Instancia-, declaró bien concedido el citado recurso por la causal de inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías, prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal.

OCTAVO: Que instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la realización de la audiencia de casación. Instalada la misma con la concurrencia del defensor del encausado, realizados los pasos correspondientes, deliberada la causa en reserva, y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala de Casación Penal cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada con las partes que asistan se realizará el nueve de agosto del año en curso, a las ocho horas con treinta de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme se ha establecido por Ejecutoria Suprema de fojas nueve, del cinco de marzo de dos mil diez -del cuaderno de casación-, el motivo de casación admitido se circunscribe a la presunta inobservancia

de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

Sobre el particular, la defensa del imputado en su recurso formalizado de fojas doscientos ochenta y nueve alega que el Fiscal formuló acusación por delito de violación sexual de menor de edad; que si bien alternativamente acusó por delito de actos contra el pudor, no se le informó en qué consistían los cargos ni se le preguntó a su patrocinado si lo aceptaba o no; que la defensa técnica realizada a favor de su patrocinado se circunscribió a la imputación por el delito de violación sexual de menor de edad, precisamente porque no se le informó sobre los cargos específicos en relación al delito de actos contra el pudor. Lo que denuncia es, por consiguiente, la vulneración del Principio de Contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente el derecho de conocimiento de los cargos -artículos ciento treinta y nueve, numeral catorce de la Constitución y IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal-.

SEGUNDO: Que es de precisar que los hechos objeto del proceso, están definidos tanto en la sentencia del Juzgado Colegiado como de la Sala de Apelaciones, por lo que a esta Sala de Casación no le corresponde hacer un examen del mismo, menos volver a valorarlos, conforme está definido en el apartado dos del artículo cuatrocientos treinta y dos del Nuevo Código Procesal Penal.

La casación no constituye técnicamente una doble instancia sino que posibilita el necesario control de la corrección y legalidad de las sentencias. Es un recurso extraordinario destinado a invalidar, a petición de parte, determinadas resoluciones judiciales por haber sido dictadas con infracción de la ley, siempre que dicha infracción haya influido en la parte dispositiva de la sentencia. Este medio de impugnación, por su naturaleza, no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada. El Tribunal de Casación está circunscripto a conocer exclusivamente los motivos aceptados en el auto de calificación.

En tal virtud, el análisis en una sentencia para determinar si ha incurrido en una vulneración de la ley debe realizarse a partir de sus propios fundamentos, por lo que no es admisible el reexamen de pruebas orientadas a decidir acerca de la responsabilidad o no del sujeto a quien se le imputa la comisión de un delito, tal como lo dispone el artículo cuatrocientos treinta y tres del Código acotado.

TERCERO: Que, ahora bien, respecto de la citada causal casacional, se observa que la Sala de Apelaciones confirmó la sentencia apelada -en el extremo condenatorio- porque el Ministerio Público acusó a Dante Mamani Arohuanca alternativamente tanto por el delito de violación cuanto por el delito de actos contra el pudor, imputación que fue analizada en la etapa intermedia y que fue materia del auto de enjuiciamiento correspondiente, todo lo cual fue debidamente notificado a la defensa. El hecho que en el juicio oral el Fiscal haya fundamentado el delito de violación sexual de menor, no dejaba de lado el delito que se cuestiona, expresamente incorporado en la acusación fiscal escrita, base del juicio oral.

Se denuncia la presunta ilegalidad de las sentencias de mérito porque el Fiscal en el juicio oral no habría hecho mención al tipo legal alternativo de actos contra el pudor, y que la imputación en los debates orales sólo se basó en el delito de violación sexual, lo que dio lugar a que su defensa verse únicamente respecto a dicho ilícito penal.

La Constitución reconoce el derecho de defensa. Uno de sus derechos instrumentales, desarrollado en el apartado uno del artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal es que todo justiciable tiene derecho a conocer de forma cierta, expresa e inequívoca, los cargos que pesan sobre él con el objeto de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de la conducta prohibida que se le imputa, base del principio de contradicción.

En este sentido se ha determinado que resultan vulneratorias del derecho de defensa, así como -en su caso- del derecho al debido proceso por infringir el principio acusatorio aquellas condenas por delitos que no fueron comprendidos en la acusación fiscal y que, por ende, no pudieron ser objeto del contradictorio dentro del proceso penal.

CUARTO: Que, analizando el presente caso, se tiene que en mérito de la acusación de fojas dos, integrada a fojas ochenta y ocho -del cuaderno de requerimiento de acusación-, los delitos atribuidos al justiciable, como pretensión principal y pretensión alternativa, fueron los de violación sexual de menor y actos contra el pudor de menor, imputación específica que el Fiscal reiteró al realizar su exposición oral en la continuación de la audiencia de instalación de juicio oral del ocho de junio de dos mil nueve -fojas ciento cuarenta y cinco-. Asimismo, de autos se advierte que en la audiencia pública preliminar de control de acusación del veintiuno

de abril de dos mil nueve -fojas noventa y nueve del cuaderno de requerimiento de acusación-, el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna dictó el auto de enjuiciamiento contra el imputado Mamani Arohuanca por la comisión del delito contra la libertad sexual - violación sexual en agravio de la menor de iniciales Y.CH.M., y como tipo penal alternativo el delito de actos contra el pudor en agravio de la citada menor. Igualmente, conforme a lo dispuesto por el artículo trescientos cincuenta y cinco, apartado uno del Nuevo Código Procesal Penal, se citó al encausado a juicio oral, además de reiterarse los delitos por el cual fue acusado -véase fojas cuarenta y uno del cuaderno principal-.

También se advierte que la calificación jurídica efectuada en la acusación fiscal y expresada en el auto de enjuiciamiento fue respetada en la sentencia -respecto al extremo condenatorio-. A mayor abundamiento, la defensa técnica del imputado, mediante escrito de fecha veintisiete de mayo de dos mil nueve, solicitó copias certificadas del proceso -incluida la acusación Fiscal-, solicitud que fue acogida mediante decreto del veintinueve de mayo de dos mil nueve -fojas setenta y ocho del cuaderno principal-.

Estando a lo expuesto precedentemente, se concluye que el imputado en todo momento estuvo informado de que se le imputaba el delito que ahora cuestiona -actos contra el pudor de menor-. Por consiguiente, como el encausado conocía de manera cierta, expresa e inequívoca los cargos que pesaban en su contra, no medió estado de indefensión alguno.

QUINTO: Que, la garantía de defensa procesal, entre otros ámbitos de influencia, impone la necesidad de que el imputado sea informado de la acusación para poder así defenderse de forma contradictoria. La pretensión punitiva debe exteriorizarse cumplidamente, por lo que no es posible admitir una acusación tácita o implícita.

El conocimiento de la acusación requiere que se informe al imputado tanto el hecho atribuido como la calificación jurídica de tales hechos. La acusación contra el encausado Mamani Arohuanca cumplió ambos cometidos. Desde la calificación jurídica, el nuevo ordenamiento procesal penal autoriza a que, respetando el núcleo esencial del hecho, pero degradándolo o aumentando determinadas circunstancias, puedan plantearse tipificaciones alternativas -véase artículos trescientos treinta y seis, inciso dos, parágrafo "b" y trescientos cuarenta y nueve inciso tres del Nuevo Código Procesal Penal-. Basta que el imputado las conozca y que estas se correspondan con los hechos investigados, que no sean sorpresivas, para que este derecho instrumental de la garantía de defensa procesal esté resguardado.

Con independencia de que el Fiscal en el juicio oral se avocó esencialmente a justificar la pretensión principal: por el delito de violación sexual, el imputado y su defensa técnica conocían, desde una línea de degradación fáctica y típica, de la pretensión alternativa de delito contra el pudor y, por tanto, estaba a su alcance contar con esta posibilidad.

El título condenatorio es plenamente congruente con el título acusatorio: delito de actos contra el pudor, expresamente citado por el Fiscal en su acusación escrita, que es la que fija el objeto procesal y determina el rumbo del juicio oral.

Desde el principio acusatorio la sentencia respetó los hechos acusados en su núcleo esencial. No está prohibido al Tribunal, desde luego, degradar la acusación a partir de la prueba actuada: pasar de violación a actos contra el pudor. El objeto procesal no se alteró, pues además de la identidad entre el *factum* acusatorio y los hechos declarados probados en la sentencia se acató la homogeneidad del bien jurídico existente entre los delitos de violación y actos contra el pudor.

Desde el principio de contradicción -en su faz de conocimiento de los cargos- la sentencia se limitó a optar, motivadamente, por uno de los tipos legales específicamente contemplados en la acusación fiscal escrita. No cabía plantear la tesis -artículo trescientos setenta y cuatro inciso uno del Nuevo Código Procesal Penal-, porque el tipo legal de actos contra el pudor ya había sido contemplado por el Fiscal e integraba el auto de enjuiciamiento. El fallo no fue sorpresivo ni incluyó hechos radicalmente distintos a los acusados y debatidos.

Las deficiencias de la defensa técnica o su línea restrictiva en modo alguno autoriza una nulidad de actuaciones. Si no hizo lo que debía y pudo hacer, en un marco en que el objeto del juicio y del debate contemplaba dos posibilidades típicas, no puede achacarse al órgano jurisdiccional su falta de pericia.

SEXTO: Que el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del Nuevo Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías interpuesto por la defensa del encausado Dante Mamani Arohuanca contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cuatro, del quince de setiembre de dos mil nueve, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento cincuenta y siete, del doce de junio de dos mil nueve, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual - actos contra el pudor en agravio de la menor de iniciales Y.CH.M. a doce años de pena privativa de libertad, así como al pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.

II. CONDENARON al recurrente al pago de las costas del recurso, que serán exigidas por el Juez de Investigación Preparatoria.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por Secretaría de esta Suprema Sala Penal, el nueve de agosto del año en curso, a las ocho horas con treinta minutos de la mañana; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CONTROL DE LAS REGLAS DE CONDUCTA

17 EL PROCESO DE EJECUCIÓN ESTA BAJO LA DIRECCIÓN DEL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y NO DEL MINISTERIO PÚBLICO, QUIEN SOLO PUEDE INSTAR A AQUÉL LAS MEDIDAS DE SUPERVISIÓN Y CONTROL QUE CORRESPONDAN

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

Fundamento del recurso casatorio
"El motivo aceptado de casación estriba en que, según la Fiscalía, el Tribunal estableció que el control de las reglas de conductas estará en lo sucesivo a cargo del Ministerio Público, pese a que los apartados uno y dos del artículo 489 º del nuevo Código Procesal Penal señalan lo contrario: la ejecución de la sentencia condenatoria es competencia del Juez de Investigación Preparatoria, quién está facultado para resolver los incidentes de ejecución. Señala el Tribunal de Apelación que el artículo488 º apartado tres del nuevo Código Procesal Penal entrega al fiscal el control de las sanciones en general, norma que le faculta a solicitar las medidas de supervisión y control del Juez de Investigación Preparatoria".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"Que es materia del recurso de casación el extremo de la sentencia de vista que confirmando la de primera instancia estableció como reglas de conducta (...) concurrir a la Fiscalía a informar sobre sus actividades y no variar domicilio sin previo aviso al Fiscal".

Fundamento de la casación
"Que el proceso penal de ejecución, como corresponde a su naturaleza jurisdiccional, está bajo la dirección del órgano jurisdiccional (...). El Poder Judicial no puede renunciar a este ámbito del proceso penal, destinado precisamente a la realización judicial de las consecuencias jurídicas, civiles y penales, establecidas en la sentencia firme que se erige en título de ejecución-dar cumplimiento al mandato establecido en la sentencia-y la forma como interviene en este tipo de proceso es la trazada por la Ley ordinaria".

"(...) El Fiscal, por su condición de guardián de la legalidad y titular de la acción penal, tiene injerencia para instar -pedir imperiosamente- medidas de supervisión y control, así como para formular requerimientos en orden a la correcta aplicación de la ley (...)como es obvio, solo insta, esto es, urge la pronta ejecución de una medida determinada, quien es ajeno a la potestad jurisdiccional y , precisamente, la solicitud que corresponda se formula ante el Juez que tiene la competencia funcional que le es propia".

"Que, como regla general, conforme al artículo 29, apartado cuatro, del nuevo Código Procesal Penal, corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria conducir la ejecución de la sentencia. Esta competencia funcional genérica ha sido ratificada por el artículo 489 del citado Código, que impone al citado Juez la atribución de practicar las diligencias necesarias para la ejecución de las sanciones penales".

Base Legal: Const.: Arts. 2.24.d, 139; NCPP: Arts. 28.4.5, 29.4, 425.4, 429.2, 431.4, 431.1, 433.1, 488.3, 489.1.2, 491.4.5; CP: Art. VI; LOMP: Art. 95.8.9

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 79-2009 (SENTENCIA)
PIURA

SENTENCIA CASATORIA

Lima, diecisiete de septiembre de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de norma procesal interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE PIURA contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y dos, del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas nueve, del catorce de septiembre de dos mil nueve, condenó a Otilio Correa Yajahuanca como autor del delito de incumplimiento de obligación alimentaria en agravio de Estefani Correa Vargas a un año de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente y fijó en ciento cincuenta nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.
Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que la sentencia de vista de fojas cuarenta y dos, del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, confirmó la sentencia de primera instancia de fojas nueve, del catorce de septiembre de dos mil nueve, en

el extremo recurrido por la Fiscalía que fijó como reglas de conducta al imputado Correa Yajahuanca: **a)** concurrir cada treinta días al local de la Segunda Fiscalía Penal Corporativa de Castilla a fin de informar y firmar el libro de control de sentenciados correspondiente; y **b)** no variar de domicilio sin previo aviso al representante del Ministerio Público.

SEGUNDO: Que la Fiscalía Superior interpuso recurso de casación a fojas cincuenta y tres incorporando dos motivos: casación constitucional y casación procesal. Este Supremo Tribunal por Ejecutoria de Calificación de fojas trece del cuaderno de casación formando en esta Sala Suprema, del doce de marzo del año en curso, declaró inadmisible el recurso de casación constitucional y bien concedido el recurso de casación por inobservancia de norma procesal (artículo 429°, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal).

El motivo aceptado de casación estriba en que, según la Fiscalía, el Tribunal estableció que el control de las reglas de conducta estará en lo sucesivo a cargo del Ministerio Público, pese a que los apartados uno y dos del artículo 489° del nuevo Código Procesal Penal señalan lo contrario: la ejecución de la sentencia condenatoria es competencia del Juez de la Investigación Preparatoria, quien está facultado para resolver los incidentes de ejecución. Señala el Tribunal de Apelación que el artículo 488° apartado tres del nuevo Código Procesal Penal entrega al Fiscal el control de las sanciones penales en general, norma que le faculta a solicitar las medidas de supervisión y control al Juez de la Investigación Preparatoria.

TERCERO: Que cumplido el trámite previsto por el apartado uno del artículo 431° del nuevo Código Procesal Penal, sin que las partes presenten alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta en el acta correspondiente.

Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos 431°, apartado cuatro, con el artículo 425°, apartado cuatro, del Código acotado, el día veinticuatro del presente mes a las ocho y treinta de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que es materia del recurso de casación el extremo de la sentencia de vista que confirmando la de primera instancia estableció como reglas de conducta al condenado Otilio Correa Yajahuanca: concurrir a la Fiscalía a fin de informar sobre sus actividades y no variar de domicilio sin previo aviso al Fiscal.

El Tribunal de Apelación sustenta su decisión en el artículo 488°, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal, que según su interpretación del mismo corresponde al Ministerio Público el control de la ejecución de las sanciones penales.

SEGUNDO: Que el proceso penal de ejecución, como corresponde a su naturaleza jurisdiccional, está bajo la dirección del órgano jurisdiccional. La ejecución de lo juzgado integra la potestad jurisdiccional, de suerte que, conforme a la garantía de ejecución, que integra el principio de legalidad penal (artículo 2° apartado veinticuatro, literal d) de la Constitución), *"... la ejecución de la pena será intervenida judicialmente"* -que traduce la idea de control judicial de su cumplimiento- (artículo VI del Título Preliminar del Código Penal). Ello es así en cumplimiento de la garantía judicial de tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139°apartado tres de la Constitución), que impone la existencia de un control jurisdiccional sobre toda la fase de ejecución en atención a los derechos e intereses legítimos que pueden ser afectados. El Poder Judicial no puede renunciar a este ámbito del proceso penal, destinado precisamente a la realización judicial de las consecuencias jurídicas, civiles y penales, establecidas en la sentencia firme que se erige en título de ejecución - dar cumplimiento al mandato establecido en la sentencia-, y la forma cómo interviene en este tipo de proceso es la trazada por la Ley ordinaria.

TERCERO: Que, como regla general, conforme al artículo 29°, apartado cuatro, del nuevo Código Procesal Penal, corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria conducir la ejecución de la sentencia. Esta competencia funcional genérica ha sido ratificada por el artículo 489° del citado Código, que impone al citado Juez la atribución de practicar las diligencias necesarias para la ejecución de las sanciones penales.

Diferentes incidentes de ejecución, fuera de los previstos para el Juez de la Investigación Preparatoria -cuyo trámite está expresamente regulado-, están encargados a los Juzgados Penales, sean unipersonales como colegiados, conforme a lo dispuesto por el artículo 28°, apartados cuatro y cinco, del nuevo Código Procesal Penal, concordante con el artículo 491°, apartados cuatro y cinco, del indicado Estatuto Procesal.

Por otro lado, el artículo 488° del nuevo Código Procesal Penal reconoce los derechos y facultades que tienen las partes en el proceso penal de ejecución.

Todas ellas están facultadas para plantear al Juez los requerimientos y observaciones que legalmente correspondan en este ámbito (comprende, como es obvio, la sanción penal, la reparación civil y las consecuencias accesorias impuestas en la sentencia). El apartado tres del indicado precepto impone al Fiscal una atribución adicional: controlar la ejecución de las sanciones penales en general; control que se materializa *"... instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y formulando al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueren necesarios para la correcta aplicación de la Ley"*.

El control a que se refiere el precepto analizado es de carácter externo. El Fiscal, por su condición de 'guardián de la legalidad' y titular de la acción penal, tiene injerencia para instar -pedir imperiosamente- medidas de supervisión y control, así como para formular requerimientos en orden a la correcta aplicación de la ley -facultad que a su vez debe concordarse, en lo pertinente, con la Ley Orgánica del Ministerio Público, específicamente el artículo 95°, incisos ocho y nueve-. Como es obvio, sólo insta, esto es, urge la pronta ejecución de una medida determinada, quien es ajeno a la potestad jurisdiccional y, precisamente, la solicitud que corresponda se formula ante el Juez que tiene la competencia funcional que le es propia.

CUARTO: Que, por consiguiente, el Tribunal de Apelación inobservó el artículo 488°, apartado tres, del nuevo Código Procesal. Le dio un alcance interpretativo incorrecto y no lo concordó debidamente, desde una interpretación sistemática, los artículos 28°, 29° y 491° del citado Código.

Por tanto, debe rescindirse el extremo recurrido de la sentencia de vista y, desde el juicio rescisorio, como no se requiere de un nuevo debate (artículo 433° apartado uno del nuevo Código Procesal Penal), debe disponerse que esas reglas de conducta corresponde administrarlas al Juez de la Investigación Preparatoria.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de norma procesal interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE PIURA contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y dos, del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas nueve, del catorce de septiembre de dos mil nueve, en cuanto fijó como reglas de conducta al imputado Correa Yajahuanca: **a)** concurrir cada treinta días al local de la Segunda Fiscalía Penal Corporativa de Castilla a fin de informar y firmar el libro de control de sentenciados correspondiente; y **b)** no variar de domicilio sin previo aviso al representante del Ministerio Público. En consecuencia, **NULA** esos extremos de la referida sentencia de vista.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fojas nueve, del catorce de septiembre de dos mil nueve, que dispone, respecto de las reglas de conducta anteriormente indicadas, que el condenado asista a la Fiscalía Penal cada treinta días a fin de informar y firmar el libro de control de sentenciados correspondientes y no varíe de domicilio sin previo aviso al representante del Ministerio Público; reformándola: **DISPUSIERON** que el condenado asista al Juzgado de la Investigación Preparatoria cada treinta días a fin de informar y firmar el libro de control de sentenciados correspondientes y no varíe de domicilio sin previo aviso al Juez de la Investigación Preparatoria.

III. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique como corresponde. Hágase saber.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

MOTIVACIÓN DE RESOLUCIÓN JUDICIAL: VALORACIÓN DE LA PRUEBA OMITIDA

18

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA OMITIDA NO OCASIONA VICIO EN LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA, SI APLICADO EL MÉTODO DE LA SUPRESIÓN HIPOTÉTICA, LA MISMA NO ES ESENCIAL NI DECISIVA PARA RESOLVER EL CASO JUDICIAL, MUCHO MENOS QUE ENERVE LAS DEMÁS PRUEBAS DE CARGO

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: motivación de resoluciones judiciales.

Fundamento del recurso casatorio
"Que el acusado (...) alegó que la vulneración de la garantía constitucional de motivación se presentó porque en la sentencia de vista se omitió analizar el peritaje psicológico que se le practicó y no se fundamentó la imposición de la pena privativa de libertad".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"Que la citada sentencia de vista (...), estableció la culpabilidad del acusado por el delito de actos contra el pudor con la declaración de la menor agraviada. Ésta señaló que el imputado le tocó sus partes íntimas, y reiteró el relato cuando fue examinada por los peritos psicológicos. En la misma sentencia de apelación se indicó que ese examen determinó que la agraviada tenia sentimientos ambiguos hacia su tío acusado –por lo demás, en la sentencia de primera instancia de fojas veintitrés se sostuvo que la culpabilidad del acusado se determinó con la declaración de la menor agraviada, de la testigo Elisa Octavia Agurto Sevino (madre de la menor agraviada) y de los peritos-".

Fundamento de la casación
"(...) la omisión de valoración del dictamen pericial psicológico del acusado carece de relevancia y no ocasiona vicio en la sentencia, pues no es esencial y decisiva para resolver el caso judicial a su favor y enervar las demás pruebas de cargo que se actuaron en su contra. Por tanto, no existe interés jurídico para declarar la nulidad de la sentencia de vista por dos motivos:)(i) no se afectó la motivación (ii) la ausencia de razonamiento de la Sala de Apelaciones no es de tal entidad que prive al fallo de motivo suficiente para justificar la condena del imputado (...)".

"(...) para apreciar si la prueba omitida es decisiva, se acude al método de la supresión hipotética: la prueba será decisiva, y su validez afectará de manera fundamental a la motivación cuando – si mentalmente se la repusiera- las conclusiones hubieran sido necesariamente distintas". Por tanto, aún admitiendo, hipotéticamente la prueba omitida, el resultado de la pericia psicológica no anularía el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia de condena (...) pues no es capaz de desvirtuar el mérito de los otros elementos de convicción utilizados por los Jueces de Apelación (...)".

Base Legal: Const.: Art. 139.5; NCPP: Art. 429.4; CP: Arts. 45, 46

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 7-2010 (SENTENCIA)
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de octubre de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por falta de motivación interpuesto por el acusado MIGUEL AUGUSTO SILVA URBISAGÁSTEGUI contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y siete, del dieciséis de diciembre de dos mil nueve -del cuaderno de apelación-, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas veintitrés, del cuatro de setiembre del dos mil nueve- del cuaderno de debate-, lo condenó por delito contra la libertad –actos contra el pudor en agravio de menor de edad- en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales D.P.U.A. a ocho años de pena privativa de libertad, así como al pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada y dispuso que sea sometido a tratamiento terapéutico. Interviene como ponente el señor Lecaros Cornejo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: Que el encausado Miguel Augusto Silva Urbisagástegui fue procesado penalmente con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal - en adelante NCCP -. Se le inculpó formalmente el delito contra la libertad, en su modalidad de actos contra el pudor, en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales D.P.U.A. y se dispuso formalizar la investigación preparatoria en ese sentido, mediante resolución de fojas treinta y seis, del veinte de enero de dos mil nueve- del expediente judicial-.

SEGUNDO: Que la señora fiscal Provisional por requerimiento de fojas uno, del doce de mayo de dos mil nueve -del expediente judicial- formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria. Una vez que se llevó a cabo la audiencia preliminar del control de acusación de fojas siete, del veintiuno de julio de dos mil nueve -del expediente judicial-, el Juzgado Colegiado dictó el auto de citación a juicio de fojas cinco, del diez de agosto de dos mil nueve –del cuaderno de debate-.

TERCERO: Que seguido el juicio de primera instancia –véase fojas once y dieciséis del cuaderno de debate-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas veintitrés, del cuatro de setiembre de dos mil nueve –del mismo cuaderno-, que condenó a MIGUEL AUGUSTO SILVA URBISAGÁSTEGUI por delito contra la libertad -actos contra el pudor en agravio de menor de edad- en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales D.P.U.A. a ocho años de pena privativa de libertad, así como al pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada y dispuso que sea sometido a tratamiento terapéutico.

Contra esta sentencia el referido acusado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas treinta y seis -alegó inocencia-, que fue concedido por auto de fojas cuarenta y ocho, del veintitrés de septiembre de dos mil nueve –del cuaderno de debate-.

II. Del trámite impugnativo en segunda instancia.

CUARTO: Que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, culminada la fase de traslado de la impugnación, conforme al auto de fojas nueve, del veinte de octubre de dos mil nueve –del cuaderno de apelación-, y realizada la audiencia de apelación como aparece del acta de fojas cuarenta y cuatro, del dieciséis de diciembre de dos mil nueve -del mismo cuaderno-, cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de vista de fojas cuarenta y siete, de la misma fecha, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas veintitrés, del cuatro de setiembre de dos mil nueve –del cuaderno de debate- condenó a MIGUEL AUGUSTO SILVA URBISAGÁSTEGUI por delito contra la libertad –actos contra el pudor en agravio de menor de edad- en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales D.P.U.A a ocho años de pena privativa de libertad, así como al pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada y dispuso que sea sometido a tratamiento terapéutico.

El citado acusado interpuso recurso de casación.

III. Del trámite del recurso de casación

QUINTO: Que leída la sentencia de vista, el acusado Miguel Augusto Silva Urbisagástegui interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas cincuenta y dos –del cuaderno de apelación de sentencia-, e introdujo los siguientes motivos:

A. Inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal y material e indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

B. Inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad.

C. Errónea interpretación de la Ley penal.

D. Apartamiento de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.

E. Falta de motivación.

Concedido el recurso de casación por auto de fojas cincuenta y nueve, del dieciocho de enero de dos mil diez, se elevó a este Supremo Tribunal.

Concedido el recurso de casación por auto de fojas cincuenta y nueve, del dieciocho de enero de dos mil diez, se elevó a este Supremo Tribunal.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslados a las partes, sin ofrecimiento de nuevas pruebas, ésta Suprema Sala por Ejecutoria de fojas catorce, del diecinueve de abril de dos mil diez, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación sólo por falta de motivación -por omisión de valoración del dictamen

pericial psicológico y falta de fundamentación de la pena- y declaró inadmisible los otros motivos alegados por el acusado Miguel Augusto Silva Urbisagástegui.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha y debidamente notificadas las partes procesales, éstas asistieron, dejándose expresa constancia de su concurrencia en el referido cuaderno.

Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, con el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado cuatro, del Código Procesal Penal, el día viernes cinco de noviembre de dos mil diez a las ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Que conforme se estableció en la Ejecutoria Suprema de fojas catorce, del diecinueve de abril de dos mil diez, del cuaderno de casación, el motivo del recurso es la inobservancia de la garantía constitucional de motivación -causal contenida en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-.

SEGUNDO: Que la motivación es una garantía constitucional prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución que le asiste a todo sujeto procesal para evitar errores conceptuales y de garantía a través de un control de la resolución judicial ante el Tribunal Superior que conoce el correspondiente recurso - ello será posible en tanto el órgano jurisdiccional explique las razones de su decisión, lo que a su vez permite controlar si la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica racional y la legalidad-.

En ese contexto, la motivación tiene que ser clara, completa, legítima y lógica para garantizar la correcta emisión de los fallos judiciales.

La exigencia de la motivación es aplicable tanto a la sentencia de primera instancia como a la de segunda instancia y este deber incluye la obligación de fundamentar los hechos, la calificación jurídica, la pena y reparación civil impuestas.

TERCERO: Que el Tribunal de Apelación incurre en una infracción grave por falta de motivación si omite la valoración de pruebas esenciales y decisivas introducidas correctamente en el debate, pues tiene que evaluarlas para fundamentar la sentencia.

Sin embargo, es soberano en cuanto a la selección, en tanto no está obligado a considerar todas las pruebas introducidas, sino sólo las que sean esenciales, decisivas, pertinentes, relevantes y útiles. En ese sentido carece de eficacia la omisión de una prueba que no reúna estas particularidades.

CUARTO: Que el acusado Miguel Augusto Silva Urbisagástegui alegó que la vulneración de la garantía constitucional de motivación se presentó porque en la sentencia de vista se omitió analizar el peritaje psicológico que se le practicó y no se fundamentó la imposición de la pena privativa de libertad.

QUINTO: Que de la revisión de los fundamentos de la sentencia de vista de fojas cuarenta y siete se aprecia que no se pronunció por el resultado del dictamen pericial psicológico que se practicó al acusado Miguel Augusto Silva Urbisagástegui a fojas veintiuno -del expediente judicial- que concluyó: conciencia conservada, no evidencia indicadores de psicopatología mental que lo incapacite de percibir y valorar su realidad, no acepta la culpabilidad de los hechos, presenta características de inmadurez, impulsividad, agresividad verbal, dificultad en las relaciones interpersonales, poco control de sus impulsos, preocupación sexual (en esa área). Esta pericia fue ofrecida como medio de prueba por el Fiscal en el requerimiento de acusación de fojas uno y aceptado por el Juez de la Investigación Preparatoria en el auto de enjuiciamiento de fojas dos, del veintiuno de julio de dos mil nueve -del cuaderno de debate-. La perito que realizó este examen asistió a la sesión de audiencia del juicio oral del cuatro de septiembre de dos mil nueve, de fojas once -del cuaderno de debate- y expresó que el citado encausado presentaba problemas en el área sexual - según la sentencia de primera instancia de fojas veintitrés, del cuatro de septiembre de dos mil nueve-.

SEXTO: Que la citada sentencia de vista de fojas cuarenta y siete, del dieciséis de diciembre de dos mil nueve, estableció la culpabilidad del acusado por el delito de actos contra el pudor con la declaración de la menor

agraviada. Ésta señaló que el imputado le tocó sus partes íntimas, y reiteró el relato cuando fue examinada por los peritos psicólogos. En la misma sentencia de apelación se indicó que ese examen determinó que la agraviada tenia sentimientos ambiguos hacia su tío acusado -por lo demás, en la sentencia de primera instancia de fojas veintitrés se sostuvo que la culpabilidad del acusado se determinó con la declaración de la menor agraviada, de la testigo Elisa Octavia Agurto Sevino (madre de la menor agraviada) y de los peritos-.

SÉPTIMO: Que, en ese contexto, la omisión de valoración del dictamen pericial psicológico del acusado carece de relevancia y no ocasiona vicio en la sentencia, pues no es esencial y decisiva para resolver el caso judicial a su favor y enervar las demás pruebas de cargo que se actuaron en su contra.

Por tanto, no existe interés jurídico para declarar la nulidad de la sentencia de vista por dos motivos: **(i)** no se afectó la motivación; **(ii)** la ausencia de razonamiento de la Sala de Apelaciones no es de tal entidad que prive al fallo de motivo suficiente para justificar la condena del imputado Miguel Augusto Silva Urbisagástegui - se trata de una falta de motivación parcial, pues sólo esta circunscrita a un punto particular-, en tanto se sustenta en elementos de juicio suficientes y válidos que son bastantes para fundamentarla legítimamente e impedir su descalificación como acto jurisdiccional.

Si bien la ley ordena que las sentencias sean motivadas, no obstante la nulidad solo será procedente cuando la prueba omitida sea esencial para decidir el fallo, de suerte que quede privado de motivación o justifique una decisión contraria a la adoptada.

OCTAVO: Que para apreciar si la prueba omitida es decisiva, se acude al método de la supresión hipotética: la prueba será decisiva, y su validez afectará de manera fundamental a la motivación cuando -si mentalmente se la repusiera- las conclusiones hubieran sido necesariamente distintas.

Por tanto, aún admitiendo hipotéticamente la prueba omitida, el resultado de la pericia psicológica no anularía el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia de condena -se mantendría incólume-, pues no es capaz de desvirtuar el mérito de los otros elementos de convicción utilizados por los Jueces de Apelación de acuerdo a la sana critica racional -tiene suficiente cimentación legal-.

Admitir que toda omisión de valoración de la prueba legal introducida en el debate provoca *per se* la invalidación de la sentencia por falta de motivación, sería recoger un rígido y trivial formalismo para anular procesos sobre la base de pruebas que no son sustanciales.

Por tanto, debe desestimarse el recurso de casación del acusado Miguel Augusto Silva Urbisagástegui en este extremo.

NOVENO: Que respecto a la falta de motivación de la pena privativa de libertad impuesta al acusado Miguel Augusto Silva Urbisagástegui, se advierte que efectivamente en la sentencia de vista de fojas cuarenta y siete, del dieciséis de diciembre de dos mil nueve, el Juzgado Colegiado no expresó el ejercicio de la individualización de la pena en ocho años, a pesar de que formó parte de los agravios expuestos por el encausado en su escrito de apelación de fojas treinta y seis - del cuaderno de debate-.

DÉCIMO: Que para la imposición de la pena privativa de libertad es necesario que se exprese con suficiente extensión las razones que se ha tenido en cuenta al momento de precisar las consecuencias punitivas del delito, pues supone una afectación a un derecho fundamental: la libertad.

Por tanto, es imprescindible señalar en la sentencia de las razones de la individualización de la pena dentro del marco legal regulado en el tipo penal imputado. Se ha de atender a los criterios prescritos en el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, pues en el primero se prevén como circunstancias a tomar en cuenta al determinar la pena, las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, mientras que en el segundo de los artículos mencionados se contemplan los factores para la medición o graduación de la pena a los que se recurre atendiendo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivos del hecho punible o modificaciones de la responsabilidad. La ausencia de fundamentación de la pena afecta la función que le corresponde al Juez y determina la anulación de la sentencia en ese extremo y su devolución al Juez Unipersonal o Colegiado de instancia para que subsane el defecto.

Por tanto, este motivo debe ser estimado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el acusado MIGUEL AUGUSTO SILVA URBISAGÁSTEGUI contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y siete, del dieciséis de diciembre de dos mil nueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas veintitrés, del cuatro de setiembre del dos mil nueve, lo condenó por delito contra la libertad -actos contra el pudor en agravio de menor de edad- en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales D.P.U.A. a ocho años de pena privativa de libertad, así como al pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada y dispuso que sea sometido al tratamiento terapéutico, por "FALTA DE MOTIVACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA PENA". En consecuencia: **NULA** la citada sentencia de vista de fojas cuarenta y siete, del dieciséis de diciembre de dos mil nueve, únicamente en cuanto a la determinación de la pena.

II. ORDENARON que la Sala Penal de Huaura, integrada por otro Colegiado, previa nueva audiencia de apelación se limite a determinar la pena que corresponde.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

PRINCIPIO ACUSATORIO: CONGRUENCIA PROCESAL

19 LA EXISTENCIA DE UN PRONUNCIAMIENTO EXPRESO POR PARTE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL ACERCA DEL TIPO PENAL INVOCADO EN LA ACUSACIÓN FISCAL, DETERMINA LA NO VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO, MUCHO MENOS LA GARANTÍA GENÉRICA DEL DEBIDO PROCESO

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad; indebida aplicación de la ley penal; y, manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) el Fiscal Superior (...) interpuso recurso de casación (...): a) inobservancia de normas procesales sancionadas con la nulidad al haberse vulnerado el principio acusatorio y la garantía del debido proceso; b) indebida aplicación de la ley penal respecto al inciso tres del artículo ciento setenta y tres (...) y del inciso diez del artículo veinte del Código Penal, así como del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ – ciento dieciséis; y, c) manifiesta ilogicidad de la motivación (...)".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"La Sala Penal de Apelaciones arribó a esta decisión porque entendió que en el caso de autos se presentaba un error de tipo acerca de la edad de la menor (...), de suerte que era procedente absolverlo del delito tipificado en el inciso dos, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, esto es, violación sexual de menor de catorce años. Luego, procedió a realizar el análisis del hecho punible dentro de los alcances previstos del inciso tres del citado dispositivo legal – si la menor tiene más de catorce años y menos de dieciocho años de edad- y posteriormente, al estimar que existía duda razonable acerca de si las relaciones sexuales se produjeron con pleno consentimiento de la víctima, en aplicación del Acuerdo Plenario número siete – dos mil siete /CJ – ciento dieciséis, e invocando el principio de presunción de inocencia, absolvió al acusado Calmett Velásquez".

Fundamento de la casación
"Que la acusación fiscal es un acto procesal que, en virtud del principio acusatorio (...) corresponde exclusivamente al Ministerio Público (...). En tal sentido debe existir una relación de congruencia entre el contenido de la acusación y lo resuelto en la sentencia final (...). De lo expuesto se advierte que en el trámite de la presente causa no se vulneró el principio acusatorio y tampoco la garantía genérica del debido proceso, en tanto existió un pronunciamiento expreso por parte de la Sala Penal de Apelaciones acerca del tipo penal invocado en la acusación fiscal – principio de congruencia-, esto es, el artículo ciento setenta y tres del Código Penal (...)".

"El artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal (...) establece como hipótesis típica la violación de una menor cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. La Sala Penal de Apelaciones realizó el análisis de la conducta dentro de los alcances de este dispositivo legal porque entendió (...) se configuraba un error de tipo y porque el certificado médico daba como posible ese margen etáreo. En tal sentido, basó su evaluación dentro de los alcances de la doctrina jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, específicamente en lo que respecta al consentimiento de la víctima (...)".

Base Legal: Const.: Arts. 2.24.e, 139.5, 159.5; NCPP: Arts. II, 429.4; CP: Arts. 20, 173.2.3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 9-2010 (SENTENCIA)
TACNA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, trece de octubre de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación por inobservancia de normas procesales, indebida aplicación de la ley penal y manifiesta ilogicidad de la motivación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE TACNA contra la sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y tres, del veintinueve de diciembre de dos mil nueve, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y nueve, del veinticinco de septiembre de dos mil nueve, absolvió a Jorge Leandro Calmett Velásquez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad- artículo ciento setenta y tres, incisos dos y tres, del Código Penal- en agravio de la menor de iniciales LI.MA.TI.MA.
Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

ANTECEDENTES

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: Que el acusado Calmett Velásquez fue procesado penalmente, con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Por disposición de fojas uno, del diecinueve de septiembre de dos mil ocho, el señor Fiscal Provincial formalizó investigación preparatoria -y continuó con su trámite- contra el citado encausado por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor edad en agravio de la menor de iniciales LI.MA.TI.MA -de trece años de edad-.

Por disposición de fojas ocho, del treinta de abril de dos mil nueve, el representante del Ministerio Público amplió la investigación preparatoria por el plazo de treinta días –con conocimiento de la señora juez del Segundo Juzgado de investigación Preparatoria-.

SEGUNDO: Que el señor Fiscal Provisional a fojas ciento seis formuló acusación escrita. La Juez Penal de la Investigación Preparatoria señaló, mediante resolución de fojas cincuenta y siete – del cuaderno respectivo-, del diez de julio de dos mil nueve, fecha y hora para la realización de la audiencia preliminar de control de la acusación –fojas ciento y cuatro-.

TERCERO: Que emitido el auto de enjuiciamiento la causa fue remitida al Juzgado Penal Colegiado, que mediante resolución de fojas sesenta y cuatro, del trece de agosto de dos mil nueve, citó a las partes procesales y señaló fecha para el juicio oral, así como dispuso la formación del cuaderno de debates.

Seguido el juicio de primera instancia –ver acta de fojas noventa y cuatro y siguientes-, el juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas ciento treinta y nueve, del veinticinco de septiembre de dos mil nueve, que condenó al imputado como autor del delito contra la Libertad Sexual – violación sexual de menor de edad -artículo ciento setenta y tres, inciso dos, del Código Penal- en agravio de la menor de iniciales LI.MA.TI.MA. a veinticinco años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a la menor agraviada.

Contra dicha sentencia el acusado interpuso recurso de apelación en la audiencia de lectura de sentencia de fojas ciento sesenta y tres, y lo fundamentó mediante escrito de fojas ciento sesenta y siete. Este recurso fue concedido por auto de fojas ciento noventa y cuatro, del cinco de octubre de dos mil nueve.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

CUARTO: Que el superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, ofrecida prueba instrumental por el recurrente, aceptada parcialmente - se declaró inadmisible la prueba referida a la exhibición de instrumentos - por auto de fojas doscientos cuarenta y tres, del veinticinco de noviembre de dos mil nueve, y realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas doscientos cincuenta y cinco, del quince de diciembre de dos mil nueve, cumplió con emitir y leer en audiencia la sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y tres, del veintinueve de diciembre de dos mil nueve.

QUINTO: Que la sentencia de vista recurrida en casación -por unanimidad- revocó la sentencia de primera instancia y absolvió al encausado Calmett Velásquez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Libertad Sexual –violación sexual de menor de edad –artículo ciento setenta y tres, incisos dos y tres, del Código Penal– en agravio de la menor de iniciales LI.MA.TI.MA.

III. Del trámite del recurso de casación del señor Fiscal Superior.

SEXTO: Que leída la sentencia de vista, el señor Fiscal Superior a fojas doscientos noventa y cinco interpuso recurso de casación. Introdujo tres motivos de casación: **a)** inobservancia de normas procesales sancionadas con la nulidad al haberse vulnerado el principio acusatorio y la garantía del debido proceso; **b)** indebida aplicación de la ley penal respecto al inciso tres del artículo ciento setenta y tres – modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro – y del inciso diez del artículo veinte del código penal, así como del Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho / CJ –ciento dieciséis; y, **c)** manifiesta ilogicidad de la motivación.

Concedido el recurso por auto de fojas doscientos noventa y nueve, del veinte de enero de dos mil diez, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha veintidós de febrero de dos mil diez.

SÉPTIMO: Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas treinta, del cuaderno de casación, del veintitrés de abril de dos mil diez, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por los tres motivos señalados.

OCTAVO: Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor, así como del Señor Fiscal Supremo Adjunto, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

NOVENO: Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con emitir la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día trece de octubre de dos mil diez a las ocho con treinta de la mañana.

CONSIDERANDO:

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Que, conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta, del cuaderno de casación, del veintitrés de abril de dos mil diez, los motivos del recurso de casación se centran en **(i)** la vulneración del principio acusatorio y de la garantía del debido proceso; **(ii)** la indebida aplicación del inciso tres del artículo ciento setenta y tres -modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro- y del inciso diez del artículo veinte del Código Penal, así como del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis; y **(iii)** la manifiesta ilogicidad de la motivación.

SEGUNDO: Que el primer agravio consiste en que -según el impugnante- la potestad de incoar la acción penal y de acusar es exclusiva del Ministerio Público. Señala el recurrente que la Fiscalía acusó al encausado Calmett Velásquez por delito de violación sexual de menor de catorce años, tipo penal descrito en el artículo ciento setenta y tres, inciso dos, del Código Penal. Sin embargo, la Sala Penal de Apelaciones no sólo lo absolvió de este delito, sino además por el tipo penal descrito en el artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del citado Código Sustantivo -referido al delito de violación sexual de menor mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad-.

El segundo agravio está referido a la indebida aplicación del inciso tres del artículo ciento setenta y tres -modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro- y del inciso diez del artículo veinte, ambos del Código Penal, así como del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis. Estima el recurrente que las citadas disposiciones no resultan ser aplicables, pues la investigación se siguió en agravio de una menor de catorce años -artículo ciento setenta y tres, inciso dos, del Código Penal- y no de una agraviada mayor de catorce años de edad -artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del citado Código Sustantivo-.

El tercer agravio estriba en que existe una manifiesta ilogicidad de la motivación. Arguye el recurrente que el fundamento jurídico trigésimo tercero expresa que no se acreditó la relación sentimental que el acusado aduce tener con la agraviada. Sin embargo, más adelante, la impugnada señala que no se puede descartar totalmente dicha posibilidad. Por otro lado, menciona que en el fundamento jurídico trigésimo cuarto se acepta la existencia de un error de tipo, empero, luego no aplica lo dispuesto en el artículo catorce del Código Penal y, por el contrario, analiza y evalúa si la menor agraviada prestó o no su consentimiento, o si hubo o no violencia en las relaciones sexuales, como si se tratase de una menor mayor de catorce años de edad. Aunado a ello, precisa el impugnante que el fundamento jurídico cuadragésimo sexto acotó que existe duda razonable sobre el posible error de tipo.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: Que la sentencia de vista impugnada en casación precisó lo siguiente:

A. La presencia en el imputado de un error de tipo. El Tribunal entendió que existía una duda razonable -que favorecía al acusado Calmett Velásquez- acerca de la edad de la menor. Sustentó su decisión en las declaraciones contradictorias de la menor y en los medios probatorios que se actuaron en la etapa procesal correspondiente.

B. Aceptada la tesis del error de tipo, la Sala Penal absolvió al citado encausado de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Libertad Sexual – violación sexual de menor de catorce años

-artículo ciento setenta y tres, inciso dos, del Código Penal-. Luego procedió a evaluar la conducta imputada dentro de los alcances del inciso tercero de dicho artículo, para lo cual tomó en cuenta la doctrina jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, evaluando si existió consentimiento de la víctima en las relaciones sexuales, y si se empleó violencia por parte del acusado.

C. El Tribunal Superior concluyó que existía duda razonable respecto a si el imputado empleó violencia o amenazas para el acceso sexual a la agraviada o si las relaciones sexuales se produjeron con consentimiento de aquélla. Así, en aplicación de la garantía de presunción de inocencia establecida en el literal e) del numeral veinticuatro, del artículo dos, de la Constitución absolvió al referido encausado de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor edad -artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal-.

III. Del primer motivo casacional.

CUARTO: Que la acusación fiscal es un acto procesal que, en virtud del principio acusatorio y lo dispuesto en el artículo ciento cincuentinueve, numeral cinco, de la Constitución, corresponde exclusivamente al Ministerio Público, en virtud del principio acusatorio. Ella contiene la pretensión procesal del Fiscal -pretensión punitiva del Estado, que incluye además una pretensión resarcitoria-, y da lugar, previo control judicial, al auto de enjuiciamiento que vincula al órgano jurisdiccional encargado del juzgamiento. En tal sentido, debe existir una relación de congruencia entre el contenido de la acusación y lo resuelto en la sentencia final.

En el caso *sub judice,* el señor Fiscal Provincial acusó al encausado Calmett Velásquez por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor edad - artículo ciento setenta y tres, inciso dos, del Código Penal-; imputación respecto de la que se realizó la audiencia preliminar de control de la acusación -fojas ciento treinta y cuatro-, y el Juzgado Penal Colegiado llevó a cabo el juicio oral correspondiente -ver acta de fojas noventa y cuatro y siguientes-.

La sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y nueve, del veinticinco de septiembre de dos mil nueve, condenó al citado encausado como autor del delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad -artículo ciento setenta y tres, inciso dos, del Código Penal – en agravio de la menor de iniciales LL.MA. TI.MA.. Sin embargo, la sentencia de vista revocó la de primera instancia y lo absolvió de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor edad -artículo ciento setenta y tres, incisos dos y tres, del Código Penal-.

La Sala Penal de Apelaciones arribó a esta decisión porque entendió que en el caso de autos se presentaba un error de tipo acerca de la edad de la menor -véase fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo sexto-, de suerte que era procedente absolverlo del delito tipificado en el inciso dos, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, esto es, violación sexual de menor de catorce años.

Luego, procedió a realizar el análisis del hecho imputado dentro de los alcances previstos del inciso tres del citado dispositivo legal -si la menor tiene más de catorce y menos de dieciocho años de edad- y posteriormente, al estimar que existía duda razonable acerca de si las relaciones sexuales se produjeron con pleno consentimiento de la víctima, en aplicación del Acuerdo Plenario número siete - dos mil siete /CJ - ciento dieciséis, e invocando el principio de presunción de inocencia, absolvió al acusado Calmett Velásquez.

De lo expuesto, se advierte que en el trámite de la presente causa no se vulneró el principio acusatorio y tampoco la garantía genérica del debido proceso, en tanto existió un pronunciamiento expreso por parte de la Sala Penal de Apelaciones acerca del tipo penal invocado en la acusación fiscal -principio de congruencia-, esto es, el artículo ciento setenta y tres del Código Penal. En consecuencia, no se afectaron normas esenciales de un proceso justo y equitativo y, en todo caso, tampoco se ocasionaron efectos lesivos desde los propios derechos e intereses legítimos del Ministerio Público.

El motivo se rechaza.

IV. Del segundo motivo casacional.

QUINTO: Que el Fiscal recurrente denuncia que la sentencia de vista hizo una indebida aplicación del numeral tres del artículo ciento setenta y tres -modificado por la Ley numero veintiocho mil setecientos cuatro- y del

inciso diez del artículo veinte, ambos del Código Penal, así como del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, porque se acusó al encausado Calmett Velásquez por el tipo legal descrito en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del citado Código Sustantivo.

El artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal -modificado por Ley número veintiocho mil setecientos cuatro- establece como hipótesis típica la violación de un menor cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. La Sala Penal de Apelaciones realizó el análisis de la conducta del acusado dentro de los alcances de este dispositivo legal porque entendió -conforme se señaló en el fundamento jurídico quinto- que en el caso *sub examine* se configuraba un error de tipo y porque el certificado médico daba como posible ese margen etáreo. En tal sentido, basó su evaluación dentro de los alcances de la doctrina jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, específicamente, en lo que respecta al consentimiento de la víctima, como causal de exención de responsabilidad penal prevista en el artículo veinte, numeral diez, del Código Penal.

De esta manera, en el fundamento jurídico cuadragésimo noveno concluyó que en el caso *sub lite* existía duda razonable acerca de si las relaciones sexuales se produjeron con pleno consentimiento de la menor o si se empleó violencia en ellas. Sustentó su decisión en las versiones contradictorias de la víctima y porque la denuncia se presentó tiempo después de acaecida la violación, lo cual no permitía acreditar si hubo o no lesiones. En tal sentido, aplicó la regla de juicio que integra la garantía de presunción de inocencia prevista en el literal e) del numeral veinticuatro, del artículo dos, de la Constitución Política del Estado, que exige para una condena prueba suficiente más allá de toda duda razonable (artículo II, apartado uno, del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

Los fundamentos glosados permiten concluir que no existió una indebida aplicación de las leyes penales y del Acuerdo Plenario al cual se hace referencia.
El motivo casacional aludido no puede prosperar.

V. Del tercer motivo casacional.

SEXTO: Que el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal precisa como motivo autónomo de casación, *"Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación"*. Este motivo puede resumirse en la ausencia notoria de motivación, en la motivación incompleta -que no responde a todos los agravios relevantes para una decisión razonada del caso-, y en la motivación incongruente, oscura o que vulnera las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. La ilogicidad de la motivación, conforme a su fuente italiana, está residenciada en vicios lógicos en la fundamentación del fallo, que lo hacen irrazonable.

La motivación de las resoluciones judiciales que exige la Constitución requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del órgano jurisdiccional y que atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente -más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión- las razones de un concreto pronunciamiento y en las cuales se apoya para adoptar su decisión -no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, pero sí que desarrolle una argumentación racional ajustada al tema en debate-.

Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de razón suficiente debe cumplir dos requisitos: **a)** consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a las que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante [basados en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos] -requisito descriptivo-; y, **b)** valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo -requisito intelectivo-.

SÉPTIMO: Que el recurrente alega que en la sentencia de vista existe una manifiesta ilogicidad porque el fundamento jurídico trigésimo tercero expresa que no se acreditó la relación sentimental, empero, más adelante, señala que no se puede descartar totalmente dicha posibilidad. Por otro lado, menciona que en el fundamento jurídico trigésimo cuarto acepta la existencia de un error de tipo, pero no aplica lo dispuesto en el artículo catorce del Código Penal, y por el contrario analiza y evalúa si la menor agraviada prestó o no su consentimiento, o si hubo o no violencia en las relaciones sexuales como si se tratase de una menor mayor de catorce años de edad. Aunado a ello, apunta que en el fundamento jurídico cuadragésimo sexto se indicó que existe duda razonable sobre el posible error de tipo.

OCTAVO: Que la Sala Penal de Apelaciones aceptó la tesis de un error de tipo –ver fundamento jurídico cuadragésimo segundo- porque entendió que existía una duda razonable -que favorecía al acusado- acerca de la edad de la menor. Sustentó su decisión en las declaraciones contradictorias de la menor, quien aceptó que le facilitó su correo electrónico al encausado. Sin embargo, el Analista de la Oficina de Informática del Ministerio Público mediante Oficio número doscientos sesenta y nueve - dos mil ocho - MP - OFI - DJ - TACNA informó que dicho correo no existe. Situación distinta es lo que ocurrió con el correo electrónico que el acusado asegura que la menor le dio y que lo indujo a error en cuanto a la edad de la agraviada, este es, lizamorcito15@hotmail.com y que en realidad existe según Oficio número trescientos seis - dos mil ocho - MP - OFI - DJ - TACNA evacuado por la ingeniera analista de la Oficina de Informática del Ministerio Público - fundamento jurídico cuadragésimo-. El Tribunal Superior también motivó su decisión -en cuanto a la edad de la menor- en que el Certificado Médico Legal número cero cero nueve mil nueve concluyó que la menor agraviada cuenta con una edad aproximada de catorce años de edad -ver fundamento jurídico cuadragésimo primero-.

Aceptada la tesis del error de tipo, la Sala Penal absolvió al encausado Calmett Velásquez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor edad -artículo ciento setenta y tres, inciso dos, del Código Penal- y evaluó su conducta dentro de los alcances del inciso tercero de dicho articulado. Para ello, siguiendo la doctrina jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, verificó si existió consentimiento de la víctima en las relaciones sexuales o si estos se realizaron con empleo de violencia por parte del acusado.

Al respecto, el Tribunal Superior concluyó que existía duda razonable sobre si las relaciones sexuales se produjeron con pleno consentimiento de la menor o si el acusado hizo uso de medios violentos. Por tal razón, en aplicación del principio de presunción de inocencia establecido en el literal e) del numeral veinticuatro del artículo dos, de la Constitución Política absolvió a Calmett Velásquez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor edad -artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal-.

El Colegiado sustentó tal decisión en las versiones contradictorias de la menor, tales como la evaluación psicológica que se le practicó y que obra en el Certificado Médico Legal número cero cero siete mil diecisiete, en la que manifestó que luego de la agresión sexual se fue a cocinar, acto seguido al Colegio, y que después de dos días le vino la hemorragia. Sin embargo, señala que esta versión se contradice con el Informe remitido por la Institución Educativa Enrique Pallardelle de que las vacaciones del medio año escolar empezaron el día veintiocho de julio y culminaron el día ocho de agosto. Asimismo, destaca que la menor en su referencial ampliatoria del veinticuatro de octubre de dos mil ocho, manifestó que en horas de la tarde del día en que ocurrieron los hechos comenzó a bajarle la sangre -antes había dicho que fue a los dos días- y que al día siguiente se volvió como agua. Empero, el dictamen pericial del Servicio de Biología Forense, en el análisis espermatológico que se practicó a los preservativos que se encontraron en el lugar de los hechos precisó que no se evidenciaba restos de sangre, ni tampoco en la muestra analizada del papel higiénico -ver fundamento jurídico trigésimo séptimo y trigésimo octavo-.

Por lo demás, la Sala Penal también fundamentó su decisión en que no existen pruebas periféricas que corroboren el dicho de la menor, pues ella refiere que el acusado estuvo encima de ella forzándola sexualmente. Sin embargo, en el lugar de los hechos se encontraron dos preservativos con líquidos seminales, lo que corroboraría que el acusado tuvo dos eyaculaciones, lo que conlleva a inferir que entre una y otra eyaculación transcurrió un tiempo prudencial. Por lo demás, señala que en los DVD visualizados en la audiencia de apelación de sentencia se aprecia que en la zona donde se produjo la agresión sexual es una zona comercial donde transita mucha gente. Además, que si hubo forcejeo tendría que producirse alguna lesión, hecho que no está acreditado en autos -ver fundamento jurídico trigésimo noveno-.

Aunado a lo expuesto, la Sala Penal de Apelaciones también motivó su decisión en que los argumentos expuestos por la madre de la menor agraviada de la demora en la interposición de la denuncia no crean convicción porque para una denuncia por violación sexual de menor de edad no es necesario identificar el nombre y apellidos completos del agresor, máxime si el acta de recepción de denuncia se asentó con el nombre de Leandro Calmett -ver fundamento jurídico cuadragésimo tercero-.

NOVENO: Que, conforme se ha precisado, una de las garantías establecidas por la ley procesal es el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada, razonable y congruente en todo fallo

judicial. La exigencia de motivación, como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política. Además esta garantía procesal integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva. De ahí que toda decisión judicial debe estar fundamentada con logicidad, claridad y coherencia. El razonamiento del Tribunal de Alzada es coherente y completo. Además, enlaza cada afirmación con la evidencia respectiva y las conclusiones no vulneran las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. Por ende, no se incurrió en la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación.

El motivo casacional invocado carece de virtualidad.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de normas procesales, indebida aplicación de la ley penal y manifiesta ilogicidad de la motivación interpuesto por el señor Fiscal Superior. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y tres, del veintinueve de diciembre de dos mil nueve, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y nueve, del veinticinco de septiembre de dos mil nueve, absolvió a Jorge Leandro Calmett Velásquez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor edad -artículo ciento setenta y tres, incisos dos y tres, del código Penal- en agravio de la menor de iniciales LI.MA.TI.MA..

II. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

III. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta corte Suprema.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

TUTELA DE DERECHOS: FINALIDAD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y DERECHO DE DEFENSA

20

LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES BUSCAN DETERMINAR LOS PRESUPUESTOS FORMALES PARA INICIAR VÁLIDAMENTE LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL Y, POR ENDE, EL PROCESO JUDICIAL. LAS OBSERVACIONES REALIZADAS A UNA PERICIA OFICIAL EN DICHAS DILIGENCIAS, NO LIMITA AL FISCAL FORMALIZAR LA DENUNCIA SIN HABER LEVANTADO LAS MISMAS, MÁXIME SI DICHAS OBSERVACIONES PODRÁN REALIZARSE DURANTE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA O, EN SU DEFECTO, EL JUICIO ORAL

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de preceptos constitucionales y de normas procesales ordinarias.

Fundamento del recurso casatorio
"El imputado (...) introdujo cinco motivos de casación: a) inobservancia de la garantía de defensa procesal en las diligencias preliminares (casación constitucional: artículo ciento treinta y nueve apartado cuatro de la Constitución, en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal); b) inobservancia del debido proceso, específicamente, del plazo razonable (casación constitucional: artículo ciento treinta y nueve apartado tres de la Constitución, en concordancia con el artículo I apartado uno IX del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal); c) inobservancia del artículo trescientos treinta del nuevo Código Procesal Penal en su relación con el artículo trescientos treinta y seis del nuevo Código Procesal Penal (casación procesal); d) inobservancia del artículo setenta y uno apartado cuatro, del nuevo Código Procesal penal (casación procesal); y e) inobservancia del artículo trescientos treinta y seis apartado uno del nuevo Código Procesal Penal (casación procesal).

Fundamento del auto impugnado en casación
"El plazo de la investigación preliminar ha sobrepasado en exceso si se tiene en cuenta que se inició el veinticuatro de junio de dos mil nueve y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria fue el uno de diciembre de dos mil nueve, esto es, después de más de cinco meses. Además el hecho de no haberse observado las reglas establecidas en el artículo ciento ochenta del nuevo Código Procesal Penal (...) no significa que ya no se puedan llevar a cabo, si tenemos en cuenta que el proceso penal recién comienza y fácilmente las partes procesales podrían presentar los medios probatorios que consideren pertinentes en la investigación preparatoria o el juzgamiento".

Fundamento de la casación
"En tal sentido cuando el imputado (...) realiza las observaciones al informe pericial oficial y solicita se proceda conforme al artículo ciento ochenta del nuevo Código Procesal Penal, los plazos procesales ya habían terminado en exceso (...), por lo que el Fiscal (...) dispuso formalizar la investigación preparatoria, que no significa la determinación de la comisión del delito y/o la responsabilidad penal del imputado, sino sólo la existencia de indicios o sospecha de tales eventos, porque tal situación se determinará luego del desarrollo de la etapa de juzgamiento".

"(...) el representante del Ministerio Público durante la investigación preliminar no ha vulnerado la norma procesal penal (...) debido a que los plazos ya se habían vencido, por lo que no cabía correr traslado de las observaciones realizadas a la pericia oficial, tanto más, si en dicha fase solo se recaban indicios reveladores de la comisión del delito y algún cuestionamiento al mencionado informe pericial lo puede efectuar en la investigación preparatoria o incluso en el juzgamiento".

Base Legal: Const.: Art. 139.3.4; NCPP: Arts. II, IX, 60, 65.4, 71.4, 144.2, 152.1, 180, 330.1.2, 334.2, 336.1, 337, 497.3, 504.2; CPC: Art. 419

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 14-2010 (AUTO)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de julio de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el encausado Fortunato Wilmer Sánchez Paredes por inobservancia de preceptos constitucionales y de normas procesales ordinarias contra el auto superior de fojas ciento siete, del veintisiete de enero de dos mil diez, que revocando el auto de fojas veintidós, del seis de enero de dos mil diez declaró improcedente su solicitud de tutela de derechos por vulneración de la garantía de defensa procesal.
Interviene como ponente el señor Calderón Castillo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en Primera Instancia.

PRIMERO: El imputado Fortunato Wilmer Sánchez Paredes fue procesado penalmente, con arreglo al nuevo Código Procesal Penal, por lo que el Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas ciento treinta y dos formuló acusación por el delito de Defraudación Tributaria - ocultamiento parcial de rentas.

SEGUNDO: El Juzgado de Investigación Preparatoria declaró fundada la solicitud de tutela de derechos a favor del imputado Sánchez Paredes, en consecuencia nula la disposición de formalización de la investigación preparatoria, se retrotraiga el proceso hasta la investigación preliminar y exhorta para que se cumpla el procedimiento establecido en el artículo ciento ochenta del Código Procesal Penal.

Contra dicha resolución el señor Fiscal Provincial y la Parte Civil interpusieron recurso de apelación por escritos de tajas veinticuatro y treinta y seis respectivamente. Este recurso fue concedido por auto de fojas cuarenta y tres, del doce de enero de dos mil diez.

II. Del trámite recursal en Segunda Instancia.

TERCERO: El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, realizó la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas ciento siete, del veintisiete de enero de dos mil diez, donde se cumplió con emitir y leer el auto de apelación.

CUARTO: La resolución de apelación recurrida en casación revocó la resolución de primera instancia que declaró fundada la solicitud de tutela de derechos a favor del imputado Sánchez Paredes, y reformándola declaró improcedente dicha solicitud, remitiendo lo actuado al juzgado de origen para los fines pertinentes.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Sánchez Paredes.

QUINTO: Leída la resolución de la Sala Penal de Apelaciones, el imputado Sánchez Paredes formalizó el recurso de casación mediante escrito de fojas ciento diez. Introdujo cinco motivos de casación: **a)** inobservancia de la garantía de defensa procesal en las diligencias preliminares [casación constitucional: artículo ciento treinta y nueve apartado cuatro de la Constitución, en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal]; **b)** inobservancia del debido proceso, específicamente, del plazo razonable [casación constitucional: artículo ciento treinta y nueve apartado tres de la Constitución, en concordancia con el artículo I apartado uno IX del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal]; **c)** Inobservancia del artículo trescientos treinta del nuevo Código Procesal Penal en su relación con el artículo trescientos treinta y seis del nuevo Código Procesal Penal [casación procesal]; **d)** inobservancia del artículo setenta y uno apartado cuatro, del nuevo Código Procesal Penal [casación procesal]; y **e)** inobservancia del artículo trescientos treinta y seis apartado uno del nuevo Código Procesal Penal [casación procesal].

Concedido el recurso por auto de fojas ciento setenta y tres, del treinta de junio de dos mil diez, se elevó la causa a este Supremo Tribunal.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas cuarenta y siete, del cuaderno de casación, del trece de septiembre de dos mil diez, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por los siguientes motivos: **i)** los alcances de la diligencias preliminares [artículo trescientos treinta, apartado uno y dos del nuevo Código Procesal Penal]; **ii)** la correcta definición del alcance y ámbito de la acción de tutela ordinaria [artículo setenta y uno, apartado cuatro del nuevo Código Procesal Penal]; y **iii)** observancia o no de las garantías de defensa procesal y el plazo razonable.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor del acusado Sánchez Paredes, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el cinco de julio, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por el Secretario de la Sala el día veinte de julio de dos mil once a horas ocho horas con cuarenta y cinco minutos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y siete, del cuaderno de casación, del trece de septiembre de dos mil diez, los motivos del recurso de casación son establecer: **i)** los alcances de la diligencias preliminares [artículo trescientos treinta, apartado uno y dos del nuevo Código Procesal Penal]; **ii)** la correcta definición del alcance y ámbito de la acción de tutela ordinaria [artículo setenta y uno, apartado cuatro del nuevo Código Procesal Penal]; y **iii)** observancia o no de las garantías de defensa procesal y el plazo razonable.

SEGUNDO: El recurrente alega que el Fiscal Provincial al recibir la denuncia de parte -formulada por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria [en adelante SUNAT]- dispuso la realización de diligencias preliminares porque el "informe sobre indicios de defraudación tributaria" presentado en la denuncia del órgano tributario no era suficiente para formar causa probable, por lo que ordenó se realice una pericia contable oficial, cuyos resultados coincidían con el informe aparejado en la denuncia de SUNAT, ante lo cual el encausado Sánchez Paredes presentó observaciones al documento oficial y a la vez presentó una pericia de parte refutando las dos primeras, motivo por el cual solicitó que se proceda conforme al artículo ciento ochenta del Código Procesal Penal, situación que no se llevó a cabo y por el contrario el Fiscal Provincial emitió la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, contraviniendo el artículo sesenta y cinco apartado cuatro de la citada norma procesal.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: El auto superior impugnado en casación precisa lo siguiente:

A. El nuevo Código Procesal Penal establece un proceso único que está formado por tres etapas: la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el Juzgamiento. El primero de ellos se encuentra comprendido por dos sub fases: las investigaciones preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha.

B. Las diligencias de la investigación preliminar se encuentran a cargo del representante del Ministerio Público, que es el titular del ejercicio de la acción penal y decide la estrategia de investigación adecuada, programará y coordinará con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios para la eficacia de la misma. En la investigación del delito deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes de la comisión, conforme lo establecen los artículos sesenta y sesenta y cinco del nuevo Código Procesal Penal.

C. El señor Fiscal Provincial ha considerado necesario que el Informe Pericial de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y la Pericia Oficial son suficientes para la finalidad que perseguía en la investigación preliminar, por lo que no corresponde al Órgano Jurisdiccional cuestionar dicha decisión, debido a que en el nuevo Código Procesal Penal no existe el Juez Inquisitivo -véase artículo trescientos treinta y siete de la norma procesal penal-, sino él actúa sólo con la finalidad de tutelar derechos que se hubieran vulnerado durante la citada investigación -véase artículo setenta y uno del código Adjetivo-.

D. El plazo de la investigación preliminar ha sobrepasado en exceso si se tiene en cuenta que se inició el veinticuatro de junio de dos mil nueve y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria fue el uno de diciembre de dos mil nueve, esto es, después de más de cinco meses. Además el hecho de no haberse observado las reglas establecidas en el artículo ciento ochenta del nuevo Código Procesal Penal -de no haberse trasladado las observaciones efectuadas a la pericia oficial- no significa que ya no se puedan llevar a cabo, si tenemos en cuenta que el proceso penal recién comienza y fácilmente las partes procesales podrían presentar los medios probatorios que consideren pertinentes en la investigación preparatoria o el juzgamiento.

E. En tal sentido no se ha vulnerado ningún derecho fundamental o procesal del imputado Sánchez Paredes.

Los enunciados antes enumerados constituyeron los fundamentos de la decisión adoptada, que constituyen la base de los motivos de casación constitucional.

III. Sobre los alcances de las diligencias preliminares [artículo trescientos treinta, apartado uno y dos del nuevo Código Procesal Penal] y la observancia o no de las garantías de defensa procesal y el plazo razonable.

CUARTO: Las diligencias preliminares es una fase pre-jurisdiccional, porque se encuentra en el contexto que el Fiscal ya conoció la noticia criminal, pero aún no ha resuelto formalizar la investigación y dar inicio a la investigación preparatoria; en ella se busca verificar si el conocimiento que se tiene de la sospecha de un delito - sea de oficio o por la parte denunciante- tiene un contenido de verosimilitud y ver si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la persecución de delitos y sus autores, se funda en la necesidad de determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial y por ende el proceso penal; que, además, la investigación preliminar que realiza el fiscal en su despacho o la policía bajo su supervisión, la realiza con el fin de establecer: **i)** si el hecho denunciado es delito, **ii)** si se ha individualizado a su presunto autor, y **iii)** si la acción penal no ha prescrito. Si no existe alguno de esos requisitos el fiscal debe archivar provisionalmente o definitivamente los actuados. Las diligencias preliminares son importantes en tanto aseguran el cuerpo del delito, esto es, los elementos de prueba que por su naturaleza y característica son considerados actos urgentes e irreproducibles, de ahí que estas diligencias se constituyan luego en prueba preconstituida que entrará al proceso para ser valorada por el Tribunal.

El plazo de la investigación preliminar es de veinte días, pero el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, conforme lo preceptúa el artículo trescientos treinta y cuatro inciso dos del nuevo Código Procesal Penal.

QUINTO: En el presente caso, el Fiscal mediante la Disposición número uno, de fojas setenta y uno, del cuadernillo de casación, del veinticuatro de junio de dos mil nueve dispuso aperturar investigación preliminar por el plazo de sesenta días con la finalidad que se realicen varias diligencias -entre ellas la pericia contable correspondiente-, posteriormente mediante disposición de fojas setenta y ocho, del veinticinco de septiembre de dos mil nueve se dispuso ampliar dicho plazo por treinta días; después el dieciséis de noviembre de dos mil nueve, luego que se emitiera el Informe Contable, se puso a disposición de los sujetos procesales por el término de cinco días.

SEXTO: Ante ello el abogado del imputado Sánchez Paredes presentó observaciones al mencionado Informe Contable el veinticinco de noviembre de dos mil nueve -en base al artículo ciento ochenta del Código Procesal Penal-, además que presentó una pericia de parte que contradecía al informe oficial, petición que no fue llevada a cabo por el representante del Ministerio Público, porque el uno de diciembre de dos mil nueve emitió la disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria conforme se verifica a fojas ochenta y dos.

SÉPTIMO: Se debe tener en cuenta que en la investigación preliminar se dieron plazos no previstos en la norma procesal y en la jurisprudencia –en la investigación preliminar se estableció sesenta días [pese a que el inciso dos del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Procesal Penal sólo fija veinte días], luego dicho plazo se amplió por treinta días más-, pero dicha situación no fue cuestionada por ninguna de las partes intervinientes en la citada investigación policial por lo que a estas alturas del proceso no resulta operante considerar una eventual nulidad por este motivo, más aún si a tenor del inciso dos del artículo ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal *"los plazos que sólo tienen como fin regular la actividad de Jueces y Fiscales serán observados rigurosamente. Su inobservancia sólo acarrea responsabilidad disciplinaria"* .

En tal sentido cuando el imputado Sánchez Paredes realiza las observaciones al informe pericial oficial -el veinticinco de noviembre de dos mil nueve- y solicita se proceda conforme al artículo ciento ochenta del nuevo Código Procesal Penal, los plazos procesales ya habían terminado en exceso -luego de la ampliación respectiva el plazo se cumplió el veinticinco de octubre de dos mil nueve-, por lo que el Fiscal- luego que reuniera los elementos indiciarios o elementos reveladores de la comisión del delito y la participación de Sánchez Paredes- dispuso formalizar la investigación preparatoria, que no significa la determinación de la comisión del delito y/o la responsabilidad penal del imputado, sino sólo la existencia de indicios o sospecha de tales eventos, porque tal situación se determinará luego del desarrollo de la etapa de juzgamiento.

En el presente caso no se advierten alguna vulneración constitucional o legal alguna en la resolución de la Sala Penal de Apelaciones, por lo que el motivo invocado por el recurrente no puede prosperar.

IV. La correcta definición del alcance y ámbito de la acción de tutela ordinaria [artículo setenta y uno, apartado cuatro del nuevo Código Procesal Penal].

OCTAVO: El nuevo Código Procesal Penal a diferencia del Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta, tiene una regulación garantista que busca proteger los derechos de los intervinientes en el proceso penal, pues a partir de lo reconocido como derechos fundamentales se puede implementar una serie de derechos y garantías a través del proceso penal. Por ello en el marco de la actuación del imputado este ha sido investido de las garantías suficientes en un sistema acusatorio. De ahí que el imputado puede hacer valer sus derechos por sí mismo o a través de un abogado desde el inicio de las primeras diligencias preliminares, en razón de ello se ha previsto una serie de derechos que se deben poner en conocimiento de manera inmediata y comprensible al imputado por parte de los Jueces, Fiscales y Policía Nacional.

El fundamento para otorgarle derechos al imputado es la dignidad de la persona humana, principio constitucionalmente reconocido del que se derivan todos los demás derechos, entre ellos, el de presunción de inocencia previsto y reconocido en el apartado dos del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal *"Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada"*. Lo regulado en esta norma procesal está en concordancia con la Constitución cuando afirma que son principios de la función jurisdiccional el acceso al Órgano Jurisdiccional a través de la tutela jurisdiccional y el debido proceso -véase apartado tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución.

Además el nuevo Código Procesal Penal establece en beneficio del imputado la audiencia de tutela de derechos, en ese sentido, cuando se considere que de las diligencias preliminares o que en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones (relativas a sus derechos), o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que corresponda según lo establece el apartado cuatro del artículo setenta y uno del Código adjetivo, esta solicitud la resolverá este mismo Juez previa audiencia, en la cual el Abogado defensor expondrá los argumentos por los cuales cree que su patrocinado ha sido afectado en sus derechos, le seguirá en turno el Fiscal con sus alegaciones de descargo y el Juez resolverá al final.

NOVENO: Esta facultad que le otorga la norma procesal al imputado puede hacerse valer siempre y cuando se vulnere alguna garantía constitucional, sustantiva o procesal, caso contrario no procede la acción de tutela de derechos.

En el presente caso, conforme a los fundamentos jurídicos precedentes se ha determinado que el representante del Ministerio Público durante la investigación preliminar no ha vulnerado la norma procesal penal -específicamente el artículo ciento ochenta del Código Procesal Penal-, debido a que los plazos ya se habían vencido, por lo que no cabía correr traslado de las observaciones realizadas a la pericia oficial, tanto más, si en dicha fase sólo se recaban indicios reveladores de la comisión del delito y algún cuestionamiento al mencionado informe pericial lo puede efectuar en la investigación preparatoria o incluso en el juzgamiento.

DÉCIMO: Si bien en la audiencia de fecha veinte de enero de dos mil diez, cuya acta corre a fojas sesenta y seis, luego de escuchar a las partes procesales, el Colegiado dispuso dar por cerrado el debate y suspendió la audiencia para el día veintisiete de enero de dos mil diez a fin de expedir la resolución que corresponda, esto es, después de siete días, situación que contraviene el apartado cuatro del artículo setenta y uno del nuevo Código Procesal Penal -que establece que la solicitud del imputado se resolverá inmediatamente a la realización de la audiencia-, sin embargo, dicha inobservancia no puede ser causal de nulidad de los actos procesales subsiguientes, pues esta contingencia en el contexto del proceso no está revestida de una especial relevancia como sustentar tal consecuencia, sobre todo si como se tiene dicho en lo actuado no aparecen indicadores que evidencien la vulneración de derechos fundamentales, aparte que la situación suscitada resulta convalidable en armonía con el inciso uno punto c) del artículo ciento cincuenta y dos del acotado Código Procesal.

UNDÉCIMO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del medio impugnatorio. El presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, a contrario sensu, del nuevo Código Procesal Penal].

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de preceptos constitucionales y de normas procesales ordinarias contra el auto superior de fojas ciento siete, del veintisiete de enero de dos mil diez, que revocando el auto de fojas veintidós, del seis de enero de dos mil diez declaró improcedente su solicitud de tutela de derechos por vulneración de la garantía de defensa procesal; en el proceso penal seguido contra Fortunato Wilmer Sánchez Paredes por delito de Defraudación Tributaria en agravio del Estado - SUNAT.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado Fortunato Wilmer Sánchez Paredes; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por el Secretario de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: MANIFIESTA ILOGICIDAD

21

LA AUSENCIA NOTORIA DE MOTIVACIÓN, SEA ESTA INCOMPLETA, INCONGRUENTE, OSCURA O QUE VULNERA LAS REGLAS DE LA LÓGICA, LA CIENCIA O LA EXPERICIENCIA, DETERMINAN SU MANIFIESTA ILOGICIDAD, ESTO ES, QUE LA RESOLUCIÓN CONTIENE VICIOS ILÓGICOS EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL FALLO QUE LO HACEN IRRAZONABLE

Causal de Admisibilidad
Falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) el casacionista en su escrito alegó que: i) nunca violentó ni golpeó a la agraviada, que se echó encima de ella y tuvieron relaciones sexuales sin oponer resistencia, y que posteriormente la dejó en su casa; esta aseveración en sede plenarial no fue contradicha ni plasmada en la sentencia recurrida; ii) la sentencia tomó como cierto que el lugar de los hechos estaba desolado, lo cual se afirmó sin tomar en cuenta lo expresado por la agraviada, el encausado y las testimoniales de (...), quienes señalaron que por inmediaciones del lugar de los hechos habían personas; y, iii) la Sala de Apelaciones no respondió ni desvirtuó la tesis de la defensa, contrastada por la propia declaración de la menor agraviada, pues ésta manifestó que nunca fue golpeada ni empujada, no existiendo violencia o amenaza, con lo cual se desacredita el Certificado Médico Legal".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"Por lo demás, la sentencia de vista también motivó su decisión en que el acusado no explicó el contenido de su inicial declaración vertida en presencia del representante del Ministerio Público y su defensa en la que admitió que mantuvo relaciones sexuales con la menor en el ámbito espacio – temporal y en las circunstancias donde ocurrieron los hechos, atribuyendo dicha inconsistencia a un mal asesoramiento legal".

Fundamento de la casación
"Que el apartado cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal precisa como motivo autónomo de casación, "Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación". Este motivo puede resumirse en la ausencia notoria de motivación, en la motivación incompleta –que no responde a todos los agravios relevantes para una decisión razonada del caso-, y en la motivación incongruente, oscura o que vulnera las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. La ilogicidad de la motivación, conforme a su fuente italiana, está residenciada en vicios ilógicos en la fundamentación del fallo, que lo hacen irrazonable".

"La motivación de las resoluciones judiciales (...) debe expresar de modo claro, entendible y suficiente (...) las razones de un concreto pronunciamiento y en las cuales apoya su decisión (...). Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad para que la sentencia no vulnere el principio de la razón suficiente debe cumplir dos requisitos: a) consignar el material probatorio en que se fundan las conclusiones a las que arriba (...) b) valorarlo debidamente de suerte que evidencien su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen al fallo".

Base Legal: Const.: Art. 139.5; NCPP: Arts. 429.1.2.3.4.5, 432.2, 504.2; CP: Art. 173.3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 19-2010 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, tres de noviembre de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación por falta de motivación interpuesto por el acusado MIGUEL ÁNGEL SOLANO REYES contra la sentencia de vista de fojas ciento veintinueve, del uno de febrero de dos mil diez, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y uno, del veintitrés de octubre de dos mil nueve, lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad -artículo ciento setenta y tres, inciso tres del Código Penal- en agravio de la menor de iniciales K.J.S.A. a veinticinco años de pena privativa de libertad, dispuso tratamiento terapéutico y fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada.
Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que el señor Juez de la Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento de fojas cuatro, del veinticinco de septiembre de dos mil nueve, contra el recurrente SOLANO REYES como presunto autor

del delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales K.J.S.A.

Emitido el auto de citación a juicio y realizado el plenario oral, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas sesenta y uno, del veintitrés de octubre de dos mil nueve, que lo condenó como autor del delito acusado a seis años de pena privativa de libertad, dispuso tratamiento terapéutico y fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada.

SEGUNDO: Que interpuesto el correspondiente recurso de apelación -por parte del señor Fiscal Provincial, el encausado y la actora civil- contra la sentencia de primera instancia, y tramitado en segunda instancia, según consta de los autos de admisión de la alzada y de citación a la audiencia de apelación de fojas ciento diecisiete, del siete de enero de dos mil diez, así como del acta de fojas ciento veinticuatro, la Sala Penal Superior dictó la sentencia de vista de fojas ciento veintinueve, del uno de febrero de dos mil diez, que revocó la sentencia de primera instancia respecto del *quantum* de la pena impuesta, la que fijó en veinticinco años, y la confirmó en todos los demás extremos.

TERCERO: Que el encausado SOLANO REYES mediante escrito de fojas ciento cuarenta y siete interpuso recurso de casación invocando un solo motivo de casación: falta o manifiesta ilogicidad de la motivación [el recurrente también hizo mención a las causales previstas en los apartados uno, dos, tres y cinco, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, empero, no cumplió con sustentar de manera precisa y separada cada una de estas causales invocadas]. El Tribunal superior concedió dicho recurso por auto de fojas ciento setenta y cuatro, del veintiséis de febrero de dos mil diez.

Elevada la causa a esta Sala de Casación y tramitado el recurso como corresponde, se expidió la Ejecutoria de Calificación de fojas veintitrés del cuaderno de casación, del quince de junio último, que sólo declaró bien concedido el recurso de casación por falta de motivación de las resoluciones judiciales.

CUARTO: Que producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria, que se leerá en audiencia pública el día viernes doce de noviembre a las nueve de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme se ha establecido en la Ejecutoria de Calificación de fojas veintitrés, del quince de junio pasado, el único motivo de casación que es del caso resolver es el referido a la falta de motivación de la sentencia. Sobre esa base, como es evidente, rige lo dispuesto por el artículo cuatrocientos treinta y dos, apartado dos, del Código Procesal Penal, en cuya virtud la Sala Penal de la Corte Suprema está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia. No es del caso revisar la *questio facti*; sólo es de rigor examinar si, dados los hechos declarados probados, se motivó debidamente las resoluciones judiciales.

SEGUNDO: Que las sentencias de primera y segunda instancia declararon probado que el acusado MIGUEL ÁNGEL SOLANO REYES accedió carnalmente por vía vaginal a la menor de iniciales K.J.S.A. de quince años de edad el día veintiocho de enero de dos mil nueve, en circunstancias que aquella se encontraba en la avenida Panamericana -frente al restaurante California de la localidad de Paiján- con la finalidad de dirigirse a su domicilio, a cuyo efecto tomó el servicio de mototaxi conducido por el citado encausado, a quien le refirió que la llevara a su domicilio ubicado en el anexo Chuín. El acusado le manifestó que quería regresar con ella como enamorados, pero la agraviada se negó. Luego, al llegar a un camino carrozable, ingresó y estacionó la mototaxi por inmediaciones de la acequia Paiján, bajo el pretexto de que iba a miccionar. Sin embargo, el encausado SOLANO REYES se sentó en el asiento posterior donde se encontraba la menor, la empezó a enamorar y besar contra su voluntad, y le expresó que quería tener relaciones sexuales. Ante la negativa de la menor, el acusado se molestó y en forma violenta la empujó sobre el asiento del vehículo. Seguidamente la despojó de su snicker y ropa interior, mientras él se quitaba su pantalón jean y calzoncillo. La menor trató de defenderse pero el acusado la cogió fuertemente de las manos, le tapó la boca y se subió en su encima, ocasión en que le hizo sufrir el acto sexual vía vaginal. Luego unos minutos eyaculó fuera de la cavidad vaginal de la menor y le exigió que no cuente lo ocurrido a sus padres.

TERCERO: Que, respecto al motivo casacional objeto del grado, el casacionista en su escrito de fojas ciento cuarenta y siete alegó que: **i)** nunca violentó ni golpeó a la agraviada, que se echó encima de ella y tuvieron relaciones sexuales sin oponer resistencia, y que posteriormente la dejó en su casa; esta aseveración en

sede plenarial no fue contradicha ni plasmada en la sentencia recurrida; **ii)** la sentencia tomó como cierto que el lugar de los hechos estaba desolado, lo cual se afirmó sin tomar en cuenta lo expresado por la agraviada, el encausado y las testimoniales de César Arturo Medina Tolentino, Nancy María Vega Paredes y Roberto Carlos Concepción Espinoza, quienes señalaron que por inmediaciones del lugar de los hechos habían personas; y, **iii)** la Sala de Apelaciones no respondió ni desvirtuó la tesis de la defensa, contrastada por la propia declaración de la menor agraviada, pues ésta manifestó que nunca fue golpeada ni empujada, no existiendo violencia o amenaza, con lo cual se desacredita el Certificado Médico Legal.

CUARTO: Que el apartado cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal precisa como motivo autónomo de casación, *"Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación"*. Este motivo puede resumirse en la ausencia notoria de motivación, en la motivación incompleta -que no responde a todos los agravios relevantes para una decisión razonada del caso-, y en la motivación incongruente, oscura o que vulnera las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. La ilogicidad de la motivación, conforme a su fuente italiana, está residenciada en vicios ilógicos en la fundamentación del fallo, que lo hacen irrazonable.

La motivación de las resoluciones judiciales que exige la Constitución requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del órgano jurisdiccional y que atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente -más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión- las razones de un concreto pronunciamiento y en las cuales se apoya para adoptar su decisión -no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, pero sí que desarrolle una argumentación racional ajustada al tema en debate-.

Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de razón suficiente debe cumplir dos requisitos: **a)** consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a las que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante [basados en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos] -requisito descriptivo-; y, **b)** valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo -requisito intelectivo-.

QUINTO: Que de la revisión de autos se advierte que la Sala Penal de Apelaciones motivó debidamente su decisión. En efecto, en el fundamento jurídico vigésimo segundo resaltó que el testimonio de la menor -la edad de la víctima se acreditó en el fundamento jurídico vigésimo primero de la sentencia de vista; así como en el fundamento jurídico noveno de la sentencia de primera instancia- fue coherente, coincidente y veraz al atribuirle al acusado SOLANO REYES la agresión sexual acaecida en su contra, la misma que se llevó a cabo contra su voluntad y mediante la fuerza.

Además, el Superior Colegiado verificó la concurrencia de las garantías de certeza a la que alude el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco / CJ - ciento dieciséis -fundamento jurídico vigésimo tercero- referidos a la ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud e incriminación persistente. En tal sentido, señaló -entre otros aspectos- que el Certificado Médico Legal número cero cero cero ciento cuarenta - H, del veintinueve de enero de dos mil nueve, acredita no sólo el acceso carnal que sufrió la menor, al concluir desfloración himeneal reciente, sino también la producción de lesiones traumáticas recientes de origen contuso por mano ajena en región extragenital y paragenital que requirieron un día de atención facultativa por siete de incapacidad médico legal. El contenido y suscripción de dicho certificado médico legal fue ratificado por el perito Jimmy Santos Cosme Vigo, quien fue examinado y contra examinado por los sujetos procesales, por lo que se corroboró la agresión sexual -en igual sentido se pronunció el numeral cinco del fundamento jurídico décimo primero de la sentencia de primera instancia-.

SEXTO: Que, por otro lado, el fundamento jurídico vigésimo tercero de la sentencia de vista consignó que el Acta de Inspección Fiscal del veinte de mayo de dos mil nueve consta cómo se produjo el traslado de la menor al lugar de los hechos, y precisó que se trata de un camino carrozable angosto, ubicado a unos quinientos metros pasado un restaurante, que es un lugar desolado, sin casas, sin huellas de vehículo menor, en la que sólo se observa terrenos de cultivo. Respecto a las testimoniales de César Arturo Medina Tolentino, Nancy María Vega Paredes y Roberto Carlos Concepción Espinoza, el Tribunal anotó -en su fundamento jurídico vigésimo cuarto- que no le generaron convicción con relación a la ubicación del vehículo menor, pues no se condicen con el lugar verificado por el Ministerio Público -así también se pronunció la sentencia de primera instancia en el numeral seis del fundamento jurídico décimo primero-.

Por lo demás, la sentencia de vista también motivó su decisión en que el acusado no explicó el contenido de su inicial declaración vertida en presencia del representante del Ministerio Público y su defensa en la que admitió que mantuvo relaciones sexuales con la menor en el ámbito espacio - temporal y en las circunstancias donde ocurrieron los hechos, atribuyendo dicha inconsistencia a un mal asesoramiento legal.

SÉPTIMO: Que, conforme se ha precisado, una de las garantías establecidas por la ley procesal es el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada, razonable y congruente en todo fallo judicial. La exigencia de motivación, como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política. Además esta garantía procesal integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva. De ahí que toda decisión judicial debe estar fundamentada con logicidad, claridad y coherencia.

El razonamiento del Tribunal de Alzada es coherente y completo. Además, enlaza cada afirmación con la evidencia respectiva y las conclusiones no vulneran las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. Por ende, no se incurrió en la causal de falta de motivación de las resoluciones judiciales.

El motivo casacional invocado carece de virtualidad.

OCTAVO: Que, respecto de las costas, es de aplicación el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por falta de motivación interpuesto por el acusado MIGUEL ÁNGEL SOLANO REYES. En consecuencia: **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento veintinueve, del uno de febrero de dos mil diez, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y uno, del veintitrés de octubre de dos mil nueve, condenó al recurrente MIGUEL ÁNGEL SOLANO REYES como autor del delito contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor edad -artículo ciento setenta y tres, inciso tres del Código Penal- en agravio de la menor de iniciales K.J.S.A. a veinticinco años de pena privativa de libertad, dispuso tratamiento terapéutico y fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada.

II. CONDENARON al recurrente al pago de las costas del recurso, que serán exigidas por el Juez de la Investigación Preparatoria.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

TERMINACIÓN ANTICIPADA: DISCONFORMIDAD DEL FISCAL SUPERIOR CON EL ACUERDO

22

EL OBJETO DEL ACUERDO, PESE A SU RECHAZO EN PRIMERA INSTANCIA, NO PUEDE SER ALTERADO O LIMITADO EN SEGUNDA INSTANCIA. EN TAL SENTIDO, LA DISCONFORMIDAD DEL MISMO POR PARTE DEL FISCAL SUPERIOR NO PUEDE DETERMINAR – AUTOMÁTICAMENTE – QUE EL ACUERDO QUEDE SIN EFECTO

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: tutela jurisdiccional.

Fundamento del recurso casatorio
"Que según se advierte del recurso de casación de fojas ciento dos el Tribunal Superior –tal como postula el impugnante- no tomó en cuenta que el recurso de apelación fue planteado no sólo por el Ministerio Público, sino también por el imputado y su defensa. Anotó que si bien el Fiscal Superior expresó su disconformidad con el planteamiento del Fiscal Superior y cuestionó el acuerdo de terminación anticipada, básicamente respecto de la pena acordada, el mencionado acuerdo de terminación anticipada asumió correctamente la existencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes conforme a los artículos 45º y 46º del Código Penal que permite rebajar la pena hasta el mínimo legal; además, se respetó los lineamientos establecidos por el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, del trece de noviembre del dos mil nueve. Por último, cuestionó el acuerdo suscrito entre Jueces y Fiscales del diecinueve de octubre de dos mil nueve, por entender que no es compatible con el principio de legalidad penal".

Fundamento del auto impugnado en casación
"Que el auto de vista oral, transcrito a fojas cuarenta y tres, del cuatro de marzo del dos mil diez –cuaderno de apelación-, en función a la posición adoptada en la audiencia de apelación por el señor Fiscal Adjunto Superior –que cuestionó el acuerdo y los fundamentos del recurso de apelación del señor Fiscal Provincial, así como señalo que según el Acuerdo antes aludido el punto de partida para determinar la pena concreta será el punto intermedio de la pena conminada para el correspondiente tipo legal-, estimó que existía un allanamiento expreso con la resolución recurrida y un desistimiento de la apelación formulada, por lo que concluyó que, ante la pretensión fiscal de confirmación del auto apelado, no cabía otra opción que proceder de esa forma".

Fundamento de la casación
"(…) El hecho de que el proceso de terminación anticipada se sustenta en el principio del consenso procesal en modo alguno trae consigo que si la Fiscalía Superior que conoce de la Alzada expresa su disconformidad con la posición adoptada por la Fiscalía Provincial –como sucedió en el presente caso- automáticamente decae el acuerdo suscrito entre el Fiscal Provincial con el acusado y su defensa. Es en la primera instancia donde se define el marco de actuación del proceso, y además son las partes las que, con motivo del recurso de apelación que interponen, delimitan la competencia funcional del Iudex Ad Quem; el objeto del recurso no puede ser alterado o limitado en segunda instancia, salvo los casos de desistimiento legalmente previstos. El consenso expresado en el Acuerdo suscrito entre el Fiscal Provincial con el acusado y su defensa no se elimina por la posición discrepante de la Fiscalía Superior, la cual sólo puede solicitar la confirmatoria del auto recurrido y, en su caso, desistirse de la apelación del Fiscal Provincial".

Base Legal: NCPP: Arts. 71, 150.d, 425.4, 429.1, 431.4; CP: Arts. 45, 46, 296; CPC: Art. 341; LOPJ: Art. 5

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 22-2010 (AUTO)
CUSCO

SENTENCIA CASATORIA

Lima, veintitrés de septiembre de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de tutela jurisdiccional interpuesto por la defensa del encausado ISAAC GARGANTILLA SÁNCHEZ contra el auto de vista oral de fojas cuarenta y tres -cuaderno de apelación-, del cuatro de marzo de dos mil diez, que confirmando el auto de primera instancia de fojas veintiséis, del veintiocho de enero del año en curso, desaprobó el acuerdo de terminación anticipada celebrado entre la Fiscalía y el imputado, derivado del proceso seguido en su contra por delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 296° del Código Penal) en agravio del Estado.
Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que el Fiscal Provincial Antidrogas del Cusco mediante requerimiento de fojas dos, del catorce de enero de dos mil diez, instó la terminación anticipada del procedimiento penal ante el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco, en la investigación seguida contra Isaac Gargantilla Sánchez por delito contra la Salud Pública - tráfico ilícito de drogas -artículo 296° del Código Penal-.

A estos efectos, acompañó el acuerdo previo con el imputado y su defensa. Según ese acuerdo, la pena base sería de ocho años de pena privativa de libertad, doscientos dieciséis días multa y dos años de inhabilitación; y, con los beneficios legales, correspondería al imputado, seis años y ocho meses de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa y dos años de inhabilitación. La reparación civil acordada alcanzaría a la suma de siete mil nuevos soles a favor del Estado.

SEGUNDO: Que el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, previo trámite de audiencia, por resolución de fojas veintiséis, del veintiocho de enero de dos mil diez, desaprobó el acuerdo de terminación anticipada, atento a la ausencia de proporcionalidad y razonabilidad de la pena objeto de acuerdo. Esa decisión fue recurrida en apelación por el Fiscal Provincial y el imputado.

TERCERO: Que la Sala de Apelaciones, cumplido el procedimiento de apelación correspondiente, por auto de vista oral de fojas noventa y uno, del cuatro de marzo de dos mil diez, en orden a la posición contraria al acuerdo y a la pretensión impugnativa del Fiscal Provincial asumida por el Fiscal Adjunto Superior en la audiencia de apelación, confirmó el referido auto de primera instancia que desaprobó el acuerdo de terminación anticipada. Contra esta resolución se interpuso y concedió recurso de casación.

CUARTO: Que declarado admisible el recurso de casación constitucional, por inobservancia de la garantía procesal constitucional de tutela jurisdiccional, y cumplido el trámite previsto por el apartado uno del artículo 431° del nuevo Código Procesal Penal, sin que las partes presenten alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta en el acta correspondiente.

Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos 431°, apartado cuatro, con el artículo 425°, apartado cuatro, del Código acotado, el día lunes cuatro de octubre a las ocho y treinta de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que según se advierte del recurso de casación de fojas ciento dos el Tribunal Superior -tal como postula el impugnante- no tomó en cuenta que el recurso de apelación fue planteado no sólo por el Ministerio Público, sino también por el imputado y su defensa. Anotó que si bien el Fiscal Superior expresó su disconformidad con el planteamiento del Fiscal Superior y cuestionó el acuerdo de terminación anticipada, básicamente respecto de la pena acordada, el mencionado acuerdo de terminación anticipada asumió correctamente la existencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes conforme a los artículos 45°y 46° del Código Penal que permite rebajar la pena hasta el mínimo legal; además, se respetó los lineamientos establecidos por el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, del trece de noviembre de dos mil nueve. Por último, cuestionó el acuerdo suscrito entre Jueces y Fiscales del diecinueve de octubre de dos mil nueve, por entender que no es compatible con el principio de legalidad penal.

SEGUNDO: Que el auto de vista oral, transcrito a fojas cuarenta y tres, del cuatro de marzo de dos mil diez -cuaderno de apelación-, en función a la posición adoptada en la audiencia de apelación por el señor Fiscal Adjunto Superior –que cuestionó el acuerdo y los fundamentos del recurso de apelación del señor Fiscal Provincial, así como señaló que según el Acuerdo antes aludido el punto de partida para determinar la pena concreta será el punto intermedio de la pena conminada para el correspondiente tipo legal-, estimó que existía un allanamiento expreso con la resolución recurrida y un desistimiento de la apelación formulada, por lo que concluyó que, ante la pretensión fiscal de confirmación del auto apelado, no cabía otra opción que proceder de esa forma. Añadió que *"... resulta obvio que no es necesario referirnos a los fundamentos expuestos por la señorita Defensora de Oficio Gloria Diana Escalante Aedo, abogada patrocinarte del imputado Isaac Gargantilla Sánchez, a causa de la posición asumida por el señor Fiscal en esta instancia".*

TERCERO: Que si bien es cierto, por la especial configuración orgánica del Ministerio Público y los principios institucionales y de actuación que lo informan, específicamente el principio de unidad en la función, el Fiscal Superior en grado no está sujeto a la posición procesal asumida por el Fiscal inferior -ésta no le es vinculante- y, por tanto, puede adoptar un planteamiento jurídico distinto —el aludido principio de unidad en la función compromete, en todo caso, a los Fiscales del mismo oficio, mas no al Superior en grado (la Fiscalía Superior)-, es de precisar que el desistimiento siempre es expreso y está sujeto a un trámite específico, conforme establece el artículo 341° y siguientes del Código Procesal Civil. En consecuencia, no es posible sostener que el Fiscal Superior se desistió del recurso de apelación. Al no hacerlo -el desistimiento no se presume- el Tribunal debía pronunciarse sobre el mérito del recurso de apelación del Fiscal Provincial, quien introdujo la pretensión impugnativa y a la cual debió responder razonada y razonablemente.

Es de precisar, según se advierte del audio que contiene la audiencia de apelación del cuatro de marzo del año en curso, que el Fiscal Superior se limitó a sostener que está de acuerdo con la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria que desestimó el acuerdo provisional de terminación anticipada; que su actuación, aunque difiere del Fiscal de Investigación que apeló el auto desestimatorio, se ampara en los artículos cinco de la Ley Orgánica del Ministerio Público y sesenta y uno del Código Procesal Penal; y que, en tal virtud, se aparta de la apelación del Fiscal de Investigación, y de hacer lo contrario -seguir sosteniendo la apelación- no sería coherente con su postura frente a otros casos similares.

Por tanto, el indicado Fiscal no se desistió expresamente del recurso de apelación, ni tampoco siguió el procedimiento preestablecido del recurso de desistimiento. Tampoco lo hizo respecto del propio acuerdo suscrito por el Fiscal Provincial.

CUARTO: Que cabe puntualizar que la pretensión impugnativa la introduce el Fiscal recurrente y es ésta la que delimita los principios de congruencia y de exhaustividad del Tribunal de Apelación. El Fiscal Superior en grado sólo puede alterar este ámbito de la pretensión impugnativa en la medida en que se desista del recurso, total o parcialmente -y lo puede hacer porque institucionalmente rige en el Ministerio Público el principio de jerarquía y desde la perspectiva de su actuación impera el principio de objetividad o legalidad-. Siendo así, no es razón suficiente aludir a la posición del Fiscal Superior hecha valer en la audiencia de apelación para, inmotivadamente, confirmar el auto recurrido.

QUINTO: Que, por otro lado, aún cuando la Fiscalía Superior instó la confirmación del auto recurrido, subsistía el recurso defensivo y, por tanto, debió respondérsele cumplidamente. El hecho de que el proceso de terminación anticipada se sustenta en el principio del consenso procesal en modo alguno trae consigo que si la Fiscalía Superior que conoce de la Alzada expresa su disconformidad con la posición adoptada por la Fiscalía Provincial -como sucedió en el presente caso-automáticamente decae el acuerdo suscrito entre el Fiscal Provincial con el acusado y su defensa. Es en la primera instancia donde se define el marco de actuación del proceso, y además son las partes las que, con motivo del recurso de apelación que interponen, delimitan la competencia funcional del *Iudex Ad Quem*; el objeto del recurso no puede ser alterado o limitado en segunda instancia, salvo los casos de desistimiento legalmente previstos. El consenso expresado en el Acuerdo suscrito entre el Fiscal Provincial con el acusado y su defensa no se elimina por la posición discrepante de la Fiscalía Superior, la cual sólo puede solicitar la confirmatoria del auto recurrido y, en su caso, desistirse de la apelación del Fiscal Provincial.

Cabe precisar, de otro lado, que el desistimiento de un acto procesal concreto, en todo caso, debe someterse a los requisitos, condiciones, posibilidades de ejercicio y procedimiento establecido en el ordenamiento procesal.

SEXTO: Que, siendo así, se vulneró la garantía constitucional de tutela jurisdiccional. La resolución de vista no está fundada en derecho, no es congruente ni cumplió con el principio de exhaustividad. No respondió todos los motivos del recurso de apelación ni absolvió las pretensiones impugnativas hechas valer por la Fiscalía Provincial con el imputado y su defensa. Ante una ausencia de motivación y la vulneración de la garantía de tutela jurisdiccional no cabe otra opción que anular la resolución de vista y disponer que el Tribunal Superior emita una decisión sobre el fondo del asunto. Es de aplicación el artículo 150°, literal d), del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de tutela jurisdiccional interpuesto por la defensa del encausado ISAAC GARGANTILLA SÁNCHEZ contra el auto de vista oral de fojas cuarenta y tres, del cuatro de marzo de dos mil diez -cuaderno de apelación-, que confirmando el auto de primera instancia de fojas veintiséis, del veintiocho de enero del año en curso, desaprobó el acuerdo de terminación anticipada celebrado entre la Fiscalía y el imputado, derivado del proceso seguido en su contra por delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 296° del Código Penal) en agravio del Estado. En consecuencia: **NULO** el auto de vista oral de fojas cuarenta y tres, del cuatro de marzo de dos mil diez; **DISPUSIERON** que la Sala Penal Superior expida nueva resolución absolviendo el grado con expresa mención de los agravios de las partes recurrentes.

II. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique como corresponde. Hágase saber.

III. MANDARON que cumplidos los trámites pertinentes, se devuelvan los autos al Tribunal de origen.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

SOBRESEIMIENTO PARCIAL: EFECTO DE SU IMPUGNACIÓN

23

LA IMPUGNACIÓN DEL AUTO DE SOBRESEIMIENTO DE ALGUNO DE LOS PROCESADOS, ESTANDO PENDIENTE EL JUZGAMIENTO DE LOS OTROS, SE CONCEDE CON EFECTO DIFERIDO, ESTO ES, QUE EL TRÁMITE DEL RECURSO QUEDA RESERVADO POR EL JUEZ PARA QUE SEA RESUELTO POR EL SUPERIOR JERÁRQUICO CONJUNTAMENTE CON LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA O EL AUTO DEFINITIVO QUE PONGA FIN A LA INSTANCIA PROCESAL

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

Fundamento del recurso casatorio
"Que, según se advierte del recurso de casación de los encausados (...), el Tribunal Superior en lugar de resolver el fondo (...), declaró nulo el concesorio con lo que efectuó una errónea aplicación del artículo cuatrocientos diez del NCPP que otorgó a la referida impugnación el carácter de diferida para que sea objeto de un solo pronunciamiento con la apelación de la sentencia, lo que no correspondía en el presente caso porque lo que se impugna no es un auto de sobreseimiento propiamente dicho (...), sino un auto que resuelve un medio de defensa técnico".

Fundamento del auto impugnado en casación
"Que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (...) declaró nulo el extremo de la resolución (...) que mandó elevar a la Sala de Apelaciones los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes, porque conforme a lo dispuesto por el artículo cuatrocientos diez del Código Procesal Penal la apelación concedida debe reservar la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia. Contra esta resolución se interpuso y concedió recurso de casación".

Fundamento de la casación
"Que atento a que el motivo casacional es la inobservancia de una norma procesal, específicamente el precepto que regula la "impugnación diferida" (...), es de destacar que el efecto diferido implica la postergación del momento de resolución del recurso a una fase ulterior desvinculada del de la interposición".

"En lo sustancial, el fundamento del recurso diferido consiste en evitar las continuas interrupciones del procedimiento principal y la elevación de la causa en procura de la celeridad procesal, que es parte de la dinámica del nuevo modelo Procesal Penal, lo que es concordante con la garantía constitucional del debido proceso amparado en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política. Por ello es que el trámite del recurso queda reservado por el Juez para que sea resuelto por el Superior Jerárquico conjuntamente con la apelación de la sentencia o el auto definitivo que ponga fin a la instancia procesal".

Base Legal: Const.: Art. 139.3; NCPP: Arts. 9, 344.2, 410, 418, 425.4, 431.4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 23-2010 (AUTO)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiuno de octubre dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación concedido por causal de inobservancia de la norma procesal interpuesto por los procesados Enrique Martín Orezzoli Moreno y Francisco Martín Gonzales Rodríguez, y el actor civil contra la resolución de la Sala Penal de Apelaciones de fojas cuatrocientos doce, del catorce de enero de dos mil diez, que declaró nulo el extremo de la resolución número veintiuno, de fojas trescientos cuarenta y ocho, del dos de noviembre de dos mil nueve, que mando elevar a la Sala de Apelaciones los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes.
Interviene como ponente el señor Príncipe Trujillo.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCCP-, el Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas uno acusó a los procesados Enrique Martín Orezzoli Moreno y Francisco Martín Gonzales Rodríguez como autores del delito de omisión de acto funcional y cómplices primarios de colusión y coautores de peculado doloso en perjuicio de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo Sociedad Anónima.

SEGUNDO: Que el procesado Enrique Martín Orezzoli Moreno por escrito de fojas catorce dedujo la excepción de improcedencia de acción respecto de los delitos de omisión de acto funcional, colusión y peculado doloso. El procesado Francisco Martín Gonzales Rodríguez por escrito de fojas noventa y seis igualmente dedujo la excepción de improcedencia de acción penal por los delitos de omisión de acto funcional, colusión y peculado doloso.

TERCERO: Que, el Juez del Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria, previo trámite de audiencia, por resolución número veinte de fojas doscientos ochenta y nueve, del cinco de octubre de dos mil nueve, declaró: **a)** fundada la excepción de improcedencia de acción penal presentada por la defensa de los encausados Enrique Martín Orezzoli Moreno y Francisco Martín Gonzales Rodríguez en el extremo que los considera autores del delito de omisión de acto funcional; **b)** infundada la excepción de improcedencia de acción penal presentada por la defensa de los encausados Enrique Martín Orezzoli Moreno y Francisco Martín Gonzales Rodríguez en el extremo que los considera cómplices primarios del delito de colusión; **c)** fundada de oficio la excepción de improcedencia de acción penal presentada por la defensa de los encausados Enrique Martín Orezzoli Moreno y Francisco Martín Gonzales Rodríguez en el extremo que los considera cómplices primarios del delito de colusión; **d)** infundada la excepción de improcedencia de acción presentada por la defensa de los encausados Enrique Martín Orezzoli Moreno y Francisco Martín Gonzales Rodríguez en cuanto a la acción penal en el extremo que los considera coautores del delito de peculado doloso; y dispuso el sobreseimiento parcial de la investigación en el extremo que se sigue contra los indicados encausados por los delitos de omisión de acto funcional y colusión en agravio de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo Sociedad Anónima; así cómo dictó el auto de enjuiciamiento por delito de peculado doloso en agravio del citado perjudicado.

CUARTO: Que los acusados Enrique Martín Orezzoli Moreno y Francisco Martín Gonzales Rodríguez y el actor civil interpusieron recurso de apelación por escritos de fojas trescientos once y trescientos treinta y cuatro, respectivamente. Los primeros en cuanto declaró infundadas las excepciones de improcedencia de acción penal en los extremos que los considera cómplices primarios del delito de colusión y coautores del delito de peculado doloso. El segundo apelante respecto a que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción penal en el extremo que los considera autores del delito de omisión de acto funcional, y de oficio la excepción de improcedencia de la acción penal en el extremo que los considera cómplices primarios del delito de colusión.

El Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, por resolución número veintiuno de fojas trescientos cuarenta y ocho, del dos de noviembre de dos mil nueve, concedió las apelaciones conforme a lo normado en el artículo nueve del Código Procesal Penal, y elevó el incidente a la Sala Penal de Apelaciones.

QUINTO: Que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, cumplido el procedimiento de apelación correspondiente, por auto de vista de fojas cuatrocientos diez, del doce de enero de dos mil diez, declaró nulo el extremo de la resolución número veintiuno de fojas trescientos cuarenta y ocho, del dos de noviembre de dos mil nueve, que mandó elevar a la Sala de Apelaciones los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes, porque conforme a lo dispuesto por el artículo cuatrocientos diez del Código Procesal Penal la apelación concedida debe reservar la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia. Contra esta resolución se interpuso y concedió recurso de casación.

SEXTO: Que declarado admisible el recurso de casación por inobservancia de la norma procesal prevista en el artículo cuatrocientos diez del Código Procesal Penal, que define el ámbito de actuación del Juez cuando dicta el auto de sobreseimiento en los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, a fin de obtener una interpretación correcta del indicado artículo del acotado Código Procesal, y cumplido el trámite previsto por el apartado cuatrocientos treinta y uno del citado Cuerpo Legal, sin que las partes presenten alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta en el acta correspondiente.

SÉPTIMO: Que, deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, con el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado cuatro, del Código Procesal Penal, el día diecisiete de noviembre de dos mil diez a las ocho y treinta de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, según se advierte del recurso de casación de los encausados Enrique Martín Orezzoli Moreno y Francisco Martín Gonzales Rodríguez de fojas cuatrocientos quince, el Tribunal Superior en lugar de resolver el fondo - vinculado al recurso de apelación contra el extremo del auto de fojas doscientos ochenta y nueve, del cinco de octubre de dos mil nueve, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción por el delito de peculado doloso-, declaró nulo el concesorio con lo que efectuó una errónea aplicación del artículo cuatrocientos diez del NCPP que otorgó a la referida impugnación el carácter de diferida para que sea objeto de un solo pronunciamiento con la apelación de la sentencia, lo que no correspondía en el presente caso porque lo que se impugna no es un auto de sobreseimiento propiamente dicho -el que se encuentra estipulado en el inciso dos del artículo trescientos cuarenta y cuatro del acotado Código-, sino un auto que resuelve un medio de defensa técnico.

Por otro lado, el actor civil en su recurso de casación de fojas cuatrocientos veintisiete, alega que la Sala de Apelaciones aplicó indebidamente la apelación sin efecto suspensivo con calidad diferida establecida en el artículo cuatrocientos diez del acotado Código, pues el sobreseimiento se dio para todos los imputados y no sólo para alguno de ellos y respecto de dos delitos determinados, esto es, omisión de actos funcionales y colusión, por lo que debe aplicarse el artículo cuatrocientos dieciocho del acotado NCPP.

SEGUNDO: Que, el auto de vista oral, transcrito a fojas cuatrocientos doce, del catorce de enero de dos mil diez, declaró nulo el extremo de la resolución número veintiuno de fojas trescientos cuarenta y ocho, del dos de noviembre de dos mil nueve, que mandó elevar a la Sala de Apelaciones los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes, porque entiende que la resolución que se pretende elevar en grado es objeto procesal del recurso de apelación sin efecto suspensivo pero con calidad de diferida conforme a lo expuesto por el artículo cuatrocientos diez del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que los impugnantes -encausados y el actor civil- pretenden elevar en grado al Superior Jerárquico un auto interlocutorio, que en un extremo definió la situación jurídica de los procesados respecto de los delitos de omisión de acto funcional y colusión, y de otro dispuso que se continúe el juzgamiento de estos mismos encausados respecto del delito de peculado doloso. Se continuó el juzgamiento de los citados encausados, así como de Manuel Antonio Torres Chávez y Ramón José Pando Rodríguez por el delito de peculado doloso, y de Eduardo Humberto Poletti Gaitán por el delito de omisión de acto funcional.

CUARTO: Que atento a que el motivo casacional es la inobservancia de una norma procesal, específicamente el precepto que regula la "impugnación diferida" (artículo cuatrocientos diez del NCPP), es de destacar que el efecto diferido implica la postergación del momento de resolución del recurso a una fase ulterior desvinculada del de la interposición.

En lo sustancial, el fundamento del recurso diferido consiste en evitar las continuas interrupciones del procedimiento principal y la elevación de la causa en procura de la celeridad procesal, que es parte de la dinámica del nuevo modelo Procesal Penal, lo que es concordante con la garantía constitucional del debido proceso amparado en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política. Por ello es que el trámite del recurso queda reservado por el Juez para que sea resuelto por el Superior jerárquico conjuntamente con la apelación de la sentencia o el auto definitivo que ponga fin a la instancia procesal.

QUINTO: Que la resolución del Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria definió, de un lado, la situación jurídica de los procesados respecto de los delitos de omisión de acto funcional y colusión, y, de otro lado, dispuso que se continúe el juzgamiento de estos mismos encausados y otro respecto del delito de peculado doloso así como de otro injusto penal. Esta resolución fue la solución jurídica al planteamiento de los acusados recurrentes, quienes en la etapa intermedia dedujeron excepciones de improcedencia de acción que tuvieron como fin el sobreseimiento del proceso por esos delitos, por lo que su impugnación debe ser objeto procesal del recurso de apelación sin efecto suspensivo y con calidad de diferida.

Si bien posteriormente el órgano jurisdiccional superior se pronunció sobre una situación jurídica especial y declaró respecto de lo resuelto por el A-quo -con relación a la calidad del concesorio de apelación- la nulidad de la remisión de autos al órgano superior en grado en tanto el recurso impugnatorio debe ser resuelto conjuntamente con la apelación de la sentencia o el auto definitivo, a efectos de evitar interrupciones del procedimiento principal y pronunciamientos contradictorios, con ello no se afecta el derecho a la libertad personal de los imputados y menos causa grave perjuicio a alguna de las partes impugnantes no es aplicable el supuesto previsto en el artículo cuatrocientos dieciocho del acotado Código Procesal Penal,

pues esa situación obedece a autos de sobreseimiento que pongan fin a la instancia sin que quede pendiente la solución de la situación jurídica de los otros procesados.

SEXTO: Que, así las cosas, la resolución de la Sala Penal de Apelaciones del catorce de enero de dos mil diez, que declaró nulo el extremo de la resolución número veintiuno, del dos de noviembre de dos mil nueve, que mandó elevar a la Sala de Apelaciones los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes, se encuentra arreglada a ley y observó acabadamente el presupuesto normativo contenido en el artículo cuatrocientos diez del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** en parte el recurso de casación interpuesto por los procesados Enrique Martín Orezzoli Moreno y Francisco Martín Gonzales Rodríguez y el actor civil.

II. En consecuencia: **NO CASARON** la resolución de la Sala Penal de Apelaciones de fojas cuatrocientos doce, del catorce de enero de dos mil diez, que declaró nulo el extremo de la resolución número veintiuno, de fojas trescientos cuarenta y ocho, del dos de noviembre de dos mil nueve, que mandó elevar a la Sala de Apelaciones los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes.

III. DISPUSIERON que el Juez de la Investigación Preparatoria conceda el recurso de apelación sin efecto suspensivo y con calidad diferida.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

RESOLUCIÓN DICTADA ORALMENTE: MOMENTO DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO IMPUGNATORIO

24

EN EL CASO DE DECISIONES EXPEDIDAS ORALMENTE O LEÍDAS EN AUDIENCIA, LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO IMPUGNATORIO SE REALIZA EN DICHO MOMENTO, PUDIENDO FUNDAMENTARSE POR ESCRITO EN EL PLAZO DE LEY; SOLO EN EL CASO DE SENTENCIAS, ES POSIBLE LA RESERVA DE LA DECISIÓN IMPUGNATORIA

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

Fundamento del recurso casatorio
"Que es materia del recurso de casación el auto superior (...), que declaró infundado el recurso de queja de derecho promovido por la señora Fiscal Provincial de Puno contra la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria (...) que declaró improcedente el recurso de apelación que planteó contra la resolución oral registrada en audiencia (...), que declaró fundado el requerimiento de tutela de derechos a favor de María Cahui Coila y Mercedes Mamani Coila".

"El Juzgado de Investigación Preparatoria rechazó el recurso de apelación de la señora Fiscal Provincial porque no se interpuso recurso en forma oral en el mismo acto de la audiencia. Esta decisión desestimatoria fue confirmada por la Sala Penal Superior, que estimó que contra las resoluciones dictadas en el curso de una audiencia el recurso que se interpone debe ser oral, conforme al artículo 405º, apartado 2, del nuevo Código Procesal Penal".

Fundamento del auto impugnado en casación
"Formulado el recurso de queja de derecho por denegatoria de la apelación (...), la Sala Penal de Apelaciones por auto (...) declaró infundado dicho recurso, contra el cual la señora Fiscal Superior interpuso recurso de casación, el mismo que fue denegado liminarmente, pero este Supremo Tribunal declaró fundado el recurso de queja de derecho y ordenó la concesión del referido recurso extraordinario por inobservancia de norma procesal mediante Ejecutoria de fojas ochenta (...)".

Fundamento de la casación
"Que (i) es evidente que no es viable impugnar oralmente una resolución escrita, pues la regla es que esta modalidad de resolución sólo se recurre por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También (ii) es incuestionable que el nuevo Código Procesal Penal en el caso de decisiones expedidas oralmente o leídas en audiencia, como consecuencia de la concordancia de dos principios que la informan: oralidad y concentración, introduce dos reglas clarísimas: (a) acto de interposición oral en esa misma audiencia, y (b) ulterior formalización escrita del recurso en fecha posterior. Sólo en el caso de expedición de sentencias, por imperio del artículo 401º, apartado 1, del nuevo Código Procesal Penal, es posible la reserva del acto de interposición".

Base Legal: NCPP: Arts. 71.4, 401.1, 405.1.2, 425.4, 431.1.4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 33-2010 (AUTO)
PUNO

SENTENCIA CASATORIA

Lima, once de noviembre de dos mil diez .-

VISTOS; el recurso de casación por inobservancia de ley procesal penal interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE PUNO contra el auto superior de fojas cuarenta y cuatro, del dieciséis de octubre de dos mil nueve, que declaró infundado el recurso de queja de derecho promovido por la señora Fiscal Provincial de Puno contra la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria de fojas treinta y tres, del seis de octubre de dos mil nueve, que declaró improcedente el recurso de apelación que planteó contra la resolución oral registrada en la audiencia de fojas veintisiete, del uno de octubre de dos mil nueve, que declaró fundado el requerimiento de tutela de derechos a favor de María Cahui Coila y Mercedes Mamani Coila.
Interviene como ponente el señor Lecaros Cornejo.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que mediante solicitud de fojas veintiuno, del uno de octubre de dos mil nueve, las investigadas en sede preliminar Mercedes Mamani Coila y María Cahui Coila solicitaron una audiencia de tutela de derechos al amparo del artículo 71° apartado 4 del nuevo Código Procesal Penal, a cuyo efecto denunciaron que desde la intervención policial no se les hizo conocer los cargos formulados en su contra y se les negó el acceso a las copias simples de las actuaciones de investigación.

Previa diligencia de constatación del Juzgado de Investigación Preparatoria y realizada la audiencia de tutela de derechos, se emitió la resolución oral mediante la cual se declaró fundada la solicitud de tutela de derechos -acta de constatación de fojas veintitrés y acta de la audiencia de fojas veinticinco y siguientes-.

SEGUNDO: Que la señora Fiscal Provincial a fojas veintinueve interpuso recurso de apelación contra la referida resolución. Empero, el Juzgado de la Investigación Preparatoria por auto de fojas treinta y tres, del seis de octubre de dos mil nueve, declaró improcedente el mencionado recurso porque no se interpuso en el mismo acto de la audiencia.

Formulado el recurso de queja de derecho por denegatoria de la apelación -fojas treinta y seis-, la Sala Penal de Apelaciones por auto de fojas cuarenta y cuatro, del dieciséis de octubre de dos mil nueve, declaró infundado dicho recurso, contra el cual la señora Fiscal Superior interpuso recurso de casación, el mismo que fue denegado liminarmente, pero este Supremo Tribunal declaró fundado el recurso de queja de derecho y ordenó la concesión del referido recurso extraordinario por inobservancia de norma procesal mediante Ejecutoria de fojas ochenta, del cinco de Febrero de dos mil diez.

TERCERO: Que efectuado el trámite de traslados y de calificación del recurso de casación, así como cumplido lo previsto por el apartado 1 del artículo 431° del nuevo Código Procesal Penal, sin que las partes presenten alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta en el acta correspondiente.

CUARTO: Que deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos 431°, apartado 4, con el artículo 425°, apartado 4, del Código acotado, el día siete de diciembre de los corrientes a las ocho y treinta de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que es materia del recurso de casación el auto superior de fojas cuarenta y cuatro, del dieciséis de octubre de dos mil nueve, que declaró infundado el recurso de queja de derecho promovido por la señora Fiscal Provincial de Puno contra la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria de fojas treinta y tres, del seis de octubre de dos mil nueve, que declaró improcedente el recurso de apelación que planteó contra la resolución oral registrada en la audiencia de fojas veintisiete, del uno de octubre de dos mil nueve, que declaró fundado el requerimiento de tutela de derechos a favor de María Cahui Coila y Mercedes Mamani Coila.

El Juzgado de la Investigación Preparatoria rechazó el recurso de apelación de la señora Fiscal Provincial porque no se interpuso recurso en forma oral en el mismo acto de la audiencia. Esta decisión desestimatoria fue confirmada por la Sala Penal Superior, que estimó que contra las resoluciones dictadas en el curso de una audiencia el recurso que se interpone debe ser oral, conforme al artículo 405°, apartado 2, del nuevo Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que el artículo 405° del nuevo Código Procesal Penal, salvo los supuestos específicos, regula los presupuestos subjetivos y formales de los recursos impugnativos en general. En cuanto a la forma del acto de interposición, el literal b) del apartado 1 del artículo 405° del nuevo Código Procesal Penal, estipula que éste puede ser por escrito u oral. La interposición oral del recurso de la parte procesal legitimada sólo cabe respecto de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, supuesto en el que el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva. El apartado 2 del citado artículo estipula que en estos casos, de tratarse de resoluciones finales expedidas en la audiencia, el recurso se formalizará por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la Ley.

TERCERO: Que **(i)** es evidente que no es viable impugnar oralmente una resolución escrita, pues la regla es que esta modalidad de resolución sólo se recurre por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También **(ii)** es incuestionable que el nuevo Código Procesal Penal en el caso de decisiones expedidas oralmente o leídas en audiencia, como consecuencia de la concordancia de dos principios que la informan: oralidad y concentración, introduce dos reglas clarísimas: **(a**) acto de interposición oral en esa misma audiencia, y **(b)** ulterior formalización escrita del recurso en fecha posterior. Sólo en el caso de expedición de sentencias, por imperio del artículo 401°, apartado 1, del nuevo Código Procesal Penal, es posible la reserva del acto de interposición.

CUARTO: Que, en el acto de la audiencia, expedida la resolución oral cuestionada, la señora Fiscal Provincial expresó: *"..., no estando conforme, solicitamos se nos notifique y se nos haga llegar los audios correspondientes a fin de evaluar las medidas y acciones correspondientes que tomará el Ministerio Público, en relación a los hechos materia de audiencia"* (fojas veinticinco).

Al respecto cabe una precisión y dos aclaraciones.

1. La señora Fiscal Provincial no impugnó expresamente el auto judicial de tutela de derechos. No hay una voluntad impugnativa claramente consignada. No basta decir *"no estando conforme"*, se requiere que la parte legitimada se pronuncie clara y contundentemente sobre la impugnación, si recurre o no recurre.

2. La decisión oral se da por notificada en el mismo momento de su expedición en presencia de las partes que asistieron a la audiencia -las características del principio de oralidad así lo imponen-.

3. No puede condicionarse un acto procesal de parte -ni menos la suspensión del tiempo del proceso- a que se le haga entrega del audio de la audiencia o se notifique una decisión oral -que en este último caso no es viable- (para evaluar, según anotó, las medidas y acciones correspondientes), puesto que el Ministerio Público estuvo representado en el acto de la audiencia y conocía de lo sucedido y decidido.

QUINTO: Que así las cosas la desestimación del recurso de apelación es jurídicamente correcto. No se tergiversó ni se dejó de observar las disposiciones citadas del artículo 405° del nuevo Código Procesal Penal. El recurso de casación, por consiguiente, debe desestimarse.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación infracción de ley procesal penal interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE PUNO. En consecuencia, **NO CASARON** el auto superior de fojas cuarenta y cuatro, del dieciséis de octubre de dos mil nueve, que declaró infundado el recurso de queja de derecho promovido por la señora Fiscal Provincial de Puno contra la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria de fojas treinta y tres, del seis de octubre de dos mil nueve, que declaró improcedente el recurso de apelación que planteó contra la resolución oral registrada en la audiencia de fojas veintisiete, del uno de octubre de dos mil nueve, que declaró fundado el requerimiento de tutela de derechos a favor de María Cahui Coila y Mercedes Mamani Coila.

II. ORDENARON se de lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique como corresponde. Hágase saber-

Ss.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

EJECUCIÓN DE SENTENCIA: RESTITUCIÓN DE BIEN INMUEBLE MATERIA DE USURPACIÓN

25

POR REGLA GENERAL, FRENTE A UNA SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITO DE USURPACIÓN, SE PRODUCE LA RESTITUCIÓN DEL BIEN INMUEBLE; EXCEPCIONALMENTE, SE PUEDE PRESCINDIR DE DICHA RESTITUCIÓN BAJO UNA MOTIVACIÓN CUALIFICADA, APRECIANDO EL SUPUESTO FÁCTICO DE QUIEN SE ENCUENTRA EJERCIENDO LA POSESIÓN AL MOMENTO DE EMITIR SENTENCIA, ES DECIR, EL USURPADOR, EL TERCERO DE BUENA FE O EL PROPIO AGRAVIADO

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter material: derecho a la propiedad.

Fundamento del recurso casatorio
"El sentenciado Tsutsumi Cueva (...) interpuso el recurso de casación contra la resolución que resuelve adicionar la referida frase a la sentencia de vista: ("...sin perjuicio de la desocupación y restitución del bien inmueble al agraviado"); Recurso que fue concedido por resolución de fojas doscientos cuarenta y cuatro, del ocho de abril de dos mil diez, en atención al apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"La Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas ciento setenta, del ocho de marzo de dos mil diez, absolvió la consulta adicionando la frase "...sin perjuicio de la desocupación y restitución del bien inmueble al agraviado", al fallo resolutivo de la sentencia de vista, conforme lo estipulaba la de primera instancia, pues el numeral dos del artículo ciento veinticuatro del Código Procesal Penal, establece que el Juez puede aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones o podrá adicionar su contenido, si hubiera omitido resolver algún punto controvertido, siempre que tales actos no impliquen una modificación de lo resuelto(...)".

Fundamento de la casación
"Es ampliamente aceptado que el delito de usurpación protege el bien jurídico posesión del agraviado, mas no el derecho de propiedad, consecuencia de ello es que por regla general la sentencia condenatoria debe disponer la restitución de la posesión del inmueble del agraviado; sin embargo, de manera excepcional, bajo determinados supuestos el Juez Sentenciador puede prescindir de la restitución de la posesión a favor del agraviado, esta decisión dependerá de cada caso en concreto y de sus propias características, para lo cual deberá atenderse: i) al espectro de los derechos posesorios que amparan al agraviado, es decir, el agraviado puede tener la calidad de propietario, arrendador, ocupante precario o poseedor ilegal; ii) a la situación jurídica del usurpador con respecto al inmueble usurpado, pues el usurpador puede no tener ninguna relación jurídica amparable por el derecho civil antes de la comisión del delito o puede ser el propietario del inmueble que el mismo usurpo, es decir, cedió la posesión a un tercero y la usurpo; iii) a que el derecho penal es un mecanismo de recomposición de las relacionados jurídicas distorsionadas por el delito, en tal sentido el ordenamiento penal no puede generar mayores conflictos para los justiciables, es así que, el Juez Sentenciados debe apreciar en alguna medida el supuesto fáctico de quien se encuentra ejerciendo la posesión al momento de emitir sentencia, es decir, el usurpador, un tercero de buena fe o el propio agraviado".

Base Legal: NCPP: Arts. 124.2, 427.4, 429.1; CC: Art. 911

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 38-2010 (SENTENCIA)
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de febrero de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de carácter material -para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial- interpuesto por el sentenciado José Víctor Tsutsumi Cueva contra la sentencia de vista de fojas treinta, del doce de marzo de dos mil nueve integrada por resolución de fojas ciento setenta, del ocho de marzo de dos mil diez, en el extremo que confirmando la de primera instancia de fojas diecisiete, del trece de noviembre de dos mil ocho (que lo condenó por el delito de Usurpación Agravada, en perjuicio de Pedro Ángel Huapaya Sánchez a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo las reglas de conducta y fijó el pago de la reparación civil de dos mil nuevos soles, con costas), ordenó "la desocupación y restitución del bien inmueble al agraviado".
Interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, mediante Ejecutoria Suprema del diez de agosto de dos mil diez -del cuadernillo formado en esta Suprema Sala- se declaró bien concedido el recurso de casación en virtud de lo establecido en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, al determinar que excepcionalmente se puede declarar la procedencia del recurso de casación, fuera de las resoluciones enumeradas en los incisos señalados del citado artículo, cuando discrecionalmente se considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; disponiendo que la causa permanezca a disposición de las partes por el plazo de ley, a cuyo vencimiento se fije fecha para la audiencia correspondiente.

FUNDAMENTOS DE HECHO

ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

SEGUNDO: Que, conforme se aprecia de la sentencia de fojas diecisiete, del trece de noviembre de dos mil ocho, el encausado José Víctor Tsutsumi Cueva fue condenado por el delito de Usurpación Agravada, en perjuicio de Pedro Ángel Huapaya Sánchez y como tal se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta y se fijó el pago de dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil, sin perjuicio de la desocupación y restitución del bien inmueble al agraviado. En mérito al recurso de apelación interpuesto por el citado encausado, la Sala de Apelaciones emitió la sentencia de fojas treinta, del doce de marzo de dos mil nueve, y confirmó el extremo de la condena que se le impuso, sin emitir pronunciamiento alguno respecto a la restitución de la posesión a favor del agraviado, pues dicho extremo no fue revocado ni confirmado por la sentencia de vista.

TERCERO: En etapa de ejecución de sentencia.

El agraviado Huapaya Sánchez por escrito de fojas cincuenta y cinco, del tres de diciembre de dos mil nueve, solicita al órgano judicial que requiera al sentenciado para que desocupe y le restituya la posesión del inmueble usurpado.

El Juez de Ejecución, mediante resolución de fojas cincuenta y seis, del diez de diciembre de dos mil nueve, requirió al sentenciado Tsutsumi Cueva que en el término de Ley cumpla con desocupar y devolver el inmueble usurpado, conforme a lo ordenado en la sentencia.

Ante la resistencia del sentenciado de restituir la posesión al agraviado, el Fiscal Provincial por escrito de fojas noventa y cinco, del trece de enero de dos mil diez, solicita se requiera por última vez al sentenciado para que cumpla con todos los extremos de la sentencia.

El Juez de Ejecución, mediante resolución de fojas noventa y siete, del quince de enero de dos mil diez, vuelve a requerir al sentenciado para que cumpla con todos los extremos de la sentencia.

En este contexto, el sentenciado Tsutsumi Cueva por escrito de fojas ciento treinta y dos, del dieciocho de enero de dos mil diez, solicitó al Juez de Ejecución que se aclare el extremo de la sentencia de primera instancia que dispuso la desocupación y restitución del inmueble al agraviado, toda vez que la sentencia de vista no revocó ni confirmó dicho extremo y, además, la vía civil ordenó que el agraviado desocupe el inmueble por tener la calidad de ocupante precario -véase fojas setenta y cuatro, ciento veinticinco y ciento veintisiete-; en vista a la incertidumbre sobre la ejecutabilidad del extremo de la restitución de la posesión al agraviado [pues la sentencia de primera instancia dispuso la restitución de la posesión y la de vista no emitió pronunciamiento alguno al respecto], el Juez de Ejecución por resolución de fojas ciento treinta y seis, del veinte de enero de dios mil diez, elevó en consulta los autos a la Sala Penal de Apelaciones, para que dicho órgano determine el referido extremo.

CUARTO: La Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas ciento setenta, del ocho de marzo de dos mil diez, absolvió la consulta adicionando la frase "...sin perjuicio de la desocupación y restitución del bien inmueble al agraviado", al fallo resolutivo de la sentencia de vista, conforme lo estipulaba la de primera instancia, pues el numeral dos del artículo ciento veinticuatro del Código Procesal Penal, establece que el Juez puede aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones o podrá adicionar su contenido, si hubiera omitido resolver algún punto controvertido, siempre que tales actos no impliquen una modificación de lo resuelto; por ello, al advertirse que se omitió

involuntariamente en la sentencia de vista consignar la frase " ... sin perjuicio de la desocupación y restitución del bien inmueble al agraviado", que estaba especificada en la parte *in fine* de la sentencia de primera instancia, debe entenderse que al haberse confirmado el extremo de la condena por el delito de usurpación agravada, dicho pronunciamiento también se extiende al extremo omitido, y en relación a lo alegado por el sentenciado, en el sentido que existiría un pronunciamiento judicial en la vía civil a favor de su cónyuge y copropietaria del inmueble materia de litis, que ordena el desalojo del agraviado Huapaya Sánchez de dicho inmueble, señaló que la viabilidad de la ejecución del extremo de la restitución de la posesión deberá ser determinado por el Juez de Ejecución, es decir, la determinación sobre la ejecutabilidad de dicho extremo es competencia del Juez de Ejecución, quien determinará si procede o no la restitución de la posesión.

El sentenciado Tsutsumi Cueva por escrito de fojas doscientos cuarenta, del veintidós de marzo de dos mil diez, interpuso el recurso de casación contra la resolución que resuelve adicionar la referida frase a la sentencia de vista; recurso que fue concedido por resolución de fojas doscientos cuarenta y cuatro, del ocho de abril de dos mil diez, en atención al apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

QUINTO: Instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la realización de la audiencia de casación; que habiéndose instalado la misma, realizados los pasos correspondientes, deliberada la causa y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala Penal cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública con las partes que asistan se realizará el diecisiete de marzo del año en curso, a las ocho con treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEXTO: Esta Sala Penal Casatoria, mediante auto de calificación de casación de fojas doce, del diez de agosto de dos mil diez, declaró bien concedido el recurso de casación por la causal contenida en el numeral uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, es decir, inobservancia de la garantía constitucional de carácter material concretizado en el derecho a la propiedad, fijando el ámbito de pronunciamiento en determinar si en todas las sentencias condenatorias por el delito usurpación corresponde disponer la restitución de la posesión al agraviado.

SÉPTIMO: Es ampliamente aceptado que el delito de usurpación protege el bien jurídico posesión del agraviado, mas no el derecho de propiedad, consecuencia de ello es que por *regla general* la sentencia condenatoria debe disponer la restitución de la posesión del inmueble al agraviado; sin embargo, de *manera excepcional*, bajo determinados supuestos el Juez Sentenciador puede prescindir de la restitución de la posesión a favor del agraviado, esta decisión dependerá de cada caso en concreto y de sus propias características, para lo cual deberá atenderse: **(i)** al espectro de los derechos posesorios que amparan al agraviado, es decir, el agraviado puede tener la calidad de propietario, arrendador, ocupante precario o poseedor ilegal; **(ii)** a la situación jurídica del usurpador con respecto al inmueble usurpado, pues el usurpador puede no tener ninguna relación jurídica amparable por el derecho civil antes de la comisión del delito o puede ser el propietario del inmueble que él mismo usurpó, es decir, cedió la posesión a un tercero y la usurpó; **(iii)** a que el derecho penal es un mecanismo de recomposición de las relaciones jurídicas distorsionadas por el delito, en tal sentido el ordenamiento penal no puede generar mayores conflictos para los justiciables, es así que, el Juez Sentenciador debe apreciar en alguna medida el supuesto fáctico de quien se encuentra ejerciendo la posesión al momento de emitir sentencia, es decir, el usurpador, un tercero de buena fe o el propio agraviado.

Estos criterios deben apreciarse según la singularidad de cada caso al momento de emitir sentencia condenatoria en los procesos por delito de usurpación, a efectos de no disponer la restitución de la posesión a favor del agraviado, pues como regla general está la restitución de la posesión y como excepción la no restitución de la posesión, la que merece una motivación cualificada. Sin embargo, la introducción de esta discrecionalidad para el Juez Sentenciador no implica una actividad probatoria destinada exclusivamente a determinar los derechos que emanan del inmueble objeto de usurpación, sino que la misma debe surgir por las características del caso en concreto.

OCTAVO: En el caso concreto, se advierte que el agraviado Huapaya Sánchez era inquilino de un local comercial perteneciente al sentenciado Tsutsumi Cueva, sin embargo, pese a la resolución del contrato de alquiler el citado agraviado no realizó la entrega de la posesión del indicado bien inmueble y permaneció en dicha condición sin sufragar los derechos respectivos (alquiler o merced conductiva); que, por tal motivo, el

referido sentenciado inició un proceso de desalojo y antes que se ejecuten las sentencias en la vía civil que le favorecían consumó el delito de usurpación agravada, es decir, usurpó el bien inmueble, procediendo en tal situación y como propietario del mismo a alquilarlo a terceras personas.

NOVENO: En dicho orden de ideas, se advierte que el agraviado Huapaya Sánchez fue declarado poseedor precario del bien inmueble sub materia y por ello el propietario del mismo, que resulta ser el sentenciado Tsutsumi Cueva, en la vía civil logró que se declare fundada su demanda; que el artículo novecientos once del Código Civil señala que *"la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido"*. Al respecto, la posesión precaria siempre es ilegítima, sin embargo, se encuentra estrechamente ligada a la posesión de mala fe, así como a la manifiesta invalidez del título que invoca el poseedor, por ello, nuestro Código Civil establece dos supuestos **i)** cuando se ejerce sin título; y, **ii)** cuando el que se tenía ha fenecido; éste último apropiado para dilucidar la presente controversia. Nos encontramos frente a quien en algún momento mantuvo posesión con título legítimo, pero que, por alguna razón, dicho título feneció; en este caso se puede citar, por ejemplo, a aquel poseedor que accedió a la posesión de un predio en virtud de un contrato de alquiler -como en el presente caso- otorgado por su propietario, para lo cual el inquilino mantendrá la posesión legítima en tanto se encuentre vigente el contrato, pero si éste es resuelto por cualquier causa, el título que justificaba su posesión válida fenecerá, deviniendo, en adelante la posesión en precaria.

DÉCIMO: En este contexto, se tiene que el sentenciado tiene la calidad de propietario del inmueble que usurpó, el agraviado fue declarado ocupante precario y, actualmente, el sentenciado arrendó el inmueble a favor de la Caja Municipal de Ica, por lo que resulta un exceso disponer la restitución de la posesión del inmueble usurpado a favor del agraviado. En tal sentido, el Juez de Ejecución debe ejecutar la sentencia de vista sin el extremo que dispone la desocupación y restitución del bien inmueble al agraviado, es decir, en los términos que fue confirmado por la sentencia de vista; por consiguiente, este mismo extremo consignado en la sentencia del Juez Sentenciador de fojas diecisiete, del trece de noviembre de dos mil ocho, debe declararse nula.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el sentenciado José Víctor Tsutsumi Cueva; en consecuencia: **NULA** sentencia de vista de fojas treinta, del doce de marzo de dos mil nueve integrada por resolución de fojas ciento setenta, del ocho de marzo de dos mil diez, en el extremo que confirmando la de primera instancia de fojas diecisiete, del trece de noviembre de dos mil ocho (que lo condenó por el delito de Usurpación Agravada, en perjuicio de Pedro Ángel Huapaya Sánchez a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo las reglas de conducta y fijó el pago de la reparación civil de dos mil nuevos soles, con costas), ordenó "la desocupación y restitución del bien inmueble al agraviado".

II. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fojas diecisiete, del trece de noviembre de dos mil ocho, en el extremo que ordenó la desocupación y restitución del bien inmueble usurpado al agraviado; y reformándola: **DISPUSIERON** que en el presente caso no corresponde restituir la posesión del bien inmueble usurpado al agraviado Pedro Ángel Huapaya Sánchez.

III. ORDENARON que la presente resolución casatoria se lea en audiencia pública por Secretaría de esta Suprema Sala Penal; el diecisiete de marzo de dos mil once, a las ocho horas con treinta minutos y acto seguido, se notifique a las partes apersonadas a la instancia, incluso a los recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en la Corte Suprema.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

SEGUNDA INSTANCIA: NUEVA PRUEBA

26

LA NO ACREDITACIÓN DE LOS SUPUESTOS PARA EL OFRECIMIENTO DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA, TALES COMO EL CONOCIMIENTO RECIENTE DE SU EXISTENCIA, LA INDEBIDA DENEGACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA O SU NO ACTUACIÓN POR CAUSA NO IMPUTABLE AL OFERENTE, DETERMINA SU INADMISIBILIDAD Y, POR CONSIGUIENTE, NO PUEDE ALEGARSE VULNERACIÓN ALGUNA A LA GARANTÍA DE LA DEFENSA PROCESAL

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: defensa procesal.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) (i) El Tribunal Superior habría desestimado indebidamente el ofrecimiento del testigo de parte realizado por el encausado Ávalos Zárate, pese a que fue ofrecido en el plazo legalmente correspondiente; y (ii) se habría privado a la defensa técnica del referido encausado de interrogar a la agraviada Lizárraga Ortiz y a su coacusado Hilario Loyaga porque no fueron citados debidamente para concurrir a la Sala de Audiencias del Establecimiento Penitenciario de Trujillo, pues fueron citados erróneamente a la Sala de Audiencias de la Corte Superior de Justicia de la Libertad".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"La Sala Penal de Apelaciones resolvió el ofrecimiento realizado por el encausado Ávalos Zárate declarando inadmisible la testimonial de Maximina Lizárraga Ortiz, porque no cumplió con especificar y fundamentar en cuál de los supuestos de excepción de la admisión de los medios probatorios en segunda instancia (...) se encuadra el ofrecimiento de la referida testimonial".

Fundamento de la casación
"El ofrecimiento y admisión de los medios probatorios está relacionado con el derecho a la libertad probatoria, pues cualquier medio probatorio ofrecido oportunamente mientras sea idóneo, pertinente y conducente para sustentar una circunstancia debe ser admitido por el Juzgador; sin embargo, estas reglas generales de admisión de los medios probatorios no rigen para la admisión de los medios probatorios en segunda instancia, así lo señala el numeral dos del articulo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, el cual señala que "solo se admitirán los siguientes medios de prueba: a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y, c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él".

"(...) Del escrito (...) de ofrecimiento de la testimonial de Maximina Lizárraga Ortiz presentado por el encausado Ávalos Zárate no se advierte fundamentación alguna para encuadrar el ofrecimiento de prueba (en segunda instancia) en ninguno de los supuestos que habilita el ordenamiento procesal, esto es, que recién se tuvo conocimiento de su existencia, que haya sido indebidamente denegado en primera instancia o haya sido admitido y no actuado por causa no imputable a su persona; por lo que este extremo no vulnera la garantía de la defensa procesal".

Base Legal: NCPP: Arts. 422.2, 429.1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 56-2010 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiocho de febrero de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de la garantía de la defensa procesal interpuesto por el encausado Juan Elkin Ávalos Zárate contra la sentencia de vista de fojas sesenta y nueve [del cuadernillo formado en esta Suprema Instancia], del diecinueve de octubre de dos mil nueve, que confirmó la de primera instancia de fojas dieciséis, del veintidós de abril de dos mil nueve, en el extremo que lo condenó como autor del delito de extorsión en agravio de María Lizárraga Ortiz a doce años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada.
Interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del incidente en primera instancia.

PRIMERO: ***Los hechos imputados***. El dieciocho de julio de dos mil ocho, a las diez horas con cuarenta y cinco minutos, se coordinó un operativo policial con el fin de capturar a las personas que estaban extorsionando a la agraviada María Lizárraga Ortiz y se elaboró el Acta Preparatoria de dinero por la suma de ochocientos nuevos soles registrándose los números de serie, dinero que se entregaría a cambio de no atentar contra su integridad física y la de su familia; planificado el operativo para las once horas con treinta minutos, personal policial haciéndose pasar por la parte agraviada y por un conductor de servicio de taxi, se desplazaron hasta la avenida Pumacahua del distrito El Porvenir a la altura del Colegio José Carlos Mariátegui - Trujillo, tal como lo indicó el extorsionador por teléfono, debiendo entregar el dinero a una persona de sexo masculino vestido con polo verde y pantalón negro a la altura de SENCICO; es así que una policía femenina haciéndose pasar por la agraviada, momentos en que se acercó un hombre al vehículo, le preguntó a éste si era la persona que iba a recibir el dinero, respondiendo éste que sí, por lo que le entregó el sobre conteniendo el dinero, luego, el conductor del taxi bajó y al notar esa actitud el encausado Carlos Ornar Hilario Loyaga [quien recibió el dinero] emprendió la fuga y se inició la persecución y posterior detención, hallándose en el bolsillo de su pantalón el sobre con el dinero marcado; mientras que otra parte del personal policial intervenía a escasos metros al encausado Juan Elkin Ávalos Zárate con actitud sospechosa, quien al ver la intervención se dio a la fuga pretendiendo lanzar su celular hacia el techo, cayendo éste al suelo, siendo intervenido y conducido a la oficina de Secuestros de la Divincri.

SEGUNDO: La Jueza de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de La Libertad llevó a cabo la audiencia preliminar de control de acusación y dictó auto de enjuiciamiento contra Juan Elkin Ávalos Zárate y Carlos Omar Hilario Loyaga, acusados como autor y cómplice primario, respectivamente, por la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa del Distrito Fiscal de Trujillo, de la comisión del delito de extorsión en agravio de María Lizárraga Ortiz [audiencia del veinticuatro de marzo de dos mil nueve, fojas uno del cuaderno de debates], admitiéndose las pruebas de la fiscalía y de la defensa de los procesados. Posteriormente, el Juzgado Penal Colegiado del Distrito Judicial de La Libertad mediante resolución de fojas seis, del veintiséis de marzo de dos mil nueve, dictó auto de citación a juicio y emplazó a las partes para que concurran al juicio oral, ordenando formar el cuaderno de debates y el expediente judicial.

El quince de abril de dos mil nueve se inició el juicio oral [como consta a fojas nueve del acta de registro], con la continuidad de la actividad probatoria en las sesiones como consta a partir de fojas trece y quince, audiencia que fue suspendida para efectos de la expedición y lectura de sentencia.

TERCERO: El Juzgado Colegiado mediante sentencia de fojas dieciséis, del veintidós de abril de dos mil nueve, condenó a Juan Elkin Ávalos Zárate como autor del delito de extorsión en agravio de María Lizárraga Ortiz a doce años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; asimismo, absolvió a Carlos Omar Hilario Loyaga de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de extorsión en agravio de María Lizárraga Ortiz.

CUARTO: Leída la sentencia, tanto la señora Fiscal Provincial como la defensa del encausado Ávalos Zárate interpusieron recurso de apelación [conforme se aprecia del acta de lectura de sentencia de fojas veintiséis], otorgándoseles el plazo de ley que corresponde y, cumplidos los mismos [a fojas veintisiete y treinta y uno] se concedieron ambos recursos mediante auto de fojas treinta y cuatro, del treinta de abril de dos mil nueve.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

QUINTO: La Primera Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas cuarenta y siete [del cuaderno formado en esta Sala Suprema], del treinta y uno de agosto de dos mil nueve -después de haberse corrido traslado a las partes- admitió ambos recursos impugnatorios y concedió un plazo de cinco días a las partes impugnantes para que ofrezcan sus medios probatorios.

Por escrito de fojas treinta y siete, el encausado Ávalos Zárate ofreció como medio probatorio la testimonial de Maximina Lizárraga Ortiz, señalando las preguntas que se le formularían: **1.** qué grado de amistad o familiaridad tiene con la agraviada; **2**. si la agraviada es familia cercana del encausado Ávalos Zárate; **3.** si la agraviada concurría o ha concurrido en alguna oportunidad al domicilio del encausado Ávalos Zárate; **4.** si en alguna oportunidad ha tenido conocimiento que la agraviada ha tenido un amante; **5.** cómo es el carácter

de la agraviada y si tiene problemas con sus familiares; agrega que el ofrecimiento de la referida testimonial no fue propuesta en el Juicio Oral y es la primera vez que la ofrece, toda vez que se emitió una sentencia condenatoria.

La Sala Penal de Apelaciones resolvió el ofrecimiento realizado por el encausado Ávalos Zárate declarando inadmisible la testimonial de Maximina Lizárraga Ortiz, porque no cumplió con especificar y fundamentar en cuál de los supuestos de excepción de la admisión de los medios probatorios en segunda instancia [numeral dos del artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal] se encuadra el ofrecimiento de la referida testimonial.

SEXTO: El Tribunal Superior mediante resolución de fojas cincuenta y cinco [del cuadernillo formado en esta Suprema Instancia], del uno de octubre de dos mil nueve, señaló fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación de sentencia que se llevará a cabo en la Sala de Audiencias de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, resolución que fue notificada a todas las partes procesales, es decir, a los encausados Hilario Loyaga y Ávalos Zárate, Fiscal Superior y la agraviada; sin embargo, según el acta de la audiencia de apelación de fojas sesenta y tres, del catorce de octubre, dicha audiencia se realizó en la Sala de Audiencias adjunta al Establecimiento Penitenciario El Milagro, pues el encausado Ávalos Zárate tenía la condición de condenado y estaba recluido en dicho Establecimiento Penitenciario.

El Tribunal Superior, sin la concurrencia del encausado absuelto Hilario Loyaga y la agraviada María Lizárraga Ortiz, porque no fueron citados al Establecimiento Penitenciario, emitió sentencia de vista de fojas sesenta y nueve, del diecinueve de octubre de dos mil nueve, confirmando la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó a Juan Elkin Ávalos Zárate como autor del delito de extorsión en agravio de María Lizárraga Ortiz a doce años de pena privativa de la libertad y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada.

III. Del Trámite del recurso de casación del imputado.

SÉPTIMO: Que realizada la lectura de sentencia [acta de fojas cuarenta y ocho, del diecinueve de octubre de dos mil nueve] el abogado defensor del encausado Ávalos Zárate interpuso recurso de casación [fojas cuarenta y nueve], el mismo que fue declarado inadmisible mediante resolución de fojas cincuenta y cinco, del dos de noviembre de dos mil nueve, por lo que interpuso recurso de queja y mediante resolución de fojas sesenta y nueve se ordenó formar el respectivo cuaderno y remitirlo a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Este Supremo Tribunal mediante Ejecutoria de fojas setenta y tres declaró fundado el recurso de queja interpuesto por la defensa del encausado Ávalos Zárate y dispuso que el Tribunal Superior conceda el recurso de casación.

OCTAVO: Mediante resolución de fojas setenta y siete se concedió el recurso de casación y sin argumentos adicionales se elevaron los autos. Cumplido el respectivo trámite de traslado, este Supremo Tribunal mediante auto de calificación de fojas dieciséis, del veintiocho de octubre de dos mil diez [del cuaderno formado en esta Instancia], declaró bien concedido el citado recurso por la causal de inobservancia de garantía de la defensa procesal prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

NOVENO: Instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la realización de la audiencia de casación; que habiéndose instalado la misma, realizados los pasos correspondientes, deliberada la causa y votada el día veintiocho de febrero del presente año, esta Suprema Sala Penal cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública con las partes que asistan se realizará el diez de marzo del año en curso, a las ocho con treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DÉCIMO: Esta Sala Penal Casatoria, mediante auto de calificación de casación de fojas dieciséis, del veintiocho de octubre de dos mil diez, declaró bien concedido el recurso de casación por la causal contenida en el numeral uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, es decir, inobservancia de la garantía de la defensa procesal, fijando el ámbito de pronunciamiento en que **(i)** el Tribunal Superior habría desestimado indebidamente el ofrecimiento del testigo de parte realizado por el encausado Ávalos Zárate, pese a que fue ofrecido en el plazo legalmente correspondiente; y **(ii)** se habría privado a la defensa

técnica del referido encausado de interrogar a la agraviada Lizárraga Ortiz y a su coacusado Hilario Loyaga porque no fueron citados debidamente para concurrir a la Sala de Audiencias del Establecimiento Penitenciario de Trujillo, pues fueron citados erróneamente a la Sala de Audiencias de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

DÉCIMO PRIMERO: La inobservancia de la garantía de la defensa procesal denunciada por la defensa del encausado Ávalos Zárate están referidas a las presuntas vulneraciones a su derecho a probar ante el Colegiado Superior. Así, el ofrecimiento de un testigo, cumpliendo los presupuestos y formalidades, tiene el objetivo de acreditar la tesis exculpatoria de la defensa, desbaratar la teoría del caso del Fiscal o acreditar o desvirtuar alguna circunstancia de la comisión del delito. En la medida en que el rechazo del testigo ofrecido sea arbitrario o ilegal, dicha decisión lesiona el derecho a la prueba, pues el ordenamiento procesal está configurado de tal manera que la defensa tenga la oportunidad de probar su teoría del caso o desvirtuar la tesis exculpatoria.

El ofrecimiento y admisión de los medios probatorios está relacionado con el derecho a la libertad probatoria, pues cualquier medio probatorio ofrecido oportunamente mientras sea idóneo, pertinente y conducente para sustentar una circunstancia debe ser admitido por el Juzgador; sin embargo, estas reglas generales de admisión de los medios probatorios no rigen para la admisión de los medios probatorios en segunda instancia, así lo señala el numeral dos del artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, el cual señala que "*sólo se admitirán los siguientes medios de prueba:* ***a)*** *Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;* ***b)*** *Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,* ***c)*** *Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él*".

DÉCIMO SEGUNDO: Antes de la realización de la Audiencia de Apelación, el encausado Ávalos Zárate ofreció como medio de prueba la testimonial de Maximina Lizárraga Ortiz, señalando las preguntas a las que iba a responder y que tenían como finalidad exclusiva corroborar su tesis exculpatoria [tesis que consistía en que los hechos son como producto de un chantaje y no una extorsión, pues amenazó a la agraviada con divulgar que tenía un amante, hecho por el cual le solicitó una determinada cantidad de dinero, tanto más si no existe ninguna grabación de los supuestos audios extorsivos, pese a que la imputación radica en que la policía intervino al oír las llamadas que habría realizado a la agraviada]; pues la testigo es pariente de la agraviada.

El Tribunal Superior declaró inadmisible el medio probatorio ofrecido, señalando que el ofrecimiento no se encontraba en ninguno de los supuestos de excepción regulados en el numeral dos del artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, es decir, no se acreditó el desconocimiento del medio probatorio para ofrecerlo en primera instancia, no fueron indebidamente denegados en primera instancia o pese a ser admitidos no fueron actuados por causas no imputables al encausado.

En este contexto, corresponde decidir si lo resuelto por el Tribunal Superior resulta acorde a derecho. Del escrito de fojas treinta y siete de ofrecimiento de la testimonial de Maximina Lizárraga Ortiz presentado por el encausado Ávalos Zárate no se advierte fundamentación alguna para encuadrar el ofrecimiento de prueba [en segunda instancia] en ninguno de los supuestos que habilita el ordenamiento procesal, esto es, que recién se tuvo conocimiento de su existencia, que haya sido indebidamente denegado en primera instancia o haya sido admitido y no actuado por causa no imputable a su persona; por lo que este extremo no vulnera la garantía de la defensa procesal.

DÉCIMO TERCERO: El Tribunal Superior señaló fecha y hora para la realización de la audiencia de apelación, señalando que dicho acto procesal se llevará a cabo en la Sala de Audiencia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, acto procesal al que deben concurrir obligatoriamente las partes impugnantes: el representante del Ministerio Público y el encausado Ávalos Zárate. Sin embargo, la Audiencia de Apelación se realizó en la Sala de Audiencias adjunta al Establecimiento Penitenciario El Milagro, motivo por el cual su coencausado Hilario Loyaga y la agraviada María Lizárraga Ortiz no pudieron concurrir.

Siendo así, corresponde decidir si la inconcurrencia del encausado Hilario Loyaga y la agraviada María Lizárraga Ortiz a la Audiencia de Apelación por indebida notificación vulnera o no la garantía de la defensa procesal, pues según el encausado Ávalos Zárate se privó a su defensa técnica de la oportunidad de interrogar a la agraviada y a su coencausado.

En la medida en que las declaraciones del coencausado y agraviada no hayan sido ofrecidos como medios probatorios a ser actuadas en la Audiencia de Apelación su inconcurrencia no vulnera la garantía de la

defensa procesal, pues la indebida notificación afecta a los destinatarios, pero no al recurrente. Además, según la resolución de fojas cincuenta y cinco [del cuadernillo formado en esta Suprema Instancia] que señala día y hora de la audiencia de apelación establece la obligatoria concurrencia del representante del Ministerio Público y del encausado Ávalos Zárate, pero no de las demás partes procesales; por lo que este agravio tampoco es de recibo.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de la garantía de la defensa procesal interpuesto por el encausado Juan Elkin Ávalos Zárate contra la sentencia de vista de fojas sesenta y nueve [del cuadernillo formado en esta Suprema Instancia], del diecinueve de octubre de dos mil nueve, que confirmó la de primera instancia de fojas dieciséis, del veintidós de abril de dos mil nueve, en el extremo que lo condenó como autor del delito de extorsión en agravio de María Lizárraga Ortiz a doce años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada.

II. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por Secretaría de esta Suprema Sala Penal, el diez de marzo de dos mil once, a las ocho con treinta minutos de la mañana; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

III. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO
MONTES MINAYA

INCAUTACIÓN: INMEDIATEZ PARA SU CONFIRMACIÓN

27

TODA INCAUTACIÓN REQUIERE RESOLUCIÓN JUDICIAL. SI ES ANTES DE SU EJECUCIÓN, LA RESOLUCIÓN ES DE PROCEDENCIA; SI ES DESPUÉS DE SU EJECUCIÓN – POR URGENCIA O PELIGRO POR LA DEMORA -, DE CONFIRMACIÓN. EN EL PRIMER CASO, FRENTE A LA INEXISTENCIA DE DICHA RESOLUCIÓN, ACARREA NULIDAD ABSOLUTA; EN EL SEGUNDO, LA CONFIRMATORIA DEBE SOLICITARSE "INMEDIATAMENTE" – SIN MEDIACIÓN DE CONTINUIDAD - ENTRE LA EJECUCIÓN Y LA SOLICITUD, BAJO RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL FISCAL OMISO

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial e inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: incautación.

Fundamento del recurso casatorio
"Que, la defensa técnica del encausado (...) en su recurso de casación (...) alega que las razones que justifican el desarrollo jurisprudencial sobre dicho tema son (...): i) Que, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Trujillo, estableció en la resolución impugnada, interpretando erróneamente el artículo doscientos dieciocho, inciso dos del Código Procesal Penal, que el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación en caso de flagrancia debe efectuarse por el Fiscal Provincial en el plazo que no exceda el plazo de la investigación preparatoria; sin embargo, ello resulta contradictorio con lo previsto en los artículos doscientos tres, inciso tres y trescientos dieciséis, inciso dos del Código Procesal Penal (...) ii)se debe entender por inmediatez: condición de lo inmediato; y por inmediato: cercano en el tiempo//contiguo, limítrofe// inminente de pronta realización (...) iii) no hay justificación para que la medida de coerción real de incautación no sea de conocimiento inmediato del Juez (...) iv) no debe olvidarse que los actos fiscales y judiciales no tienen carácter jurisdiccional (...) v) el cuestionamiento no está referido al valor probatorio de la prueba material – arma incautada – sino al requisito de temporalidad "inmediatez" que debe tener el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación para ser declarado procedente; y, vi) el requerimiento de confirmatoria judicial de la incautación en flagrancia delictiva, no es propiamente una prerrogativa del Fiscal (...)".

Fundamento del auto impugnado en casación
"Que, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, previo trámite de audiencia, con fecha quince de octubre de dos mil nueve, confirmó la resolución de primera instancia de fecha veinticinco de setiembre de dos mil nueve, que declaró fundado el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación solicitada por la representante del Ministerio Público (...)".

Fundamento de la casación
"(...) La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución (...) o después de ella (...). En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto – de nulidad absoluta e insubsanabilidad – en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación. La confirmatoria judicial debe solicitarse "inmediatamente" (...). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad".
"(...) Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial – al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de incautación – no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación – sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso-. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a especificas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad – requisito indispensable para anular los efectos jurídicos correspondientes (...)".

Base Legal: NCPP: Arts. 203.3, 218 – 223, 218.2, 260.2, 259, 316 – 320, 316.2, 317.2, 425.4, 431.1.4, 497.3, 504.2; CP: Arts. 102 y SS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 57-2010 (AUTO)
LA LIBERTAD

SENTENCIA CASATORIA

Lima, diecinueve de abril de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal interpuesta por la defensa técnica del encausado Richard Marcos Ávila contra la resolución de vista de fecha quince de octubre de dos mil nueve, que confirmó la resolución de primera instancia de

fecha veinticinco de setiembre de dos mil nueve, que declaró fundado el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación; derivado de la investigación preparatoria que se instauró contra el mencionado encausado por el delito de fabricación, suministro o tenencia de materiales explosivos, en agravio del Estado; interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que, la Fiscal Provincial del Quinto Despacho de Adecuación e Investigación de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo mediante requerimiento de fecha quince de setiembre de dos mil nueve, obrante a fojas dos, solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria de Trujillo que se emita la resolución de confirmatoria de incautación de la escopeta calibre dieciséis, marca Wincher, con cacha o culata de madera color marrón, con cañón cromado, que le fue incautada al investigado Richard Marcos Ávila el día veintinueve de agosto de dos mil nueve, instantes después de haberse frustrado un robo a un camión con ganado.

SEGUNDO: Que, el Juez de Investigación Preparatoria, previo trámite de audiencia, con fecha veinticinco de setiembre de dos mil nueve, declaró fundado el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación solicitada por la representante del Ministerio Público; decisión judicial contra la cual el abogado del investigado Marcos Ávila interpuso recurso de apelación que fue concedido mediante resolución de fecha uno de octubre de dos mil nueve, obrante a fojas veinticuatro.

TERCERO: Que, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, previo trámite de audiencia, con fecha quince de octubre de dos mil nueve, confirmó la resolución de primera instancia de fecha veinticinco de setiembre de dos mil nueve, que declaró fundado el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación solicitada por la representante del Ministerio Público; decisión judicial contra la cual la defensa técnica del investigado Marcos Ávila interpuso recurso de casación que fue declarado inadmisible mediante resolución superior de fecha veintitrés de noviembre de dos mil nueve, obrante a fojas cincuenta y dos.

CUARTO: Que, mediante Ejecutoria Suprema de fecha diecinueve de febrero de dos mil diez, obrante a fojas setenta y dos, se declaró fundado el recurso de queja de derecho interpuesto por la defensa técnica del encausado Richard Marcos Ávila contra el auto superior de fecha veintitrés de noviembre de dos mil nueve, que declaró inadmisible el recurso de casación que promovió contra la resolución superior de fecha quince de octubre de dos mil nueve, ordenándose se conceda el recurso de casación respectivo; debiéndose indicar que en el sexto considerando de dicha resolución Suprema, se precisó que existe interés casacional excepcional a efectos de determinar: **i)** las características de una medida de incautación de bienes dispuesta en condiciones de flagrancia; **ii)** los alcances de la expresión "inmediatamente" utilizada en el inciso tres del artículo doscientos tres del Código Procesal Penal, para describir la actuación del Fiscal con el objeto de solicitar la "confirmatoria" de la restricción de derechos dictada en las circunstancias señaladas en dicho dispositivo; y, **iii)** los efectos que acarrearían la ausencia de tal confirmatoria o el pedido tardío de la misma.

QUINTO: Que, mediante Ejecutoria Suprema de calificación de casación, de fecha veintiocho de octubre de dos mil diez, obrante a fojas dieciséis del cuadernillo formado en esta instancia, se declaró bien concedido el recurso de casación por inobservancia de garantía constitucional de carácter procesal, cuyo ámbito se circunscribe al sexto considerando de la Ejecutoria Suprema de fecha diecinueve de febrero de dos mil diez - ámbito jurídico de la institución procesal de la "incautación" -, y cumplido el trámite previsto en el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, sin que las partes procesales hayan presentado alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo en la fecha la audiencia de casación conforme a los términos que constan en el acta correspondiente.

SEXTO: Que, deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación en la fecha, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan-, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día nueve de mayo de dos mil once, a las ocho horas con treinta minutos.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fecha veintiocho de octubre de dos mil diez - calificación de casación-, obrante a fojas dieciséis del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación

excepcional admitido está referido a la presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, cuyo ámbito de interés casacional - en cuanto a la institución procesal de la "incautación"- ha sido definido en el sexto considerando de la Ejecutoria Suprema de fecha diecinueve de febrero de dos mil diez -queja de derecho- obrante a fojas setenta y dos, esto es: **i)** las características de una medida de incautación de bienes dispuesta en condiciones de flagrancia; **ii)** los alcances de la expresión "inmediatamente" utilizada por el inciso tres del artículo doscientos tres del Código Procesal Penal con el objeto de solicitar la "confirmatoria" de la restricción de derechos dictada en las circunstancias señaladas en dicho dispositivo; y, **iii)** los efectos que acarrearían la ausencia de tal confirmatoria o el pedido tardío de la misma.

SEGUNDO: Que, la defensa técnica del encausado Richard Marcos Ávila en su recurso de casación de fojas cuarenta y cuatro, alega que las razones que justifican el desarrollo jurisprudencial sobre dicho tema son las siguientes: **i)** Que, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Trujillo, estableció en la resolución impugnada, interpretando erróneamente el artículo doscientos dieciocho, inciso dos del Código Procesal Penal, que el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación en caso de flagrancia debe efectuarse por el Fiscal Provincial en el plazo que no exceda el plazo de la investigación preparatoria; sin embargo, ello resulta contradictorio con lo previsto en los artículos doscientos tres, inciso tres y trescientos dieciséis, inciso dos del Código Procesal Penal, que prescribe que "el requerimiento de confirmatoria judicial debe realizarse de manera inmediata", concordado con lo previsto en el artículo doscientos sesenta, inciso dos de la referida norma procesal, sobre la entrega del arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo de delito a la policía más cercana de manera inmediata, entendiéndose por esto último, el tiempo que demanda en dirigirse a la dependencia policial más cercana o al efectivo policial que se halle por inmediaciones; más aún, si se tiene en cuenta que la incautación es una medida de coerción de carácter real que restringe el derecho de propiedad, por tanto, debe realizarse cumpliéndose con los presupuestos formales, como legalidad, jurisdiccionalidad y excepcionalidad dictados en audiencia bajo criterios de proporcionalidad; **ii)** se debe entender por inmediatez: condición de lo inmediato; y por inmediato: cercano en el tiempo//contiguo, limítrofe// inminente de pronta realización; según lo señalado en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; tomo IV, editorial Heliasta, vigésimo sétima edición, Guillermo Cabanellas; **iii)** no hay justificación para que la medida de coerción real de incautación no sea de conocimiento inmediato del Juez, quien debe evaluar la legalidad de la intervención y dotar de todos los efectos que conlleva la confirmatoria de incautación; **iv)** no debe olvidarse que los actos fiscales y judiciales no tiene carácter jurisdiccional, por lo que una medida restrictiva de derechos ejecutados por éstos no puede subsistir sin observarse el presupuesto formal de la jurisdiccionalidad -confirmatoria judicial- por el Juez de la Investigación Preparatoria; **v)** el cuestionamiento no está referido al valor probatorio de la prueba material - arma incautada- sino al requisito de temporalidad "inmediatez" que debe tener el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación para ser declarado procedente; y, **vi)** el requerimiento de confirmatoria judicial de la incautación en flagrancia delictiva, no es propiamente una prerrogativa del Fiscal, por cuanto, estamos ante un supuesto en el que se ha restringido derechos fundamentales que necesitan ser confirmados por el Juez de manera inmediata, conforme lo ha señalado el Legislador, para determinar si concurre o no el supuesto de flagrancia o peligro en la demora, así como si se han respetado los derechos fundamentales de los procesados; por lo tanto, no puede permitirse que la confirmatoria éste al libre albedrío del Fiscal, produciéndose un espacio de tiempo de incertidumbre jurídica e indefensión.

TERCERO: Que, debe indicarse que los temas propuestos como de interés casacional respecto a la institución procesal de la "incautación" han sido materia de análisis y pronunciamiento en el Acuerdo Plenario número cinco - dos mil diez/CJ- ciento dieciséis de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez (con posterioridad a la emisión del auto de calificación de casación), emitido por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en donde entre otros, se estableció como doctrina legal lo siguiente: **i) <u>Aspectos Generales</u>**; "La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos - propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos - (artículos doscientos dieciocho al doscientos veintitrés del Nuevo Código Procesal Penal...); y como medida de coerción - con una típica función cautelar - (artículos trescientos dieciséis al trescientos veinte del Nuevo Código Procesal Penal)-. En ambos casos en un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer coso, su función es primordialmente conservativa - de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, probatoria que ha de realizarse en el Juicio Oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención de ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento de obstaculización de la averiguación de lo verdad. (...) los bienes y objetos que pueden incautarse -privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal - cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo ciento dos y siguientes del Código Penal, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible - asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba-. (....)"; **ii) <u>Régimen de la incautación</u>**; "La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación

requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria. **A.** En los casos de flagrancia delictiva- en las modalidades reconocidas por el artículo doscientos cincuenta y nueve del Nuevo Código Procesal Penal - o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia - se da una relación directa del delincuente con el bien o cosa relacionada con el delito - y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad. **B.** Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria - es especial durante las denominadas "primeras diligencias" -requiere de una decisión del Fiscal. La autoridad Policial, por consiguiente, necesita de una expresa autorización del Fiscal (....). **C.** Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (artículo trescientos diecisiete del Nuevo Código Procesal Penal) (...) La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del parágrafo anterior, que requiere resolución judicial previa - el Juez tiene aquí la primera palabra-, la regla es que ejecutada la medida por la Policía motu proprio o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que pueda ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial- fiscal. La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno - el mismo día o a más tardar al día siguiente- (...)"; **iii) Ausencia de resolución judicial, Efectos procesales.** "La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución - (excepción, literal c) del párrafo anterior) - o después de ella- regla general, literales a) y b) del párrafo anterior-. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto - de nulidad absoluta e insubsanabilidad -, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación. La confirmación judicial debe solicitarse "inmediatamente" (artículo doscientos tres, inciso tres y trescientos diecisiete, inciso dos del Nuevo Código Procesal Penal). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad. La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial - al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación - no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación -sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso-. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad – requisito indispensable para anular los efectos jurídicos correspondientes-. (....)".

CUARTO: Que, por tanto, la resolución superior cuestionada de fecha quince de octubre de dos mil nueve -que confirmó la resolución de primera instancia de fecha veinticinco de setiembre del mismo año, que declaró fundado el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación solicitada por el representante del Ministerio Público-, no evidencia inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, debido a que se encuentra conforme a lo establecido en el Acuerdo Plenario antes anotado respecto a los temas de interés casacional admitidos en el caso *sub examine*.

QUINTO: Que, el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito o se desistió de su prosecución; sin embargo el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y siete de la referida norma procesal, establece que el Órgano Jurisdiccional puede eximir del pago de costas al vencido, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso, situación última que se presenta en el caso de autos, por cuanto, los temas propuestos como de interés casacional fueron admitidos para su respectivo análisis y pronunciamiento de fondo, mediante Resolución Suprema de fecha veintiocho de octubre de dos mil diez - Auto de calificación de casación-, esto es, antes de la fecha de emisión del Acuerdo Plenario número cinco - dos mil diez/CJ- ciento dieciséis (dieciséis de noviembre de dos mil diez), de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, que estableció doctrina jurisprudencial respecto a los aludidos temas de interés casacional, en consecuencia no hubo temeridad o mala fe en la actuación de la defensa técnica del recurrente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por la presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal (referido al ámbito de interés casacional de la institución procesal de la "incautación"), interpuesto por la defensa técnica de Richard Marcos Ávila.

II. En consecuencia: **NO CASARON** la resolución de vista de fecha quince de octubre de dos mil nueve, que confirmó la resolución de primera instancia de fecha veinticinco de setiembre de dos mil nueve, que declaró fundado el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación; derivado de la investigación preparatoria que se instauró contra el encausado Richard Marcos Ávila, por el delito contra la Seguridad Pública - fabricación, suministro o tenencia de materiales explosivos-, en agravio del Estado.

III. EXONERARON el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación al investigado Richard Marcos Ávila.

IV) DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V) MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

CONTROL DE PLAZOS: INICIO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

28

EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES SE INICIA A PARTIR DE LA FECHA EN QUE EL FISCAL TOMA CONOCIMIENTO DEL HECHO PUNIBLE Y NO DESDE LA COMUNICACIÓN AL ENCAUSADO DE LA DENUNCIA FORMULADA EN SU CONTRA

Causal de Admisibilidad
Apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema y errónea aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) el motivo del recurso de casación se centra en el desarrollo de una doctrina jurisprudencial relativo a que según lo alegado por el encausado, el inicio del cómputo establecido en el artículo trescientos treinta y cuatro numeral dos del Código adjetivo, debe efectuarse desde que el Fiscal tiene conocimiento del hecho punible".

Fundamento del auto impugnado en casación
"El Superior Tribunal (...) revocó la resolución (...) y reformándola declaro infundada la solicitud de control de plazos, instado por el investigado".

Fundamento de la casación
"(...) la regla para el cómputo del plazo, se encuentra regulado en el artículo ciento ochenta y tres del Código Civil, que establece que se computará conforme al calendario gregoriano, estableciéndose en su inciso primero que el plazo señalado por días se computará por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezca que se haga por días hábiles".

"Que, el considerando décimo primero de la resolución casatoria número cero dos guión dos mil ocho, pronunciado el tres de junio de dos mil ocho, estableció que el plazo para las diligencias preliminares son de veinte días naturales".

"Que, el cómputo de plazo de las diligencias preliminares se inicia a partir de la fecha en que el Fiscal tiene conocimiento del hecho punible, y no desde la comunicación al encausado de la denuncia formulada en su contra".

Base Legal: NCPP: Arts. 142, 143.2, 330, 334.2, 427.4; CC: Art. 183.1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 66-2010 (AUTO)
PUNO

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de abril de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por el imputado Cristóbal Mamani Gutiérrez, contra la resolución de vista de fecha veintinueve de diciembre de dos mil nueve, de fojas ciento setenta y cuatro, que revocó la resolución de fecha tres de diciembre de dos mil nueve; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; y,

CONSIDERANDO:

ANTECEDENTES:

PRIMERO: La defensa del imputado Cristóbal Mamani Gutiérrez, mediante escrito de fojas uno, alega que desde el veinte de octubre de dos mil nueve, a la fecha de realizada la solicitud, ha transcurrido más de veinte días desde que el Ministerio Público tomó conocimiento de los hechos, motivo por el cual solicitó el control de plazos a efectos de dar por concluidas las diligencias preliminares, y se programe audiencia de control de plazos, en virtud del segundo inciso del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Procesal Penal, en el proceso seguido en su contra, por delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de homicidio culposo.

Que, con fecha tres de diciembre de dos mil nueve, se llevó a cabo la audiencia de control de plazo, conforme se advierte del acta de registro de fojas catorce, con la concurrencia del Fiscal Provincial y del abogado defensor; oída la exposición respectiva, mediante resolución emitida en dicha fecha, el *A quo* declaró fundada la solicitud de control de plazo, y otorgó al fiscal un plazo de cinco días para que dicte las disposiciones

correspondiente[s]; razón por la cual, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra la resolución en mención.

SEGUNDO: El representante del Ministerio Público alega en su recurso impugnatorio de fojas diecisiete, que la Comisaría del sector de Huancané tomó conocimiento y notificó los hechos el día tres de noviembre de dos mil nueve, debiéndose computar el plazo de veinte días desde el día siguiente de dicha fecha, por lo que vencería el veintitrés de noviembre, conforme lo establecido en los artículos ciento cuarenta y dos, y ciento cuarenta y tres, numeral dos del Código Procesal Penal.

Que, mediante resolución de fecha nueve de diciembre de dos mil nueve, de fojas veintiuno, se concedió el recurso de apelación con efecto devolutivo al Fiscal Provincial.

TERCERO: El Superior Tribunal, mediante resolución de fecha veintinueve de diciembre de dos mil nueve, de fojas ciento setenta y cuatro, revocó la resolución de fecha tres de diciembre de dos mil nueve, y reformándola declaró infundada la solicitud de control de plazo, instada por el investigado Cristóbal Mamani Gutiérrez.

Estando a ello, el imputado Cristóbal Mamani Gutiérrez interpuso recurso extraordinario de casación contra la resolución emitida, por escrito de fojas ciento ochenta y siete, la cual se declaró inadmisible mediante resolución de fecha veinte de enero de dos mil diez, de fojas doscientos ocho, interponiendo recurso de queja, elevándose los autos al Tribunal Supremo, emitiéndose Ejecutoria Suprema de fecha dieciséis de abril de dos mil diez, de fojas doscientos dieciséis, que declaró fundado el recurso de queja de derecho, interpuesto por el encausado Mamani Gutiérrez, ordenando que el A quo conceda el recurso de casación.

CUARTO: Que, el Tribunal Superior por resolución de fecha dieciséis de junio de dos mil diez, de fojas doscientos veinticuatro, concedió el recurso de casación, y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, introduciendo dos motivos de casación, errónea aplicación del artículo ciento cuarenta y tres, numeral dos del Código Procesal Penal, y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; la causa fue elevada a este Tribunal Supremo con fecha cinco de julio de dos mil diez.

QUINTO: Cumplido el trámite de traslados a la Fiscalía Suprema como a la parte recurrida, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria de fecha veintiséis de octubre de dos mil diez, de fojas catorce -del cuaderno de casación-, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de apartamiento de la doctrina jurisprudencial y errónea aplicación del artículo ciento cuarenta y tres, numeral dos del Código Procesal Penal.

SEXTO: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de Sala el día once de mayo de dos mil once.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Del ámbito de la casación:

PRIMERO: Como se estableció mediante Ejecutoria Suprema de fecha veintiséis de octubre de dos mil diez, de fojas catorce -del cuaderno de casación-, el motivo del recurso de casación se centra en el desarrollo de una doctrina jurisprudencial relativo a que según lo alegado por el encausado, el inicio del cómputo establecido en el artículo trescientos treinta y cuatro numeral dos del Código adjetivo, debe efectuarse desde que el Fiscal tiene conocimiento del hecho punible.

SEGUNDO: Que, las diligencias preliminares constituyen una etapa prejurisdiccional del proceso penal, por cuanto el Fiscal está autorizado para reunir los elementos probatorios para formalizar la investigación, y por ende elabore su estrategia acusatoria o desestime la denuncia, cuyo plazo es de breve investigación, realizada de forma unilateral y reservada.

TERCERO: Que, el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal, establece que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables; asegurar los elementos materiales que se utilizaron para su comisión e individualizar a las personas involucradas y a los agraviados.

CUARTO: Asimismo, el inciso segundo del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Procesal Penal establece que el plazo de las diligencias preliminares, conforme el artículo tercero del mismo cuerpo de leyes, es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

Que, el plazo de veinte días le corresponde a la fase de diligencias preliminares; la cual no forma parte del plazo que se señala para la segunda fase denominada *de la investigación preparatoria*; esto es porque cada una de ellas persigue una finalidad distinta; pues, las diligencias preliminares son para concluir si se formaliza o no denuncia; siendo así, si el Fiscal se excede del plazo en las diligencias preliminares, se somete a un tipo de control. De otro lado, quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al Fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda; a fin de no afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso.

QUINTO: Que, la regla para el cómputo del plazo, se encuentra regulado en el artículo ciento ochenta y tres del Código Civil, que establece que se computará conforme al calendario gregoriano, estableciéndose en su inciso primero que el plazo señalado por días se computará por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezca que se haga por días hábiles.

SEXTO: Que, el considerando décimo primero de la resolución casatoria número cero dos guión dos mil ocho, pronunciado el tres de junio de dos mil ocho, estableció que el plazo para las diligencias preliminares son de veinte días naturales.

SÉPTIMO: Que, el cómputo de plazo de las diligencias preliminares se inicia a partir de la fecha en que el Fiscal tiene conocimiento del hecho punible, y no desde la comunicación al encausado de la denuncia formulada en su contra.

OCTAVO: Que, la Policía Nocional del Perú remitió el informe Policial número cero dos guión dos mil nueve guión XII guión DTP guión DPH guión C guión PNP guión H guión SIAT, a la Fiscalía Provincial de Huancané, con las actuaciones realizadas por dicha dependencia con intervención del Fiscal Provincial adjunto, por el hecho ocurrido el día cuatro de octubre de dos mil nueve, relativo al accidente de tránsito, informe que fue recepcionado el dieciocho de noviembre de dos mil nueve, tal como se aprecia de fojas cincuenta y nueve, por lo que desde esa fecha debe computarse el plazo para la investigación preliminar.

NOVENO: Que, el Fiscal Provincial de Huancané al emitir el oficio de fojas cien, su fecha veintinueve de octubre de dos mil nueve, por el cual concede al Jefe de la Comisaría Sectorial de Huancané el plazo de quince días hábiles para que realice la investigación preliminar, no da cabal cumplimiento a lo dispuesto en el considerando décimo primero de la Casación número dos guión dos mil ocho, que estableció que los días son naturales, tanto más que dispuso la realización de la declaración del imputado Cristóbal Mamani Gutiérrez -véase fojas noventa y nueve-, con participación del representante del Ministerio Público, lo cual era repetitivo; toda vez que, dicha persona había depuesto el dieciocho de octubre de dos mil nueve, con intervención del Fiscal Provincial Adjunto y de su abogado defensor, tal como se observa de fojas sesenta y dos, así como al contar con todos los elementos vinculatorios con la noticia criminal, tales como son: declaraciones, informe médico, certificado de defunción en copia xerográfica, la historia clínica del agraviado —véase anexo a la denuncia de fojas sesenta vuelta-, pudo haber formalizado la investigación preparatoria; toda vez que, lo dispuesto por su Fiscalía era una repetición de actos que constaban en el informe policial, atentando con ello la celeridad que impone el Código Procesal Penal.

DÉCIMO: En consecuencia, a la fecha en que se solicitó el control del plazo; esto es, el día treinta de noviembre de dos mil nueve -véase escrito de fojas uno-, había sobrepasado el plazo establecido en el artículo trescientos cuarenta y dos. Que, si bien obra la disposición número dos guión dos mil nueve guión MP guión FPP guión H, de fecha veinte de noviembre de dos mil nueve, de fojas sesenta y uno, mediante la cual el representante del Ministerio Público dispone considerar aplicable el principio de oportunidad en el presente caso, citando al implicado Mamani Gutiérrez para el día dos de diciembre de dos mil nueve; sin embargo, ello no obsta que el plazo de las diligencias preliminares venció con fecha veintiséis de noviembre de dos mil nueve.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por errónea aplicación del artículo ciento cuarenta y tres numeral dos del Código Procesal Penal, interpuesto por el imputado Cristóbal Mamani Gutiérrez, contra la resolución de vista de fecha veintinueve de diciembre de dos mil nueve, de fojas ciento setenta y cuatro, que revocó la resolución de fecha tres de diciembre de dos mil nueve, emitida en la audiencia de control de plazo, que declaró fundada la solicitud de control de plazo, reformándola declaró infundada la referida solicitud; y **REFORMÁNDOLA** declara **FUNDADA** la solicitud de control de plazo, y **ORDENA** que se devuelva los autos al Juez de la Investigación Preparatoria.

II. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por apartamiento del desarrollo de doctrina.

III. ESTABLECIERON de conformidad con lo previsto en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, que los plazos para las diligencias preliminares son de días naturales y no hábiles.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a las partes procesales.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

PRISIÓN PREVENTIVA: DEBIDA MOTIVACIÓN

29

LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES IMPLICA LA DESCRIPCIÓN MENTAL QUE LLEVÓ A LA DECISIÓN, LA EXISTENCIA DE MOTIVACIÓN EXTERNA E INTERNA Y LA CLARIDAD DE LA EXPOSICIÓN. EN TAL SENTIDO, NO ES PARTE DE DICHO CONTENIDO ESENCIAL QUE LA RESOLUCIÓN ESPECIFIQUE DETALLADAMENTE TODAS Y CADA UNA DE LAS ALEGACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial e inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso.

Fundamento del recurso casatorio
"Por lo tanto, de acuerdo con la resolución de fecha dos de noviembre del dos mil diez, emitida por otro colegiado de esta Supremo Tribunal – recurso de queja-, es necesario, por un lado, establecer la validez de los actos de investigación que sustentan el requerimiento de prisión preventiva – intervención indiciaria-, y, por otro lado, fijar el canon de motivación de un auto de prisión preventiva en vía de apelación".

Fundamento del auto impugnado en casación
"(...) i) Las diligencias preliminares contaron con la intervención del Fiscal Provincial, por lo que no existe elemento alguno que corrobore la versión del recurrente; ii) tampoco existe ningún dato sobre los supuestos maltratos físicos; iii) las actas levantadas durante las diligencias preliminares mantienen su validez".

Fundamento de la casación
"Si bien las resoluciones judiciales que restringen derechos fundamentales deben estar especialmente motivadas, de una interpretación sistemática de los artículos 271 y 278 del Código Procesal Penal, a la luz del bloque de constitucionalidad, mencionado anteriormente, este Supremo Tribunal entiende que la referida alusión a una resolución "debidamente motivada" implica la descripción del proceso mental que llevó a la decisión, la existencia de motivación externa e interna, y la claridad de la exposición".

"Es de aclarar, sin embargo, que no es parte del contenido esencial del derecho a la motivación de resoluciones judiciales que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado".

"Que no obstante, se aprecia que al emitirse la sentencia de apelación, el Tribunal Superior obvio considerar que la declaración referencial de la menor agraviada – de fojas veintiuno-había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia – por haber sido obtenida sin las garantías y formalidades establecidas por la ley procesal-; sin embargo, dicha circunstancia no ocasiona vicio en la sentencia de vista, pues a la luz de lo actuado, tanto en primera como en segunda instancia, no era esencial ni decisiva para resolver el caso judicial a su favor y enervar las demás pruebas de cargo e indicios que se verificaron en su contra".

"Para apreciar si la prueba omitida es decisiva, se acude al método de la supresión hipotética; la prueba será decisiva y su validez afectará de manera fundamental a la motivación cuando, su supresión o reposición mental, genera conclusiones necesariamente distintas".

Base Legal: Const.: Arts. 2.24.f, 3; NCPP: Arts. 120, 121, 149, 203, 259, 261, 268, 271.3, 278.2, 316, 318, 425.4, 427.4, 431.4; CP: Art. 200; PIDCP: Art. 9; DADH: Art. XXV; CADH: Art. 7

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 70-2010 (AUTO)
LAMBAYEQUE

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de abril de dos mil once .-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el imputado Arturo Rodolfo Ancajima Salazar contra el auto Superior de fojas ciento ochenta y ocho, del quince de marzo de dos mil diez, que confirmando la resolución de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, del veinticuatro de febrero de dos mil diez, declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el Fiscal contra el citado imputado, en el proceso que se le sigue por la presunta comisión de los delitos contra el Patrimonio- extorsión- en agravio de Yasmin Marleni Coronel Núñez y contra la Tranquilidad Pública -asociación ilícita para delinquir- en agravio del Estado.
Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia

PRIMERO: Que, el veintidós de febrero de dos mil diez el representante del Ministerio Público, conforme se advierte de la Disposición de Inicio de la Investigación Preliminar en Sede Policial número dos – dos mil diez, de fojas ciento siete, dispuso la desarchivación de la investigación contenida en la Carpeta Fiscal número tres dos uno dos - dos mil diez contra el procesado Arturo Rodolfo Ancajima Salazar por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio - extorsión-, previsto en el artículo doscientos del Código Penal en agravio de Vilma Rojas Salcedo, acumulándose la Carpeta Fiscal número tres dos uno dos a la Carpeta Fiscal número ocho tres cuatro - dos mil diez a su pronunciamiento uniforme.

SEGUNDO: Que, el veinticuatro de febrero de dos mil diez el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas ciento cuarenta y tres, declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el representante del Ministerio Público contra el recurrente, el mismo que, mediante recurso de apelación, de fojas ciento sesenta y dos, suscrito por su defensora de oficio, Cerly Guzmán Capuñay, señaló que dicho auto había afectado el principio de legalidad, el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la presunción de inocencia así como su derecho a la libertad, toda vez que el Juez, a pesar de que había fundamentado el cumplimiento de los presupuestos señalados en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal, declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

TERCERO: Que, la Sala Penal de Apelaciones, mediante resolución número diez, de fecha quince de marzo de dos mil diez, de fojas ciento ochenta y ocho, confirmó la resolución impugnada en el extremo que dictó prisión preventiva contra el procesado Arturo Rodolfo Ancajima Salazar.

III. Del trámite del recurso de casación del procesado Arturo Rodolfo Ancajima Salazar

CUARTO: Que, contra la resolución emitida por la mencionada Sala Penal de Apelaciones el recurrente Arturo Rodolfo Ancajima Salazar, mediante escrito de fecha treinta y uno de marzo de dos mil diez, suscrito por su defensora de oficio, Cerly Guzmán Capuñay, interpuso recurso de casación, el mismo que fue declarado inadmisible por la referida Sala Penal Superior, mediante resolución de fecha siete de abril de dos mil diez, de fojas doscientos dieciséis.

QUINTO: Que, mediante resolución de fecha uno de junio de dos mil diez, de fojas doscientos cuarenta y uno, este Supremo Tribunal declaró fundado el recurso de queja de derecho interpuesto por el recurrente en contra del auto de fecha siete de abril, y mandó que el Tribunal Superior concediera el recurso de casación formulado por el referido encausado siendo que, en virtud de ello, mediante resolución de fecha dos de noviembre de dos mil diez, este Supremo Tribunal declaró bien concedido el mencionado recurso de casación por la presunta vulneración a los derechos al debido proceso y al de libertad.

SEXTO: Que, instruido el expediente en Secretaría, señalada la fecha para la audiencia de casación el día veintiséis de abril del presente, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado de oficio, así como del Señor Fiscal Supremo Adjunto, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

SÉPTIMO: Que, deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaría conforme lo establecen los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado cuatro del Código Procesal Penal, el día once de mayo del presente año a las ocho horas y cuarenta y cinco minutos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación

PRIMERO: Que, el presente caso llega a esta Suprema Instancia –de acuerdo con lo señalado por la resolución de fecha dos de noviembre de dos mil diez- en virtud de lo establecido en el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, toda vez que no puede aceptarse el recurso de casación fuera de

las resoluciones que enumeran los apartados anteriores del citado artículo, salvo cuando se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

SEGUNDO: Que, el recurrente cuestiona la resolución número diez, de fecha quince de marzo de dos mil diez, de fojas ciento ochenta y ocho, emitida por la Sala Penal de Apelaciones, que confirmó la resolución impugnada en el extremo que dictó prisión preventiva contra el procesado Arturo Rodolfo Ancajima Salazar. En ese sentido, señala que el *Ad Quem*:

(i) las actas de lacrado y fotocopiado de los billetes –que iban a ser entregados posteriormente a los presuntos extorsionadores el día veinte de febrero de dos mil diez- no fueron firmadas de manera inmediata por el representante del Ministerio Público sino que éste solicitó su confirmación recién el día veintitrés de febrero de dos mil diez y que no existe certeza sobre quién estuvo en la diligencia el señor Fiscal Esdras Sánchez Moreno o la señorita Fiscal Ángela Delgado Maquen.

(ii) La defensa técnica cuestionó la validez de dichas actas -escuchar el Registro de Audio de la Audiencia de Apelación del doce de marzo de dos mil diez-, puesto que, al emitir la resolución número diez, el *Ad Quem* no se pronunció sobre dicho cuestionamiento, vulnerando así el derecho a la motivación de resoluciones judiciales.

(iii) Al emitir su pronunciamiento la Sala de Apelaciones valoró las mencionadas actas, infringiendo lo establecido en el artículo 318 -bienes incautados- y los artículo 120 y 121 -régimen general de las actas y su invalidez- del Código Procesal Penal.

(iv) En ese sentido, ha inobservado lo establecido en el artículo 268 -presupuestos materiales de la prisión preventiva- del Código Procesal Penal al fundamentar en las mencionadas actas la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión del delito imputado al casacionista.

(v) Consecuentemente, también ha inobservado el artículo 203 -presupuestos de la búsqueda de pruebas y restricción de derechos por parte de la policía y el Ministerio Público - del Código Procesal Penal en concordancia con el artículo 316 -incautación- del Código Procesal Penal.

(vi) No existiendo certeza sobre quién fue el funcionario que realizó la diligencia de registro Personal en el Acta de registro personal de fecha veintiuno de febrero de dos mil diez, la Sala de Apelaciones no debió valorar dicha acta, sino que debió declarar la nulidad de dichas actuaciones y observar lo establecido en el artículo 121 del Código Procesal Penal.

Por lo tanto, de acuerdo con la resolución de fecha dos de noviembre de dos mil diez, emitida por otro colegiado de este Supremo Tribunal -recurso de queja-, es necesario, por un lado, establecer la validez de los actos de investigación que sustentan el requerimiento de prisión preventiva -intervención indiciaria-, y, por otro lado, fijar el canon de motivación de un auto de prisión preventiva en vía de apelación.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación

TERCERO: Que, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en su resolución 10 [materia de grado], de fecha quince de marzo de dos mil diez, de fojas ciento ochenta y ocho, señaló textualmente:

(i) Las diligencias preliminares contaron con la intervención del Fiscal Provincial, por lo que no existe elemento alguno que corrobore la versión del recurrente.

(ii) tampoco existe ningún dato sobre los supuestos maltratos físicos.

(iii) las actas levantadas durante las diligencias preliminares mantienen su validez.

III. Del motivo casacional: validez de los actos de investigación que sustentan el requerimiento de la prisión preventiva y el cánon de motivación del auto de prisión preventiva en vía de apelación

CUARTO: Que, el derecho a la libertad involucrado en el presente caso es el *ius ambulandi*, el cual ha sido objeto de regulación jurídica internacional y nacional. A nivel internacional la Declaración Universal de

Derechos Humanos señala en su artículo nueve que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado. Dicha norma se complementa con el artículo nueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual:

> Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

En el ámbito americano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre tiene establecido en su artículo XXV que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Por su parte, el artículo siete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, precisando que:

> Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Parte o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Las normas internacionales anteriormente señaladas, en tanto relativas a los derechos fundamentales, ingresan al sistema jurídico peruano y se integran a él a través del artículo 3 de la Constitución de 1993, por lo que las normas nacionales deben ser interpretadas conforme a las internacionales en virtud de lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

QUINTO: Que, el literal "f" del numeral 24 del artículo 2 de nuestra Norma Fundamental establece que "nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito".

Se desprende del mencionado artículo que el derecho protegido es la libertad de locomoción, también denominada física o personal, que es vulnerada cuando la persona es de alguna manera detenida.

De otro lado, del análisis del llamado "bloque de constitucionalidad" este Supremo Tribunal puede elaborar una definición del *ius ambulandi*, según la cual la libertad es un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.

Recogiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional, consideramos que la libertad personal tiene una doble dimensión. Puede ser entendida como un valor superior que inspira al ordenamiento jurídico y a la organización misma del Estado. También puede ser entendida la libertad como un derecho subjetivo cuya titularidad ostentan todas las personas sin distinción[1].

SEXTO: Que, en un Estado constitucional de Derecho -como el peruano- ningún derecho fundamental es absoluto. Por el contrario, los derechos fundamentales tienen límites que se encuentran en los derechos de los terceros y en otros bienes constitucionalmente protegidos.

Los derechos fundamentales en general, y el derecho al *ius ambulandi* en particular, presentan una estructura compleja, producto de la concepción de sus límites internos y externos. Los límites internos aluden a aquel ámbito mínimo vital para la existencia de un derecho, sin el cual él devendría inexistente.

En ese sentido, tenemos que el contenido esencial del *ius ambulandi* representa el núcleo inviolable que tiene el derecho para ser considerado como tal. El contenido no esencial es la parte del derecho que puede afectarse ante un supuesto conflicto de derechos. Finalmente, se tiene el contenido adicional que no es sino una maximización de los otros dos contenidos y busca optimizar la vigencia del *ius ambulandi*.

Por su parte, los límites externos de los derechos fundamentales aluden a su goce y ejercicio, los mismos que la norma legal debe proteger y la jurisprudencia, ante un conflicto de derechos fundamentales, debe resolver a través de la aplicación del llamado *test* de proporcionalidad.

SÉPTIMO: Que, en consecuencia, es posible que, en un eventual conflicto de derechos, el *ius ambulandi* se vea afectado por la supremacía de los derechos de terceros y por la de otros bienes constitucionalmente protegidos. Esta afectación sólo es posible cuando se afecta o el contenido no esencial o el contenido adicional.

1 Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente 3200-2005-HC, fundamento jurídico 6.

Aún en el supuesto de que al mismo tiempo se vulneren los dos mencionados contenidos, no es constitucional una afectación al contenido esencial del *ius ambulandi*, toda vez que en su vulneración anularía el derecho.

En ese sentido, una de las afectaciones jurídicamente permitida al *ius ambulandi* es la prisión preventiva que no es sino una excepción al *status libertatis* en el que se encuentra toda persona.

OCTAVO: Que, dentro del marco jurídico establecido por el Código Procesal de 2004 existen medidas de coerción personal, entre las cuales tenemos la detención policial -artículo 259-, la detención preliminar judicial -artículo 261- y la prisión preventiva -artículo 268-, las cuales constituyen excepciones al *ius ambulandi*.

La imposición de la prisión preventiva dentro de un proceso penal tiene como presupuestos materiales:

(i) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo,

(ii) que la sanción que se deba imponer sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, y,

(iii) que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Los cuestionamientos del casacionista se circunscriben a la existencia de *"fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo"*.

NOVENO: Que, de acuerdo con él, el *Ad Quem* se encontraba en la imposibilidad jurídica de adquirir fundados y graves elementos de convicción de los medios de prueba introducidos al proceso, ya que las actas valoradas debieron haberse declarado nulas.

Según esta tesis, la imposibilidad jurídica de fundamentar la prisión preventiva impide al Juzgador la imposición de la prisión preventiva, toda vez que su imposición, en un contexto corno el descrito, importaría una vulneración explícita al *ius ambulandi*.

Es por ello que el Colegiado que suscribió la mencionada resolución de fecha dos de noviembre de dos mil diez -*queja*- entendió que era necesario el establecimiento de un canon de motivación de las resoluciones que restringen derechos fundamentales, en particular de un auto de prisión preventiva en vía de apelación. Este entendimiento es equivocado.

DÉCIMO: Que, el contenido esencial del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales alude a que tanto en las sentencias como en los autos se encuentre expresado, en lo fundamental, el proceso mental que ha llevado a la decisión de una controversia de intereses jurídicamente relevantes[2].

El razonamiento judicial debe estar constituido por una motivación interna y una motivación externa, siendo que la primera alude a la coherencia lógica del razonamiento mientras que la segunda se refiere a su justificación jurídica, estando la motivación interna basada en el uso de la lógica formal, cuyo razonamiento por excelencia sobre el cual se construyen los argumentos judiciales es el silogismo.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 271 del Código Procesal Penal establece que el auto de prisión preventiva *"(...) será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación a las citas legales correspondientes"*.

DÉCIMO PRIMERO: Que, en el caso de que dicho auto sea apelado corresponde a la Sala de Apelaciones, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 278 del Código Procesal Penal, pronunciarse al respecto, previa vista de la causa. El referido artículo es explícito en señalar que la decisión, esto es, el auto sobre prisión preventiva en vía de apelación, deberá ser "debidamente motivada".

2 El Tribunal Constitucional ha señalado que, además, dicha expresión del razonamiento asegura que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley pero también que se facilite un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los Justiciables. Vid sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1230-2002 HC fundamento jurídico 11

Si bien las resoluciones judiciales que restringen derechos fundamentales deben estar especialmente motivadas, de una interpretación sistemática de los artículos 271 y 278 del Código Procesal Penal, a la luz del bloque de constitucionalidad, mencionado anteriormente, este Supremo Tribunal entiende que la referida alusión a una resolución "debidamente motivada" implica la descripción del proceso mental que llevó a la decisión, la existencia de motivación externa e interna, y la claridad de la exposición.

Es de aclarar, sin embargo, que no es parte del contenido esencial del derecho a la motivación de resoluciones judiciales que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado.

Por lo tanto, de lo anteriormente expuesto se desprende que no existe la necesidad de señalar un canon de motivación respecto de los autos "sobre prisión preventiva en vía de apelación", puesto que los parámetros de la motivación -para cualquier resolución judicial en general y para los autos sobre prisión preventiva en vía de apelación en particular- se encuentran descritos, abundantemente, en la jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal y por la del Tribunal Constitucional, máxime si la misma norma adjetiva lo señala explícitamente[3].

DÉCIMO SEGUNDO: Que, si bien este Supremo Tribunal ha zanjado la discusión en torno a la necesidad de establecer una suerte de "canon" respecto de la motivación de los autos sobre prisión preventiva en vía de apelación, es de aclarar que persiste el cuestionamiento al caso concreto y, en ese sentido, el análisis de suficiencia de motivación de la resolución emitida por el *Ad Quem*.

DÉCIMO TERCERO: Que, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución tres de fecha veinticuatro de febrero de dos mil diez, de fojas ciento setenta y seis, declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el representante del Ministerio Público contra el recurrente por los siguientes fundamentos, entre otros:

(i) analizó le posibilidad de subsunción de los hechos a los tres presupuestos señalados en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal y la encontró verosímil y no forzada [considerandos segundo, cuarto y quinto de la sentencia recurrida].

(ii) se pronunció sobre la validez del Acta de Registro Personal, Actas de Lectura de Derechos, Acta de Constancia de Buen Trato, Acta de Información de Imputación, Acta de Cotejo de Dinero, Acta de Fotocopiado de Billetes, Acta de Deslacrado y Entrega de Dinero, Acta de Lacrado de Sobre Manila, Acta de Fotocopiado de Billetes, Acta de Intervención Policial [considerando segundo].

(iii) señaló que dichas actas habían sido materia de evaluación por la solicitud de tutela de derechos. Asimismo, dichas actas también habían sido materia de nulidad, la cual fue resuelta en la fecha a las doce horas [considerando segundo].

(iv) finalmente, el Acta de Registro Personal practicado al procesado ya había sido materia de evaluación en la audiencia de tutela de derechos, y había sido confirmada por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria [considerando tercero].

DÉCIMO CUARTO: Que, el procesado Ancajima Salazar en su recurso de apelación, de fojas ciento sesenta y dos, interpuesto contra la resolución dos de fecha veinticuatro de febrero de dos mil diez, alega que:

> Las actas que dan cuenta de la intervención, registro personal, cotejo de dinero, entre otras, que por haber sido estas suscritas con el empleo de métodos intimidatorios y violatorios de la integridad física (...), así como por no haber sido suscritas al momento mismo de su realización (...) devienen actos nulos que no debieron ser merituados (...) mucho menos como graves y fundados elementos de convicción.

Del examen del expediente se advierte que la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en su resolución 10 [materia de grado], de fecha quince de marzo de dos mil diez, de fojas ciento ochenta y ocho, señaló textualmente:

> Las diligencias preliminares han contado con la intervención del Fiscal Provincial, por lo que si bien la defensa técnica del imputado Ancajima Salazar cuestiona en este funcionario haber suscrito las actas sin haber estado presente, las que además

3 El Tribunal Constitucional ha señalado que en el ámbito penal el contenido del derecho a la motivación de resoluciones judiciales es que garantice que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia do una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1230-2002-HC, fundamento jurídico 11.

> fueron levantadas en horas distintas, también lo es que no existe elemento alguno que corrobore su dicho; como tampoco existe ningún dato sobre los supuestos maltratos físicos, ya que la constancia dejada a las veinte horas con veinte minutos del día veintiuno de febrero por la Fiscal Adjunta es que uno de ellos estaba siendo "agredido verbalmente", actos por los que el Fiscal Provincial ha tomado las acciones pertinentes (...)

Concluye la Sala de Apelaciones señalando que *"(...) las actas levantadas durante las diligencias preliminares mantienen su validez al reflejar los graves elementos de convicción que vinculan al imputado Arturo Rodolfo Ancajima Salazar como autor en la comisión del delito investigado".*

DÉCIMO QUINTO: Que, como se ha señalado, el cuestionamiento de la suficiencia de motivación a la Sala de Apelaciones en su resolución 10, realizado por el procesado, gira en torno a tres cuestiones:

(i) no existe certeza sobre quién (el señor Fiscal Esdras Sánchez Moreno o la señorita Fiscal Ángela Delgado Maquen) estuvo en la diligencia de las actas de lacrado y fotocopiado de los billetes,

(ii) asimismo, se señala que las mencionadas actas no fueron firmadas de manera inmediata sino tres días después por el representante del Ministerio Público,

(iii) a pesar de que la defensa técnica cuestionó la validez de dichas actas, al emitir la resolución número diez, el *Ad Quem* no se pronunció sobre dicho cuestionamiento.

DÉCIMO SEXTO: Que, respecto de la inexistencia de certeza sobre quién estuvo presente en la diligencia de las actas de lacrado y fotocopiado de billetes, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, en el considerando segundo de la resolución tres de fecha veinticuatro de febrero de dos mil diez se pronunció sobre la validez del Acta de Registro Personal, Actas de Lectura de Derechos, Acta de Constancia de Buen Trato, Acta de Información de Imputación, Acta de Cotejo de Dinero, Acta de Fotocopiado de Billetes, Acta de Deslacrado y Entrega de Dinero, Acta de Lacrado de Sobre Manila, Acta de Fotocopiado de Billetes, Acta de Intervención Policial.

Asimismo, se tiene que dichas actas fueron materia de evaluación por la solicitud de tutela de derechos y en materia de nulidad, con resultado desfavorable para el recurrente. Finalmente, el Acta de Registro personal fue confirmada por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en su resolución 10 [materia de grado] señaló expresamente el motivo por el cual aparecen las firmas de dos fiscales: *"la constancia dejada a las veinte horas con veinte minutos del día veintiuno de febrero por la Fiscal Adjunta es que uno de ellos estaba siendo "agredido verbalmente", actos por los que el Fiscal Provincial ha tomado las acciones pertinentes (...)".*

Por lo tanto, el *Ad Quem* si se pronunció sobre los agravios realizados en vía de apelación por parte del recurrente.

DÉCIMO OCTAVO: Que, respecto de que las mencionadas actas no fueron firmadas de manera inmediata sino tres días después por el representante del Ministerio Público, es de recordar que, tal como lo señalamos en el considerando anterior; dichas actas no sólo fueron materia de evaluación por la solicitud de tutela de derechos y en materia de nulidad, resultando desfavorables para el recurrente, sino también que el Acta de Registro Personal fue confirmada por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria.

Si bien el recurrente señala que las actas mencionadas carecerían de valor probatorio en la medida en que fueron suscritas con *"métodos intimidatorios y violatorios de la integridad física"*, este Supremo Tribunal valora, por un lado, el hecho de que el abogado defensor del recurrente suscribió las actas y, por otro lado, la inexistencia de pruebas de que fue sometido a lesiones a lo largo del proceso penal.

DÉCIMO NOVENO: Que, respecto de la omisión por parte de la Sala de Apelaciones de no pronunciarse sobre la validez de las mencionadas actas, la Sala de Apelaciones en la sentencia recurrida valoró el hecho de que el procesado guardó silencio en su manifestación policial (ejerció su derecho al silencio).

Asimismo, es de advertir que en el considerando quinto se pronunció sobre la inexistencia de indicios que hicieran presumir algún maltrato físico en agravio del recurrente. Además, asumiendo la hipótesis de la existencia de vicios en determinados actos procesales, estos no podrían afectar su validez, puesto que, en

primer lugar, fueron convalidados, de alguna manera, por el abogado del recurrente al haber suscrito las actas en cuestión y, en segundo lugar, porque existen otros hechos que arrojan indicios de la participación del procesado en el delito imputado en su contra.

Finalmente, la Sala de Apelaciones se pronunció en su considerando sexto sobre la validez de actas cuestionadas en el sentido de que *"(...) las actas levantadas durante las diligencias preliminares mantienen su validez al reflejar los graves elementos de convicción que vinculan al imputado Arturo Rodolfo Ancajima Salazar como autor en la comisión del delito investigado".*

Por lo tanto, el *Ad Quem* si se pronunció sobre la validez de las mencionadas actas, por lo que no es necesario emitir un pronunciamiento sobre la validez de los actos de investigación que sustentan el requerimiento de prisión preventiva, toda vez que para ello existen en la doctrina procesal criterios de subsanación, validez y nulidad de los actos procesales, máxime si el propio Código Procesal Penal hace lo propio en sus artículos 149 y siguientes.

VIGÉSIMO: Que, por lo tanto, este Supremo Tribunal es de la opinión de que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental en el presente proceso penal por las razones antes expuestas [en especial el considerando décimo primero], siendo necesario señalar hacer recordar que el recurso de casación no constituye una tercera instancia sino que *"se configura como un recurso que desarrolla su actuación para asegurar la interdicción de la arbitrariedad, tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como en la unificación de la interpretación penal y procesar"*[4].

Consecuentemente, en el presente caso no resulta imperativo emitir *"un pronunciamiento supremo respecto del ámbito del examen del órgano jurisdiccional acerca **(i)** de la validez de los actos de investigación que sustentan el requerimiento de prisión preventiva- intervención indiciaria-, y **(ii)** de los alcances del canon de motivación de un auto de prisión preventiva en vía de apelación"*, tal como fue el entendimiento del Colegiado referido en la resolución de fecha dos de noviembre de dos mil diez.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el imputado Arturo Rodolfo Ancajima Salazar contra el auto superior de fojas ciento ochenta y ocho, del quince de marzo de dos mil diez, que confirmando la resolución de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, del veinticuatro de febrero de dos mil diez, declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva solicitado por el Fiscal contra el citado imputado, en el proceso que se le sigue por la presunta comisión de los delitos contra el Patrimonio -extorsión-en agravio de Yasmin Marleni Coronel Núñez y contra la Tranquilidad Pública - asociación ilícita para delinquir- en agravio del Estado.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

4 Martínez ARRIETA, Andrés. El recurso de casación penal. Comares: Granada 1996, p. 20. Citado por SAN MARTIN CASTJW, Cesar. Derecho Procesal Penal. Volumen II (Primera Reimpresión de la Segunda Edición). Grijley: lima, 2006, p. 992.

MOTIVACIÓN DE RESOLUCIÓN JUDICIAL: VALORACIÓN DE LA PRUEBA EXCLUIDA

30

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EXCLUIDA NO OCASIONA VICIO A LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA, SI APLICADO EL MÉTODO DE LA SUPRESIÓN HIPOTÉTICA, LA MISMA NO ES ESENCIAL NI DECISIVA PARA RESOLVER EL CASO JUDICIAL, MUCHO MENOS QUE ENERVE LAS DEMÁS PRUEBAS DE CARGO

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: presunción de inocencia.

Fundamento del recurso casatorio
"El recurrente denuncia que la sentencia de vista lo condenó en base a una evidente insuficiencia probatoria; que una de las pruebas en las que el Ad quem basó su juicio de condena fue la declaración referencial de la menor agraviada, sin embargo, dicha prueba había sido exclusiva del acervo probatorio en primera instancia; que, por tanto, no existía prueba suficiente para que sea condenado".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"Que, por consiguiente, del análisis individual de la prueba mencionada y compulsada en su conjunto, teniendo en cuenta que todas ellas convergen a acreditar con suficiencia la imputación firme, constante y uniforme de la menor agraviada, llevando a certeza respecto a la comisión de los hechos incriminados. Por lo que el A quo ha realizado una debida valoración y compulsación de la prueba actuada".

Fundamento de la casación
"Que, no obstante, se aprecia que al emitirse la sentencia de apelación, el Tribunal Superior obvió considerar que la declaración referencial de la menor agraviada (...) había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia – por haber sido obtenida sin las garantías y formalidades establecidas por la ley procesal-; sin embargo, dicha circunstancia no ocasiona vicio en la sentencia de vista, pues a la luz de lo actuado, tanto en primera como en segunda instancia, no era esencial ni decisiva para resolver el caso judicial a su favor y enervar las demás pruebas de cargo e indicios que se verificaron en su contra".

"Para apreciar si la prueba omitida es decisiva, se acude al método de la supresión hipotética: la prueba será decisiva y su validez afectará de manera fundamental a la motivación cuando, su supresión o reposición mental, genera conclusiones necesariamente distintas".

Base Legal: Const.: Art. 2.24.e; NCPP: Arts. II, 497.3, 500.1, 504.2; CP: Art. 176-A; CPC: Art. 419

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 73-2010 (SENTENCIA)
MOQUEGUA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de abril de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia privada; el **recurso de casación** por inobservancia de la garantía constitucional de presunción de inocencia, interpuesto por el encausado RICHARD JOHEL MAMANI GALLEGOS contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cinco, del cuatro de junio de dos mil diez, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos nueve, del veinticuatro de marzo de dos mil diez, lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor de menor en agravio de la menor de iniciales B.B.A.V. a siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor de la agraviada.
Interviene como ponente el señor Calderón Castillo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Richard Johel Mamani Gallegos fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Así consta de la disposición de fojas cuatro, del dieciséis de marzo de dos mil nueve, que formalizó la investigación preparatoria en su contra por delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor de menor previsto en el artículo ciento setenta y seis - A, inciso uno del Código Penal en agravio de la menor de iniciales B.B.A.V..

Seguida la causa conforme a su naturaleza sumaria, el señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas cincuenta y cuatro, del veintinueve de septiembre de dos mil nueve, -del cuaderno de debate-, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

El Juez de la Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento de fojas ciento cuatro, del cinco de enero de dos mil diez. El auto de citación a juicio de fojas ciento diecinueve, del veinticinco de enero de dos mil diez, fue emitido por el Juzgado Penal Colegiado.

SEGUNDO: Seguido el juicio de primera instancia -véase acta de fojas ciento treinta y cuatro, ciento cincuenta y cinco y ciento setenta y siete-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas doscientos nueve, del veinticuatro de marzo de dos mil diez, que condenó a Richard Johel Mamani Gallegos como autor del delito contra la libertad sexual – actos contra el pudor de menor de edad en agravio de la menor de iniciales B.B.A.V. a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta y fijó en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de la agraviada; además de haber dispuesto el tratamiento terapéutico a favor del condenado.

Contra la referida sentencia, el representante del Ministerio Público, el actor civil y el imputado interpusieron recursos de apelación por escritos de fojas doscientos treinta y cinco, doscientos cuarenta y dos y doscientos cuarenta y nueve, respectivamente. Estos recursos fueron concedidos por autos de fojas doscientos treinta y nueve, doscientos cuarenta y seis y doscientos cincuenta y cinco.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

TERCERO: El Tribunal Superior, culminada la fase de traslado de la impugnación y ofrecida prueba documental por el recurrente, la declaró improcedente. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas doscientos sesenta y siete, del uno de junio de dos mil diez, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas doscientos setenta y cinco, del cuatro de junio de dos mil diez.

CUARTO: La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad, confirmó en parte la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a Richard Johel Mamani Gallegos como autor del delito contra la libertad sexual - actos contra el pudor de menor de edad en agravio de la menor de iniciales B.B.A.V., así como fijó en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de la agraviada. Por otro lado, revocó el fallo de instancia y en su reemplazo sancionó al condenado a siete años de pena privativa de libertad.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Mamani Gallegos.

QUINTO: Leída la sentencia de vista, el acusado Mamani Gallegos interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos noventa y uno. Introdujo dos motivos de casación: **a)** inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia; **b)** inobservancia de las normas legales de carácter procesal.

Concedido el recurso por auto de fojas doscientos noventa y siete, del veintidós de junio de dos mil diez, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha doce de julio de dos mil diez.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas treinta, del cuaderno de casación, del veintidós de noviembre de dos mil diez, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor del acusado Mamani Gallegos, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el catorce de abril, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asistan-se realizará por la Secretaria de la Sala el día veintiocho de abril a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta, del cuaderno de casación, del veintidós de noviembre de dos mil diez, el motivo del recurso de casación se centra en la vulneración del precepto constitucional de presunción de inocencia -artículo dos, apartado veinticuatro, parágrafo e) de la Constitución-.

SEGUNDO: El agravio: vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, consiste en que -según el recurrente-:

(i) Se le condenó en base a una evidente insuficiencia probatoria.

(ii) Una de las pruebas en las que el *Ad quem* basó su juicio de condena fue la declaración referencial de la menor agraviada, sin embargo, dicha prueba había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia.

(iii) Que por tanto, no existía prueba suficiente para que sea condenado.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. Que la versión de la menor ha sido corroborada por el testigo Luis Eduardo Romero Salas en la Audiencia de Juzgamiento, oportunidad en la que mencionó que una niña -la agraviada- salió de una casa llorando y gritando, y al preguntarle por lo ocurrido la niña se le acercó y le dijo que un hombre que está trabajando en su casa le había tocado sus partes y besado en la boca, procediendo luego a tomar de la mano al deponente para llevarlo a su casa, en donde subieron al segundo piso en busca de la persona que le había efectuado los tocamientos ya mencionados. Según este testigo la niña luego de observar a todos los trabajadores manifestó que no estaba entre los presentes, subiendo luego al tercer piso y hacia el fondo en donde estaba una persona que regaba con una manguera y como a dos metros y medio de distancia, señaló de frente al encausado Mamani Gallegos, como el responsable.

B. Que, el dictamen pericial psicológico de fecha veintiuno de febrero de dos mil nueve, realizado a la menor agraviada por la Psicóloga Ana María Mamani Chahuayo del Instituto de Medicina Legal del Perú, expresamente refiere: *"según criterio profesional en base a aplicación de Testimonio de Credibilidad se aprecia consistencia lógica y homogeneidad a la narración libre y preguntas concretas, gran número de detalles y sucesos con base temporal y espacial, descripción de interacciones entre la menor examinada y supuesto agresor, reproduce conversaciones con claridad y precisión, existencia de descripción de sentimientos "tenía mucho miedo y pensé en llamar a alguien que me ayude", se evidencia coherencia en lo verbalizado (...)".*

C. El sentenciado en la audiencia de apelación, si bien niega los cargos, reconoce que bajó al primer piso para abrir la llave del agua y también admite que cuando se encontraba en el techo del segundo piso mojando ladrillos para techar, subió la menor con el testigo Romero Salas, y entre los varios trabajadores, se acercó, lo identificó y lo señaló con el dedo de su mano, en presencia de dicho testigo. Ha referido también que ese día acababa de conocer a la niña y a sus padres, con los cuales no tiene enemistad ni problemas, por lo que se desvirtúa una posible sindicación falsa por enemistad, odios o rencillas.

D. Que, el *Aquo* en la sentencia recurrida también ha valorado testimoniales recibidas en el Juicio Oral de Prudencia Baca Ramírez, Justo Isidoro Mamani Ayna y Julio Agustín Mamani Cosi -padre del imputado-, quienes, entre otros participaron como trabajadores en el referido techamiento, de lo que se tiene en lo medular y uniforme de estos, que el imputado bajó a abrir el caño de agua del primer piso, que al rato la menor en compañía de Romero Salas, subió al segundo piso y entre los trabajadores existentes, identificó y señaló al imputado.

E. Que el *Aquo* en la sentencia recurrida también ha valorado testimoniales recibidas en el Juicio Oral de los padres de la menor agraviada, Luis Alberto Apaza Apaza y Yully Melva Velásquez Juárez, así como de los policías intervinientes en el día de los hechos Miguel Albino Quispe Carpio y Wilver Rosendo

Mamani Cuayla, siendo de resaltar que la menor a éstos, indistintamente, les refirió de los actos contra el pudor en su agravio y también en presencia de los citados sindicó e identificó al imputado.

F. Que, por consiguiente, del análisis individual de la prueba mencionada y compulsada en su conjunto, teniendo en cuenta que todas ellas convergen a acreditar con suficiencia la imputación firme, constante y uniforme de la menor agraviada, llevando a certeza respecto a la comisión de los hechos incriminados. Por lo que el *Aquo* ha realizado una debida valoración y compulsación de la prueba actuada.

Estos son los fundamentos probatorios, en orden al juicio de culpabilidad, que constituyen la base del motivo de casación constitucional.

III. Del motivo casacional. Presunción de Inocencia.

CUARTO: El recurrente denuncia que la sentencia de vista lo condenó en base a una evidente insuficiencia probatoria; que una de las pruebas en las que el *Ad quem* basó su juicio de condena fue la declaración referencial de la menor agraviada, sin embargo, dicha prueba había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia; que, por tanto, no existía prueba suficiente para que sea condenado.

QUINTO: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, primero, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito -de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio.

En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra, y como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad a los Tribunales de primera instancia y de apelación.

SEXTO: De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de las declaraciones testimoniales de Luis Eduardo Romero Salas -persona que auxilió a la menor agraviada instantes después de haber sido víctima de tocamientos indebidos y que en la audiencia de juzgamiento reconoció físicamente al encausado Mamani Gallegos-, de los trabajadores que participaron en el techamiento de la casa en el que se produjo el hecho juzgado: Prudencio Baca Ramírez, Justo Isidoro Mamani Ayna y Julio Agustín Mamani Cosi -padre del imputado-; así como de Luis Alberto Apaza Apaza y Yully Melva Velásquez Juárez, progenitores de la víctima y de los policías intervinientes en el día de los hechos Miguel Albino Quispe Carpio y Wilver Rosendo Mamani Cuayla -quienes coinciden en señalar que el día de los hechos la menor, indistintamente, les refirió que momentos previos había sido víctima de tocamientos indebidos y que en ese mismo acto sindicó e identificó como el autor de tal hecho al imputado-, el dictamen pericial psicológico de fecha veintiuno de febrero de dos mil nueve, realizado a la niña por la Psicóloga Ana María Mamani Chahuayo del Instituto de Medicina Legal del Perú y la propia declaración del encausado.

Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aportan *cumplen el requisito de suficiencia probatoria.*

Que, no obstante, se aprecia que al emitirse la sentencia de apelación, el Tribunal Superior obvió considerar que la declaración referencial de la menor agraviada -de fojas veintiuno- había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia -por haber sido obtenida sin las garantías y formalidades establecidas por la ley procesal-; sin embargo, dicha circunstancia no ocasiona vicio en la sentencia de vista, pues a la luz de lo actuado, tanto en primera como en segunda instancia, no era esencial ni decisiva para resolver el caso judicial a su favor y enervar las demás pruebas de cargo e indicios que se verificaron en su contra.

Para apreciar si la prueba omitida es decisiva, se acude al método de la supresión hipotética: la prueba será decisiva y su validez afectará de manera fundamental a la motivación cuando, su supresión o reposición mental, genera conclusiones necesariamente distintas.

En el presente caso, aún suprimiendo hipotéticamente la declaración referencial de la menor agraviada prestada ante el representante del Ministerio Público a fojas veintiuno, no variaría el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia de condena -se mantendría incólume-pues existen otros elementos de convicción e indicios que fueron utilizados, tanto por los Juzgadores de primera instancia como por el Tribunal de apelación, de acuerdo a la sana crítica racional –tiene suficiente cimentación legal-.

Por tanto, el motivo no puede prosperar.

SÉPTIMO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. El recurrente no sólo ha sido declarado culpable sino que el presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, a *contrario sensu*, del nuevo Código Procesal Penal].

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por el motivo de inobservancia de la garantía constitucional de presunción de inocencia, interpuesto por el encausado RICHARD JOHEL MAMANI GALLEGOS contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cinco, del cuatro de junio de dos mil diez, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos nueve, del veinticuatro de marzo de dos mil diez, lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual – actos contra el pudor de menor en agravio de la menor de iniciales B.B.A.V. a siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor de la agraviada.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado RICHARD JOHEL MAMANI GALLEGOS; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.- Interviene el señor Santa María Morillo por licencia del señor Rodríguez Tineo.-

Ss.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS

31

LA CONCURRENCIA PLURAL O SIMULTÁNEA DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS, DEMANDA UNA VISUALIZACIÓN ANALÍTICA INTEGRADA, LO QUE NO IMPIDE AL MAGISTRADO EXTRAER DE ELLAS LOS EFECTOS QUE ABONEN A LA CONSTRUCCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA PENA CONCRETA

Causal de Admisibilidad
Indebida aplicación, errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) En efecto, señala que se "desestimó incorrectamente la atenuante especial de confesión sincera y la aplicación de una causa de atenuación genérica referida a la situación precaria (...), así como revocó un beneficio penitenciario con información incierta e insuficiente". Concedido el recurso por auto de fojas doscientos veinticuatro, del ocho de junio del dos mil diez, se elevó la causa a este Supremo Tribunal".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"(...) En efecto, el sentenciado (...) fue capturado por personal policial en flagrancia de la comisión del delito de robo agravado, situación que exceptúa la aplicación de los efectos del beneficio de la confesión sincera, por lo que no es factible estimar como relevante su aceptación de los hechos al momento de la individualización de la pena".

"De otro lado, respecto a la configuración de una conclusión anticipada, cabe precisar que no se fue solicitado por la defensa técnica en el momento oportuno (...); tampoco se objetó la prosecución del proceso, tras haber escuchado la aceptación de los hechos por parte del señor Ticona Quispe, a lo que se agrega que los integrantes del Juzgado Colegiado han considerado que no corresponde en los casos de flagrancia amparar como generadora de efectos de confesión ninguna clase de aceptación de cargos. No resulta por tanto atendible el alegato en el sentido de no haberse pronunciado el Juzgado de primera instancia sobre ese particular que no fue instado por el interesado directo. (...) El sentenciado Ticona Quispe es persona mayor de edad, con instrucción secundaria que resulta suficiente para entender la magnitud de sus actos y la responsabilidad por sus hechos, dice que tiene una hija y que sostiene a sus ancianos padres, pero sus alegaciones que en este sentido no han sido suficientemente sustentadas, tampoco generarían motivo de reducción de sanción; no ha reparado el daño causado, y es poseedor de un historial delictivo por hechos similares que le han merecido condenas, y hallándose bajo concesión de beneficio penitenciario, ha perpetrado nuevo ilícito, por lo que su resocialización en libertad es dudosa".

Fundamento de la casación
"(...) Esta presencia múltiple de circunstancias agravantes configura lo que la doctrina denomina concurrencia de circunstancias. Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, la determinación de la pena concreta, en tales supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente (...). Por tanto, todas las circunstancias presentes en el caso sub judice deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significa, por ejemplo, que a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena será también mayor (...). Ahora bien, si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el Juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá, como ya se ha mencionado, de valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta".

Base Legal: Const.: Arts. 20, 139.5, NCPP: Arts. 161, 349.3, 372, 429.3, 497, 500.1, 504.2; CP: Arts. 45, 46, 152, 180.2.3, 188, 189.4; CPC: Art. 419

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 75-2010 (SENTENCIA)
AREQUIPA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de abril de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por haberse desestimado "incorrectamente la atenuante especial de confesión sincera y la aplicación de una causa de atenuación genérica referida a la situación precaria (artículos ciento sesenta y uno del nuevo Código Procesal Penal y cuarenta y cinco y cuarenta seis del Código Penal), así como por la revocatoria del beneficio penitenciario con información incierta e insuficiente", interpuesto por el encausado Omar Edward Ticona Quispe contra la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y seis,

del veintiséis de marzo de dos mil diez, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ciento sesenta y ocho, del once de enero del dos mil diez, que lo condenó como autor del delito de robo agravado en agravio de Néstor Zuáres Hinojosa y Elsa María Medina Loayza a veinte años de pena privativa de libertad; y revocó el beneficio penitenciario de libertad condicional.
Interviene como ponente el señor Juez Supremo Javier Villa Stein.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del Itinerario de la causa en primera instancia:

PRIMERO: El encausado Omar Edward Ticona Quispe fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Que el señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas dos, del veintiuno de agosto del dos mil nueve, formuló acusación contra el precitado postulando como tipificación principal el delito contra el Patrimonio en la modalidad de robo agravado, previsto en el artículo ciento ochenta y ocho concordado con los incisos segundo y tercero del primer párrafo del artículo ciento ochenta, así como, último párrafo del Código Penal; así como el delito contra la Libertad en su modalidad de secuestro previsto en el artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal, conducta que se agrava por cuanto en el hecho ha existido pluralidad de personas, como integrantes de una organización delictiva como banda, y como tipificación alternativa, en aplicación del inciso tercero del artículo trescientos cuarenta y nueve del Código Procesal Penal, propuso alternativamente, en cuanto a la imputación del delito de robo agravado, la siguiente calificación jurídica para los hechos materia de acusación: Delito de Robo Agravado, previsto en el Código Penal, Libro Segundo, Titulo V, Capitulo II, Artículo ciento ochenta y ocho, tipo penal en el que además concurren las agravantes establecidas en el primer párrafo, incisos segundo, cuarto y quinto así como en último párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del mismo cuerpo normativo, esto es, cuando el hecho es cometido por integrantes de una organización delictiva o banda, solicitando se le imponga la pena de cadena perpetua, de conformidad a las condiciones establecidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, dado a que pese a tener estudios básicos, habiendo llegado al grado de instrucción secundaria, conforme han declarado, lo cual les ha permitido comprender el tipo de actividades que realizan, han mostrado desprecio por las normas y por los derechos de los demás, en este caso, de los agraviados, vulnerando bienes jurídicos de vital trascendencia como es la libertad, poniendo además en riesgo la salud e integridad física de los agraviados, a quienes les despojaron de sus bienes patrimoniales obtenidos lícitamente; habiendo actuado contra las normas aprovechando la pluralidad y superioridad en número de agentes que actuaban de manera organizada como integrantes de una banda delincuencial, abusando de la confianza que depositaron los agraviados en el conductor y tipo de servicio que habían tomado, esto es, uno de transporte público de pasajeros, dada además la hora en que se produjo el mismo; todo ello, de manera reincidente, puesto que, los imputados han sido sentenciados anteriormente en diversas oportunidades por cometer este tipo de delitos."

Que, a fojas setenta y uno del cuaderno de "control de acusación" obra el auto de enjuiciamiento y citación a juicio, expedido por el Juzgado Penal Colegiado con fecha veintisiete de octubre de dos mil nueve, dejándose constancia de la imputación formulada en contra del procesado Omar Edward Ticona Quispe como autor de la presunta comisión del delito de robo agravado previsto en el artículo ciento ochenta y ocho concordado con los incisos segundo y quinto del artículo ciento ochenta y nueve del primer párrafo, así como el último párrafo y delito de secuestro previsto en el artículo ciento cincuenta y dos primer párrafo con la agravante contenida en el inciso once del artículo ciento cincuenta y dos primer párrafo del Código Penal.

SEGUNDO: Seguido el juicio de primera instancia, en la audiencia del siete de enero del dos mil diez, cuyas actas obra a fojas treinta y dos, el procesado Omar Edward Ticona Quispe "reconoce los hechos", no obstante ello, la defensa técnica, abogado Taype Miranda solicita se "absuelva a su patrocinado"; verificada la actividad probatoria el Juzgado Penal Colegiado dictó sentencia de fojas ciento ocho, del once de enero de dos mil diez, condenando al precitado procesado por el delito de robo agravado previsto en el artículo ciento ochenta y ocho concordado con el artículo ciento ochenta y nueve inciso segundo (durante lo noche), cuarto (con el concurso de dos o más personas), y quinto (utilizando medio de locomoción) del primer párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del mismo cuerpo legal, en agravio de Néstor Zuáres Hinojosa y Elsa María Medina Loayza, imponiéndole veinte años de pena privativa de la libertad.

Asimismo, la referida sentencia señala en relación al delito de secuestro que "los hechos tipificados como delito de secuestro se encuentran subsumidos en los tipificados como delito de robo agravado previsto en el artículo ciento ochenta y ocho en concordancia con el artículo ciento ochenta y nueve primer párrafo, incisos segundo, cuarto y quinto del Código Penal". Finalmente, dispuso la revocatoria del beneficio penitenciario.

Contra la referida sentencia la defensa técnica del procesado Omar Edward Ticona Quispe interpuso recurso de apelación por escrito de fojas ciento veintiséis. Este recurso fue concedido por auto de fojas ciento treinta y tres, del veinte de enero de dos mil diez.

II. Del trámite recursal en segunda instancia:

TERCERO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, culminada la fase de traslado de la impugnación **y no habiendo ofrecido las partes nuevas pruebas,** las emplazó a fin que concurran a la audiencia de apelación de sentencia mediante resolución de fojas ciento cincuenta y cuatro, de fecha uno de marzo de dos mil diez. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas ciento setenta y seis y ciento ochenta y dos (del dieciocho de marzo de dos mil diez y diecinueve de marzo de dos mil diez, respectivamente) **precisándose como alegatos finales** del abogado defensor del sentenciado: **"se reduzca la, pena impuesta a su patrocinado (...) y respecto a la revocatoria el señor Juez no ha tenido a la vista las copias fedateadas o certificadas del beneficio penitenciario y la sentencia revocada"**, indicando el procesado que "se encuentra arrepentido, pide disculpas a los agraviados, **que lo hizo por necesidad porque su prima estaba con cáncer, la misma que falleció"**. El Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia la sentencia de apelación de fojas ciento ochenta y seis, del veintiséis de marzo de dos mil diez.

CUARTO: La sentencia de vista recurrida en casación, abordó y fijó como consideraciones pertinentes para el caso sub examine los siguientes:

1.- La apelación de la parte condenada se concreta a la **dimensión de la pena**; no plantea el impugnante la absolución de los cargos o la exención de la pena sino la reducción del quantum de la sanción, sin proponer una duración concreta. Bajo tales marcos claramente delimitados, esta Sala Superior Penal ha de pronunciarse revisando la decisión emitida por el órgano sobre ese particular. Es pertinente tener en cuenta **que además la sustracción se ha desarrollado en medio de actos violentos que han desplegado los agentes activos afectando otros bienes jurídicos de orden personal** de los agraviados, habiéndose consumado el ilícito y ello no ha sido cuestionado.

2.- El Colegiado de primera instancia ha considerado que el lapso de privación de libertad no constituye delito autónomo y así lo han expresado habiendo consentido tal circunstancia el Ministerio Público, **por lo que la apelación del sentenciado no ha de generar una reforma en peor hallándose ese asunto zanjado.**

3.- La pretendida justificación que intenta el sentenciado, señalando que requería el dinero para atender la salud de una sobrina gravemente enferma, la que finalmente dice ha fallecido, **no resulta de amparo, por cuanto en principio no ha acreditado oportunamente** el sentenciado el entroncamiento ni haber tenido a su cargo a su indicada sobrina con exclusión de sus progenitores, ni ha acreditado haber acudido infructuosamente a los servicios públicos de atención de salud. El alegato de la defensa del señor Ticona Quispe, no se encuadra dentro de la legítima defensa, ni del estado de necesidad justificante, menos aun exculpante, por lo que no cabe ser atendido.

4.- El órgano Colegiado *A Quo*, ha expresado que **no opera el beneficio de la confesión** que se halla prevista en el artículo ciento sesenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal, **por haber sido intervenido el ahora sentenciado en situación de flagrancia delictiva**. En efecto, el sentenciado Omar Edward Ticona Quispe fue capturado por personal policial en flagrancia de la comisión del delito de robo agravado, **situación que exceptúa la aplicación de los efectos del beneficio de la confesión sincera**, por lo que no es factible estimar como relevante su aceptación de los hechos al momento de la individualización de la pena.

5.- De otro lado, respecto a la configuración de una conclusión anticipada, cabe precisar que no se fue solicitado por la defensa técnica en el momento oportuno (el artículo trescientos setenta y dos del Nuevo Código Procesal Penal ha señalado el momento en que se debe hacer valer aquel planteamiento); tampoco se objetó la prosecución del proceso, tras haber escuchado la aceptación de los hechos por parte del señor Ticona Quispe, a lo que se agrega que los integrantes del Juzgado Colegiado han considerado que no corresponde en los casos de flagrancia amparar como generadora de efectos de confesión ninguna clase de aceptación de cargos. No resulta por tanto atendible el alegato en el sentido de no haberse pronunciado el Juzgado de primera instancia sobre ese particular que no fue instado por el interesado directo; y,

6.- El sentenciado Ticona Quispe es persona mayor de edad, con instrucción secundaria que resulta suficiente para entender la magnitud de sus actos y la responsabilidad por sus hechos, dice que tiene una hija y que

sostiene a sus ancianos padres, pero sus alegaciones que en este sentido no han sido suficientemente sustentadas, tampoco generarían motivo de reducción de sanción; no ha reparado el daño causado, y es poseedor de un historial delictivo por hechos similares que le han merecido condenas, y hallándose bajo la concesión de beneficio penitenciario, ha perpetrado nuevo ilícito, por lo que su resocialización en libertad es dudosa.

III. Del Trámite del recurso de casación de la defensa técnica del procesado Omar Edward Ticona Quispe:

QUINTO: Leída la sentencia de vista, la defensa del acusado Omar Edward Ticona Quispe interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos quince, introduciendo como motivo de casación: indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación -inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-.En efecto, señala que se "desestimó incorrectamente la atenuante especial de confesión sincera y la aplicación de una causa de atenuación genérica referida a la situación precaria (artículos ciento sesenta y uno del nuevo Código Procesal Penal y cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal), así como revocó un beneficio penitenciario con información incierta e insuficiente". Concedido el recurso por auto de fojas doscientos veinticuatro, del ocho de junio de dos mil diez, se elevó la causa a este Supremo Tribunal.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del veintidós de noviembre de dos mil diez, obrante en el cuaderno de casación a fojas treinta y tres, admitió el trámite del recurso de casación por el motivo previsto en el apartado tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, esto es: ***indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación***; aduciendo, como justificación que se *"desestimó incorrectamente la atenuante especial de confesión sincera y la aplicación de una causa de atenuación genérica referida a la situación precaria (artículos ciento sesenta y uno del nuevo Código Procesal Penal y cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal), así como revocó un beneficio penitenciario con información incierta e insuficiente"*.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública - con las partes que asistan - se realizará por la Secretaría de la Sala el día veintisiete de abril de dos mil once a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta y tres, del cuaderno de casación, del veintidós de noviembre de dos mil diez, el motivo de casación admitido es el previsto en el apartado tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, esto es: ***indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias*** *para su aplicación. Sobre el particular la defensa del procesado alega que se "desestimó incorrectamente la atenuante especial de confesión sincera y la aplicación de una causa de atenuación genérica referida a la situación precaria (artículos ciento sesenta y uno del nuevo Código Procesal Penal y cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal), así como revocó un beneficio penitenciario con información incierta e insuficiente"*.

II.Considerandos:

SEGUNDO: Que, corresponde previamente, recalcar que la motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y que atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente -más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión- las razones de un concreto pronunciamiento, en qué se apoya para adoptar su decisión -no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, pero sí que desarrolle una argumentación racional ajustada al tema en debate-. Asimismo, este Supremo Tribunal también ha dejado establecido en la sentencia casatoria cero ocho - dos

mil siete / Huaura de fecha trece de febrero de dos mil ocho, que respecto a la garantía de motivación, es necesario señalar que el numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, establece como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. Que, en ese sentido, las decisiones jurisdiccionales que correspondan, deben ser adecuadamente fundamentadas mediante un razonamiento jurídico que exprese el porqué de lo que se decide. (...) Una de las garantías establecidas por la ley, es el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta motivada, pero razonada y congruente respecto a las peticiones que se formulen, en este caso, en materia penal. La exigencia de motivación como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el plano constitucional, en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la constitución; debiendo tenerse en consideración que la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional relacionada también con el debido proceso; de ahí que toda decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con logicidad, claridad y coherencia, lo que permitirá entender el porqué de lo resuelto.

La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver[1].

Finalmente en la sentencia recaída en el Expediente número mil doscientos treinta - dos mil dos – HC, puntualiza que: **la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presente el supuesto de motivación por remisión.**

TERCERO: Que, fijado ello, destacar que la sentencia de vista impugnada en casación, conforme hemos glosado líneas arriba, excluyó motivadamente la aplicación del artículo 161 del nuevo Código Procesal Penal, asimismo, fijó los datos objetivos a partir del cual arribó al *quantum* de pena impuesta al recurrente Ticona Quispe, puntualizando la afectación de varios bienes jurídicos. Asimismo, **en relación a la revocatoria del beneficio penitenciario argumento que** "la impugnación del apelante se sustenta en que el Juzgado Colegiado no ha tenido a la vista ni la sentencia autenticada ni el cuaderno de beneficio penitenciario para adoptar la decisión de revocación. **No postula la defensa una incorrección o inexactitud en el cómputo del tiempo de la sanción cumplida, ni el lapso pendiente de cumplimiento, de modo que en el fondo no existe cuestionamiento a la exactitud del cálculo efectuado por el colegiado de primera instancia**"

CUARTO: Que, en efecto, debemos relievar que tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de vista, en cuanto a los extremos alegados por la defensa técnica del procesado Omar Edward Ticona Quispe, han abordado y desarrollado suficientemente los extremos cuestionados, esto es, se resolvió conforme a lo prescrito en el artículo ciento sesenta y uno del Código Procesal Penal, dispositivo que torna en incompatible la operatividad de la confesión sincera con el supuesto de delito flagrante; en este orden de ideas, también, desestimó, la configuración de la atenuante genérica "referida a su situación económica" al postular como argumento su no acreditación y menos aún, su configuración como móvil del accionar del procesado Ticona Quispe. **En consecuencia, existe fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, expresa una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa.**

Por otro lado, se increpa que no se tuvo "en cuenta lo previsto en el Acuerdo Plenario número cinco - dos mil ocho -CJ - ciento dieciséis (...) esto es, los efectos vinculantes de la conformidad (*fundamento jurídico dieciséis*), así como el acuerdo séptimo del citado Acuerdo Plenario". Al respecto debemos, relievar que la remisión al citado acuerdo plenario para la resolución del *thema sub examine* en los extremos cuestionados deviene en inoficioso al haberse resuelto dentro del marco normativo del nuevo Código Procesal Penal; a lo anterior, se abona que lo resuelto en primera y segunda instancia no resulta incompatible con los lineamientos jurisprudenciales adoptados en el referido acuerdo, antes bien, solventa las decisiones jurisdiccionales, efectivamente y a modo ejemplificador cabe citar la doctrina legal del ítem **7°.-** (...) **la confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos**

1 Sentencia del 14 de Noviembre del 2005, Exp. N 8125-2005-PHC, Tribunal Constitucional.

legalmente estipulados, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos.

En este orden de ideas, y como argumento ilustrativo corresponde remitirnos a los consensos alcanzados en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil diez -CJ-ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre del dos mil diez, al diagnosticar que: "**8°**. **Es muy común en la casuística judicial de nuestro país la presencia simultánea y plural, en un caso penal, de dos o más circunstancias agravantes específicas de distinto nivel o grado**; y, por tanto, con diferente penalidad conminada. Ello ocurre con frecuencia **en la comisión de delitos de cierta complejidad como el robo.** (...) **9°**. Esta presencia múltiple de circunstancias agravantes configura lo que la doctrina denomina concurrencia de circunstancias. Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, **la determinación de la pena concreta, en tales supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada**, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. **Lo cual implica, como regla general, que el Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente** [Cfr. Acuerdo Plenario número uno -dos mil ocho /CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, Fundamento Jurídico noveno]. **10°. Por tanto, todas las circunstancia presentes en el caso sub judice deberán ser evaluadas**, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significa, por ejemplo, que a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena será también mayor (...). Ahora bien, si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional **deberá, como ya se ha mencionado, de valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta."**

Doctrina jurisprudencial que solventa lo resuelto tanto en primera como en segunda instancia, máxime, si acorde al *factum* de la imputación la afectación al bien jurídico no solo se circunscribió únicamente al bien jurídico patrimonio.

QUINTO: Que, finalmente, debemos recordar los parámetros fijados por el Tribunal Constitucional en materia de actuación de los abogados: *"Este Colegiado considera oportuno dejar establecidos algunos parámetros de actuación de los abogados en el marco de la ética en el ejercicio de la profesión y conforme a los deberes de lealtad con los valores constitucionales que constituyen el fundamento de organización de la justicia constitucional en el Estado Democrático.*

En nuestro país, muchos son los diagnósticos que se han realizado sobre el problema de la administración de justicia y su incidencia en la tutela de los derechos; no obstante, pocas veces se ha centrado la atención en el protagonismo de la abogacía en estos diagnósticos. Los abogados son una pieza fundamental en la prestación del servicio público de justicia y, por ello, tanto su formación a través de las facultades de Derecho, como la regulación y vigilancia sobre su desempeño y permanente capacitación a través de los Colegios de Abogados, deben merecer la especial atención de los poderes públicos, puesto que de ello depende buena parte del éxito de las políticas judiciales en torno a la mejora de los niveles de efectividad y transparencia del servicio de justicia como un bien de prestación por parte del Estado.

En este sentido, en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana del veintisiete de agosto al siete de setiembre de mil novecientos noventa, se aprobaron los "Principios Básicos sobre la función de los Abogados", estableciéndose en su apartado número nueve, la necesidad de que:

(...) los gobiernos, las asociaciones de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que los abogados tengan la debida formación y preparación, y se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogado y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

En el ámbito nacional, la propia Constitución, en su artículo veinte, ha reconocido la institucionalidad y autonomía de los Colegios Profesionales que dentro de estos parámetros, **deben coadyuvar a alcanzar las finalidades más altas en la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho**. En el ámbito de la profesión de la Abogacía, el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú precisa, en su artículo primero, que

El Abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia, un colaborador de su administración; y que su deber profesional es defender, con estricta observancia de las normas jurídicas y morales, los derechos de su patrocinado.

En su artículo quinto, el mencionado Código señala también que: "(...) *el Abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión dilatoria que entorpezca el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios*"[2].

SEXTO: Que, con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas de recurso. Que, el presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, a contrario sensu, del nuevo Código Procesal Penal].

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, interpuesto por el encausado **OMAR EDWARD TICONA QUISPE**; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y seis, del veintiséis de marzo de dos mil diez, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento sesenta y ocho, del once de enero del dos mil diez, que lo condenó como autor del delito de robo agravado en agravio de Néstor Zuáres Hinojosa y Elsa María Medina Loayza a veinte años de pena privativa de libertad, y revocó el beneficio penitenciario de libertad condicional.

II. - CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado Omar Edward Ticona Quispe; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III.- DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV.- MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; interviniendo el señor Juez Supremo Santa Moría Morillo por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.-

Ss.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

2 Sentencia del 29 de Agosto del 2005, Exp. N 8094-200S-PA, Tribunal Constitucional.

RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO: VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO

32

ES VÁLIDO EL RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO, CUANDO DICHO ACTO CUMPLE CON LAS FORMALIDADES DE LEY, ESTO ES, CON LA DESCRIPCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS FÍSICAS DEL PRESUNTO AUTOR DEL HECHO DELICTIVO INVESTIGADO, ASÍ COMO LA EXHIBICIÓN DE FOTOGRAFÍAS DE CARACTERÍSTICAS SEMEJANTES AL MISMO

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal y falta de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) la defensa técnica del encausado (...) invoca la causal de casación referida a la inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal (...), a efectos de cuestionar concretamente las diligencias de reconocimiento fotográfico y reconocimiento físico que acreditarían que su patrocinado seria el responsable de haber descendido de una motocicleta para sustraer el dinero a los agraviados (...), lo cual produjo su muerte; alegando en concreto en su recurso de casación, que la diligencia de reconocimiento fotográfico realizado por Samuel Leónidas Espino Benavente (...) se encuentra viciada (...) de igual forma, refiere que la mencionada diligencia de reconocimiento fotográfico hacia el encausado (...) vulnera el debido proceso, por cuanto, no estuvo presente su abogado defensor (...)".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"(...) ii) el Tribunal de apelación sólo señalo que la ausencia de su abogado defensor en la diligencia de reconocimiento fotográfico no vulneró derecho alguno porque en ese momento no existía claridad sobre la individualización del presunto responsable, no siendo dicha explicación suficiente para vulnerar su derecho de defensa (...)".

Fundamento de la casación
"Que, revisadas las actas de reconocimiento fotográfico realizadas por los testigos [...] no se advierten irregularidades o vicios procesales en las mismas, por cuanto, sin perjuicio de que ambas diligencias fueron realizadas en presencia de los representantes del Ministerio Público, debe indicarse, que se cumplió con la formalidad de previamente describir las características físicas del presunto autor del hecho delictivo investigado, así como se procedió en cada caso, a mostrársele cuatro fotografías de características semejantes impresas en una hoja de papel -entre éstas la del encausado Maldonado Flores- que fueron obtenidas de fichas del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, incluso en ambas oportunidades las fotografías que se pusieron con la del encausado Maldonado Flores, correspondían a personas diferente."

"El hecho de que el abogado defensor del encausado Maldonado Flores no se haya encontrado presente en las diligencias de reconocimiento fotográfico, no evidencia una vulneración al debido proceso, por cuanto, es de recalcar que dichas diligencias constituían actos de investigación a efectos de identificar al presunto autor del delito investigado en base a un retrato hablado previamente confeccionado, esto es, que hasta antes de la realización de dichas diligencias no podía imputársele objetivamente a persona alguna la comisión del delito investigado."

Base Legal: NCPP: Arts. 68, 189.1, 422, 425.4, 429.1.4, 431.4, 497.3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 78-2010 (SENTENCIA)
AREQUIPA

SENTENCIA CASATORIA

Lima, veintiséis de abril de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal y falta de motivación interpuesta por la defensa técnica del encausado Jhon Maldonado Flores contra la sentencia de vista de fecha veintiocho de abril de dos mil diez, obrante a fojas trescientos cuarenta y tres, que confirmando la de primera instancia de fecha veintitrés de diciembre de dos mil nueve, obrante a fojas ciento sesenta, lo condenó por el delito contra el Patrimonio - robo agravado con subsecuente muerte, en agravio de Willy Benavente; y robo agravado, en perjuicio de Alicia Guillén Pilco, a la pena de cadena perpetua, con lo demás que contiene; interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que, la señora Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariano Melgar - Arequipa, formuló acusación fiscal contra Jhon Maldonado Flores, por el delito contra el Patrimonio- robo agravado con subsecuente muerte, en agravio de Willy Benavente; y robo agravado,

en perjuicio de Alicia Guillén Pilco; tipificándolos en el artículo ciento ochenta y ocho, e incisos dos, tres y cuatro (alternativamente), y último párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal.

SEGUNDO: Que, el Juez de Investigación Preparatoria llevó a cabo la audiencia preliminar de control de acusación y dictó el auto de enjuiciamiento, conforme se advierte del acta de fecha veintiuno de octubre de dos mil nueve, obrante a fojas uno; emitido el auto de citación a juicio y realizado el plenario oral, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fecha veintitrés de diciembre de dos mil nueve, obrante a fojas ciento sesenta, que condenó a Jhon Maldonado Flores, como autor del delito contra el Patrimonio - robo agravado con subsecuente muerte, en agravio de Willy Benavente, y robo agravado, en perjuicio de Alicia Guillén Pilco imponiéndosele la pena de cadena perpetua; y fijó en cincuenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de los herederos legales del agraviado occiso; y diez mil nuevos soles por el mismo concepto que deberá abonar a favor de la agraviada Guillén Pilco, con lo demás que contiene.

TERCERO: Que, interpuesto el correspondiente recurso de apelación – por parte del encausado Maldonado Flores-, contra la sentencia de primera instancia, la Sala Penal Superior corrió traslado de la impugnación y mediante auto de fecha veintinueve de marzo de dos mil diez, obrante a fojas doscientos cuarenta y ocho, admitió algunos de los medios de prueba ofrecidos, así como convocó a las partes procesales a la audiencia de apelación, la cual se llevó en sesiones continuas conforme se advierte de las actas de fojas doscientos ochenta y seis, trescientos seis, trescientos veintiuno y trescientos treinta, respectivamente, cumpliéndose con la emisión y lectura de la sentencia de vista de fecha veintiocho de abril de dos mil diez, obrante a fojas trescientos cuarenta y tres, que confirmó la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Que, la defensa técnica del encausado Jhon Maldonado Flores interpuso el correspondiente recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha veintiocho de abril de dos mil diez; siendo concedido dicho recurso mediante resolución superior de fecha ocho de junio de dos mil diez, obrante a fojas trescientos noventa y dos, elevándose el cuaderno correspondiente a este Supremo Tribunal el veintitrés de julio de dos mil diez.

QUINTO: Que, cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha veintidós de noviembre de dos mil diez, que declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de "inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal" y "falta de motivación", previstas en el inciso uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, respectivamente.

SEXTO: Que, producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública -con las partes que asistan-, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día doce de mayo de dos mil once a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fecha veintidós de noviembre de dos mil diez -calificación de casación-, obrante a fojas treinta y tres del cuadernillo formado en esta instancia, los motivos de casación admitidos son:

A) inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; para cuyo efecto se alega lo siguiente:

i) el reconocimiento fotográfico que realizó el testigo Samuel Espino Benavente fue irregular, por cuanto: **a)** se practicó sólo con la ficha del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del encausado, y luego recién se adjuntaron las fichas correspondientes de otros sujetos para simular que se practicó entre varias fotografías; **b)** en la audiencia de apelación el efectivo policial Carrasco Gamboa mintió al afirmar que en la precitada diligencia le presentaron varias fotografías al testigo; **c)** el testigo señaló en el juzgamiento que en la referida diligencia no se encontraba presente el Fiscal, ni tampoco su abogado defensor; y, **d)** el testigo expresó en dicha diligencia que el corte de cabello que tenía el encausado recurrente no coincidía con el que tenía el día de los hechos;

ii) el reconocimiento físico es nulo y afectó el debido proceso por lo siguiente: **a)** la autoridad policial convocó a una rueda de prensa y lo presentó como autor del delito, lo que vulneró su derecho a la presunción de inocencia e indujo al testigo a sindicarlo como responsable; y, **b)** fue colocado entre varios efectivos policiales que no fueron elegidos por su abogado defensor y que no guardaban similitud con él;

iii) por tanto, el reconocimiento fotográfico y físico es nulo por constituir prueba ilícita por la vulneración del debido proceso.

B) falta de motivación, prevista en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, para cuyo efecto la parte recurrente alega lo siguiente:

i) la sentencia de primera instancia no expresó los fundamentos que le otorguen validez a la diligencia de reconocimiento fotográfico realizada sin las garantías de Ley;

ii) el Tribunal de apelación sólo señaló que la ausencia de su abogado defensor en la diligencia de reconocimiento fotográfico no vulneró derecho alguno porque en ese momento no existía claridad sobre la individualización del presunto responsable, no siendo dicha explicación suficiente para vulnerar su derecho de defensa;

iii) el Tribunal de apelación no valoró las declaraciones de los testigos Sebastián Paredes Chipana y Celia Ceferina Ali Miranda de Paredes, quienes informaron sobre las actividades que realizó el día de los hechos; y,

iv) ofreció en el juicio de apelación la copia de la portada del periódico donde aparece su fotografía y la incriminación como responsable del robo y muerte investigados, para efectos de demostrar que esa información fue proporcionada por la Policía, así como también ofreció la declaración de Jorge Braulio Rojas Cabana y la de los peritos que analizaron la dirección de la bala y la causa de la muerte del agraviado, pero no fueron admitidos por el Tribunal de apelación, quienes no fundamentaron su decisión.

SEGUNDO: Que, revisados los autos se advierte que se encuentra acreditado que en circunstancias que los agraviados Alicia Judith Guillén Pilco y Willy Benavente en compañía de Martha Victoria Benavente y Teresa Espino Benavente retornaban a su domicilio ubicado en la calle París número ciento treinta y siete de la Urbanización Santa Rosa de Lima - Distrito de Mariano Melgar - Arequipa, luego de haber retirado la cantidad de once mil setecientos nuevos soles de una agencia de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Arequipa, salieron a su encuentro desde dicho inmueble, Samuel Espino Benavente en compañía de la menor hija del agraviado, momentos en que una motocicleta con dos ocupantes se estacionó en dicho lugar, siendo que uno de ellos descendió de la misma y amenazó con un revólver a Samuel Espino Benavente y Teresa Espino Benavente, reaccionado el agraviado Willy Benavente quien recibió un disparo que le causó la muerte, luego de lo cual el referido delincuente se dirigió a la agraviada Alicia Judith Guillén Pilco - que se encontraba de espaldas pagando el servicio de taxi- y le sustrajo la cartera en donde se encontraba el dinero antes mencionado, hechos suscitados el día cuatro de septiembre de dos mil ocho, siendo las dieciséis horas con treinta minutos, aproximadamente.

TERCERO: Que, la defensa técnica del encausado Maldonado Flores invoca la causal de casación referida a la inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, a efectos de cuestionar concretamente las diligencias de reconocimiento fotográfico y reconocimiento físico que acreditarían que su patrocinado sería el responsable de haber descendido de una motocicleta para sustraer el dinero a los agraviados, y en dichas circunstancias haberle disparado con arma de fuego al agraviado Willy Benavente, lo cual produjo su muerte; alegando en concreto en su recurso de casación, que la diligencia de reconocimiento fotográfico realizado por Samuel Leonidas Espino Benavente de fecha treinta de setiembre de dos mil ocho se encuentra viciada, debido a que sólo se le mostró al referido testigo la ficha única del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del encausado Maldonado Flores, mas no, las otras fichas del aludido registro de identificación que se consignan en dicha acta, lo cual se infiere debido a que estas últimas a diferencia de la primera tiene como fecha de impresión el tres de noviembre de dos mil ocho, esto es, la fecha en que se terminó el informe de la policía, esto es, fueron adjuntadas al final para regularizar indebidamente dicha diligencia; de igual forma, refiere que la mencionada diligencia de reconocimiento fotográfico hacia el encausado Maldonado Flores vulnera el debido proceso, por cuanto, no estuvo presente su abogado defensor. De otro lado, indica que el reconocimiento físico hacia el encausado Maldonado Flores es nulo debido a que se sustenta en un reconocimiento fotográfico realizado de manera irregular; asimismo vulnera el debido proceso, por cuanto

fue realizado luego de que la autoridad policial convocó a una rueda de prensa y lo presentó como autor del delito investigado, induciéndose al testigo a sindicarlo como responsable, más aún, si en la referida diligencia de reconocimiento físico fue colocado entre varios efectivos policiales que no fueron elegidos por su abogado defensor y que no guardaban similitud con él.

CUARTO: Que, al respecto debe indicarse que el artículo sesenta y ocho del Código Procesal Penal establece las atribuciones de la Policía Nacional del Perú en función de la investigación, entre éstas, la que se indica en el inciso e) "practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito"; en dicho sentido se advierte de autos lo siguiente:

i) luego de ocurrido el hecho investigado, en base a información proporcionada por testigos respecto al sujeto que disparó con arma de fuego al agraviado Willy Benavente y sustrajo la cartera con el dinero a la agraviada Alicia Guillén Pilco, se logró confeccionar el retrato hablado número trescientos cincuenta y siete, del cual mostraron su conformidad a nivel preliminar los testigos Samuel Leonidas Espino Benavente y Teresa Espino Benavente;

ii) que ante dicho hecho la Policía Nacional realizó un trabajo de inteligencia operativa que tuvo como resultado que las características físicas del sujeto retratado presuntamente coincidirían con las de Jhon Maldonado Flores, quien con anterioridad - veintiuno de diciembre de dos mil siete- había sido detenido policialmente en compañía de otros dos sujetos por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio -robo agravado – cuya investigación se encuentra en trámite;

iii) que por dicho motivo con fechas treinta de setiembre y veintiuno de octubre de dos mil ocho –en presencia del representante del Ministerio Público - se realizaron las diligencias de reconocimiento fotográfico - a través de fotografías extraídas de fichas del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil- por parte de los testigos Samuel Leonidas Espino Benavente y Teresa Espino Benavente, respectivamente, en donde al mostrárseles las fotografías consignadas en las actas respectivas, coincidieron en reconocer al encausado Jhon Maldonado Flores como la persona que le disparó con arma de fuego al agraviado Willy Benavente y le sustrajo la cartera a la agraviada Alicia Guillén Pilco;

iv) que ante dicha circunstancia se solicitaron las autorizaciones pertinentes para la ubicación y posterior detención preliminar del encausado Jhon Maldonado Flores; y,

v) con fecha trece y catorce de noviembre de dos mil ocho - en presencia del representante del Ministerio Público y abogado defensor - se realizaron las diligencias de reconocimiento físico por parte de los testigos Teresa Basy Espino Benavente y Samuel Leonidas Espino Benavente, respectivamente, quienes volvieron a reconocer y sindicar al encausado Jhon Maldonado Flores como la persona que le disparó con arma de fuego al agraviado Willy Benavente y le sustrajo la cartera a la agraviada Alicia Guillén Pilco.

QUINTO: Que, revisadas las actas de reconocimiento fotográfico realizadas por los testigos Samuel Leonidas Espino Benavente y Teresa Basy Espino Benavente de fechas treinta de septiembre y veintiuno de octubre de dos mil ocho, respectivamente, no se advierten irregularidades o vicios procesales en las mismas, por cuanto, sin perjuicio de que ambas diligencias fueron realizadas en presencia de los representantes del Ministerio Público, debe indicarse, que se cumplió con la formalidad de previamente describir las características físicas del presunto autor del hecho delictivo investigado, así como se procedió en cada caso, a mostrárseles cuatro fotografías de características semejantes impresas en una hoja de papel -entre éstas la del encausado Maldonado Flores- que fueron obtenidas de fichas del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, incluso en ambas oportunidades las fotografías que se pusieron con la del encausado Maldonado Flores correspondían a personas diferentes (ver fojas cuarenta y dos y cuarenta y ocho del incidente de requerimiento de detención preliminar); debiendo indicarse, que resulta irrelevante la fecha en que fueron impresas las fichas únicas del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que fueron adjuntadas en el Informe Policial, por cuanto, fue objeto de reconocimiento las hojas impresas de fotografías - obrante a fojas cuarenta y dos y cuarenta y ocho del incidente de requerimiento de detención preliminar - que fueron extraídas de las referidas fichas del RENIEC. De otro lado, el hecho de que el abogado defensor del encausado Maldonado Flores no se haya encontrado presente en las diligencias de reconocimiento fotográfico, no evidencia una vulneración al debido proceso, por cuanto, es de recalcar que dichas diligencias constituían actos de investigación a efectos de identificar al presunto autor del delito investigado en base a un retrato hablado previamente confeccionado, esto es, que hasta antes de la realización de dichas diligencias no podía imputársele objetivamente a persona alguna la comisión del delito investigado.

SEXTO: Que, de otro lado, revisadas las actas de reconocimiento físico de los testigos Teresa Basy Espino Benavente y Samuel Leonidas Espino Benavente de fechas trece y catorce de noviembre de dos mil ocho, respectivamente - obrantes a fojas cuarenta y cuatro y cuarenta y cinco del incidente de requerimiento de detención preventiva-, se advierte que éstas fueron realizadas en presencia del representante del Ministerio Público y el abogado defensor del encausado Maldonado Flores, cumpliéndose con las formalidades previstas en el inciso uno del artículo ciento ochenta y nueve del Código Procesal Penal, debiendo indicarse que la defensa técnica del referido encausado cuestiona la diligencia de reconocimiento físico realizado por el testigo Samuel Leonidas Espino Benavente, sustentando que en dicha oportunidad su patrocinado fue colocado entre varios efectivos policiales que no fueron elegidos por su abogado defensor y que no guardaban similitud con él, así como por el hecho que éste habría sido inducido a realizar dicha sindicación, debido a que momentos previos la autoridad policial convocó a una rueda de prensa y presentó al encausado Maldonado Flores como autor del delito que se investiga; al respecto debe indicarse en primer lugar, que la designación de las personas que colaboraron en la acotada diligencia no fue objetada en dicha oportunidad por las partes procesales, conforme se advierte de la referida acta de reconocimiento, obrante a fojas cuarenta y cinco del incidente de requerimiento de detención preventiva; en segundo lugar debe señalarse, que si bien obran en autos recortes periodísticos de fecha catorce de noviembre de dos mil ocho que dan cuenta de la captura del encausado Maldonado Flores en donde informan que sería uno de los autores del delito que se investiga en el presente caso, también lo es, que resulta subjetivo afirmar que dicha circunstancia motivó que el testigo Samuel Leonidas Espino Benavente haya sindicado al referido encausado como autor del disparo con arma de fuego al agraviado Willy Benavente y de la sustracción de la cartera de la agraviada Alicia Guillén Pilco, por cuanto, es de precisar que un día antes la testigo Teresa Basy Espino Benavente ya había reconocido y sindicado a dicho encausado como autor de los referidos hechos delictivos, sin perjuicio de indicar que ambos testigos, en los meses anteriores, ya habían reconocido fotográficamente al encausado Maldonado Flores como autor de los hechos ilícitos investigados; por tanto, las actas de reconocimiento fotográfico y físico que cuestiona la defensa técnica no vulneran garantías constitucionales de carácter procesal.

SÉPTIMO: Que, de otro lado, la defensa técnica del encausado Maldonado Flores también invoca la causal de casación referida a la falta de motivación, prevista en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; alegando concretamente que la sentencia de primera y segunda instancia no expresan los fundamentos por los cuales le otorguen validez a las diligencias de reconocimiento fotográfico y físico que cuestiona, pese a que se adjuntaron recortes periodísticos que dan cuenta que el encausado Maldonado Flores fue presentado ante la prensa como uno de los autores del delito investigado; al respecto debe indicarse, que revisadas ambas resoluciones judiciales, se advierte que éstas sí argumentan el motivo por el cual consideran válidas las referidas diligencias; sin perjuicio de indicar que este Supremo Tribunal en los considerandos precedentes estableció los fundamentos por los cuales confirman la validez procesal de dichas diligencias preliminares; de otro lado, carece de objeto la alegación de la defensa técnica del encausado Maldonado Flores, respecto a que el Tribunal de apelación no valoró las declaraciones de los testigos Sebastián Paredes Chipana, Celia Ceferina Ali Miranda de Paredes, Jorge Braulio Rojas Cabana y la de los peritos que analizaron la dirección de la bala y la causa de la muerte del agraviado que propuso como medios de prueba para la apelación de la sentencia de primera instancia, por cuanto, éstas fueron rechazadas de conformidad con el artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, conforme se advierte de la resolución de fecha veintinueve de marzo de dos mil diez, obrante a fojas doscientos cuarenta y ocho del cuaderno de debate.

OCTAVO: Que, siendo ello así, la sentencia de vista de fecha veintiocho de abril de dos mil diez - que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha veintitrés de diciembre de dos mil nueve, que condenó al encausado Jhon Maldonado Flores por el delito contra el Patrimonio - robo agravado con subsecuente muerte, en agravio de Willy Benavente; y robo agravado, en perjuicio de Alicia Guillén Pilco, a la pena de cadena perpetua, con lo demás que contiene-, no evidencia inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal y falta de motivación.

NOVENO: Que, si bien las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, no se advierte que el encausado obró con temeridad o mala fe, por lo que es de aplicación el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y siete del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por la presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal y falta de motivación, interpuesto por la defensa técnica del sentenciado Jhon Maldonado Flores.

II. En consecuencia: **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veintiocho de abril de dos mil diez, obrante a fojas trescientos cuarenta y tres, que confirmando la de primera instancia de fecha veintitrés de diciembre de dos mil nueve, obrante a fojas ciento sesenta, condenó al encausado Jhon Maldonado Flores por el delito contra el Patrimonio - robo agravado con subsecuente muerte, en agravio de Willy Benavente; y robo agravado, en perjuicio de Alicia Guillén Pilco, a la pena de cadena perpetua, con lo demás que contiene.

III. EXONERARON el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación al sentenciado Jhon Maldonado Flores.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio del Secretario de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE: OPORTUNIDAD DE SU INCORPORACIÓN

LA DECISIÓN JUDICIAL DE INCORPORAR A UN TERCERO CIVIL EN ETAPA INTERMEDIA NO LESIONA EL DERECHO DE DEFENSA DE ÉSTE ÚLTIMO SI DICHA SOLICITUD FUE PLANTEADA POR EL AGRAVIADO DENTRO DEL PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

Fundamento del recurso casatorio
"Que, según se advierte del recurso de casación (...) la defensa de los terceros civilmente responsables sostienen (...) que sólo se otorgará esta condición procesal hasta antes de la Investigación Preparatoria y el hecho de que hayan sido incorporados al proceso en esta calidad jurídica luego de la acusación fiscal complementaria vulneró el debido proceso y su derecho de defensa".

Fundamento del auto impugnado en casación
"Que, la resolución de vista oral (...), contrariamente a la posición adoptada por el Juez Penal de Investigación Preparatoria en primera instancia, se sustenta en los criterios expuestos en el fundamento seis del Acuerdo Plenario número seis – dos mil nueve / CJ – ciento dieciséis, de fecha trece de noviembre del dos mil nueve, alegando que la incorporación del tercero civilmente responsable es posible aún cuando haya vencido el plazo de la etapa de investigación preparatoria, incluso, durante la acusación fiscal; máxime, si la Primera Sala Penal de Apelaciones al hacer una interpretación del inciso dos del artículo ciento once del Código Procesal Penal, infiere que esta norma procesal no hace mención al artículo ciento uno del mencionado texto legal (...)sino sólo a los artículos cien y ciento dos, por lo que, a su criterio el texto legal en comentario no establece un plazo expreso en que se pueda solicitar la incorporación de un tercero civilmente responsable, en tal sentido, incorporar terceros civilmente responsables durante la etapa intermedia no vulnera el derecho de defensa, ni el de preclusión de los actos procesales".

Fundamento de la casación
"(...) que la solicitud de incorporación de los terceros civilmente responsables fue realizada con fecha anterior, esto es, seis días antes de la conclusión definitiva de la investigación preparatoria, y atendiendo a que el artículo ciento once del Código Procesal Penal regula la solicitud o el pedido formal de la misma y no su aceptación por parte del órgano jurisdiccional (...)".

"Que, el impulso negligente o la falta de respuesta en su oportunidad del órgano jurisdiccional a la solicitud de una de las partes procesales, no puede incidir en perjuicio del actor civil, quién llego a realizar su pedido antes que concluya definitivamente la etapa de investigación preparatoria, en ese sentido, la conducta procesal omisiva del operador judicial no puede afectar al agraviado en su pretensión de ver resarcido económicamente el perjuicio que se le pudo haber causado".

Base Legal: NCPP: Arts. 100, 101, 102, 111.2, 340, 343, 425.4, 431.1.4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 79-2010 (AUTO)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinticuatro de mayo de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de normas legales de carácter procesal interpuesto por los representantes de los terceros civilmente responsables "Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Melva veinte - Trujillo" y "Remega Empresa Individual de Responsabilidad Limitada", contra el auto de vista de fojas quinientos setenta y tres, de fecha veintiocho de mayo de dos mil diez, que revocando la resolución de primera instancia de fojas quinientos cuarenta y siete, de fecha veintiocho de abril de dos mil diez, declaró fundada la incorporación como terceros civilmente responsables a las empresas recurrentes y a "Minera Aurífera Ave Fénix Empresa Individual de Responsabilidad Limitada", "Grupo Oroandino Sociedad Anónima Cerrada" y "Minera Gold Metals Sociedad Anónima Cerrada"; en el proceso penal seguido contra Carlos Manuel Nontol Nontol y otros por el delito contra el Patrimonio, en su modalidad de hurto agravado en agravio de la Empresa Minera Santa Marina Sociedad Anónima.
Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que, con fecha seis de febrero de dos mil nueve el actor civil, Empresa Minera Santa Marina Sociedad Anónima, mediante escrito de fojas ciento trece, solicitó que los recurrentes "Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Melva veinte - Trujillo" y "Remega Empresa Individual de Responsabilidad Limitada" se incorporen al proceso en calidad de terceros civilmente responsables.

SEGUNDO: Que, el Juez de Investigación Preparatoria de Huamachuco en audiencia pública de incorporación de tercero civilmente responsable cuya acta corre de fojas quinientos cuarenta y siete, resolvió declarar infundada la solicitud de incorporación como tercero civilmente responsable de las empresas Minera Aurífera Ave Fénix Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Melva número veinte de Trujillo, Empresa Grupo Oroandino Sociedad Anónima Cerrada, Empresa Remega Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y Empresa Gold Metals Sociedad Anónima Cerrada.

TERCERO: Que, el actor civil formuló apelación a lo resuelto por el Juez de Investigación Preparatoria, corrido traslado y efectuado el trámite legal que corresponde en el término de cinco días -ver fojas quinientos cincuenta y siete-, la Primera Sala Penal de Apelaciones admitió el recurso impugnatorio señalando fecha y hora para la audiencia respectiva, que escuchado los alegatos preliminares de los sujetos procesales a excepción del Fiscal Superior por no ser parte apelante, la Sala de Apelaciones en mención resolvió por unanimidad revocar la resolución de fecha veintiocho de abril de dos mil diez, que declaró infundado la incorporación del tercero civilmente responsable y la modificó declarando fundada la incorporación como terceros civilmente responsables a las empresas Minera Aurífera Ave Fénix Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Melva número veinte de Trujillo, Empresa Grupo Oroandino Sociedad Anónima Cerrada, Empresa Remega Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y Empresa Gold Metals Sociedad Anónima Cerrada.

CUARTO: Que, contra esta resolución de vista el abogado y el representante de los terceros civilmente responsables "Remega Empresa Individual de Responsabilidad Limitada" y "Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Melva veinte - Trujillo", mediante escritos de fojas quinientos noventa y siete y seiscientos seis, respectivamente, interponen recurso de casación, las que fueron admitidas por inobservancia de normas legales de carácter procesal. Que, cumplido el trámite previsto por el apartado uno del artículo cuatrocientos treinta y uno del nuevo Código Procesal Penal, sin que las partes presenten alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta en el acta correspondiente.

Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, con el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado cuatro del código acotado, el día dos de junio del presente año a las ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, según se advierte del recurso de casación de fojas sesenta y cinco, la defensa de los terceros civilmente responsables sostienen que es necesario establecer que sólo se otorgará esta condición procesal hasta antes de la culminación de la Investigación Preparatoria y el hecho de que hayan sido incorporados al proceso en esta calidad jurídica luego de la acusación fiscal complementaria vulneró el debido proceso y su derecho de defensa, porque procesalmente no es posible su incorporación en la etapa intermedia.

SEGUNDO: Que, la resolución de vista oral de fecha veintiocho de mayo de dos mil diez, cuyos fundamentos se encuentran registrados en el audio CD que corre inserto a fojas quinientos, contrariamente a la posición adoptada por el Juez Penal de Investigación Preparatoria en primera instancia, se sustenta en los criterios expuestos en el fundamento seis del Acuerdo Plenario número seis - dos mil nueve / CJ - ciento dieciséis, de fecha trece de noviembre de dos mil nueve, alegando que la incorporación del tercero civilmente responsable es posible aún cuando haya vencido el plazo de la etapa de investigación preparatoria, incluso, durante la acusación fiscal; máxime, si la Primera Sala Penal de Apelaciones al hacer una interpretación del inciso dos del artículo ciento once del Código Procesal Penal, infiere que esta norma procesal no hace mención al artículo ciento uno del mencionado texto legal -oportunidad de constitución en actor civil- sino sólo a los artículos cien y ciento dos, por lo que, a su criterio el texto legal en comentario no establece un plazo expreso en que se pueda solicitar la incorporación de un tercero civilmente responsable, en tal sentido, incorporar terceros civilmente responsables durante la etapa intermedia no vulnera el derecho de defensa, ni el de preclusión de los actos procesales.

TERCERO: Que, cabe precisar, en atención al auto de calificación de fecha veintinueve de noviembre de dos mil diez, de fojas nueve del presente cuadernillo, que declaró bien concedido el recurso de casación, que el asunto materia de controversia no está referido a determinar si es correcta la vinculación entre el procesado y el sujeto que va a responder sobre su culpa civil -tercero civilmente responsable-, sino la oportunidad

de la incorporación de éste último al proceso penal, presumiéndose -según lo ha sostenido el casacionista- la inobservancia de los alcances del artículo ciento uno del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que, en lo sustancial el nuevo modelo procesal penal trae consigo todo un abanico de propuestas innovadoras, orientadas a la descarga procesal, a la celeridad y eficacia procesal, a la simplificación del procedimiento, la separación de funciones de investigar y juzgar, el fortalecimiento de las garantías procesales a favor tanto del imputado como del agraviado, pero sobre todo, del predominio de los principios de oralidad y de contradicción en cada una de las audiencias que prevé la ley[1].

QUINTO: Que, el Código Procesal Penal en sus artículos trescientos cuarenta y trescientos cuarenta y tres, establece el plazo de conclusión de la investigación preparatoria, regulando entre otros la posibilidad de extender el plazo hasta por ocho meses más cuando se trata de casos complejos, por la concurrencia de un número importante de presuntos autores del delito como sucede en el presente caso -ver específicamente a fojas veintitrés y siguientes-, además, faculta a las partes procesales a recurrir al Juez de Investigación Preparatoria a fin de solicitar la audiencia de control de plazo para que resuelva la culminación de la misma, cuando el Fiscal no la dio por concluida luego de vencer el plazo ampliatorio, circunstancia que también ocurrió en el caso concreto, lo cierto es que en rigor, la etapa del proceso penal en comentario no vence sino hasta la expedición de la resolución pertinente que da concluida la misma y que en el presente caso acaeció el doce de febrero de dos mil nueve -ver referencialmente a fojas ciento veintidós-, en que vence el plazo ampliatorio y el procedimiento de control de plazo.

SEXTO: Que, por lo antes sostenido, podemos inferir que la solicitud de incorporación de los terceros civilmente responsables fue realizada con fecha anterior, esto es, seis días antes de la conclusión definitiva de la etapa de investigación preparatoria, y atendiendo a que el artículo ciento once del Código Procesal Penal regula la solicitud o el pedido formal de la misma y no su aceptación por parte del órgano judicial; más aún, cuando el inciso en comentario hace mención que la "forma y oportunidad" se hará de conformidad a lo previsto en los artículos cien, ciento uno y ciento dos de la norma procesal antes mencionada, y no como erróneamente lo considera la Sala Penal de Apelaciones al entender que no comprende al numeral ciento uno, pues lo cierto es que los numerales cien y ciento dos únicamente se refieren a la forma de constitución, mientras que el numeral ciento uno determina la oportunidad de dicha constitución; por lo demás, cuando el guión se utiliza entre números sean estos arábigos o romanos, debe interpretarse como una combinación, dicho en otros términos, para designar el espacio comprendido entre uno y otro numeral o expresar periodos. De otro lado, la remisión al Acuerdo Plenario número seis - dos mil nueve / CJ - ciento dieciséis, de fecha trece de noviembre de dos mil nueve, como fundamento de la decisión de la Primera Sala de Apelaciones, tampoco resulta amparable, en tanto, que los criterios sostenidos en dicho plenario se refieren a los requisitos que condicionan la validez de la acusación fiscal y la facultad de su control por el Juez de Investigación Preparatoria, siempre que no medie el pedido de sobreseimiento de la causa y que en nada se relacionan con la oportunidad o el plazo para solicitar la incorporación del tercero civilmente responsable.

SÉPTIMO: Que, el impulso negligente o la falta de respuesta en su oportunidad del órgano jurisdiccional a la solicitud de una de las partes procesales, no puede incidir en perjuicio del actor civil, quien llegó a realizar su pedido antes que concluya definitivamente la etapa de investigación preparatoria, en ese sentido, la conducta procesal omisiva del operador judicial no puede afectar al agraviado en su pretensión de ver resarcido económicamente el perjuicio que se le pudo haber causado; máxime, si como se ha señalado precedentemente el nuevo modelo procesal penal tiene como pilar fundamental la oralidad y contradicción garantizado en el juzgamiento donde las partes procesales pueden hacer valer su derecho a la defensa y en todo caso, tampoco se ha vulnerado el principio de preclusión de los actos procesales, toda vez, que la solicitud de incorporación de tercero civilmente responsable como ya se ha sostenido se hizo en la oportunidad procesal correspondiente.

OCTAVO: Que, la decisión del Colegiado Superior al incorporar a los casacionistas como responsables civiles ha sido acertada y en puridad, ha rectificado una grave omisión de parte del Juez de Investigación Preparatoria que no puede repercutir en la pretensión del actor civil y tampoco restringe el derecho de defensa de los sujetos incorporados al proceso penal, pues tienen expedito su derecho a contradecir la pretensión civil durante el juzgamiento; que siendo así, no se evidencia inobservancia de normas legales de carácter procesal, por tanto, la resolución de vista está fundada en derecho.

1 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: El Nuevo Proceso Penal, Idemsa, Primera Edición, Lima, abril de 2009, pagina 27.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de normas legales de carácter procesal interpuesto por los representantes de los terceros civilmente responsables "Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Melva veinte - Trujillo" y "Remega Empresa Individual de Responsabilidad Limitada", en consecuencia: **NO CASARON** la resolución el auto de vista de fojas quinientos setenta y tres, de fecha veintiocho de mayo de dos mil diez, que revocando la resolución de primera instancia de fojas quinientos cuarenta y siete, de fecha veintiocho de abril de dos mil diez, declaró fundada la incorporación como terceros civilmente responsables a las empresas recurrentes y a "Minera Aurífera Ave Fénix Empresa Individual de Responsabilidad Limitada", "Grupo Oroandino Sociedad Anónima Cerrada" y "Minera Gold Metals Sociedad Anónima Cerrada"; en el proceso penal seguido contra Carlos Manuel Nontol Nontol y otros por el delito contra el Patrimonio, en su modalidad de hurto agravado en agravio de la Empresa Minera Santa Marina Sociedad Anónima.

II.- DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso, a las no recurrentes.

III- MANDARON: Que cumplidos los trámites pertinentes, se devuelvan los autos al Tribunal de Origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

INVESTIGACIÓN PREPARATORIA: MEDIOS DE PRUEBA PRESENTADO POR LAS PARTES

34

EL FISCAL, COMO DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, REALIZA DILIGENCIAS NECESARIAS QUE PERMITAN ESTABLECER INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL. EN TAL SENTIDO, LA NO VERIFICACIÓN DE TODAS LAS PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES EN DICHA ETAPA, MUCHO MENOS QUE NO HAYAN SIDO TOMAS EN CUENTA AL MOMENTO DE EMITIR SU REQUERIMIENTO FISCAL, NO DETERMINA LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO, TODA VEZ QUE LAS MISMAS PODRÁN SER OFRECIDAS DE LA ETAPA INTERMEDIA; EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR QUE TIENE POR FINALIDAD EL CONTROL DE ADMISIBILIDAD

Causal de Admisibilidad
Falta de motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor e inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) iii) que el Fiscal ante la proposición de actuación de un medio de investigación por parte de la defensa, debe siempre calificar el pedido o dar respuesta a dicho pedido, no debiendo cerrar la investigación preparatoria si es que no se ha pronunciado previamente sobre el pedido formulado; y, iv) que si se ofreció un medio de investigación en la etapa de investigación preparatoria, y el Fiscal no calificó el pedido, el Órgano Jurisprudencial no puede argumentar que en la etapa intermedia puede ofrecer como prueba, el medio de investigación ofrecido y no actuado por falta de pronunciamiento del Fiscal".

Fundamento del auto impugnado en casación
"(...) en tal sentido, al haberse concluido la investigación días después de ofrecer el medio probatorio – declaración testimonial- sin dar respuesta al ofrecimiento, no se ha violado el derecho de defensa menos el plazo razonable, no sólo por la oportunidad de presentarla en la postrimería de la finalización del plazo de investigación, sino fundamentalmente porque los elementos probatorios en lo que se sustenta la acusación fiscal, pueden ser rebatidos con otros medios probatorios, que el imputado tiene oportunidad de ofrecer durante la secuela procesal, como es, la subsiguiente etapa del procedimiento".

Fundamento de la casación
"(...) Por ello, al señalarse que el señor Fiscal, al no verificar todas las pruebas aportadas en la etapa de investigación preparatoria, y por ende no tenerlo presente al momento de emitir su requerimiento fiscal, no llega esta decisión a vulnerar el principio del debido proceso y mucho menos el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que como se expuso párrafos arriba, el medio de prueba ofrecido por la defensa técnica, podrá ser admitido por el Juzgado de la Investigación Preparatoria, finalmente en una audiencia preliminar (...)".

Base Legal: Const.: Art. 139.5; NCPP: Arts. 71.1.4, 155.2, 337.4.5, 343.1, 344, 352.5.A, 425.4, 427.4, 429.1.4, 430.1, 431.1.4, 432, 443.1, 497.3; LOPJ: Art. 12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 80-2010 (AUTO)
PIURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiocho de abril de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el **recurso de casación** -concedido por las causales de desarrollo de la doctrina jurisprudencial por inobservancia de garantías constitucionales y falta de motivación, previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartados uno y cuatro, respectivamente, del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por el encausado CARLOS ARTURO GONZÁLES TOLEDO contra el auto de vista de fecha catorce de junio de dos mil diez a fojas cincuenta y siete, que confirmó el auto de primera instancia de fecha doce de mayo de dos mil diez, que declaró infundada la tutela de derecho interpuesta en el proceso que se le sigue por delito contra el Patrimonio - robo con agravante en perjuicio de Luis Alberto Herrera Arellano; interviniendo como ponente el señor Neyra Flores.-

ANTECEDENTES

I. Del Itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Carlos Arturo Gonzáles Toledo, es investigado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Por ello, el señor Fiscal Provincial con fecha once de enero de dos mil diez, dio inicio a

la investigación del caso, llegando a disponer formalizar investigación preparatoria y continuar su trámite, contra el recurrente por delito contra el patrimonio - robo con agravante en perjuicio de Luis Alberto Herrera Arellano; siendo que con fecha veintitrés de abril de dos mil diez, el señor Fiscal dispone la conclusión de la investigación preparatoria - transcurriendo por ello, ciento dos días de investigación preparatoria-.

Por otro lado, se tiene a fojas nueve, el requerimiento de la acusación de fecha veintinueve de abril de dos mil diez, en donde se formula acusación contra el recurrente Carlos Arturo Gonzáles Toledo, por el delito imputado.

SEGUNDO: el recurrente presenta su escrito con fecha diez de mayo de dos mil diez, al señor Juez de la Investigación Preparatoria, solicitando **tutela de Derecho**, en razón a que el señor Fiscal no calificó ni proveyó el escrito, admitiendo o rechazando el medio de investigación propuesto, el mismo que fue presentado con fecha veinte de abril de dos mil diez a fojas veintiocho, en donde ofreció la declaración testimonial de Juan Enrique Chávez Moscol - a noventa y nueve días de la investigación preparatoria-, pretensión que fue declarada infundada, conforme a la resolución de fecha doce de mayo de dos mil diez obrante a fojas treinta.

Contra la referida resolución, el recurrente interpuso recurso de apelación por escrito de fojas treinta y dos. Este recurso fue concedido por auto de fojas cuarenta y ocho, del trece de mayo de dos mil diez.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

TERCERO: El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, y realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas cincuenta y seis, del diez de junio de dos mil diez, dejó la causa al voto pendiente de resolver en el plazo de ley; siendo así, posteriormente se emite resolución con fecha catorce de junio de dos mil diez de fojas cincuenta y siete, confirmando la resolución -de primera instancia- de fecha doce de mayo de dos mil diez a fojas treinta, que declaró infundada la pretensión del recurrente -sosteniendo que el recurrente tiene la oportunidad de presentar su medio de prueba, no sólo en la postrimería de la finalización del plazo de investigación, si no puede ofrecerlos en la secuela del proceso, como es la sub siguiente etapa del procedimiento-.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Gonzáles Toledo.

CUARTO: Leída la resolución de vista y cursada las respectivas notificaciones a las partes, el acusado Gonzáles Toledo interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas sesenta y cuatro. Introduciendo dos motivos de casación: **a)** inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material; y, **b)** falta o manifiesta ilogicidad de la motivación; regulados en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve, en concordancia con el supuesto previsto en el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, referido a la necesidad de determinado desarrollo jurisprudencial por este Supremo Tribunal -de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal-.

Concedido el recurso por auto de fojas noventa y ocho, del seis de julio de dos mil diez, se elevó la causa a este Supremo Tribunal.

QUINTO: Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala, mediante Ejecutoria de fojas doce, del cuaderno de casación, del veintinueve de noviembre de dos mil diez, declaró bien concedido el recurso de casación por inobservancia de garantía constitucional de carácter procesal y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación por la causal de desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y cumplido el trámite previsto en el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, sin que las partes procesales hayan presentado alegatos ampliatorios; se ha llevado a cabo en la fecha la audiencia de casación conforme a los términos que constan en el acta correspondiente.

SEXTO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden, el estado de la causa es el de expedir sentencia.

SÉPTIMO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, se realizará por el Secretario de la Sala el día diecisiete de mayo del presente año a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS:

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas doce, del cuaderno de casación, del veintinueve de noviembre de dos mil diez, el motivo aceptado del recurso de casación se centra en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, prevista en el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que, la defensa técnica del encausado Carlos Arturo Gonzáles Toledo en su recurso de casación de fojas sesenta y cuatro, alega que las razones que justifican el desarrollo jurisprudencial sobre: **a)** la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material; **b)** falta o manifiesta ilogicidad de la motivación; regulado en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, las mismas que son por las siguientes razones: **i)** *que el encausado o su abogado defensor puede ofrecer la actuación de un medio de investigación en cualquier momento durante los ciento veinte días naturales que dure la investigación preparatoria, y durante los días de prórroga de la misma -en ambos casos, siempre que no se haya cerrado la investigación-; **ii)** que el único límite para denegar la actuación de un medio de investigación propuesto por la defensa durante la etapa de investigación preparatoria o de su prórroga, es la verificación por la parte del Fiscal, de que el medio propuesto no es pertinente, útil ni contundente; **iii)** que el Fiscal ante la proposición de actuación de un medio de investigación por parte de la defensa, debe siempre calificar el pedido o dar respuesta a dicho pedido, no debiendo cerrar la investigación preparatoria si es que no se ha pronunciado previamente sobre el pedido formulado; y, **iv)** que si se ofreció un medio de investigación en la etapa de investigación preparatoria, y el Fiscal no calificó el pedido, el Órgano Jurisprudencial no puede argumentar que en la etapa intermedia puede ofrecer como prueba, el medio de investigación ofrecido y no actuado por falta de pronunciamiento del Fiscal.*

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: La resolución de vista impugnada en casación precisó lo siguiente:

A.- Que, del caso sub materia, ha quedado establecido que el imputado Carlos Arturo Gonzáles Toledo a través de su defensa ofreció como medio de prueba la testimonial del ciudadano Juan Enrique Chávez Moscol, conforme su escrito de fecha veinte de abril de dos mil diez.

B.- Que, el Ministerio Público, con fecha veintitrés de abril de dos mil diez, dio por concluida la investigación preparatoria, no obstante a ello, el señor Fiscal consideró no haberse conculcado el derecho de defensa ni el plazo razonable, pues el artículo cuatrocientos cuarenta y tres, inciso uno del Código Procesal Penal, establece que puede concluirse la investigación preparatoria cuando el señor Fiscal lo considere pertinente, lo que efectivamente constituye una facultad del Titular del ejercicio de la acción penal, cuando considere que según su tesis cuente con elementos probatorios que la sustenten, en tal sentido, al haberse concluido la investigación días después de ofrecer el medio probatorio - declaración y testimonial-, sin dar respuesta al ofrecimiento, no se ha violado el derecho de defensa menos el plazo razonable, no sólo por la oportunidad de presentarla en la postrimería de la finalización del plazo de investigación, sino fundamentalmente porque los elementos probatorios en los que se sustenta la acusación fiscal, pueden ser rebatidos con otros medios probatorios, que el imputado tiene oportunidad de ofrecer durante la secuela procesal, como es, la subsiguiente etapa del procedimiento.

III: Ámbito de recurso de casación

CUARTO: **Respecto al agravio a la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material** -establecida en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-, promovido por el recurrente en su recurso de casación, al sostener que la resolución de vista recurrida, vulnera el principio del debido proceso (*que integran el derecho de la prueba, el derecho al medio de investigación y de defensa*) y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (*que integran el derecho del plazo razonable y derecho de petición*), los cuales han sido inobservados; debemos indicar lo siguiente, que de autos se aprecia que la defensa técnica del encausado Carlos Arturo Gonzáles Toledo, con fecha veinte de abril de dos mil diez a fojas veintiocho (dentro del plazo de los ciento veinte días del plazo de investigación preparatoria, la misma que dio inicio el once de enero de dos mil once, conforme se aprecia de la carpeta fiscal número mil setecientos treinta y tres - dos mil nueve a fojas dos), presentó su escrito al señor Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial -quien era el Director de la investigación preparatoria-,

ofreciendo la declaración testimonial del ciudadano Juan Enrique Chávez Moscol, medio de prueba que no tuvo pronunciamiento alguno por parte del señor Fiscal, al emitir su requerimiento de acusación de fecha veintinueve de abril de dos mil diez, siendo que ante tal situación, el recurrente presentó ante el Juez de la investigación preparatoria, su pretensión de tutela de derecho, la misma que fue declarada infundada mediante resolución de fojas treinta de fecha doce de mayo de dos mil diez, y confirmada por la Sala Penal de Apelaciones a fojas cincuenta y siete, de fecha catorce de junio de dos mil diez -en donde señala que no se vulneró derecho constitucional alguno al recurrente al no pronunciarse el señor Fiscal respecto al medio de prueba presentado, sosteniendo además que el procesado puede presentarla en la subsiguiente etapa del proceso-.

QUINTO: Asimismo, se observa que el señor Fiscal al concluir con la investigación preparatoria conforme obra a fojas seis, señala que ha cumplido con lo establecido en el artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal -que establece los ciento veinte días para la investigación preparatoria-; sosteniendo además, que en el presente caso se ha cumplido con el objeto de la investigación, habiéndose realizado dentro del plazo las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, por lo que de conformidad con los artículos trescientos cuarenta y tres inciso uno y trescientos cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal, da por concluida la investigación preparatoria. Por ello, el presente análisis, se enmarcará, en dilucidar si la actuación del señor Fiscal al concluir con la investigación preparatoria, emitiendo la respectiva acusación, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre el medio de prueba presentado por la defensa técnica del recurrente, vulneró los derechos aludidos, en tal sentido esta actuación debe ser sometida a un trato de doctrina jurisprudencial, conforme lo establece el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

SEXTO: Siendo así, del análisis respectivo, debemos señalar que el inciso uno y cuatro del artículo setenta y uno del Código Procesal Penal, establece que el imputado puede hacer valer sus derechos cuando no sean respetados, por sí mismo o por abogado defensor, que tal prerrogativa la Constitución y las leyes le conceden desde el inicio -investigación preparatoria- hasta la culminación del proceso; asimismo, puede acudir en vía de tutela al Juez de Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan -situación que realizó el recurrente en el presente caso, al solicitar derecho de tutela a fojas diecisiete-.

SÉPTIMO: Que el VI Acuerdo Plenario Jurisprudencial Penal, número cuatro - dos mil diez / CJ- ciento dieciséis de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, respecto a la tutela de derechos ha establecido que es residual, o sea que se restringe a los derechos previstos en el artículo setenta y uno del Código Procesal Penal -derecho del imputado-, que cualquier otra argumentación debe canalizarse a través de la audiencia prevista para ello, en este caso por no haberse provisto un elemento de convicción; asimismo, el artículo trescientos treinta y siete -diligencias de investigación preparatoria-, inciso cuatro y cinco del Código Procesal Penal, establece el derecho que el imputado tiene y que en este caso por omisión no se expidió la resolución respectiva, por lo que debió instar al Juez de la investigación Preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial, conforme al último inciso indicado.

OCTAVO: Por ello, al referirnos que el señor Fiscal como director de la investigación preparatoria, tiene la facultad de realizar las diligencias necesarias, las mismas que dentro de su facultad establecerá indicios de responsabilidad penal, las mismas que podrán ser admitidas en la etapa intermedia, mediante una audiencia preliminar, ello no quiere decir que los medios de pruebas presentados por las partes, no serán admitidos y mucho menos tomadas en cuenta, ya que, conforme lo establece el inciso dos artículo ciento cincuenta y cinco del Código Procesal Penal, las pruebas se admiten a solicitud del Misterio Público o de los demás sujetos procesales, el juez decidirá su admisión mediante auto específicamente motivado y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Por ello, al señalarse que el señor Fiscal, al no verificar todas las pruebas aportadas en la etapa de investigación preparatoria, y por ende no tenerlo presente al momento de emitir su requerimiento fiscal, no llega esta decisión a vulnerar el principio del debido proceso y mucho menos el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que como se expuso párrafos arriba, el medio de prueba ofrecido por la defensa técnica, podrá ser admitido por el Juzgado de la Investigación Preparatoria, finalmente en una audiencia preliminar, conforme lo regula el inciso cinco numeral **a)**-la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso- y **b)** -el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el Juicio. El pedido de actuación de una testimonial (...) el punto que será materia de interrogatorio (...), así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible- del artículo trescientos cincuenta y dos del Código acotado "Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar". Que, en consecuencia, es de advertirse que de los fundamentos expuestos, no es necesario en el presente caso el desarrollo de doctrina jurisprudencial, regulado en el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo

Código Procesal Penal, respecto a la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, lo que evidentemente no se advierte en la resolución recurrida, pues el Colegiado Superior ha explicado su decisión Judicial.

NOVENO: **respecto al agravio por falta o manifiesta ilogicidad de la motivación** -regulado en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-, señalado en el recurso de casación de fojas sesenta y cuatro, al indicar que el Órgano Jurisdiccional no puede argumentar que en la etapa intermedia el recurrente pueda ofrecer como prueba, el medio de investigación ofrecido y que no fue actuado por falta de pronunciamiento del Fiscal, careciendo por ello de fundamentación lógica, ya que vulnera el principio de motivación de las resoluciones judiciales. Por tal razón, el presente análisis realizado por este Supremo Tribunal, se enmarcará, si la resolución emitida por Sala Penal de Apelaciones, de fecha catorce de junio de dos mil diez a fojas cincuenta y siete, vulneró el principio aludido por el recurrente, y en tal sentido si esta actuación debe ser sometida a un trato de doctrina jurisprudencial, conforme lo establece el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

DÉCIMO: Que siendo así, se ha dejado expuesto en la Sentencia Casatoria número tres - dos mil siete / Huaura, de fecha siete de noviembre de dos mil siete, que el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal, precisa como motivo autónomo de casación la falta de motivación de la sentencia, *"...cuando el vicio resulte de su propio tenor"*. Esto último significa que para su análisis no se ha de acudir a un acto procesal distinto a lo establecido en la norma procesal penal, por tanto la motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y que atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El Tribunal debe ser de modo claro, entendible y suficiente, más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión -las razones de un concreto pronunciamiento, en qué se apoya para adoptar su decisión-.

Asimismo, este Supremo Tribunal también ha dejado establecido en la Sentencia Casatoria número cero ocho - dos mil siete / Huaura, de fecha trece de febrero de dos mil ocho, que respecto a la garantía de motivación, es necesario señalar que el numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, establece como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan; norma que concuerda con el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por el artículo único de la Ley número veintiocho mil cuatrocientos noventa, en cuya observancia se debe proceder a la fundamentación de las resoluciones correspondientes.

Que, en ese sentido, las decisiones jurisdiccionales que correspondan, deben ser adecuadamente fundamentadas mediante un razonamiento jurídico que exprese el porqué de lo que se decide (...) una de las garantías establecidas por la ley, es el derecho de obtener de los Órganos Jurisdiccionales una respuesta motivada, pero razonada y congruente respecto a las peticiones que se formulen, en este caso, en materia penal. La exigencia de motivación como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el plano constitucional, en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Norma Fundamental; debiendo tenerse en consideración que la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional relacionada también con el debido proceso; de ahí que toda decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con logicidad, claridad y coherencia, lo que permitirá entender el porqué de lo resuelto.

DÉCIMO PRIMERO: Que, en consecuencia, es de advertirse que las dos sentencias casatorias citadas precedentemente han dejado sentado inequívocamente a que se contrae la motivación a la que alude el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal -*por lo que no es del caso, abordar en la presente resolución el desarrollo de doctrina jurisprudencial*-, siendo el supuesto de falta de motivación la ausencia total de argumentos que justifican una decisión, lo que evidentemente no se advierte en la resolución recurrida, pues el Colegiado Superior ha explicado su decisión judicial.

IV. De las costas.

DÉCIMO SEGUNDO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso; siendo así, se ha desestimado el presente recurso de casación en sus extremos impugnados. Empero, al haber existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación cabe eximirlo del pago de las costas - artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres del nuevo Código Procesal Penal-.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por inobservancias de garantías constitucionales y falta de motivación - previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartados uno y cuatro, respectivamente, del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por el encausado CARLOS ARTURO GONZÁLES TOLEDO contra el auto de vista de fecha catorce de junio de dos mil diez a fojas cincuenta y siete, que confirmó el auto de primera instancia de fecha doce de mayo de dos mil diez, que declaró infundada la tutela de derecho interpuesto en el proceso que se le sigue por delito contra el Patrimonio -robo con agravante en perjuicio de Luis Alberto Herrera Arellano -concedido por las causales de desarrollo de la doctrina jurisprudencial por inobservancias de garantías constitucionales y falta de motivación, previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartados uno y cuatro, respectivamente, del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por el encausado.

II. EXONERARON del pago de las costas del recurso de casación al procesado Asunción Rodríguez Sandoval, conforme lo establece el considerando Décimo Segundo de la presente resolución.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por el Secretario de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO: VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO

35

EL RECONOCIMIENTO DE PERSONAS ES UNA DILIGENCIA PROPIAMENTE DE INVESTIGACIÓN, DIRIGIDO A INDIVIDUALIZAR A QUIEN SE SUPONE ESTÁ INVOLUCRADO EN LA PARTICIPACIÓN DE UN HECHO PUNIBLE, NO IMPORTANDO EL GRADO DE SU PARTICIPACIÓN EN EL MISMO, EL CUAL DEBERÁ SER CORROBORADO CON OTROS MEDIOS PROBATORIOS

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) el motivo del recurso de casación se centra en inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal, concretamente la afectación al debido proceso; relativo a que los encausados Escalante Muñoz y Sipán Vega alegan que no se efectuó un adecuado reconocimiento de parte de los agraviados (...), así como del testigo Dan Nacor Tong Contreras, conforme lo exige el artículo ochenta y nueve del Código Procesal Penal".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"(...) pues de autos se advierte que los encausados han sido reconocidos plenamente por los testigos – agraviados desde un primer momento, según el acta de reconocimiento en rueda, practicado en la policía; el mismo que se mantuvo al momento de realizado el juicio oral; en cuanto a que no se les encontró los bienes sustraídos a los encausados al momento de su intervención, la explicación es el tiempo que tuvieron para desprenderse de los mismos hasta que fueron intervenidos; otro aspecto relevante es la declaración en juicio oral del testigo Dan Nacor Tong Contreras, hermano de la propietaria del locutorio, quien narra cómo es que vio a los encausados y los persiguió en su bicicleta, verificando que estos se subieron a una mototaxi; y si bien el reconocimiento del vehículo se declaró inadmisible; lo cierto es que éste en todo momento sindicó a los encausados".

Fundamento de la casación
"Que, el reconocimiento de personas, es la diligencia que se realiza ante los órganos de persecución, dirigido a reconocer mediante las facultades visuales a quien se supone está involucrando en la participación de un hecho punible, sin interesar el grado de participación delictiva (...). Debe tenerse presente que el reconocimiento de personas es una diligencia propiamente de investigación, que por lo general se ejecuta en los dominios de la policía nacional, siendo así, este reconocimiento debe ser contrastado con una determinada relevancia probatoria como la testifical o la pericia, en la medida que su identificación puede haberse logrado mediante otros medios".

Base Legal: NCPP: Arts. 189, 429.1, 497; CPC: Art. 419

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 87-2010 (SENTENCIA)
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima veintiocho de abril de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por los encausados Danflin Jhony Escalante Muñoz y Jesús Ernesto Sipán Vega, contra la sentencia de vista de fecha dos de junio de dos mil diez, de fojas veintiséis, en el extremo que confirma la sentencia de primera instancia que los condenó por delito contra el Patrimonio -robo agravado-, en perjuicio de Lauren Cristina Tong Contreras, José Andrés Velásquez Díaz y Geraldine Coveñas Garro; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; y, **CONSIDERANDO**:

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Que, la defensa de los encausados Danflin Jhony Escalante Muñoz y Jesús Ernesto Sipán Vega, mediante escritos de fojas uno y seis respectivamente, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, de fecha cinco de febrero de dos mil diez, que los condenó por delito contra el Patrimonio -robo agravado-, en agravio de Lauren Cristina Tong Contreras, José Andrés Velásquez Díaz y Geraldine Coveñas Garro.

Que, la defensa del encausado Escalante Muñoz, en su recurso impugnatorio alega que la sentencia recurrida carece de suficiente motivación en cuanto al juicio de culpabilidad; asimismo, en el extremo de la preexistencia de los bienes sustraídos se ha considerado la sola declaración de los testigos agraviados para acreditar la cantidad de dinero y bienes; sin haberlo acreditado con medio de prueba idóneo.

Asimismo, la defensa del encausado Sipán Vega, en su recurso impugnatorio alega que la sentencia recurrida tiene soporte en pruebas que no fueron ofrecidas en el requerimiento de acusación y admitidas en el auto de enjuiciamiento; no habiéndose valorado los medios probatorios.

SEGUNDO: Que, mediante resolución de fecha veinticuatro de febrero de dos mil diez, de fojas quince, se concedieron los recursos impugnatorios y se elevaron los autos al Tribunal Superior. Que, mediante resolución de fecha tres de mayo de dos mil diez, de fojas diecinueve, se citó a juicio oral en segunda instancia, la cual se llevó a cabo con la concurrencia de las partes y conforme a ley, como se aprecia del acta de registro de audiencia de juicio oral, de fecha treinta y uno de mayo de dos mil diez, a fojas veintitrés.

TERCERO: El Superior Tribunal, mediante resolución de fecha dos de junio de dos mil diez, de fojas veintiséis, emitió la sentencia de vista que por mayoría confirmó la recurrida de fecha cinco de febrero de dos mil diez, que condenó a los referidos encausados, por el delito contra el patrimonio -robo agravado-, en agravio de Lauren Cristina Tong Contreras y otros; argumentando que los agravios señalados en los recursos impugnatorios no tienen fundamento; pues de autos se advierte que los encausados han sido reconocidos plenamente por los testigos-agraviados desde un primer momento, según el acta de reconocimiento en rueda, practicado en la policía; el mismo que se mantuvo al momento de realizado el juicio oral; en cuanto a que no se les encontró los bienes sustraídos a los encausados al momento de su intervención, la explicación es el tiempo que tuvieron para desprenderse de los mismos hasta que fueron intervenidos; otro aspecto relevante es la declaración en juicio oral del testigo Dan Nacor Tong Contreras, hermano de la propietaria del locutorio, quien narra cómo es que vio a los encausados y los persiguió en su bicicleta, verificando que éstos se subieron a una mototaxi; y si bien el reconocimiento del vehículo se declaró inadmisible; lo cierto es que éste en todo momento sindicó a los encausados; respecto a la preexistencia del dinero sustraído, obra en autos una copia del recibo único de caja sobre la licencia de funcionamiento del contribuyente CC guión veintisiete mil noventa y dos de Mercedes Yvon Contreras Quichiz viuda de Tong, propietaria del Internet "Kikoroloco".

De otro lado, con el voto singular de la Juez Superior Caballero García porque se declare nula la sentencia recurrida; pues existen contradicciones respecto de las características físicas entre los agraviados y testigos; que si bien se ha argumentado en la sentencia recurrida que por el nerviosismo de éstos es que han incurrido en contradicciones; también lo es, que se debió vincular estas declaraciones con otros datos probatorios referidos a la participación de los encausados, que genere convicción de que fueron los autores del ilícito; no advirtiéndose conexión; más aún, cuando ambos niegan los hechos y señalan que estaban libando licor, acreditado en autos pues uno de ellos tenía un alto grado de alcohol, conforme al certificado que arrojó un gramo cuarenta y ocho centígramos por litro de sangre.

CUARTO: Estando a la sentencia de vista que por mayoría confirmó la apelada; los encausados interpusieron recurso de casación; conforme se advierte de los escritos de fojas cuarenta y dos, y cincuenta y cuatro, respectivamente.

Que, el Tribunal Superior por resolución de fecha seis de julio de dos mil diez, de fojas sesenta y nueve, concedió el recurso de casación, y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, introduciendo respecto al encausado Escalante Muñoz tres motivos de casación: inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal, refiriéndose a la tutela jurisdiccional efectiva, presunción de inocencia y motivación de resoluciones judiciales; inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad, ilogicidad de motivación.

Por su parte, el encausado Sipán Vega, refirió tres motivos casatorios: vulneración al debido proceso, manifiesta ilogicidad de la motivación, y la presunción de inocencia.

QUINTO: Estando a los recursos casatorios presentados, y concedidos los mismos; se elevó la causa al Tribunal Supremo con fecha nueve de agosto de dos mil diez; y, cumplido el trámite de traslados a los encausados y demás partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria Suprema de fecha dos de noviembre de dos mil diez, de fojas diecinueve -del cuaderno de casación-, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso de casación por la causal de inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal, concretamente la afectación al debido proceso; y, declararon inadmisible por la causal de inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal y concretamente presunción de inocencia y la manifiesta ilogicidad de la motivación.

SEXTO: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública se realizará por la Secretaria de Sala el día diecisiete de mayo de dos mil once.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Del ámbito de la casación:

PRIMERO: Como se ha establecido mediante Ejecutoria Suprema de fecha dos de noviembre de dos mil diez, de fojas diecinueve -del cuaderno de casación-, el motivo del recurso de casación se centra en inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal, concretamente la afectación al debido proceso; relativo a que los encausados Escalante Muñoz y Sipán Vega alegan que no se efectuó un adecuado reconocimiento de parte de los agraviados Tong Contreras, Velásquez Díaz y Coveñas Garro, así como del testigo Dan Nacor Tong Contreras, conforme lo exige el artículo ochenta y nueve del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que, el debido proceso constituye la primera de las garantías de la administración de justicia; definido como "una institución procesal que identifica a los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, la justicia y legitimidad de su resultado" (Quiroga León, Aníbal. Las garantías constitucionales de la administración de justicia, en Asuntos Varios. Fundación Friedrich Naumann, Lima, mil novecientos ochenta y nueve, Página doscientos noventa y nueve).

TERCERO: Siendo así, el artículo ciento ochenta y nueve del Código Procesal Penal establece que: "Cuando fuere necesario individualizar a una persona se ordenará su reconocimiento. Quien lo realiza previamente describirá a la persona aludida. Acto seguido se le pondrá a la vista junto con otras de aspecto exterior semejante (...)".

Que, el reconocimiento de personas, es la diligencia que se realiza ante los órganos de persecución, dirigido a reconocer mediante las facultades visuales a quien se supone está involucrado en la participación de un hecho punible, sin interesar el grado de participación delictiva (Almagro Nosete, Derecho Procesal, Proceso Penal, Tomo II, Tercera Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, mil novecientos noventa y uno, página doscientos noventa y dos). Debe tenerse presente que el reconocimiento de personas es una diligencia propiamente de investigación, que por lo general se ejecuta en los dominios de la policía nacional, siendo así, este reconocimiento debe ser contrastado con una determinada relevancia probatoria como la testifical o la pericia, en la medida que su identificación puede haberse logrado mediante otros medios.

CUARTO: En el caso concreto, se advierte que la agraviada Lauren Cristina Tong Contreras; una vez perpetrado el ilícito en su agravio, se constituyó a la Comisaría de Barranca a fin de interponer su denuncia, habiendo precisado las características físicas de los presuntos autores; aunado a ello el hermano de la agraviada, Dan Nacor Tong Contreras, al percatarse de los hechos siguió en su bicicleta a los implicados; dando con ello referencias a la policía, razón por la cual se realizó un operativo en la que se logró capturar a los encausados.

Que, los encausados al ser intervenidos, fueron llevados a la Comisaría de Barranca, en donde fueron plenamente reconocidos por la agraviada, conforme se advierte de las declaraciones sobre reconocimiento en rueda de los encausados -realizados por separado-. Es importante resaltar que dichos documentos se emitieron de acuerdo a los parámetros establecidos en la norma procesal antes aludida, pues, la agraviada previamente señaló las características físicas de los sujetos que participaron en el evento delictivo, y posterior a ello se le puso a la vista a cinco personas dentro de las cuales se encontraban los encausados; procediendo la víctima en reconocerlos.

Cabe precisar que, de la misma manera se han llevado a cabo cada una de las declaraciones sobre reconocimiento en rueda de imputados; de los agraviados José Andrés Velásquez Díaz y Geraldine Santa Coveñas Garro; con las formalidades que la ley establece; y respecto a la versión del testigo Dan Nacor Tong Contreras, es relevante, pues es quien persiguió a los encausados; y por quien se logró la intervención de los mismos; quien además reconoció plenamente a los encausados en su declaración; por lo que su versión corrobora el reconocimiento realizado inicialmente por la agraviada.

QUINTO: En consecuencia, estando a que las declaraciones de reconocimiento se han realizado de acuerdo a ley, y si bien existen contradicciones respecto a determinadas características incurridas por los agraviados, las cuales son de carácter subjetivo; sin embargo, el presente recurso no puede valorar las pruebas actuadas;

sino verificar que el procedimiento realizado sea el adecuado como lo establece la norma; siendo así, en el presente proceso no se ha vulnerado la garantía constitucional del debido proceso; pues se actuó bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria; tanto más, que en dichas diligencias los procesados estaban asistidos por su abogado defensor.

SEXTO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. Los recurrentes no sólo han sido declarados culpables en el presente proceso sino además el recurso de casación ha sido desestimado, no habiendo existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlos del pago de las costas.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal referida a la afectación del debido proceso, interpuesto por los encausados Danflin Jhony Escalante Muñoz y Jesús Ernesto Sipán Vega.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso a los encausados Danflin Jhony Escalante Muñoz y Jesús Ernesto Sipán Vega; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a las partes procesales.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

PRINCIPIO DE JUEZ IMPARCIAL: IMPARCIALIDAD OBJETIVA

36 LA SALA PENAL DE APELACIONES QUE CONOCIÓ LA IMPUGNACIÓN DE UN AUTO DE SOBRESEIMIENTO NO PODRÁ CONOCER LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA SOBRE EL MISMO CASO, POR CUANTO ELLO AFECTA EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: juez imparcial.

Fundamento del recurso casatorio
"Que, el encausado (...) interpuso el correspondiente recurso de casación contra la sentencia de vista (...); siendo concedido dicho recurso mediante resolución superior (...), elevándose el cuaderno correspondiente a este Supremo Tribunal (...)"

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"(...) los Magistrados de la Sala Penal de Apelaciones (...) en un primer momento (...), declararon fundada la queja interpuesta por el representante del Ministerio Público contra la resolución del Juez de la investigación preparatoria que declaró improcedente el recurso de apelación contra la resolución de sobreseimiento, y dispuso se conceda dicho recurso impugnatorio; luego (...), declararon nula la resolución del Juez de la investigación preparatoria (...) que declaró de oficio el sobreseimiento de la causa, sustentado en que en la acusación fiscal existían proposiciones fácticas que subsumía la conducta del encausado (...) en el tipo penal incriminado (...), disponiéndose que se realice la audiencia de control de acusación; y, finalmente – mediante sentencia de vista de fecha dieciséis de julio del 2010-, revocaron la sentencia absolutoria de primera instancia y reformándola, condenaron al encausado recurrente (...)".

Fundamento de la casación
"Que, de otro lado, conforme a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) respecto al Magistrado que habrá de conocer y resolver un caso concreto, deben verificarse dos tipos de condiciones: i) Imparcialidad Subjetiva; que (...) por tanto para dar lugar al apartamiento del Juez del conocimiento del proceso en dicho caso, tiene que haberse corroborado que éste adopto posición a favor de alguno de los intereses en conflicto; y, ii) Imparcialidad Objetiva; referido a si el juzgador ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable respecto de la corrección de su actuación (...)".

"Que, siendo ello así, al ser los Magistrados (...) los que revocaron la resolución del Juez de la investigación preparatoria que declaro de oficio el sobreseimiento de la causa (...), y los que luego en segunda instancia emitieron la decisión final condenatoria (...), en el presente caso no se cumplió con la imparcialidad objetiva que debe tener todo Juez o Tribunal para resolver un caso concreto, dado que, antes de que emitieran su decisión final ya tenían una posición respecto a los hechos investigados, lo cual resulta ser un hecho concreto que genera duda de imparcialidad en perjuicio del encausado".

Base Legal: Const.: Art. 3; NCPP: Arts. 53, 54, 344, 345, 425.4, 429.1, 431.4; CP: Art. 197.2; DUDH: Art. 10; PIDCP: Art. 14.1; CADH: Art. 8.1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 106-2010 (SENTENCIA)
MOQUEGUA

SENTENCIA CASATORIA

Lima, tres de mayo de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional del Juez imparcial interpuesta por el encausado Elvis Elisban Gutiérrez Celis contra la sentencia de vista de fecha dieciséis de julio de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas trescientos veinte, que revocando la de primera instancia de fecha diecinueve de abril de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas doscientos cincuenta y cinco, que lo absolvió por el delito contra el Patrimonio - defraudación, en la modalidad de abuso de firma en blanco, en perjuicio de Eusebio Alfredo Meza Rivera; reformándola, lo condenaron por dicho delito en perjuicio del citado agraviado, a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo término bajo determinadas reglas de conducta, con lo demás que contiene; interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que, el señor Fiscal Provincial del Segundo Despacho de investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ilo - Distrito Judicial de Moquegua, formuló acusación fiscal directa contra Elvis Elisban Gutiérrez Celis, por el delito contra el Patrimonio - defraudación, en la modalidad de abuso de firma

en blanco, en agravio de Eusebio Alfredo Meza Rivera; tipificándolo en el artículo ciento noventa y siete, inciso dos del Código Penal.

SEGUNDO: Que, el Juez de Investigación Preparatoria de la Provincia de Ilo mediante resolución de fecha veinticinco de setiembre de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas diecisiete, declaró de oficio el sobreseimiento definitivo de la Investigación Preparatoria seguida contra Elvis Elesbán Gutiérrez Celis, por el delito contra el Patrimonio - defraudación, en la modalidad de abuso de firma en blanco en agravio de Eusebio Alfredo Meza Rivera; que contra dicha resolución el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, que fue declarado improcedente por extemporáneo mediante resolución del Juez de la Investigación Preparatoria de fecha doce de octubre de dos mil nueve, obrante a fojas treinta y cuatro, en la cual también se declaró consentida la resolución de sobreseimiento; que contra esta resolución el representante del Ministerio Público interpuso recurso de queja, la cual fue declarada fundada mediante resolución emitida por la Sala de Apelaciones de Moquegua - integrantes De Amat Peralta, Laura Espinoza y Carpio Medina- de fecha veintisiete de octubre de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas treinta y nueve, disponiéndose se conceda el recurso de apelación respectivo.

TERCERO: Que, la precitada Sala Penal de Apelaciones - integrada por los señores De Amat Peralta, Laura Espinoza y Carpio Medina-, mediante resolución de fecha seis de enero de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas cuarenta y seis, declaró la nulidad de la resolución de fecha veinticinco de setiembre de dos mil nueve que declaró de oficio el sobreseimiento definitivo de la causa; ordenando, que el Juez de la Investigación Preparatoria proceda a realizar la audiencia y control de acusación conforme a Ley.

CUARTO: Que, el Juez de la Investigación Preparatoria llevó a cabo la audiencia preliminar de control de acusación y dictó el auto de enjuiciamiento; emitido el auto de citación a juicio y realizado el plenario oral, el Juzgado Penal Unipersonal dictó la sentencia de fecha diecinueve de abril de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas doscientos cincuenta y cinco, que absolvió a Elvis Elisban Gutiérrez Celis, por el delito contra el Patrimonio - defraudación, en la modalidad de abuso de firma en blanco, en agravio de Eusebio Alfredo Meza Rivera; decisión judicial que fue materia de recurso de apelación por el agraviado que fue concedido mediante resolución de fecha veintiséis de abril de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas doscientos sesenta y seis.

QUINTO: Que, la Sala Penal de Apelaciones de Moquegua - integrada por los señores De Amat Peralta, Laura Espinoza y Carpio Medina-, emite la sentencia de vista de fecha dieciséis de julio de dos mil diez, obrante a fojas trescientos veinte, que revocó la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve de abril de dos mil diez, que absolvió a Elvis Elisban Gutiérrez Celis, por el delito contra el Patrimonio - defraudación, en la modalidad de abuso de firma en blanco, en perjuicio de Eusebio Alfredo Meza Rivera; y reformándola, lo condenaron por dicho delito en perjuicio del citado agraviado, a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo término bajo determinadas reglas de conducta, con lo demás que contiene.

SEXTO: Que, el encausado Elvis Elisban Gutiérrez Celis interpuso el correspondiente recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha dieciséis de julio de dos mil diez; siendo concedido dicho recurso mediante resolución superior de fecha diez de agosto de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas trescientos cincuenta y ocho, elevándose el cuaderno correspondiente a este Supremo Tribunal el veintiuno de setiembre de dos mil diez.

SÉPTIMO: Que, cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha seis de diciembre de dos mil diez, que declaró bien concedido el recurso de casación sólo por la causal de inobservancia de la garantía constitucional del Juez imparcial.

OCTAVO: Que, producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública -con las partes que asistan-, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día veintitrés de mayo de dos mil once a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fecha seis de diciembre de dos mil diez -calificación de casación-, obrante a fojas dieciséis del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación

excepcional admitido está referido sólo a la presunta inobservancia de la garantía constitucional a un Juez imparcial, sustentado en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; para cuyo efecto se propone que se determine si se afecta la imparcialidad de los integrantes de la Sala Penal de Apelaciones en los casos que con anterioridad a la sentencia de vista que emitan, hubiesen revocado una resolución de sobreseimiento definitivo de la acusación fiscal; debido a que en el presente caso, los integrantes de la Sala de Apelaciones de Moquegua ya habrían adelantado opinión sobre la existencia del delito y responsabilidad del encausado al momento de emitir la resolución que revocó el auto de sobreseimiento definitivo de la causa.

SEGUNDO: Que, el derecho al Juez imparcial se encuentra inmerso, entre otros, en los siguientes instrumentos internacionales de Derechos Humanos: **i)** artículo diez de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal; **ii)** artículo catorce punto uno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil; y, **iii)** artículo ocho punto uno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

TERCERO: Que, conforme a lo anotado, el derecho al Juez imparcial se basa en el derecho a la dignidad del hombre, por tanto, en nuestro país tiene rango de derecho fundamental constitucional en aplicación del artículo tres de la Constitución Política del Perú - Protección a Futuro de Nuevos Derechos-, en donde se establece que *"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo (artículo dos); no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".*

CUARTO: Que, el diccionario de la Lengua Española define la imparcialidad como: *"Falta de designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguíen o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud";* por tanto, la imparcialidad en materia jurisdiccional, está dirigida a evitar que en la resolución de los casos incidentales o de fondo, quien ejerza la función jurisdiccional no se guíe por algún interés distinto a la adecuada aplicación del Derecho - su conducta debe ser la de un tercero ajeno a los específicos intereses de las partes procesales-, lo cual tiene correspondencia con la razón de ser de los Jueces y Tribunales, esto es la necesidad de que alguien distinto a las partes y a sus intereses sea quien decida respecto al conflicto social que se ha suscitado declarando la existencia de un hecho e imponiendo la consecuencia jurídica que resulte adecuada al Derecho, siendo en cada caso particular o concreto en donde se tendrá que exigir, controlar y garantizar que quien imparte justicia (Juez o Tribunal) no se encuentre contaminado por intereses ajenos a la legítima resolución del caso que ha sido puesto en su conocimiento.

QUINTO: Que, de otro lado, conforme a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Piersack C. Bélgica), respecto al Magistrado que habrá de conocer y resolver un caso concreto, deben verificarse dos tipos de condiciones: **i)** imparcialidad subjetiva; que se refiere a su convicción personal respecto del caso concreto y las partes; siendo que la imparcialidad personal de un Magistrado se presume hasta que se pruebe lo contrario, por tanto, para dar lugar al apartamiento del Juez del conocimiento del proceso en dicho caso, tiene que haberse corroborado que éste adoptó posición a favor de alguno de los intereses en conflicto; y, **ii)** imparcialidad objetiva; referido a si el Juzgador ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable respecto de la corrección de su actuación; siendo que para que el Juez se aparte del conocimiento del proceso en dicho caso, tendrá que determinarse si existen hechos ciertos que, por fuera de la concreta conducta personal del Juez, permitan poner en duda su imparcialidad, no exigiéndose la corroboración de que el Juez haya tomado partido por alguno de los intereses en conflicto, basta la corroboración de algún hecho que haga dudar fundadamente de su imparcialidad, dado que, un Juez cuya objetividad en un proceso determinado está puesta en duda, no debe resolver en ese proceso, tanto en interés de las partes como para mantener la confianza en la imparcialidad de la administración de justicia.

SEXTO: Que, en el caso *sub examine* los Magistrados de la Sala Penal de Apelaciones (integrado por los doctores De Amat Peralta, Laura Espinoza y Carpio Medina) en un primer momento -mediante resolución de fecha veintisiete de octubre de dos mil nueve-, declararon fundada la queja interpuesta por el representante del Ministerio Público contra la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria que declaró improcedente el recurso de apelación contra la resolución de sobreseimiento, y dispuso se conceda dicho recurso impugnatorio; luego -mediante resolución de fecha seis de enero de dos mil diez-, declararon nula la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria de fecha veinticinco de setiembre de dos mil nueve que declaró de oficio el sobreseimiento de la causa, sustentado en que en la acusación fiscal existían proposiciones fácticas que subsumían la conducta del encausado Elvis Elisban Gutiérrez Celis en el tipo penal incriminado, como lo es, la existencia del perjuicio ocasionado, esto es, el haber llenado la letra de cambio con una suma mayor a lo adeudado (de mil quinientos a cinco mil ochocientos cincuenta dólares) que incluso ha sido puesta a cobro judicialmente, y el elemento subjetivo con el cual habría actuado el referido encausado (dolo), disponiéndose que se realice la audiencia de control de acusación correspondiente; y finalmente - mediante sentencia de vista de fecha dieciséis de julio de dos mil diez-, revocaron la sentencia absolutoria de primera instancia, y reformándola, condenaron al encausado recurrente Elvis Elisban Gutiérrez Celis por el delito contra el Patrimonio - defraudación, en la modalidad de abuso de firma en blanco, a dos años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el mismo término, bajo determinadas reglas de conducta, con lo demás que contiene.

SÉPTIMO: Que, siendo ello así, al ser los mismos Magistrados (doctores De Amat Peralta, Laura Espinoza y Carpio Medina) los que revocaron la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria que declaró de oficio el sobreseimiento de la causa, (lo que implicó la revisión del control de los elementos de la teoría del delito en el presente caso, entre ellos la tipicidad, debido a que concluyeron que los hechos denunciados se subsumían en el tipo penal imputado, conforme a los artículos trescientos cuarenta y cuatro y trescientos cuarenta y cinco del Código Procesal Penal), y los que luego en segunda instancia emitieron la decisión final condenatoria (revocando una sentencia absolutoria, para lo cual también incidieron en la tipicidad), en el presente caso no se cumplió con la imparcialidad objetiva que debe tener todo Juez o Tribunal para resolver un caso concreto, dado que, antes de que emitieran su decisión final ya tenían una posición respecto a los hechos investigados, lo cual resulta ser un hecho concreto que genera duda de imparcialidad en perjuicio del encausado.

OCTAVO: Que, la Sección III, Título IV, capítulo V del Código Procesal Penal establece las figuras jurídicas referidas a la inhibición y recusación del Juez y los requisitos para su admisión, a efectos de que no se prive el derecho a un Juez imparcial en una causa penal, estableciéndose en el inciso uno del artículo cincuenta y cuatro concordante con el literal e) del inciso uno del artículo cincuenta y tres del referido texto procesal, que se puede recusar al Juez *"cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad"(para la procedencia de la recusación basta que existan circunstancias que generen dudas o temor fundado de no encontrarse suficientemente garantizada la imparcialidad del proceder de quien habrá de desempeñarse como juzgador, lo cual no significa necesariamente ningún reproche personal hacia el juez)*; debiéndose indicar que el encausado Elvis Elisban Gutiérrez Celis recusó a los integrantes de la Sala Penal de Apelaciones que cuestiona antes de que emitieran la sentencia de vista materia de casación, solicitud que le fue declarada inadmisible por extemporánea mediante resolución superior emitida por un Colegiado Penal distinto, de fecha treinta y uno de mayo de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas doscientos ochenta y cuatro; sin embargo, ello no es óbice para que esta Suprema Sala Penal salvaguarde el debido proceso y el derecho constitucional a un Juez imparcial que tiene el encausado recurrente, más aún, si no hubo pronunciamiento de fondo respecto a la solicitud de recusación antes aludida.

NOVENO: Que, por tanto, al ser evidente la inobservancia de la garantía constitucional al Juez imparcial en la sentencia de vista de fecha dieciséis de julio de dos mil diez - que revocó la de primera instancia de fecha diecinueve de abril de dos mil diez, que absolvió al encausado Elvis Elisban Gutiérrez Celis por el delito contra el Patrimonio - defraudación, en la modalidad de abuso de firma en blanco, en perjuicio de Eusebio Alfredo Meza Rivera; y reformándola, lo condenaron por dicho delito en perjuicio del citado agraviado, a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo término bajo determinadas reglas de conducta, con lo demás que contiene-, debe ser declarada NULA y ordenarse la emisión de nuevo pronunciamiento de fondo por parte de una Sala Penal de Apelaciones conformada por Magistrados distintos a los que emitieron la aludida resolución de vista.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la presunta inobservancia de la garantía constitucional al Juez imparcial, interpuesto por el sentenciado Elvis Elisban Gutiérrez Celis.

II. En consecuencia: declararon **Nula** la sentencia de vista de fecha dieciséis de julio de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas trescientos veinte, que revocando la de primera instancia de fecha diecinueve de abril de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas doscientos cincuenta y cinco, que absolvió al encausado Elvis Elisban Gutiérrez Celis por el delito contra el Patrimonio - defraudación, en la modalidad de abuso de firma en blanco, en perjuicio de Eusebio Alfredo Meza Rivera; reformándola, lo condenaron por dicho delito en perjuicio del citado agraviado, a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo término bajo determinadas reglas de conducta, con lo demás que contiene.

III. ORDENARON que la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua conformada por Magistrados distintos a los que emitieron la sentencia de vista que es declarada nula en la presente resolución, cumplan con emitir nuevo pronunciamiento de fondo, previo a la realización de la audiencia de apelación respectiva y demás formalidades establecidas en la Ley Procesal Penal.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: CALIDAD DEL AGENTE EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

37

LA AGRAVANTE DE LA CALIDAD O POSICIÓN JERÁRQUICA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, NO REQUIERE DE MANERA OBJETIVA LA "INTERACCIÓN" ENTRE SUJETO AGENTE Y VÍCTIMA, BASTANDO EL CONOCIMIENTO POR PARTE DE AQUÉL DE DICHA POSICIÓN O CARGO PARA GENERAR LA CONDICIÓN DE SUPREMACÍA SOBRE EL SUJETO PACIENTE

Causal de Admisibilidad
Indebida aplicación, errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) admitió el trámite del recurso de casación por los motivos previstos en los incisos tres y cuatro del articulo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, esto es: i) infracción de la ley penal material – puesto que la defensa del sentenciado ha denunciado que "... se aplicó una circunstancia agravante especifica a un hecho que no le corresponde..."; y, ii) falta de motivación de la sentencia, toda vez que, "... se cuestiona los alcances de la motivación del juicio de culpabilidad a partir del análisis de la prueba personal, de lo exigible en cuanto a la valoración del testimonio de la víctima y de la valoración de la prueba personal actuada en primera instancia(...)".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"Que, además, indica el Colegiado Superior, ante lo expuesto por el abogado defensor, respecto a que no se configura la agravante porque la condición de Director del Centro Educativo no genera "interacción" con la menor, que dicha calidad por si misma le concedió al acusado una especial autoridad sobre la víctima que fue determinante para la consumación delictiva".

Fundamento de la casación
"Cualquier persona que tenga un grado jerárquico que le permita ostentar un mejor posicionamiento o status respecto a sus subordinados, no puede aprovecharse de ello para violentar ni la libertad -en caso de mayores de catorce años de edad- ni la identidad sexual -en caso de menor de catorce años de edad-, lo que evidentemente ha sucedido en el caso materia de análisis, no siendo necesario que exista de manera objetiva alguna "interacción" entre el sujeto activo y la víctima, pues el conocimiento de la posición o el cargo es suficiente para generar esa particular condición de supremacía de una persona sobre otra y la utilización indebida de ello es lo que se sanciona con la agravante aplicada al encausado".

Base Legal: Const.: Art. 139.5; NCPP: Arts. 425, 427.4, 429.1.3.4, 497.3, 500.1, 504.2; CP: Arts. 173, 176-A; LOPJ: Art. 12; CPC: Art. 419; AP: N° 02-2005 / CJ - 116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 107-2010 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de abril de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia privada; el **recurso de casación** por infracción de la ley penal material y falta de motivación de la sentencia, interpuesto por el encausado OSWALDO ROGER MÉNDEZ CRUZ contra la sentencia de vista de fojas ciento quince, del tres de agosto de dos mil diez, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cincuenta, del nueve de abril de dos mil diez, lo condenó por delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.E.S.Q., a diez años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.
Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del Itinerario de la causa en primera instancia

PRIMERO: El encausado Oswaldo Roger Méndez Cruz fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Que el señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas uno, del dieciocho de setiembre de dos mil nueve, formuló acusación contra el precitado por el delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor de menor de edad, previsto en el artículo ciento setenta y seis - A con la agravante contenida en el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.E.S.Q..

Que, a fojas once obra el acta de la audiencia de control de la acusación, llevada a cabo por el Juez de la Investigación Preparatoria. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado correspondiente con fecha quince de enero de dos mil diez y obra a fojas tres del cuaderno de debate.

SEGUNDO: Seguido el juicio de primera instancia -como se advierte de las actas de fojas cuarenta, cuarenta y dos, cuarenta y cuatro, cuarenta y siete y cuarenta y nueve-, el Juzgado Penal Colegiado dictó sentencia de fojas cincuenta, del nueve de abril de dos mil diez, que condenó a Oswaldo Roger Méndez Cruz por delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.E.S.Q., a diez años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

Contra la referida sentencia el abogado defensor del encausado Roger Méndez interpuso recurso de apelación por escrito de fojas sesenta y cinco. Este recurso fue concedido por auto de fojas setenta, del cinco de mayo de dos mil diez.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

TERCERO: La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, culminada la fase de traslado de la impugnación y habiendo declarado inadmisible, mediante auto de fojas ciento cuatro, de fecha ocho de julio de dos mil diez, los medios probatorios propuestos por el imputado Méndez Cruz - por tratarse de declaraciones testimoniales ya actuadas en primera instancia, y porque el mérito de protocolo de pericia psicológica suscrita por el doctor Jaime Zavaleta Díaz no reviste calidad de prueba nueva -, las emplazó a fin que concurran a la audiencia de apelación de sentencia mediante la citada resolución. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas ciento trece, del veintiuno de julio de dos mil diez, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas ciento quince, del tres de agosto de dos mil diez.

CUARTO: La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a Oswaldo Roger Méndez por delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.E.S.Q., a diez años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

III. Del Trámite del recurso de casación de la defensa del procesado Méndez Cruz.

QUINTO: Leída la sentencia de vista, la defensa del acusado Méndez Cruz se reservó el derecho de impugnar, interponiendo el recurso de casación correspondiente mediante escrito de fojas ciento veintisiete, introduciendo cuatro motivos de casación: **a)** para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial -inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal-; **b)** inobservancia de preceptos constitucionales -inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-; **c)** infracción de la ley penal material -inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-; y, **d)** falta de motivación de la sentencia -inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del citado Cuerpo Legal-.

Concedido el recurso por auto de fojas ciento treinta y cinco, del veinticinco de agosto de dos mil diez, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha veintiuno de setiembre de dos mil diez.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del dieciocho de noviembre de dos mil diez, obrante en el cuaderno de casación, en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso de casación por los motivos previstos en los incisos tres y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, esto es: **i)** infracción de la ley penal material - puesto que la defensa del sentenciado ha denunciado que *"...se aplicó una circunstancia agravante específica a un hecho que no le corresponde.."*; y, **ii)** falta de motivación de la sentencia, toda vez que, *" ...se cuestiona los alcances de la motivación del juicio de culpabilidad a partir del análisis de la prueba personal, de lo exigible en cuanto a la valoración del testimonio de la víctima y de la valoración de la prueba personal actuada en primera instancia ... "*

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con

pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaría de la Sala el día veintiocho de abril del año en curso a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas veintitrés, del cuaderno de casación, del dieciocho de noviembre de dos mil diez, los dos motivos de casación admitidos son: infracción de la ley penal material y la falta de motivación de la sentencia. Sobre el particular la defensa del procesado alega en su recurso formalizado de fojas ciento veintisiete que el Colegiado Superior al expedir la sentencia de segunda instancia no se ha pronunciado respecto a cuestiones probatorias de primera instancia, ello debido a una actitud de sujeción estricta a lo formalmente previsto en el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, lo que le genera afectación, pues en el presente caso, se advierte que el Juzgado de primera instancia no ha valorado ni considerado las aportaciones probatorias actuadas en el juzgamiento, por tal motivo es necesario que exista un pronunciamiento señalándose los alcances de la norma prevista en el mencionado artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, respecto a la imposibilidad legal de revisar cuestiones probatorias sobre las que no se tuvo inmediación; que, en tal sentido la Sala Penal de Apelaciones no pudo de ninguna manera revisar la valoración de la sentencia de primera instancia, pues la misma se encuentra condicionada por la referida disposición legal, habiéndose limitado a afirmar la misma argumentación del Juzgado, cometiendo así los mismos errores, es decir, no se ha pronunciado sobre diversos medios probatorios que sustentan la ausencia de responsabilidad del encausado Méndez Cruz, como son las versiones aportadas por los testigos Leonor Castañeda Pelaez, Angélica María Becerra Gonzáles, Lesly Llanos Honores, Paula Estela Zelada Cedamanos, entre otros -ofrecidos tanto por la parte acusada como por el Fiscal-, siendo que todos ellos refirieron que el mencionado sentenciado jamás dictó el curso de religión.

Que, en el presente caso, el Órgano Jurisdiccional ha efectuado una errónea valoración de la versión de la supuesta agraviada, pues tanto el Juzgado como la Sala Penal de Apelaciones han considerado que dicha versión es uniforme, sin embargo, existen contradicciones que no corresponden a la edad de la agraviada, por ejemplo, cuando ésta ha indicado la hora en que se habrían producido los hechos materia del proceso, ante la pregunta de la Fiscal dijo que era en la tarde, pero ante la pregunta del abogado de la defensa dijo que era en la mañana, por tanto, tales contradicciones e incoherencias no permiten aplicar el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco / CJ - ciento dieciséis del treinta de setiembre de dos mil cinco.

Asimismo, refiere que se ha aplicado indebidamente la Ley, al considerar una agravante derivada del hecho, la condición laboral que ostentaba el encausado en el centro de estudios, en efecto, se ha establecido judicialmente que la condición de Director del Colegio Privado "Guillermo Miller" que tenía Méndez Cruz justificaría la reacción punitiva del Estado aplicándose el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, sin embargo, para ello se ha debido verificar que la posición que ostentaba el encausado en el Centro Educativo haya generado una particular autoridad sobre la víctima o que tal condición haya generado que se deposite en dicha persona la confianza que alude el citado tipo penal, sin embargo, tales aspectos no deben vincularse por el simple deseo del Juzgador, sino que deben ser consecuencia de una interactuación fáctica, objetiva entre el sujeto activo y la víctima, lo que no ha ocurrido en el presente caso, pues a la fecha de la supuesta producción del evento delictivo el encausado Méndez Cruz no era profesor de la supuesta agraviada y menos ella era alumna del centro educativo; que también ha quedado establecido que la supuesta agraviada no fue matriculada en el año dos mil ocho, en el centro educativo donde trabaja el encausado porque tenía una deuda por concepto de pensiones, cuya exigencia de pago le estaba siendo exigible a la madre de dicha menor, generándose entre esta persona y el encausado una situación de confrontación que podría haber sido la causa para utilizar a la menor y efectuársele tan grave imputación.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

SEGUNDO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. El Legislador ha pretendido con esta norma –se refiere al artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal- privilegiar el principio de inmediación que adquiere singular relevancia en el juzgamiento, en la medida

que en esta etapa del proceso penal, el Juez aprecia directamente la actuación de los medios de prueba, con mayor énfasis: el relato – más o menos- circunstanciado de los testigos y las explicaciones - más o menos- especializadas de los peritos, sin despreciar sus reacciones, serenas o nerviosas, espontáneas o dirigidas; todo lo cual sirve al Juzgador como fuente invaluable para formarse juicios de valor que repercutirán necesariamente en su sentencia. En el presente proceso específicamente en el juicio oral, se ha actuado prueba personal (testigos y peritos de cargo y testimonios de descargo) que no ha sido desacreditada con medios de prueba actuadas en segunda instancia, pues no las ha habido. En efecto, conforme se fundamentó en la resolución denegatoria pertinente, no se otorgó cabida a las "nuevas pruebas" de la defensa, pues *in stricto*, se trataban de testimonios que habían sido objeto de examen y contra examen en el juzgamiento de instancia.

B. Que, el Juzgado Colegiado ha dado por cumplidos los requisitos previstos en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco / CJ - ciento dieciséis, pues ha señalado que la defensa no ha invocado, menos presentado evidencia o medio de prueba que estuviese dirigida a probar que haya existido entre la menor agraviada o su familia y el procesado relaciones basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras, por el contrario la madre de la menor, ha declarado al ser examinada en el acto oral que es miembro de la Iglesia Adventista de Palermo al igual que el encausado; asimismo, la versión de la menor es sumamente clara y coherente, pese a su edad - nueve años -, además, se encuentra respaldada con una serie de corroboraciones periféricas como son: **a)** Las conclusiones del protocolo de pericia psicológica número cero cero tres nueve uno dos - dos mil nueve - PSC que han sido descritas en el juicio oral; **b)** Las conclusiones del informe psicológico número cero cero cinco - diez - JGLA sustentada en juicio oral por su otorgante; **c)** Las conclusiones de la evaluación psiquiátrica número cero cero tres cero cinco nueve - dos mil nueve - PSQ practicada al encausado y que ha sido explicada en el acto oral; **d)** la declaración de la madre de la menor agraviada; finalmente la declaración de la menor ha sido persistente, pues ha brindado su declaración ante la Fiscalía de Familia, ante los peritos psicológicos que la evaluaron y especialmente en el Juicio Oral.

C. Que, además, indica el Colegiado Superior, ante lo expuesto por el abogado defensor, respecto a que no se configura la agravante porque la condición de Director del Centro Educativo no genera "interacción" con la menor, que dicha calidad por sí misma le concedió al acusado una especial autoridad sobre la víctima que fue determinante para la consumación delictiva.

Que, los aspectos mencionados precedentemente han sido materia de interposición del recurso de casación por parte de la defensa del procesado Méndez Cruz, por lo que en virtud al cuarto considerando de la Ejecutoria Suprema - auto de calificación - de fecha dieciocho de noviembre de dos mil diez obrante a fojas veintiocho del cuaderno formado en esta Suprema Instancia, únicamente se emitirá pronunciamiento respecto a los motivos casacionales indicados anteladamente.

III. Del motivo casacional. Infracción de la ley penal material.

TERCERO: Que, al respecto es de indicarse que en el caso materia de evaluación no se advierte la infracción de la ley penal que se reclama, en efecto, en autos ha quedado acreditado que el encausado Méndez Cruz tenía la calidad Director del Colegio Privado "Gerardo Miller", donde la menor agraviada venía cursando sus estudios desde cuando tenía cinco años de edad, y que si bien no se matriculó para el curso de afianzamiento que se realizó en el verano de dos mil nueve, sin embargo, asistió a dichas clases los días dieciséis y diecisiete de febrero de dicho año, con la anuencia del encausado, hecho que tiene relevancia, pues ello originó que la menor acuda al citado Colegio y que tras las clases recibidas, el encausado Méndez Cruz la condujera a uno de los ambientes de las aulas de clase para efectuar los tocamientos indebidos en su contra, por tanto, resulta evidente que Méndez Cruz sí tenía una particular autoridad sobre la víctima que le impulsó a ésta a depositar su confianza en él, resultando inatendible el agravio del encausado en el sentido que la menor no había sido matriculada a dichos cursos y, por ende, no tenía calidad de alumna, pues la menor había venido estudiando en el mencionado centro educativo y consideraba evidentemente al encausado como una autoridad a quien le debía respeto, lo que utilizó éste para aprovecharse de la menor agraviada; además, resulta pertinente indicar que la agravante descrita en el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal encuentra sustento, pues se basa -en casos como en el que es materia de evaluación- en deberes de responsabilidad institucional, en efecto, cualquier persona que tenga un grado jerárquico que le permita ostentar un mejor posicionamiento o *status* respecto a sus subordinados, no puede aprovecharse de ello para violentar ni la libertad - en caso de mayores de catorce años de edad - ni la indemnidad sexual - en caso de menor de catorce años de edad -, lo que evidentemente ha sucedido en el caso materia de análisis, no siendo necesario que exista de manera objetiva alguna "interacción" entre el sujeto activo y la víctima, pues el

conocimiento de la posición o el cargo es suficiente para generar esa particular condición de supremacía de una persona sobre otra y la utilización indebida de ello es lo que se sanciona con la agravante aplicada al encausado, en tal virtud, se concluye que no es de recibo el citado motivo casacional.

III. Del motivo casacional. Falta de motivación y prueba personal.

CUARTO: Que, este Supremo Tribunal ha dejado establecido en la sentencia casatoria cero ocho - dos mil siete / Huaura, de fecha trece de febrero de dos mil ocho, que respecto a la garantía de motivación, el numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, establece como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan; norma que concuerda con el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por el artículo único de la Ley número veintiocho mil cuatrocientos noventa, en cuya observancia se debe proceder a la fundamentación de las resoluciones correspondientes. Que, en ese sentido, las decisiones jurisdiccionales que correspondan, deben ser adecuadamente fundamentadas mediante un razonamiento jurídico que exprese el porqué de lo que se decide. (...) Una de las garantías establecidas por la ley, es el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta motivada, pero razonada y congruente respecto a las peticiones que se formulen, en este caso, en materia penal. La exigencia de motivación como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el plano constitucional, en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; debiendo tenerse en consideración que la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional relacionada también con el debido proceso; de ahí que toda decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con logicidad, claridad y coherencia, lo que permitirá entender el porqué de lo resuelto.

QUINTO: Que, en consecuencia, es de advertirse que el Colegiado Superior ha cumplido con explicar las razones de la aplicación del Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco / CJ - ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco en los puntos doce, trece, catorce y quince de la sentencia de vista, de fecha tres de agosto de dos mil diez, obrante a fojas ciento quince; en efecto, se ha merituado debidamente el valor probatorio de la sindicación efectuada por la menor agraviada, así se puede apreciar de dicha resolución que el Colegiado Superior ha cumplido con realizar una explicación y análisis de cada uno de los requisitos que plantea el mencionado Acuerdo Plenario y en qué forma y con qué instrumentales se dan por cumplidos éstos.

SEXTO: Que, asimismo, debe indicarse que la prueba personal introducida por los testigos tanto de cargo como de descargo ha sido debidamente merituada por el Órgano Jurisdiccional; en efecto, todos los testimonios, cuya reproducción y nueva valoración solicita que se efectúe la defensa del encausado en segunda instancia, ya fueron evaluados por el Juzgado competente, es decir, éstos ya han sido sometidos a las exigencias del acto oral, en el que rigen los principios de publicidad, oralidad, contradicción y, sobre todo, inmediación, negándose la posibilidad que el Colegiado Superior pueda efectuar un re - examen de ello, sólo en el entendido que no exista nueva prueba que pueda incidir en el valor probatorio que se le otorgó; en tal sentido, el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal no impide que en segunda instancia se efectué una evaluación o análisis sobre la prueba personal actuada en primera instancia, sino únicamente establece como exigencia -que pone de relieve la importancia de la inmediación en la actuación probatoria- que existan nuevas pruebas; que en el caso sub exámine el encausado pretendió introducir en segunda instancia material probatorio - testimonios - ya evaluado en primera instancia, por ello resulta arreglado a ley lo resuelto en el presente caso, más aún si mediante resolución de fojas ciento cuatro, de fecha ocho de julio de dos mil diez, la Sala Penal de Apelaciones declaró inadmisible los medios probatorios propuestos en segunda instancia por Méndez Cruz, por tanto, en este extremo también deviene en inatendible el presente motivo casacional invocado.

SÉPTIMO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. Que, respecto al recurrente no sólo no se ha definido aún su situación jurídica, sino que el presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, *a contrario sensu*, del nuevo Código Procesal Penal].

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por infracción de la ley penal material y falta de motivación de la sentencia, interpuesto por el encausado OSWALDO ROGER MÉNDEZ CRUZ contra la sentencia de vista de fojas ciento quince, del tres de agosto de dos mil diez, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cincuenta, del nueve de abril de dos mil diez, lo condenó por delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales L.E.S.Q., a diez años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado Oswaldo Roger Méndez Cruz; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

Ss.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CONTROL DE REGLAS DE CONDUCTA

38

EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA ES EL ENCARGADO DE DAR CUMPLIMIENTO A LAS REGLAS DE CONDUCTA IMPUESTAS EN UNA SENTENCIA CONDENATORIA (EJECUTAR SU CUMPLIMIENTO), MIENTRAS QUE EL MINISTERIO PÚBLICO ES QUIEN REALIZA EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES, DEBIENDO EJERCER VIGILANCIA SOBRE DICHO CUMPLIMIENTO

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial por inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal y falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación: determinar si es el Poder Judicial o Ministerio Público quien debe controlar el cumplimiento de las reglas de conducta.

Fundamento del recurso casatorio
"(…) la Fiscal Superior interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas ochenta y seis, contra la resolución antes aludida, invocando como causales inobservancia de garantía constitucional, falta de aplicación de la ley penal y procesal penal contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve incisos uno y tres del Código Procesal Penal; con el desarrollo de una doctrina jurisprudencial, enfocado a determinar que el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas estén a cargo del juez de la causa y no del representante del Ministerio Público que lo acusó".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"El Superior Tribunal, mediante resolución de fecha nueve de setiembre de dos mil diez, de fojas ochenta y dos, confirmó la recurrida en el extremo impugnado, argumentando que el control de la ejecución de las sentencias está a cargo del Ministerio Público, tratando de velar por el real cumplimiento de las sentencias; toda vez que, en el nuevo modelo procesal penal la situación jurídica del sentenciado puede variar de acuerdo al requerimiento que efectúe el Fiscal, previo el control de las reglas de conducta".

Fundamento de la casación
"(…) Cuando dicha función le corresponde únicamente, al Juez de investigación preparatoria, conforme a las normas antes citadas; más aún, cuando el propio artículo cincuenta y ocho del Código Penal en su numeral tercero, señala que la comparecencia del sentenciado para informar y justificar sus actividades se realiza ante el Juzgado, que en vigencia del Código Procesal Penal de dos mil cuatro correspondería al Juzgado de investigación Preparatoria".

"(…) el Colegiado Superior, (…) al inaplicar lo previsto en el artículo cincuenta y ocho del Código Penal; pretendió que el Ministerio Público ejecute el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas al sentenciado, otorgándole una función que no le correspondía, vulnerando el derecho a solicitar y obtener el cumplimiento materia de la sentencia definitiva, pues ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (…)".

"(…) el Ministerio Público es quien realiza el control de la ejecución de las sanciones (…)debe ejercer vigilancia sobre dicho cumplimiento conforme a sus atribuciones; contrario sensu, el Juez de la investigación preparatoria es quien tiene competencia para ejecutar el cumplimiento de las reglas de conducta, establecido en el inciso cuarto del artículo veintinueve del Código adjetivo; en concordancia con el artículo cincuenta y ocho del Código Penal -principalmente en el numeral tercero de dicho artículo: "Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades" (…)".

Base Legal: Const. Art. 139; NCPP: 29.4, 429.1.3, 488, 489.2; CP: Arts. 57, 58.3, 59

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 116-2010 (SENTENCIA)
CUSCO

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de mayo de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de garantía constitucional y falta de aplicación de la ley penal y procesal penal, interpuesto por el Fiscal Superior de Cusco, contra la sentencia de vista de fecha nueve de setiembre de dos mil diez, de fojas ochenta y dos, que confirmando la sentencia de primera instancia de fecha veintiuno de julio de dos mil diez, de fojas treinta y tres, en cuanto fijó como regla de conducta al sentenciado Víctor Salustio Poblete Garnica comparecer personal y obligatoriamente al local de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cusco que acusó, cada sesenta días y por todo el periodo de prueba, para justificar sus actividades así como firmar el libro respectivo de control.
Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Mediante sentencia de fecha treinta de diciembre de dos mil ocho, de fojas uno, se declaró fundada en parte la demanda sobre prestación alimentaria interpuesta por Juana Palomino Zuñiga, contra Víctor Salustio Poblete Garnica, ordenando el pago de trescientos nuevos soles mensuales como pensión alimentaria, confirmada mediante resolución de fecha diecinueve de mayo de dos mil nueve, de fojas cuatro. Habiéndose realizado y aprobado la liquidación de pensiones devengadas y no habiendo cumplido el demandado con realizar el pago de las mismas, se efectivizó el apercibimiento decretado mediante resolución de fecha seis de noviembre de dos mil nueve, de fojas ocho, en virtud del cual se remitió copias certificadas de autos a la Fiscal Provincial Penal.

SEGUNDO: El representante del Ministerio Público mediante audiencia de fecha tres de marzo de dos mil diez, conforme es de verse del acta de fojas trece, invitó a las partes a efectos de aplicar el principio de oportunidad; y al no llegar a un acuerdo, se procedió a promover la acción penal, emitiéndose la resolución de fecha diecisiete de junio de dos mil diez, de fojas catorce, luego de oído el control de acusación directa, se dictó el auto de enjuiciamiento de fecha dieciocho de junio de dos mil diez, de fojas diecinueve y citadas las partes a juicio oral, se llevó a cabo el mismo con arreglo a ley; emitiéndose con fecha veintiuno de julio de dos mil diez, de fojas treinta y tres, la sentencia de conformidad que falló aprobando el acuerdo de conclusión anticipada del proceso llevado a cabo entre las partes, y condenó a Víctor Salustio Poblete Garnica como autor del delito contra la Familia, en la modalidad de omisión de asistencia familiar, sub tipo incumplimiento de obligación alimentaria, en agravio de Juana Palomino Zuñiga, y como tal le impuso dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo de la condena; y fijó como reglas de conducta entre otras, que el sentenciado debe comparecer personal y obligatoriamente al local de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Cusco, que acusó cada sesenta días y por todo el periodo de prueba, para justificar sus actividades así como firmar el libro respectivo de control. Estando a ello, el representante del Ministerio Público, mediante escrito de fojas cuarenta y uno interpone recurso de apelación contra la sentencia de conformidad, en el extremo que dispone como regla de conducta, que el sentenciado debe comparecer personal y obligatoriamente al local de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Cusco, que acusó, cada sesenta días y por todo el periodo de prueba, para justificar sus actividades así como firmar el libro respectivo de control.

TERCERO: El Superior Tribunal, mediante resolución de fecha nueve de setiembre de dos mil diez, de fojas ochenta y dos, confirmó la recurrida en el extremo impugnado, argumentando que el control de la ejecución de las sentencias está a cargo del Ministerio Público, tratando de velar por el real cumplimiento de las sentencias; toda vez que, en el nuevo modelo procesal penal la situación jurídica del sentenciado puede variar de acuerdo al requerimiento que efectúe el Fiscal, previo el control de las reglas de conducta. Estando a ello, la Fiscal Superior interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas ochenta y seis, contra la resolución antes aludida, invocando como causales inobservancia de garantía constitucional, falta de aplicación de la ley penal y procesal penal contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve incisos uno y tres del Código Procesal Penal; con el desarrollo de una doctrina jurisprudencial, enfocado a determinar que el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas estén a cargo del juez de la causa y no del representante del Ministerio Público que lo acusó.

CUARTO: Que, el Tribunal Superior por resolución de fecha veinticuatro de setiembre de dos mil diez, de fojas ciento cinco, concedió el recurso de casación, y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, elevándose la causa con fecha veintinueve de setiembre de dos mil diez.

QUINTO: Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria de fecha dieciséis de diciembre de dos mil diez, de fojas dieciocho -del cuadernillo de casación-, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno y tres del Código Procesal Penal, con doctrina jurisprudencial.

SEXTO: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública - con las partes que asisten - se realizará por la Secretaria de Sala el día veinticinco de mayo de dos mil once.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Del ámbito de la casación:

PRIMERO: Como se estableció mediante Ejecutoria Suprema de fecha dieciséis de diciembre de dos mil diez, de fojas dieciocho -del cuadernillo de casación-, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso de casación

por las causales contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno y tres del Código Procesal Penal, con doctrina jurisprudencial, relativo a que según lo alegado por la Fiscal Superior, el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas en una sentencia están a cargo del juez de la causa y no del Fiscal que acusó.

SEGUNDO: Las penas privativas de libertad de corta duración, que no superen los cuatro años, pueden suspenderse en su ejecución, como una forma de tratamiento en libertad, según lo establecido en el artículo cincuenta y siete del Código Penal. Que, la suspensión de la ejecución de la pena, obliga al condenado a someterse a un determinado régimen de conducta, que deberá cumplir por un determinado lapso de tiempo.

TERCERO: Las reglas de conducta se identifican como determinadas normas mínimas, que el condenado deberá cumplir a fin de demostrar su voluntad positiva hacia su recuperación social, importante desde la perspectiva de la prevención especial; y, asimismo, se establece una serie de reglas que apuntan a asegurar el control de sus actos. Es por ello que, el artículo cincuenta y ocho del Código Penal contempla una serie de reglas qué deberá cumplir el condenado al suspender la ejecución de la pena impuesta; entre las cuales en su inciso tercero prevé que el sentenciado deberá comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades.

CUARTO: Asimismo, el artículo cincuenta y nueve del referido Código establece un catálogo de sanciones al condenado, cuando durante el periodo de suspensión no cumpliera con las reglas de conducta impuestas, sanciones que el Juzgador podrá imponer. Estas sanciones permiten al juzgador graduar la sanción, conforme a la gravedad del incumplimiento, el mismo que puede ser progresivo; esto es que el juez puede agotar todos los recursos sancionadores; llegando incluso hasta su revocatoria, lo cual es de carácter potestativo para el juzgador -pudiendo ser imperativo si es que el condenado cometiera un delito doloso durante el periodo de prueba-.

QUINTO: De otro lado, el artículo veintinueve del Código Procesal Penal prevé en su inciso cuarto que es competencia de los juzgados de la investigación preparatoria, conducir la etapa intermedia y la ejecución de la sentencia. Al respecto cabe precisar, que el artículo cuatrocientos ochenta y ocho del Código aludido establece que, corresponde al Ministerio Público el control de la ejecución de las sanciones penales en general, instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y formulando al Juez de la investigación preparatoria los requerimientos que fueren necesarios para la correcta aplicación de la ley. Así también, el inciso segundo del artículo cuatrocientos ochenta y nueve del Código adjetivo, señala que el juez de la Investigación preparatoria está facultado para resolver todos los incidentes que se susciten durante la ejecución de las sanciones, hará las comunicaciones dispuestas por la Ley y practicará las diligencias necesarias para su debido cumplimiento.

SEXTO: De lo expuesto precedentemente, tenemos que el Juez de la Investigación Preparatoria es competente para ejecutar las sentencias; y, el Ministerio Público es competente para controlar la ejecución de las sanciones impuestas en una sentencia; siendo así, podemos inferir que según el Diccionario de la Lengua Española el verbo controlar significa examinar y observar con atención para hacer una comprobación; y, ejecutar significa realizar una cosa o dar cumplimiento a un proyecto, encargo u orden; en consecuencia ambas palabras tienen un significado distinto.

SÉTIMO: **Del motivo casacional: Falta de aplicación de la ley penal y procesal penal:** Cabe señalar, que, el Colegiado Superior al confirmar la sentencia de fecha veintiuno de julio de dos mil diez, argumentó que tras la vigencia del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, se ha derogado tácitamente el artículo cincuenta y ocho del Código Penal; lo cual carece de veracidad, pues se encuentra vigente; toda vez que en el se describen cada una de las reglas que puede imponer el Juez en una condena condicional; asimismo, no consideró lo establecido en el artículo veintinueve del Código Procesal Penal, que contempla al Juez de la investigación Preparatoria como competente para ejecutar las sentencias; artículos que son aplicables al caso, en concordancia con los artículos cuatrocientos ochenta y ocho, y cuatrocientos ochenta y nueve del Código adjetivo; siendo así, se advierte que el A quem inaplicó el artículo cincuenta y ocho del Código Penal y veintinueve del Código Procesal Penal; aunado a ello, realizó una errónea interpretación de lo previsto en el artículo cuatrocientos ochenta y ocho del precitado Código; al considerar como función del Ministerio Público dar cumplimiento de las reglas de conducta impuestas al sentenciado; cuando dicha función le corresponde únicamente, al Juez de investigación preparatoria, conforme a las normas antes citadas; más aún, cuando el propio artículo cincuenta y ocho del Código Penal en su numeral tercero, señala que la comparecencia del sentenciado para informar y justificar sus actividades se realiza ante el Juzgado -que en vigencia del Código Procesal Penal de dos mil cuatro correspondería al Juzgado de investigación Preparatoria-.

OCTAVO: **Del motivo casacional: Inobservancia de garantía constitucional:** Que, la tutela jurisdiccional efectiva, es una garantía que despliega sus efectos en tres momentos distintos; primero en el acceso a la justicia; segundo,

una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Esto es, acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia (Gonzales Pérez, Jesús, El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, mil novecientos ochenta y cinco, página veintisiete). Siendo así, el Colegiado Superior, conforme se ha establecido en el considerando sétimo de la presente; al inaplicar lo previsto en el artículo cincuenta y ocho del Código Penal; pretendió que el Ministerio Público ejecute el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas al sentenciado, otorgándole una función que no le correspondía, vulnerando el derecho a solicitar y obtener el cumplimiento materia de la sentencia definitiva, pues ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos; conforme así lo prevé el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado.

NOVENO: Del motivo casacional: Desarrollo de la doctrina jurisprudencial: Estando a lo antes expuesto, tenemos que no es correcto determinar que el Ministerio Público sea el encargado de dar cumplimiento a las reglas de conducta impuestas en una sentencia condenatoria, pues como lo dispone el artículo cuatrocientos ochenta y ocho del Código Procesal Penal, el Ministerio Público es quien realiza el control de la ejecución de las sanciones; siendo así, debe ejercer vigilancia sobre dicho cumplimiento conforme a sus atribuciones; contrario sensu, el Juez de la investigación preparatoria es quien tiene competencia para ejecutar el cumplimiento de las reglas de conducta, establecido en el inciso cuarto del artículo veintinueve del Código adjetivo; en concordancia con el artículo cincuenta y ocho del Código Penal -principalmente en el numeral tercero de dicho artículo: "Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades"-, tanto más si el Juez está facultado para resolver los incidentes que se susciten durante la ejecución de las sanciones; siendo así, el sentenciado deberá comparecer al Juzgado de Investigación preparatoria para justificar sus actividades y donde deberá de firmar el libro de control respectivo.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de garantía constitucional y falta de aplicación de la ley penal y procesal penal, interpuesto por el Fiscal Superior de Cusco, en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha nueve de setiembre de dos mil diez, de fojas ochenta y dos, que confirmando la sentencia de primera instancia de fecha veintiuno de julio de dos mil diez, de fojas treinta y tres, en cuanto fijó como regla de conducta al sentenciado Víctor Salustio Poblete Garnica comparecer personal y obligatoriamente al local de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cusco que acusó, cada sesenta días y por todo el periodo de prueba, para justificar sus actividades así como firmar el libro respectivo de control.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fojas treinta y tres, que dispone respecto de la regla de conducta anteriormente indicada, que el condenado asista personal y obligatoriamente al local de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cusco que acusó, cada sesenta días y por todo el periodo de prueba, para justificar sus actividades así como firmar el libro respectivo de control; reformándola: **ORDENARON** que el condenado asista al Juzgado de la investigación Preparatoria cada sesenta días y por todo el periodo de prueba, para justificar sus actividades así como firmar el libro respectivo de control.

III. ESTABLECIERON de conformidad con lo previsto en el numeral cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, que el cumplimiento de las reglas de conducta están a cargo del juez de la causa.

IV. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique como corresponde. Hágase saber.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN: EXENCIÓN DE PENA EN DELITOS TRIBUTARIOS

39

LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA (PAGO TOTAL DE LA DEUDA TRIBUTARIA) SEA VOLUNTARIA (AUTODENUNCIA) Y ANTES QUE LA FISCALÍA INICIE DILIGENCIAS PRELIMINARES O QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EMITA UN REQUERIMIENTO ESPECÍFICO, ES CAUSAL DE EXENCIÓN DE PENA RESPECTO A LA COMISIÓN DE UN DELITO TRIBUTARIO

Causal de Admisibilidad
La sentencia se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) el encausado (...) alega que el extremo del auto de vista que cuestiona se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario número 2-2009/CJ-116 de fecha trece de noviembre de dos mil nueve, por cuanto, convierte el segundo párrafo del apartado doce del referido acuerdo plenario, que desarrolla el contenido del concepto de "requerimiento" en dos conceptos, hechos, circunstancias o razones distintas (requerimiento y referencia), cuando es solo una, esto es, el requerimiento específico, vinculado a un delito tributario concreto y enmarcado temporalmente".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"(...) no se advierte la presencia de ningún requerimiento específico vinculado a un delito tributario concreto (es decir expresamente referido), enmarcado temporalmente (...) De modo tal que los requerimientos genéricos efectuados por la SUNAT en este concreto caso, no cumplían las exigencias precisadas por el máximo Tribunal (...). Pero la Resolución (...) de tres de marzo de dos mil nueve contenía referencia concreta a conductas de interés delictivo (vg. Realización de operaciones inexistentes y uso de documentos falsos); así lo glosa el propio interesado en el esquema que ha confeccionado (...)".

"(...) la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (...) revocó la resolución de primera instancia (...) – que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción y ordenó el sobreseimiento del proceso seguido contra Víctor Enrique Linares Silva por la presunta comisión del delito de defraudación tributaria, en agravio de la SUNAT-; y reformándola, declararon improcedente dicha excepción, así como el sobreseimiento de la causa (...)".

Fundamento de la casación
"(...) de los actos de administración tributaria anotados, no se advierte que antes de que la empresa haya realizado el total del pago de la deuda tributaria – treinta y uno de octubre de dos mil siete-, se le haya notificado requerimiento específico, vinculado a un delito tributario concreto, enmarcado temporalmente o en el que se realice referencia a las conductas delictivas que le dan por su naturaleza relevancia penal, o se haya iniciado la investigación penal respectiva, por tanto, corresponde en el presente caso, la aplicación de la exención de pena prevista en el artículo ciento ochenta y nueve del Código Tributario, sin perjuicio de indicar, que el fundamento del auto de vista por el cual se concluye que no es aplicable al caso in comento la exención de pena, resulta contrario a la doctrina legal establecida en el Acuerdo Plenario número 02-2009/CJ-116 (...)".

Base Legal: NCPP: Arts. 425.4, 429.5, 430.1, 431.4; CP: Art. 27; AP: Nº 02-2009/CJ-116; D.L. Nº 813: Arts. 1, 4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 128-2010 (SENTENCIA)
AREQUIPA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de agosto de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la República interpuesta por el encausado Víctor Enrique Linares Silva contra la resolución de vista de fecha veinte de mayo de dos mil diez, obrante a fojas ochocientos dieciocho, en el extremo que revocó la resolución número cuarenta y tres de fecha dieciocho de noviembre de dos mil nueve, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción y ordenó el sobreseimiento del proceso seguido en su contra por la presunta comisión del delito de defraudación tributaria, en agravio de la SUNAT, y ordenó el archivo definitivo de la causa en dicho extremo; y reformándola, declararon improcedente dicha excepción; interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, emitió la resolución número cuarenta y tres de fecha dieciocho de noviembre de dos mil nueve, obrante a fojas seiscientos catorce, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida

por Víctor Enrique Linares Silva, y sobreseído el proceso que se le sigue por el delito de defraudación tributaria, previsto en los artículos uno y cuatro del Decreto Legislativo número ochocientos trece, concordante con el artículo veintisiete del Código Penal, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la SUNAT, con lo demás que contiene; resolución judicial contra la cual el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación (ver fojas seiscientos sesenta y tres).

SEGUNDO: Que, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, previo trámite de audiencia, emitió la resolución número cincuenta y cinco de fecha veinte de mayo de dos mil diez, obrante a fojas ochocientos dieciocho, que entre otros, revocó la resolución de primera instancia número cuarenta y tres de fecha dieciocho de noviembre de dos mil nueve -que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción y ordenó el sobreseimiento del proceso seguido contra Víctor Enrique Linares Silva por la presunta comisión del delito de defraudación tributaria, en agravio de la SUNAT-; y reformándola, declararon improcedente dicha excepción, así como el sobreseimiento subsecuente de la causa; decisión judicial contra la cual el encausado Víctor Enrique Linares Silva interpuso recurso de casación que fue declarado admisible mediante resolución superior de fecha veinticuatro de agosto de dos mil diez, obrante a fojas ochocientos sesenta y dos.

TERCERO: Que, mediante Ejecutoria Suprema de calificación de casación, de fecha veinticuatro de febrero de dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho del cuadernillo formado en esta instancia, se declaró bien concedido el recurso de casación por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia, prevista en el inciso cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal, y cumplido el trámite previsto en el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y uno del referido Texto legal, sin que las partes procesales hayan presentado alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo en la fecha la audiencia de casación conforme a los términos que constan en el acta correspondiente.

CUARTO: Que, deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación en la fecha, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan-, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Nuevo Código Procesal Penal, el día treinta y uno de agosto de dos mil once, a las ocho horas con cuarenta y cinco minutos.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fecha veinticuatro de febrero de dos mil once -calificación de casación-, obrante a fojas treinta y ocho del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al presunto apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la República (Acuerdo Plenario número 2-2009/CJ-116) en el auto de vista de fecha veinte de mayo de dos mil diez, respecto al extremo de la solicitud de excepción de improcedencia de acción del investigado Víctor Enrique Linares Silva, en el proceso que se le sigue por el delito de defraudación tributaria, en agravio del Estado.

SEGUNDO: Que, el encausado Víctor Enrique Linares Silva en su recurso de casación de fojas ochocientos cuarenta y nueve, alega que el extremo del auto de vista que cuestiona se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario número 2-2009/CJ-116 de fecha trece de noviembre de dos mil nueve, por cuanto, convierte el segundo párrafo del apartado doce del referido acuerdo plenario, que desarrolla el contenido del concepto de "requerimiento" en dos conceptos, hechos, circunstancias o razones distintas (requerimiento y referencia), cuando es solo una, esto es, el requerimiento específico, vinculado a un delito tributario concreto y enmarcado temporalmente.

Indica que en el auto de vista en cuestión se estableció lo siguiente: que *"Apreciando el contenido de los actos de administración tributaria en relación a ambos periodos fiscalizados, no se advierte la presencia de ningún requerimiento específico vinculado a un delito tributario concreto (es decir expresamente referido), enmarcado temporalmente (...) De modo tal que los requerimientos genéricos efectuados por la SUNAT en este concreto caso, no cumplían las exigencias precisadas por el máximo Tribunal de Justicia de la República como cuestiones vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales del País"*; sin embargo, a pesar de ello, con una interpretación diferente a la señalada en la doctrina jurisprudencial se crea un tercer nivel: La Referencia a conductas delictivas, motivo por el cual, al particular parecer de la sala Penal Superior, se indica que la Resolución número 052-03-0000689 del tres de marzo de dos mil (Resolución de Determinación) contiene una referencia a una conducta de interés delictivo, así se observa del punto 3.10.5 en donde se consignó que *"Pero, la Resolución número 052-03-0000689 de tres de marzo de dos mil nueve contenía referencia concreta a conductas de interés delictivo (vg. Realización de operaciones inexistentes y uso de documentos falsos); así lo glosa el propio interesado en el esquema que ha confeccionado"*.

Es en base a esta segunda forma de Bloqueo de Regularización "La Referencia" que deduce la Sala Superior Penal, que establece a su criterio, que no operaría la eximente de punición, por lo cual declara fundada la apelación interpuesta y declara improcedente la excepción de improcedencia de acción deducida por el recurrente; sin embargo, no se tuvo en cuenta, que conforme al artículo ciento ochenta y nueve del Código Tributario, para que opere la excusa absolutoria, se tiene que producir sólo dos supuestos: **i)** regularización de la situación tributaria antes de la investigación fiscal; hecho que en el caso se ha cumplido, por cuanto, canceló la deuda tributaria el treinta y uno de octubre de dos mil siete, mientras que la formalización de la investigación preparatoria aconteció el seis de noviembre de dos mil ocho; y **ii)** regularización de la situación tributaria antes de un Requerimiento de la SUNAT, específico, vinculado a un delito concreto y enmarcado temporalmente; lo que se cumplió, debido a que no se le remitió requerimiento alguno con las características indicadas; por tanto, la Sala Penal Superior creó un supuesto distinto "Referencia en Resolución" que no debe ser tomado en cuenta, por no encontrarse establecido en la Ley Tributaria y el Acuerdo Plenario respectivo.

TERCERO: Que, el Acuerdo Plenario número 2- 2009/CJ-116 de fecha trece de noviembre de dos mil nueve, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece –de importancia para el presente caso- como doctrina legal respecto al tema de regularización tributaria lo siguiente: **a)** el artículo ciento ochenta y nueve del Código Tributario, modificado por la Ley número veintisiete mil treinta y ocho, incorpora una causa material de exclusión de pena concebida procesalmente como un impedimento procesal, cuyo efecto es, de un lado, excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, y, de otro lado, impedir la iniciación del proceso penal, prescribiendo la citada norma, en sus párrafos segundo, tercero y cuarto que *"No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y periodo en que se realizaron las conductas señaladas", "La improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización" y "Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las Multas"*; **b)** la regularización tributaria, en aras de alentar la regularización tributaria y su propia eficacia, y acudiendo a un argumento "a Fortiori", abarca tanto el conjunto de delitos comprendidos en la Ley Penal Tributaria, en tanto en cuanto perjudiquen la Hacienda Pública: omisión del pago de tributos debidos u obtención efectiva de beneficios tributarios – entendidos ampliamente, en cuya virtud se comprende a todos los mecanismos que por el resultado disminuyen o eliminan la carga tributaria, como por imperio del tercer párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Tributario "..las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización". La extensión de la impunidad, en estos casos, sólo puede admitirse en la medida en que éstas carezcan de autonomía punitiva frente a los delitos tributarios; es decir, aquellas irregularidades contables y falsedades realizadas con finalidad y efectos exclusivos de tipo tributario; **c)** La regularización tributaria está sujeta a dos requisitos esenciales: **i)** la regularización o actuación voluntaria a través de una autodenuncia; esta exigencia o condicionante temporal plantea que la regularización se realice en forma voluntaria o espontánea, la que debe concretarse antes de la intervención de la autoridad tributaria o penal. De otro lado, la regularización no necesariamente debe ser obra del obligado; además, los motivos internos que determinan la regularización no son relevantes, sólo lo es el momento en que tiene lugar; **ii)** el pago total de la deuda tributaria o devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente; no sólo se trata de que se formule una autodenuncia a través de una declaración rectificatoria, sino de que pague efectivamente la deuda tributaria o efectúe la devolución correspondiente; **d)** El delito tributario, desde la reforma de la Ley Penal Tributaria por el Nuevo Código Procesal Penal – en especial del artículo ocho- es un delito de persecución pública a cargo del Ministerio Público, aunque con la necesaria intervención de la autoridad administrativa tributaria. A partir de esas modificaciones tiene sentido que la regularización pueda realizarse: **(i)** antes que la Fiscalía inicie diligencias preliminares de averiguación sobre la posible comisión de un delito tributario – no necesariamente, como era antes de la reforma, una denuncia por delito tributario debe ser de previo conocimiento de la autoridad tributaria, aunque su ulterior intervención es preceptiva-; y, en su defecto – ante la inexistencia de la intervención de la Fiscalía, del inicio de actuaciones de averiguación-, **(ii)** antes que el Órgano Administrador del Tributo notifique un requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas presuntamente delictivas señaladas. El requerimiento de la administración tributaria debe ser específico, vinculado a un delito tributario concreto, enmarcado temporalmente. El bloqueo a la regularización necesita de un requerimiento expreso en cuanto al delito presuntamente cometido o la referencia a las conductas delictivas que le dan por su naturaleza relevancia penal; y **e)**

la única causa material de exclusión de punibilidad es aquella, referida a la regularización tributaria y ésta importa no el aplazamiento o el fraccionamiento del pago sino su total cancelación. Esta exigencia es compatible con la finalidad de política fiscal de toda regularización tributaria, que persigue que se paguen los tributos, no sólo que espontánea o voluntariamente se indique el faltante, única posibilidad que haría cesar la necesidad de pena.

CUARTO: Que, en concreto, es de relevancia precisar que el Acuerdo Plenario número 2-2009/CJ-116 determina que la regularización tributaria (pago total de la deuda tributaria) es causal de exención de pena respecto a la comisión de un delito tributario, si se realiza voluntariamente (autodenuncia) y antes que la Fiscalía inicie diligencias preliminares de averiguación sobre la posible comisión de un delito tributario o que el Órgano Administrador del Tributo notifique un requerimiento específico, vinculado a un delito tributario concreto, enmarcado temporalmente o en cuyo requerimiento se realice referencia a las conductas delictivas que le dan por su naturaleza relevancia penal.

QUINTO: Que, el sustento fáctico de imputación fiscal respecto al acusado Víctor Enrique Linares Silva, está referido a que mediante formularios ciento cincuenta y ocho, números 3771809 y 607772 correspondientes a los periodos tributarios de abril y octubre de mil novecientos noventa y ocho, respectivamente, la empresa A & D Ingenieros E.I.R.L. (de la cual es el Gerente), declaró y usó el crédito proveniente de las facturas emitidas por la Asociación Villa Médica números 001-72 y 001-77, presentadas el veintidós de mayo de mil novecientos noventa y ocho; y las facturas números 001-133, 001-134, 001-136, 001-139 y 001-141, presentadas el dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, facturas que corresponden a alquiler de maquinaria y asesoría técnica, beneficiándose de crédito fiscal indebidamente; conducta que ha sido encuadrada en los artículos uno y cuatro del Decreto Legislativo número ochocientos trece – Ley Penal Tributaria-, concordante con el artículo veintisiete del Código Penal, en agravio del Estado.

SEXTO: Que, revisado el auto de vista cuestionado, se advierte que se consigna el esquema del historial del proceso de fiscalización en vía administrativa efectuado por SUNAT a la empresa A & D Ingenieros E.I.R.L., de donde se advierte lo siguiente: **i)** el treinta y uno de enero de dos mil, se le notificó a la empresa la orden de fiscalización por el periodo de enero a diciembre de dos mil ocho, así como se le exigió la exhibición de documentos; **ii)** el dos de febrero de dos mil, se le comunicó a la empresa que la intervención se efectuará en su domicilio fiscal, y se exigía la presentación de documentación adicional; **iii)** el dieciséis de febrero de dos mil, la empresa presenta la declaración rectificatoria correspondiente al mes de abril de mil novecientos noventa y ocho; **iv)** el dieciocho de febrero de dos mil, la empresa presenta la declaración rectificatoria correspondiente al mes de octubre de mil novecientos noventa y ocho; **v)** el tres de marzo de dos mil, mediante resolución número 052-03-0000689, se le notifica a la empresa la Resolución de Determinación, en la que se señala que ésta se emite por utilizar comprobantes de pago que corresponden a operaciones no reales; y mediante resolución número 052-02-0000706 se le multa por haber incluido datos falsos en la declaración tributaria; **vi)** el catorce de abril de dos mil, mediante Resolución de Intendencia número 051-4-01492 se declaró procedente la solicitud de fraccionamiento de la deuda por un total de noventa y cuatro mil doscientos veinte nuevos soles, la que fue fraccionada en setenta y dos cuotas; **vii)** el veintiuno de diciembre de dos mil uno, mediante Resolución de Intendencia número 051-4-04013, se resuelve considerar válido el acogimiento al Régimen Especial de Fraccionamiento (REFT) por un número de ciento veinte cuotas; **viii)** el catorce de enero de dos mil tres, mediante Resolución de Intendencia número 051-4-05174, se resolvió declarar válido el acogimiento a la Ley de Reactivación a través del sinceramiento de las Deudas Tributarias (RESIST), por un total de ciento veinte cuotas; y **ix)** el treinta y uno de octubre de dos mil siete, la empresa cumple con la cancelación total de la deuda tributaria.

SÉTIMO: Que, siendo ello así, de los actos de administración tributaria anotados, no se advierte que antes de que la empresa haya realizado el total del pago de la deuda tributaria –treinta y uno de octubre de dos mil siete-, se le haya notificado requerimiento específico, vinculado a un delito tributario concreto, enmarcado temporalmente o en el que se realice referencia a las conductas delictivas que le dan por su naturaleza relevancia penal, o se haya iniciado la investigación penal respectiva; por tanto, corresponde en el presente caso, la aplicación de la exención de pena prevista en el artículo ciento ochenta y nueve del Código Tributario; sin perjuicio de indicar, que el fundamento del auto de vista por el cual se concluye que no es aplicable al caso in comento la exención de pena, resulta contrario a la doctrina legal establecida en el Acuerdo Plenario número 02-2009/CJ-116, por cuanto, la Resolución número 052-03-0000689 de fecha tres de marzo de dos mil, está referida a una resolución de determinación de deuda, emitida debido a las declaraciones rectificatorias de la empresa A & D Ingenieros E.I.R.L. correspondientes a los meses de abril y octubre de dos mil ocho (periodos tributarios cuestionados), por cuya razón se precisa en la misma, que es

emitida por utilizar comprobantes de pago que corresponden a operaciones no reales, lo cual, no constituye un requerimiento con la forma legal previamente anotada; más aún, si se tiene en cuenta, que como se ha referido anteriormente, en aras de alentar la regularización tributaria y su propia eficacia, y acudiendo a un argumento *"a Fortiori"*, abarca tanto el conjunto de delitos comprendidos en la Ley Penal Tributaria, en tanto y en cuanto perjudiquen la Hacienda Pública: omisión del pago de tributos debidos u obtención efectiva de beneficios tributarios – entendidos ampliamente, en cuya virtud se comprende a todos los mecanismos que por el resultado disminuyen o eliminan la carga tributaria, como por imperio del tercer párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Tributario "..las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización". La extensión de la impunidad, en estos casos, sólo puede admitirse en la medida en que éstas carezcan de autonomía punitiva frente a los delitos tributarios; es decir, aquellas irregularidades contables y falsedades realizadas con finalidad y efectos exclusivos de tipo tributario, lo cual aconteció en el caso *sub examine.*

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la República, interpuesto por el encausado Víctor Enrique Linares Silva.

II. En consecuencia: **revocaron** el auto de vista de fecha veinte de mayo de dos mil diez, obrante a fojas ochocientos dieciocho, en el extremo que revocando la de primera instancia de fecha dieciocho de noviembre de dos mil nueve, obrante a fojas seiscientos catorce, declaró improcedente la excepción de improcedencia de acción deducida por el encausado Víctor Enrique Linares Silva, en el proceso que se le sigue por el delito de defraudación tributaria, en agravio del Estado; y **reformándolo**: declararon **FUNDADA** la excepción de improcedencia de acción a favor del encausado Víctor Enrique Linares Silva; y declararon el **SOBRESEIMIENTO** del proceso en el extremo que se le imputa al acusado Víctor Enrique Linares Silva, la comisión del delito de defraudación tributaria, previsto en los artículos uno y cuatro del Decreto Legislativo número ochocientos trece, concordante con el artículo veintisiete del Código Penal, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público a cargo de los asuntos de la SUNAT;

III. ORDENARON el archivo definitivo de la causa respecto al extremo materia de pronunciamiento.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

JUICIO DE TIPICIDAD: DELITO DE EXTORSIÓN Y ROBO

40 **SI BIEN LOS DELITOS DE EXTORSIÓN Y ROBO COMPRENDEN DENTRO DE SU ESTRUCTURA LOS MISMOS MEDIOS TÍPICOS (VIOLENCIA Y AMENAZA), SIN EMBARGO SON EXCLUYENTES ENTRE SI POR SU VERBO RECTOR**

Causal de Admisibilidad
Errónea interpretación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Fundamento del recurso casatorio
"La defensa del encausado Cueva Jibaja interpuso recurso de casación (...) alegando lo siguiente: i) que existen deficiencias en la sentencia impugnada al definir el elemento típico y propio de la conducta extorsiva (...); ii) que existía una errónea interpretación del artículo doscientos del Código Penal (...); iii) que se le ha condenado en base a una responsabilidad objetiva (...); iv) que se violó el principio de proporcionalidad de la pena, al no fijarse la pena concreta a su patrocinado por debajo del mínimo legal (...)".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"(...) haciendo el juicio de tipicidad (...) se concluye que estos configuran el delito de extorsión y no de robo agravado, como sostiene la defensa".

"Que, si bien inicialmente mediante el ejercicio de fuerza suficiente contra la victima dada su condición de mujer, se logró sustraer sus tarjetas con el fin de sacar el dinero que tenía en las mismas (...); sin embargo, al haberla llevado hasta el supermercado Plaza Vea para que retire dinero en ese lugar (...); de donde resulta evidente que no estamos ante un supuesto de apoderamiento de los bienes por parte de los sujetos activos, sino ante un acto de disposición por parte de la víctima".

Fundamento de la casación
"(...) estando a la forma y circunstancias de la comisión de los acontecimientos, se llega a establecer que concurren los elementos objetivos y configurativos del delito de extorsión, habida cuenta que los encausados (...) usando como modos facilitadores la vis compulsiva o intimidación obligaron con amenazas a la agraviada (...) a hacer la entrega de ventaja patrimonial económica (...). Que, a diferencia del delito de robo, la acción se consuma cuando se produce el apoderamiento en forma ilegitima de un bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, e igualmente concurren los medios facilitadores vis compulsiva y vis absoluta, pero en este caso, el apoderamiento es entendido como arrebato y posterior huida del agente del delito, usando igualmente la violencia para doblegar la capacidad defensiva de la víctima, situación que no concurre en el delito de extorsión, puesto que en este ilícito el sujeto activo usa la coacción como medio, por lo que el verbo rector es el "obligar a otro", de donde se colige que estos delitos son excluyentes entre sí".

Base Legal: Const.: Art. 139.5; NCPP: Arts. 109, 184-188, 220.2, 220.5, 330, 425.4, 427.4, 429.1.4, 431.4, 433.3, 459-467, 462.3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 145-2010 (SENTENCIA)
LAMBAYEQUE

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diez de noviembre de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el **recurso de casación** formulada por "errónea interpretación del artículo doscientos del Código Penal" en la sentencia, interpuesto por el encausado Víctor Ricardo Cueva Jibaja, contra la sentencia de vista de fojas ochenta y uno, del uno de octubre de dos mil diez, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas treinta y cuatro, del veintiséis de junio de dos mil diez, que lo condenó como autor del delito contra el Patrimonio en la modalidad de extorsión, en agravio de Dora Silvia Díaz Gutiérrez, a diez años de pena privativa de libertad y fijó en la suma de mil nuevos soles el pago por concepto de reparación civil a favor de la agraviada. Interviene como ponente el señor Zecenarro Mateus.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del Itinerario de la causa en primera instancia

PRIMERO: El encausado Víctor Ricardo Cueva Jibaja fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Que el señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas uno, de fecha dieciséis de febrero de dos mil diez, formuló acusación contra el precitado por el delito contra el Patrimonio en la modalidad de extorsión agravada, en agravio de Dora Silvia Díaz Gutiérrez.

Que, a fojas diez obra el acta de la audiencia preliminar de control de la acusación, llevada a cabo por el Juez de la Investigación Preparatoria. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado con fecha treinta y uno de mayo de dos mil diez y obra a fojas diecinueve.

SEGUNDO: Seguido el juicio de primera instancia -como se advierte de las actas de fojas treinta y siguientes-, el Juzgado Penal Colegiado dictó sentencia de fojas treinta y seis, del veintiuno de junio de dos mil diez, que condenó a Víctor Ricardo Cueva Jibaja como autor del delito contra el Patrimonio en la modalidad de extorsión, en agravio de Dora Silvia Díaz Gutiérrez, a diez años de pena privativa de libertad y fijó en la suma de mil nuevos soles el pago por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.

Contra la referida sentencia la defensa técnica del mencionado encausado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas cincuenta y ocho. Este recurso fue concedido por auto de fojas sesenta y seis, del treinta de junio de dos mil diez.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

TERCERO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, culminada la fase de traslado de la impugnación y no habiendo ofrecido las partes nuevas pruebas, las emplazó a fin que concurran a la audiencia de apelación de sentencia mediante resolución de fojas ochenta, del veintitrés de marzo de dos mil diez. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas sesenta y nueve, del uno de setiembre de dos mil diez, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas ochenta y uno, del uno de octubre de dos mil diez.

CUARTO: La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad, confirmó en todos los extremos la sentencia de primera instancia.

III. Del Trámite del recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado Cueva Jibaja.

QUINTO: Leída la sentencia de vista, la defensa del encausado Cueva Jibaja interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ochenta y seis, justificando su impugnación en las causales previstas en los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal "inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal" y "errónea interpretación de la ley penal"; alegando lo siguiente: **i)** que existen deficiencias en la sentencia impugnada al definir el elemento típico y propio de la conducta extorsiva; pues no se precisó si la conducta desplegada fue mediante el empleo de violencia o amenaza; **ii)** que existió una errónea interpretación del artículo doscientos del Código Penal, pues el ánimo de su patrocinado fue el de robar y no el de extorsionar; **iii)** que se le ha condenado en base a una responsabilidad objetiva, la cual se encuentra proscrita por el artículo VII del Título Preliminar del acotado Código; **iv)** que se violó el principio de proporcionalidad de la pena, al no fijarse la pena concreta a su patrocinado por debajo del mínimo legal y a partir de allí aplicarse los beneficios que por confesión sincera y conclusión anticipada del proceso le correspondían.

Concedido el recurso por auto de fojas noventa y uno, del veintiuno de octubre de dos mil diez, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha dos de noviembre de dos mil diez.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del tres de marzo de dos mil once, obrante en el cuaderno de casación, en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso de casación por la causal de "errónea interpretación de la ley penal" y concretamente lo referido a la "interpretación del artículo doscientos del código penal", prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaría de la Sala el día veintiuno de noviembre a horas nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

PRIMERO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. Que, estando a los hechos aceptados por el encausado y haciendo el juicio de tipicidad, que corresponde, se concluye que éstos configuran el delito de extorsión y no de robo agravado, como sostiene la defensa.

B. Que, si bien inicialmente mediante el ejercicio de fuerza suficiente contra la víctima dada su condición de mujer, se logró sustraer sus tarjetas con el fin de sacar el dinero que tenía en las mismas, para lo cual la obligaron bajo amenaza de entregarla al sujeto conocido con el apelativo de "diablo" para que atentara contra su vida; sin embargo, al haberla llevado hasta el supermercado Plaza Vea para que retire dinero en ese lugar, la tenían controlada por medio de su teléfono celular, siendo obligada posteriormente a solicitar un adelanto de su sueldo para cumplir con las exigencias de los autores de los hechos; de donde resulta evidente que no estamos ante un supuesto de apoderamiento de los bienes por parte de los sujetos activos, sino ante un acto de disposición por parte de la víctima.

C. Que, los actos ejercidos contra la víctima han sido suficientes para lograr el dominio de su voluntad, situación que se ha revelado más aún con la declaración de Roxana Elizabeth Chero Salvador y con la prueba pericial -evaluación psicológica- actuada durante los debates orales.

II. Evaluación del motivo casacional

SEGUNDO: Que, de la evaluación de lo actuado, se advierte que las sentencias de primera y segunda instancia han sido resueltas con arreglo a ley; pues los hechos descritos en la acusación fiscal de fojas uno, constituyen delito de secuestro en su modalidad agravada, conforme a lo descrito en el quinto párrafo, literal b) del artículo doscientos del Código Penal, al haberse cometido los hechos con la participación de dos o más personas. En ese sentido, estando a la forma y circunstancias de la comisión de los acontecimientos, se llega a establecer que concurren los elementos objetivos y configurativos del delito de extorsión, habida cuenta que los encausados Víctor Ricardo Cueva Jibaja y Eduardo Enrique Bazán Salazar, usando como modos facilitadores la *vis compulsiva* o intimidación obligaron con amenazas a la agraviada Dora Silvia Díaz Gutiérrez a hacer la entrega de ventaja patrimonial económica, consistente en suma de dinero y la compra de un celular. Que, a diferencia del delito de robo, la acción se consuma cuando se produce el apoderamiento en forma ilegítima de un bien mueble, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, e igualmente concurren los medios facilitadores *vis compulsiva* y *vis absoluta*, pero en este caso, el apoderamiento es entendido como arrebato y posterior huida del agente del delito, usando igualmente la violencia para doblegar la capacidad defensiva de la víctima, situación que no concurre en el delito de extorsión, puesto que en este ilícito el sujeto activo usa la coacción como medio, por lo que el verbo rector es el "obligar a otro", de donde se colige que estos delitos son excluyentes entre sí.

TERCERO; En arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. Que, respecto al recurrente no sólo no se ha definido aún su situación jurídica, sino que el presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, a *contrario sensu*, del nuevo Código Procesal Penal].

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación formulado por "errónea interpretación del artículo doscientos del Código Penal" en la sentencia, interpuesto por el encausado Víctor Ricardo Cueva Jibaja, contra la sentencia de vista de fojas ochenta y uno, del uno de octubre de dos mil diez, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas treinta y cuatro, del veintiséis de junio de dos mil diez, que lo condenó como autor del delito contra el Patrimonio en la modalidad de extorsión, en agravio de Dora Silvia Díaz Gutiérrez, a diez años de pena privativa de libertad y fijó en la suma de mil nuevos soles el pago por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al encausado Víctor Ricardo Cueva Jibaja; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Intervienen los señores Jueces Supremos Zecenarro Mateus y Santa María Morillo, por licencia de los señores Jueces Supremos Rodríguez Tineo y Neyra Flores, respectivamente.-

Ss.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
CALDERÓN CASTILLO
ZECENARRO MATEUS
SANTA MARÍA MORILLO

PRUEBA: INDEBIDA VALORACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR

41

CUANDO NO SE ACTÚA PRUEBA EN SEDE SUPERIOR, EL TRIBUNAL NO PODRÁ VALORAR LAS ACTUACIONES REALIZADAS EN EL JUICIO DE PRIMERA INSTANCIA, SALVO QUE EXISTAN "ZONAS ABIERTAS" QUE PERMITAN EFECTUAR UN CONTROL DE LA ESTRUCTURA RACIONAL DEL CONTENIDO DE LA PRUEBA

Causal de Admisibilidad
Inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: debida motivación.

Fundamento del recurso casatorio
"El Fiscal Superior (...) fundamentó su recurso de casación (...) alegando que: i) existen contradicciones en la fundamentación para absolver al encausado, pues es inaceptable que el Tribunal Superior señale que existen graves infracciones a las normas procesales y por ello proceder a absolver, dado que en tales supuestos lo correcto es la declaración de nulidad para que otro Colegiado de primera instancia corrija los errores y emita nueva sentencia, previo juicio oral".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"(...) se limita a enumerar una serie de vicios de valoración; es decir, transgresión del derecho a la prueba en cuanto no se habría admitido medios de prueba necesarios para el proceso y la falta de actuación de oficio de otros, tales como la citación a Médicos que determinen de manera concreta el tratamiento médico y sus efectos de la enfermedad venérea de la cual sufría el sentenciado (...)".

Fundamento de la casación
"(...) siendo el caso que, dichos argumentos ameritan más que una absolución, la nulidad de la sentencia de segunda instancia".

"En consecuencia, la resolución cuestionada mediante el recurso de casación no está fundada en derecho, pues no existe en el presente caso las denominadas "zonas abiertas" que permitan la valoración de los medios de prueba actuados en la primera instancia, produciendo la obligación de anularla y ordenar al Tribunal Superior emita una decisión conforme a lo expresado en esta Suprema Instancia".

Base Legal: NCPP: Arts. 220.2.5, 330, 422.5, 425.4, 431.1.4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 153-2010 (SENTENCIA)
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintidós de noviembre de dos mil once .-

VISTOS: en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de la debida motivación, interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta, del siete de setiembre de dos mil diez, que reformando por mayoría la sentencia de primera instancia dictada en audiencia del quince de abril de dos mil diez - que condenó a Juan José Vargas Ruiz como autor del delito de violación sexual de la menor identificada con las iniciales M. Y. V. C., de nueve años de edad a treinta años de pena privativa de libertad- absolvió a Juan José Vargas Ruiz de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Libertad Sexual -en la modalidad de violación sexual de menor de edad- en agravio de la menor de edad de iniciales M. Y. V. C..
Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

ANTECEDENTES

PRIMERO: El Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Huaura, mediante la sentencia de fojas setenta y siete, del cinco de abril de dos mil diez, condenó a Juan José Vargas Ruiz por el delito contra la Libertad Sexual -en la modalidad de violación sexual de menor de edad- en agravio de la menor de edad identificada con las iniciales M. Y. V. C., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles el monto de reparación civil.

SEGUNDO: El sentenciado Juan José Vargas Ruiz, mediante el escrito de fojas noventa, del veintidós de abril de dos mil diez, apeló la sentencia condenatoria referida en el primer antecedente; siendo concedido el recurso mediante resolución de fojas cien, del veintitrés de abril de dos mil diez.

TERCERO: Realizada la audiencia de apelación de sentencia, conforme se aprecia a fojas ciento veintiocho, se emitió la sentencia de segunda instancia con fecha siete de setiembre de dos mil diez, revocándose por mayoría la sentencia de primera instancia, y reformándola absolvieron a Juan José Vargas Ruiz del delito de violación sexual de menor.

CUARTO: Posteriormente, el Fiscal Superior interpuso recurso de casación, a fojas ciento cuarenta y cinco; que, declarado admisible el recurso excepcional por infracción inobservancia de las garantías constitucionales de la debida motivación, y cumplido el trámite previsto por el apartado 1 del artículo 431° del nuevo Código Procesal Penal, sin que las partes presenten alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos, según consta en el acta correspondiente.

Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos 431°, apartado 4, con el artículo 425°, apartado cuatro, del Código acotado, el día 01 de diciembre de dos mil once, a las ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: El Fiscal Superior Solórzano fundamentó su recurso de casación, a fojas ciento cuarenta y cinco, alegando que: **i)** existen contradicciones en la fundamentación para absolver al encausado, pues es inaceptable que el Tribunal Superior señale que existen graves infracciones a las normas procesales y por ello proceder a absolver, dado que en tales supuestos lo correcto es la declaración de nulidad para que otro Colegiado de primera instancia corrija los errores y emita nueva sentencia, previo juicio oral.

SEGUNDO: Nuestro NCPP acoge el sistema de apelación limitada, pero con algunas características de la apelación plena, específicamente por permitir introducir pruebas documentales, al respecto Montero Aroca[1] señala que*"... partiendo de los principios de la realización de la instancia conforme a los principios de la oralidad e inmediación, la alternativa es clara: o no existe recurso de apelación limitado o ese recurso ha de consistir en reiterar el juicio oral, de modo que el tribunal del recurso forme su convicción atendiendo a las pruebas que se han realizado en su presencia"*. En ese sentido el artículo 422° del NCPP establece que entre los medios probatorios que se pueden actuar:

a. Medios probatorios que no se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia.

b. Medios probatorios que si bien fueron propuestos, pero estos fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere, el oferente formulado en su momento la oportuna reserva.

c. Medios probatorios admitidos que no fueron practicados por causas imputables al oferente.

TERCERO: Es precisamente por permitirse actuar determinados medios de prueba en la etapa recursal del proceso penal, es que estamos frente a un modelo de apelación limitado modulado, este radica en la posibilidad de introducir nuevos medios probatorios.

Al respecto, el inciso 5 del artículo 422 del NCPP establece la posibilidad de citar a aquellos testigos que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala, por exigencias de inmediación y contradicción, considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia. Así también, **la regla general es que en la valoración de prueba personal la Sala de revisión no le puede otorgar diferente valor probatorio, salvo que el mismo haya sido cuestionado por un medio de prueba actuado en segunda instancia**.

CUARTO: La regla general referida en el considerando anterior se produce como consecuencia de los principios de inmediación y oralidad, que priman en materia de actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, por lo que el Tribunal de segunda instancia no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad [que] realice el órgano jurisdiccional de primera instancia, estos casos son identificados como las "zonas opacas"[2]. No obstante, existen "zonas abiertas"[3]que sí permiten el control de aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí

1 MONTERO AROCA, Juan. "Los recursos en el proceso penal Español". La Reforma de la Justicia Penal. Libro Homenaje a Klaus Tiedeemann, Coordinadores GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros. Publicación de la Universitat Jaume. 1997. p. 375-376.
2 Casación N° 05 - 2007. Huaura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema
3 Casación N" 05 - 2007. Huaura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

mismos a la percepción sensorial del Juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

QUINTO: En el presente caso, se advierte que la Sala de Apelaciones no actuó prueba, salvo la declaración del sentenciado, por lo que sólo podía valorar las actuaciones realizadas en primera instancia, en tanto existan "zonas abiertas"; es decir, sólo podía efectuar un control de la estructura racional del contenido de la prueba; situación que no se observa en el presente caso; puesto que, se limita a enumerar una serie de vicios de valoración; es decir, transgresión del derecho a la prueba en cuanto no se habría admitido medios de prueba necesarios para el proceso y la falta de actuación de oficio de otros - tales como la citación de Médicos que determinen de manera concreta el tratamiento médico y sus efectos de la enfermedad venérea de la cual sufría el sentenciado; siendo el caso que, dichos argumentos ameritan más que una absolución, la nulidad de la sentencia de segunda instancia.

SEXTO: En consecuencia, la resolución cuestionada mediante el recurso de casación no está fundada en derecho, pues no existe en el presente caso las denominadas "zonas abiertas" que permitan la valoración de los medios de prueba actuados en la primera instancia, produciendo la obligación de anularla y ordenar al Tribunal Superior emita una decisión conforme a lo expresado en esta Suprema Instancia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por interés casacional, interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta, del siete de setiembre de dos mil diez, que reformando por mayoría la sentencia de primera instancia dictada en audiencia del quince de abril de dos mil diez - que condenó a Juan José Vargas Ruiz como autor del delito de violación sexual de la menor identificada con las iniciales M. Y. V. C., de nueve años de edad a treinta años de pena privativa de libertad- absolvió a Juan José Vargas Ruiz de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Libertad Sexual -en la modalidad de violación sexual de menor de edad- en agravio de la menor de edad de iniciales M Y. V. C.. En consecuencia: **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento treinta, del siete de setiembre de dos mil diez; **DISPUSIERON** que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Huara emita la sentencia de vista conforme a lo expresado en los considerandos precedentes.

II. ORDENARON se de lectura de la presenta sentencia de casación en audiencia pública y se publique como corresponde. Hágase saber.

III. MANDARON que cumplidos los trámites pertinentes, se devuelvan los autos al Tribunal de origen.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

INVESTIGACIÓN PREPARATORIA: CONTROL JUDICIAL SOBRE LA DISPOSICIÓN FISCAL DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

42

NO ES POSIBLE CUESTIONAR O ACTIVAR UNA VÍA DE CONTROL JUDICIAL SOBRE LA DISPOSICIÓN FISCAL DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA (ACTUACIÓN UNILATERAL DEL MINISTERIO PÚBLICO), PUES PARA ELLO LAS PARTES PUEDEN HACER USO DE LOS MEDIOS DE DEFENSA TÉCNICOS PARA EVITAR UN PROCESO EN EL QUE NO SE HAYA VERIFICADO LOS PRESUPUESTOS ESENCIALES DE LA IMPUTACIÓN

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial e inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: posibilidad o no de que se pueda cuestionar vía nulidad la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) el recurso de casación por la presunta inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal interpuesta por el Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior de Apelaciones de Pura contra la resolución de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez de fojas cuarenta y ocho, que revocó la resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez –que declaro improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria-, y reformándola declararon la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria (...)".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"(...) se revocó la resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez –que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria formulada por el imputado Elmo Alejandro Carbajal Chongo, derivado de la investigación preparatoria que se instauró contra el mencionado encausado por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado-; y reformándola: declararon la nulidad de la disposición fiscal que formalizó la investigación preparatoria, y ordenaron, que el representante del Ministerio Público proceda a evacuar una nueva disposición fiscal con las observaciones anotadas".

Fundamento de la casación
"(...) la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación".

Base Legal: Const.: Art. 159.5; NCPP: Arts. IV, 3, 60.1, 62.1.2, 64, 122, 321, 336, 427.4, 429.1; AP: Nº 04-2010/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 01-2011 (SENTENCIA)
PIURA

SENTENCIA CASATORIA

Lima, ocho de marzo de dos mil doce.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la presunta inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal interpuesta por el Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior de Apelaciones de Piura contra la resolución de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez de fojas cuarenta y ocho, que revocó la resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez -que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria-, y reformándola declararon la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, formulada por el imputado Elmo Alejandro Carbajal Chong; derivado de la investigación preparatoria que se instauró contra el mencionado encausado por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado; interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que, mediante disposición fiscal número cero cero dos – dos mil diez, de fecha treinta de abril de dos mil diez, se formalizó la investigación preparatoria contra Elmo Alejandro Carbajal Chong y Héctor Panta Panta por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado, conforme se advierte de la resolución judicial de fecha treinta de mayo de dos mil diez.

SEGUNDO: Que, el imputado Elmo Alejandro Carbajal Chong solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria, la nulidad de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, de lo cual se corrió traslado al Ministerio Público, conforme se advierte de la resolución judicial de fecha siete de junio de dos mil diez, obrante a fojas cuatro.

TERCERO: Que, el Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, obrante a fojas seis, declaró improcedente la nulidad contra la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, formulada por el encausado Elmo Alejandro Carbajal Chong.

CUARTO: Que, mediante auto de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas cuarenta y ocho, se revocó la resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez -que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, formulada por el imputado Elmo Alejandro Carbajal Chong, derivado de la investigación preparatoria que se instauró contra el mencionado encausado por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado-; y reformándola: declararon la nulidad de la disposición fiscal que formalizó la investigación preparatoria, y ordenaron, que el representante del Ministerio Público proceda a evacuar una nueva disposición fiscal con las observaciones anotadas.

QUINTO: Que, mediante Ejecutoria Suprema de calificación de casación, de fecha veintitrés de junio de dos mil once, obrante a fojas catorce del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, se declaró bien concedido el recurso de casación por inobservancia de garantía constitucional de carácter procesal, cuyo ámbito se circunscribe a desarrollar doctrina jurisprudencial sobre la posibilidad o no de que se pueda cuestionar vía nulidad, la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria.

SEXTO: Que, deliberada la causa en sesión pública y producida la votación en la fecha, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público –con las partes que asistan-, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día veintinueve de marzo de dos mil doce, a las ocho horas con treinta minutos.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fecha veintitrés de junio de dos mil once –auto de calificación de casación-, obrante a fojas catorce del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, el motivo de casación excepcional admitido está referido a determinar si es posible que se pueda cuestionar vía nulidad, la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria.

SEGUNDO: Que, para efectos de resolver lo que es materia de pronunciamiento debe reseñarse lo siguiente:

i) el inciso cinco del artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú, le confiere al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, esto es, la atribución de ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte; de igual forma el inciso uno del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que *"El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio (...)".*

ii) el Libro Primero, Sección IV, Título I, Capítulo I del Código Procesal Penal, establece las funciones, atribuciones y obligaciones del Ministerio Público, así en el inciso uno del artículo sesenta se establece *"El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial"*; en el inciso uno del artículo sesenta y dos se precisa *"El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación"*; en el inciso dos del mismo artículo se establece *"Conduce la investigación Preparatoria(...)"*; mientras que en el artículo sesenta y cuatro se precisa *"El Ministerio Público formulará sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores".*

iii) el Libro Segundo, Sección I, Título I, Capítulo III, artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal, establece *"El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula requerimientos (...) Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones. (...). Las Disposiciones y los Requerimientos deben estar motivados(...)".*

iv) el Libro Primero, Sección I, artículo tres del Código Procesal Penal, precisa que *"El Ministerio Público comunicará al Juez de la Investigación Preparatoria su decisión formal de continuar con las investigaciones preparatorias" (formalización de investigación preparatoria).*

v) el Libro Tercero, Sección I, Título I, artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal, establece la finalidad de la Investigación Preparatoria, señalándose que *"La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado"*; mientras que el artículo trescientos treinta y seis del Título Tercero de la Sección y Libro antes mencionado del Código Procesal Penal, regula la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, indicándose que *"Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria (…) La disposición de formalización contendrá: a) el nombre completo del imputado; b) los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación; c) el nombre del agraviado, si fuera posible; y, d) las diligencias que de inmediato deben actuarse (…)".*

vi) Que, el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil diez/CJ – ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, trató el tema de "Audiencia de Tutela", estableciéndose como doctrina jurisprudencial en su décimo octavo fundamento, que no era posible cuestionar la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de una Audiencia de Tutela, esto es, activar una vía de control judicial de la referida disposición fiscal, por cuanto, la vía de tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa que se encuentran enumerados en el artículo setenta y uno del Código Procesal Penal, indicándose que la vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha; siendo relevante para el presente caso, cuando se precisó lo siguiente: *"(…) debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente".*

TERCERO: Que, se encuentra establecido que la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, esto es, plena facultad de persecución de los delitos y el deber de la carga de la prueba, para lo cual asume la conducción de la investigación desde su inicio; precisándose que en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos, siendo que una vez realizadas las diligencias iniciales o preliminares de investigación, y si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que el Fiscal realizó aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, emitirá la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, lo cual le deberá comunicar al Juez de la investigación Preparatoria, conforme al artículo tres del Código Procesal Penal.

Cuarto: Que, por tanto, si bien es cierto el inicio de la investigación preparatoria es decisión unilateral del Ministerio Público a través de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, conforme a lo establecido en el artículo trescientos treinta y seis del Código Procesal Penal, también lo es, que para dicho efecto debe actuar con independencia de criterio y sujetándose a la Constitución y la Ley (debida motivación de las resoluciones judiciales), lo cual se cumplió en el presente caso respecto a la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria en cuestión formulada contra Elmo Alejandro Carbajal Chong por el delito de lavado de activos en agravio del Estado (sustentada concretamente en que el veintisiete de diciembre de dos mil ocho adquirió la embarcación denominada "Esperanza en Cristo II" por la cantidad de noventa mil dólares americanos, pese a que en un proceso penal por difamación en donde declaró en calidad de testigo, manifestó que se dedicaba a la labor de albañilería y por lo cual percibía mil nuevos soles mensuales, por tanto, sus ingresos no justificarían la capacidad económica para adquirir dicho bien inmueble); empero la Sala de Apelaciones consideró lo contrario, sustentando la revocatoria que se cuestiona, en que no se había merituado los documentos aportados por el imputado mediante el derecho

de defensa y principio de contradicción que le asiste (ver considerando quinto de la resolución de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas cuarenta y ocho), efectuando así una labor de valoración de los elementos de convicción sobre su suficiencia y credibilidad, que no corresponde al acto procesal de Tutela de Derechos, sino a la etapa intermedia o sentencia.

QUINTO: Que, de otro lado, el artículo ciento dieciséis del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que *"Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad (...)"*, en ese sentido, es de mencionar que en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil diez/CJ – ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se estableció que no es posible cuestionar la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, esto es, activar una vía de control judicial de la referida disposición fiscal; en consecuencia, debe cumplirse con dicho Acuerdo vigente mientras no sea modificado, conforme lo dispone el artículo trescientos uno – A del Código de Procedimientos Penales; no obstante lo señalado, es de precisar que en los próximos días del presente año, se llevará a cabo el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el que se volverá a debatir este extremo de controversia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación para desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal de inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal interpuesto por el Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior de Apelaciones de Piura.

II. En consecuencia, conforme al inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal: declararon **NULA** la resolución de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas cuarenta y ocho, que revocó la de primera instancia de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas seis, que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria interpuesta por el investigado Elmo Alejandro Carbajal Chong, en el proceso que se le sigue por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado; y reformándola declaró la nulidad de la disposición fiscal que formaliza la investigación preparatoria y ordenaron que el representante del Ministerio Público proceda a evacuar una nueva Disposición Fiscal.

Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas seis, que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria interpuesta por el investigado Elmo Alejandro Carbajal Chong, en el proceso que se le sigue por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado.

III. ESTABLECIERON de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, que no es posible cuestionar la Disposición de Formulación y Continuación de la Investigación Preparatoria, conforme a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Ejecutoria.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene la señora Jueza Suprema Villa Bonilla, por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA

JUICIO ORAL: RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 173º.3 AL ARTÍCULO 170º DEL CÓDIGO PENAL, POR DELITO DE ABUSO SEXUAL NO CONSENTIDO COMETIDO CONTRA ADOLESCENTE MAYOR DE 14 Y MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD

43

A PARTIR DE LOS CATORCE AÑOS DE EDAD SE CUENTA CON LA CAPACIDAD JURÍDICA DE DISPONER DEL BIEN JURÍDICO - LIBERTAD SEXUAL -, POR LO QUE EL ESTADO TIENE EL DEBER DE CRIMINALIZAR CONDUCTAS ASOCIADAS A LA VULNERACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto al delito de violación sexual de mayor de catorce años y menos de dieciocho años de edad, e indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

Fundamentos en el auto de calificación que concedió el recurso de casación
"(...) este Supremo Tribunal, considera que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad – realizados mediante violencia física o amenaza- previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"(...) la sentencia de vista de trece de enero de dos mil once (...) que confirmó la sentencia de primera instancia de veinticinco de junio de dos mil diez (...) que lo condenó como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad (...)".

Fundamento de la casación
"(...) Partiendo de los fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ – ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho (...) en que se estableció que el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual, que en el caso peruano acontece cuando el sujeto pasivo del delito cuenta con menos de catorce años de edad, y que los mayores a dicha edad cuentan con la capacidad jurídica para disponer del bien jurídico- libertad sexual-; estando a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, resulta aplicable a la conducta imputada al encausado recurrente, que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente, en el primer párrafo del inciso primero del artículo ciento setenta del Código Penal (vigente por ser el correspondiente) debiendo por tanto considerarse los márgenes punitivos de este tipo penal-, por tanto, resulta necesario en el presente caso, reconducir la tipificación hecha en el tipo penal del inciso tres del artículo ciento setenta y tres -primer párrafo- del Código Penal, al regulado en la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta del propio Código (...)".

Base Legal: Const.: Art. 139.11; NCCP: Arts. 429.3,433.3; CP: Arts. VII, VIII, 45, 46, 170, 171, 172, 173.3; AP: N° 04-2008/CJ - 116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 49-2011 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diez de julio de dos mil doce .-

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación concedido *"para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad – realizados mediante violencia física o amenaza- previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley más favorable al reo) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil cinco"* a la defensa técnica del encausado don Elías Samuel García Briceño; emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

PRIMERO: DECISIÓN CUESTIONADA.

Lo es la sentencia de vista de trece de enero de dos mil once –obrante en los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos-, que confirmó la sentencia de primera instancia de veinticinco de junio de dos mil diez –obrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve-, que lo condenó como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene.

SEGUNDO: DEL ITINERARIO DE LA CAUSA EN PRIMERA INSTANCIA.

2.1.- El encausado García Briceño fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de dieciocho de febrero de dos mil diez –de los folios uno a trece- formuló acusación en su contra por el delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad, **previsto en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal**, en agravio de la menor identificada con las iniciales J.G.R.C..

2.2.- Se llevó a cabo por el señor Juez de Investigación Preparatoria la audiencia de control de acusación -conforme se advierte del acta obrante en los folios dos a cuatro-. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado correspondiente al veintinueve de marzo de dos mil diez -obrante en los folios siete a diez del cuaderno de debate.-

2.3.- Seguido el juicio de primera instancia – como se advierte de las actas de folios setenta y siete, ochenta y uno, ochenta y nueve y noventa – el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de veinticinco de junio de dos mil diez -conforme se advierte de los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve- que condenó a don Elías Samuel García Briceño por delito contra la libertad – violación de la libertad sexual de menor de quince años de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales J.G.R.C. a veinticinco años de pena privativa de libertad.

2.4.- El señor abogado defensor del encausado García Briceño interpuso recurso de apelación mediante escrito de los folios ciento sesenta y seis a ciento setenta y tres. Este recurso fue concedido mediante auto de uno de julio de dos mil diez de los folios ciento treinta y ocho y ciento treinta y nueve.

TERCERO: DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

3.1.- Culminada la fase de traslado de la impugnación la Primera Sala Superior Penal "de Apelaciones" de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, emplazó a las partes a fin de que concurrieran a la audiencia de apelación de sentencia y se realizó el seis de enero de dos mil once -conforme aparece del folio doscientos treinta y nueve-, cumpliendo el Tribunal de Apelación con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de trece de enero de dos mil once de los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos.

3.2.- La sentencia de vista recurrida en casación confirmó la de primera instancia que lo condenó como autor del delito indicado con la sanción de veinticinco años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene.

CUARTO: DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA DEFENSA TÉCNICA DEL PROCESADO.

4.1.- Leída la sentencia de vista, la defensa técnica del encausado formuló recurso de casación correspondiente mediante escrito de los folios doscientos cincuenta y seis a doscientos sesenta y siete.

4.2.- Concedido el recurso por auto de veintiséis de enero de dos mil once de los folios doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve, se elevó la causa a este Supremo Tribunal el tres de marzo de dos mil once.

4.3.- Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, ésta Suprema Sala Penal mediante Ejecutoria de veinte de septiembre de dos mil once –obrante en los folios veinte a treinta y cuatro- del cuadernillo formado en esta Instancia-, en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso por el motivo previsto en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

4.4.- Se realizó la audiencia conforme se aprecia del folio cuarenta y siete quedando la causa expedita para emitir decisión.

4.5.- Deliberada la causa en secreto y votada en la fecha, ésta Suprema Sala Penal cumple con emitir la presente sentencia, cuya lectura en audiencia privada –con las partes que asistan– se realizará por la Secretaría de la Sala el veintitrés de julio del año en curso a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO

1.1.- El inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en cuanto refiere que: ***"Si la sentencia o auto importe una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas".***

1.2.- El primer párrafo del artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal que regula *el delito de violación sexual de menor de edad cuando la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*

1.3.- El primer párrafo del artículo ciento setenta de la citada norma penal sustantiva, relativo al delito de *violación sexual realizado con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal, o bocal {sic} o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.*

1.4.- El inciso 3º del artículo 433 del Código Procesal Penal – referente al contenido de la sentencia casatoria y Pleno casatorio- en tanto establece que: *"(...) la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.*

Asimismo el inciso cuarto del citado dispositivo procesal señala que: *"Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior".*

1.5.- El Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho / CJ- ciento dieciséis, con carácter vinculante, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente (al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad)".

1.6.- El inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, respecto a los principios de la función jurisdiccional.

1.7.- La sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. Nº 00286-2008-PHC/TC-Ayacucho- de 6 de febrero del 2009, en que se resaltó que: ***"Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal, (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación del principio constitucional del debido proceso".***

1.8.- La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 010-2002-AI/TC/Fundamentos jurídicos 197 y 199, de cuatro de enero de dos mil tres, relativo al principio de Proporcionalidad en su vinculación con el Estado de Derecho comporta exigencias de justicia material: "En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, el no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que al momento

de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio en el plazo legislativo, se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. (...) Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se trata de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma"[1].

1.9.- La Ejecutoria Suprema del 20/05/2004, R.N. Nº 215-2004 PUNO; en cuanto a la graduación de la pena conforme a los principios de proporcionalidad y racionalidad: "Corresponde graduar la pena impuesta en atención al principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, considerándose además sus fines preventivos, protectores y resocializadores, los cuales deben ir en consonancia con los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45º y 46º del Código acotado. En ese contexto analizados los actuados se desprende que el encausado carece de antecedentes penales, no se ha acreditado violencia física ni la utilización de armas al momento de la consumación del delito, escaso nivel cultural y los factores sociológicos que en cierto modo condicionaron su conducta delictiva, resultando procedente efectuar la rebaja prudencial de la pena impuesta" [2].

1.10.- El recurso de nulidad de la Ejecutoria Suprema Nº 1700-2010-LIMA, señala que: *"(...) atendiendo que el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal protege al sujeto pasivo que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, es evidente que por la edad de la agraviada - quince años de edad - la conducta del encausado se encontraba inmersa dentro del ámbito de protección al que se refiere el artículo ciento setenta, inciso uno del Código Penal, que protege la libertad sexual de la agraviada coactada y anulada por el ilícito accionar del encausado; que siendo así esta norma resulta aplicable al recurrente"*[3], igualmente en las Ejecutorias Supremas: R.N. Nº 988-11-HUÁNUCO (12 de abril 2012), RN Nº 1770-11-CUSCO (21 de junio 2012), R.N. Nº 854-11-ANCASH (03 de abril 2011), R.N. Nº 1329-10 AREQUIPA (09 noviembre 2010)[4].

SEGUNDO: DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN EL AUTO DE CALIFICACIÓN QUE CONCEDIÓ EL RECURSO DE CASACIÓN

Se señaló en el sexto fundamento del auto de calificación que: *"que sin embargo, este Supremo Tribunal, considera que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad – realizados mediante violencia física o amenaza- previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria, referida a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad".*

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1.- Está fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber violado sexualmente a la menor ya referida mediando violencia, por medio de la fuerza conforme se colige del certificado médico legal del folio cincuenta y uno –que concluyó: ***"lesiones traumáticas externas recientes de origen contuso, himen con signos de desfloración reciente, lesiones recientes en genitales externos y ano conservado"***- hecho que se consumó cuando la víctima tenía más de quince años de edad, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el primer párrafo del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal -modificado por la ley número veintiocho mil setecientos cuatro-.

1 En Jurisprudencia penal, Tomo I, Trujillo, Editora Normas Legales, 2003 p. 532.
2 Castillo Alva, José Luis. Jurisprudencia penal 1, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, Grigley, 2006, p.232.
3 Conforme se aprecia del séptimo fundamento de la Ejecutoria Suprema Nº 1700-2010-LIMA, de 03 de mayo de 2011.
4 En este punto el Juez Supremo Ponente, se aparta del criterio resolutivo plasmado en el voto singular de la Ejecutoria Suprema emitida en el recurso de nulidad Nº 1222-2011. Apartamiento que por lo demás resulta producto de un consenso alcanzado vía Acuerdo Plenario sobre la materia.

3.2.- En el auto de calificación de veinte de septiembre del dos mil once, se subraya como interés casacional, la necesidad de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad - realizados mediante violencia física o amenaza -, previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ser reconducida al artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo); en atención a la doctrina jurisprudencial establecida, unitaria y pacíficamente acepta que a partir de los catorce años de edad opera el consentimiento en materia sexual, jurisprudencia cuyo denominador común excluye de responsabilidad penal cuando mediara consentimiento de la víctima.

3.3.- Este criterio se sustenta en la idea básica y determinante de que en los delitos de agresión sexual, al hablar de indemnidad o intangibilidad sexual, nos referimos específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no ésta en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición nuestro ordenamiento jurídico -bajo el criterio de interpretación sistemático- a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la ausencia de avenimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de la libertad personal vinculada de manera directa con el principio ético y jurídico del respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrolló en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis[5].

3.4.- El Supremo Tribunal consideró que dicho dispositivo legal era contradictorio con algunas disposiciones del Código Civil y también con otras normas que configuran el propio Código Penal integrante del denominado derecho penal sexual. Partiendo de los fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ – ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en que se estableció que el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual, que en el caso peruano acontece cuando el sujeto pasivo del delito cuenta con menos de catorce años de edad, y que los mayores a dicha edad cuentan con la capacidad jurídica para disponer del bien jurídico -libertad sexual-; estando a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, resulta aplicable a la conducta imputada al encausado recurrente, que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente, en el primer párrafo del inciso primero del artículo ciento setenta del Código Penal (vigente por ser el correspondiente) debiendo por tanto considerarse los márgenes punitivos de este tipo penal, por tanto, resulta necesario en el presente caso, reconducir la tipificación hecha en el tipo penal del inciso tres del artículo ciento setenta y tres -primer párrafo- del Código Penal, al regulado en la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta del propio Código; debiendo puntualizarse, a la luz, de la sentencia del 6 de febrero del 2009, EXP. N° 00286-2008-PHC/TC -Ayacucho, no se afecta principios constitucionales.

3.5.- En los casos que correspondan procederá la consideración circunstancias de agravación del artículo 171 ó 172 del Código Penal, en tanto el Parlamento Nacional modifique el marco específico de punición o sí así lo determinara en ejercicio de sus funciones constitucionales.

3.6.- Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que la pena anteriormente impuesta suponía una sanción no menor de 25 años ni mayor de 30 años, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente al del que afecta la libertad sexual y siendo el artículo 170 del Código Penal, regulado **en la primera parte del primer párrafo del artículo ciento setenta** en un límite que va de seis a ocho años de pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (teniendo en consideración sus condiciones personales al ser un agente con veintitrés años de edad, natural del Caserío Coypin - Huamachuco, conviviente, con sexto grado de instrucción primaria, agricultor y sin antecedentes penales) debe imponerse la sanción más alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, la de ocho años de privación de libertad.

3.7.- Asimismo, es pertinente señalar que no se vulnera el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produjo agravio al encausado.

5 Conforme se aprecia en el 6° fundamento de la Ejecutoria Suprema, Recurso de Nulidad N°1222-2011 –LIMA, de nueve de febrero de 2012.

CUARTO: DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTA SUPREMA SALA PENAL RESPECTO A LA RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN SEXUAL.

Finalmente, cabe resaltar que como se glosa en el sustento normativo (apartado 1.10) éste Supremo Colegiado, ha emitido diversos pronunciamientos respecto a la materia en cuanto a la reconducción del tipo penal previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal al artículo ciento setenta del Código Penal (subsunción técnica jurídicamente correcta) en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/CJ - ciento dieciséis.

DECISIÓN:

Por ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordamos:

I. DECLARAR FUNDADA LA CASACIÓN y, en consecuencia, **NULO** el extremo de la sentencia de vista de trece de enero de dos mil once -obrante en los folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos-, que confirmó la condena de primera instancia, de veinticinco de junio de dos mil diez - obrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve-, que condenó a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal; en consecuencia;

II. RECONDUCIR dicho comportamiento al tipo penal previsto en el artículo ciento setenta del referido Código Punitivo; y actuando en sede de instancia;

III. REVOCAR la sentencia de primera instancia de veinticinco de junio de dos mil diez - obrante en los folios noventa y cuatro a ciento veintinueve-, que condenó a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de quince años de edad identificada con las iniciales J.G.R.C., imponiéndole veinticinco años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal; y

IV. REFORMÁNDOLA, condenaron a don **ELÍAS SAMUEL GARCÍA BRICEÑO** como autor del delito contra la libertad sexual, previsto en el artículo ciento setenta del aludido Código Penal, y como tal le impusieron ocho años de pena privativa de libertad que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veintiuno de mayo de dos mil nueve (conforme se advierte del folio dieciséis del cuaderno de detención preliminar) vencerá el veinte de mayo de dos mil diecisiete.

V. ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE lo señalado en la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema –de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal -, **respecto a la reconducción de los atentados a la libertad sexual en agravio de los adolescentes de 14 años a los 18 años de edad, al tipo penal previsto en el artículo 170 del Código Penal.**

VI. DISPONER que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por intermedio de la señorita secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia e incluso a las no recurrentes;

VII. PUBLICAR en el diario oficial "El Peruano", conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal; interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Neyra Flores.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
MORALES PARRAGUEZ

CADENA DE CUSTODIA: IMPOSIBILIDAD DE SU APLICACIÓN EN PROCESOS POR DELITOS DE EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL



EL PROCEDIMIENTO DE CADENA DE CUSTODIA DE ELEMENTOS MATERIALES Y EVIDENCIAS INCORPORADOS A LA INVESTIGACIÓN DE UN HECHO PUNIBLE, SOLO ES APLICABLE A PROCESOS POR DELITOS DE EJERCICIO PÚBLICO DE LA ACCIÓN PENAL, MÁS NO A LOS PROCESOS POR DELITOS DE EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la cadena de custodia, falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor e inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) el encausado recurrente (...) alega lo siguiente: i) (...) en el presente caso, la grabación de audio y video presentado por la querellante fue ofrecido por ella misma, sin que se diera la cadena de custodia, no habiéndose lacrado su autenticación, por consiguiente, debió haber tenido un nivel de inadmisibilidad (...); ii) (...) se presento la evidencia física (video) sin ninguna acta de aseguramiento, ni confiabilidad, que demuestre que sea él mismo que supuestamente se filmó el día de los hechos investigados (...); iii) la querellante no explico de quien recibió el video, ni pudo presentar al que lo filmó, por tanto, se ha infringido un derecho fundamental de carácter procesal (...); iv) (...) Los procedimientos indebidos debieran acarrear como consecuencia la exclusión de esa evidencia del procedimiento o la privación de su valor probatorio, por falta de certeza sobre cualquier conclusión que pudiera derivarse de la misma (...) v) (...) existe ausencia de motivación que vulnera la garantía procesal contenida en el inciso cinco del articulo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado (...)".

Fundamento de la sentencia impugnada en casación
"(...) la Sala de Apelaciones (...) sostiene que la pena es proporcional, pues es pena de carácter suspendida; sin embargo en el voto de discordia de la Magistrada Caballero, opinó porque se le aplique la reserva del fallo condenatorio, motivando adecuadamente su decisión; de igual forma, respecto al monto de cinco mil nuevos soles fijados por concepto de reparación civil, el Juez no fundamentó porque arribó a dicha decisión, lo cual ha sido confirmado por la Sala de Apelación (...)".

Fundamento de la casación
"(...) no se advierte que en el presente caso, se hallan vulnerado garantías constitucionales de carácter procesal o material para incorporar al proceso como prueba documental el video que la querellante ofreció como medio de prueba (...), debido a que el querellado no contesto la demanda de querella ni cuestionó en su oportunidad la referida prueba (...)".

"(...) que la normatividad procesal penal y Reglamento aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN (...), referida a la cadena de custodia, sólo es aplicable a procesos por delitos de ejercicio público de la acción penal, mas no a los procesos pro delito de ejercicio privado de la acción penal (...)".

Base Legal: Const.: Art. 139.5; NCPP: Arts. 109, 184, 188, 220.2.5, 330, 425.4, 427.4, 429.1.4, 431.4, 433.3, 459, 462.3, 467; CP: Arts. 93.2, 132, 157; AP: N° 6-2006/CJ-116, AP: N° 1-2008/CJ-116; R.A.: 311-2011-P-PJ; R.A.: 729-2006-MP-FN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 63-2011 (SENTENCIA)
HUAURA

SENTENCIA CASATORIA

Lima, veinticuatro de abril de dos mil doce .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por la presunta inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor interpuesto por el encausado Jaime Cirilo Uribe Ochoa contra la sentencia de vista de fecha doce de julio de dos mil diez obrante a fojas ciento ochenta y siete, que en mayoría confirmó la sentencia de fecha treinta de marzo de dos mil diez, que lo condenó por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada, con lo demás que contiene; interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que, Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya interpuso querella contra Jaime Cirilo Uribe

Ochoa por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación mediante medio de comunicación social, conforme se advierte del escrito recepcionado por el Órgano Jurisdiccional respectivo con fecha veintidós de febrero de dos mil ocho, obrante en copia certificada a fojas seis.

SEGUNDO: Que, por resolución de fecha dieciocho de abril de dos mil ocho, obrante en copia certificada a fojas trece, el Juzgado Penal Unipersonal de Huaral, resolvió admitir la querella interpuesta contra Jaime Cirilo Uribe Ochoa, por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación - previsto en el artículo ciento treinta y dos del Código Penal-, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, dándosele el trámite correspondiente.

TERCERO: Que, mediante sentencia de fecha quince de octubre de dos mil ocho, obrante en copia certificada a fojas veinticuatro, se falló: absolviendo a Jaime Cirilo Uribe Ochoa por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación agravada, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya.

CUARTO: Que, a mérito de la sentencia de vista de fecha siete de enero de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas treinta y siete, se resolvió declarar Nula la sentencia de fecha quince de octubre de dos mil ocho, disponiéndose la realización de un nuevo Juicio Oral a cargo de otro Magistrado.

QUINTO: Que, por resolución de fecha trece de marzo de dos mil nueve, obrante en copia certificada [de fojas] cuarenta y dos, el Juzgado Penal Unipersonal Transitorio de Huaral, resuelve citar a Juicio Oral a las partes procesales, luego de lo cual se realizaron las correspondientes sesiones del Juicio Oral.

SEXTO: Que, mediante sentencia de fecha seis de mayo de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas sesenta y dos, se resolvió absolver a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya; y condenó al querellado Jaime Cirilo Uribe Ochoa al pago por responsabilidad civil de cuatro mil novecientos nuevos soles a favor de la querellante Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, sin perjuicio de formular las disculpas de los términos utilizados contra la referida Regidora - querellante, por el mismo medio televisivo; asimismo deberá proceder a efectuar las disculpas públicas en el primer acto público que desarrolle en su calidad de Alcalde de la Provincia de Huaral.

SÉPTIMO: Que, a mérito de la sentencia de vista de fecha veintisiete de agosto de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas noventa y nueve, se resolvió declarar Nula la sentencia de fecha seis de mayo de dos mil nueve, ordenándose la realización de un nuevo Juicio Oral.

OCTAVO: Que, por resolución de fecha trece de noviembre de dos mil nueve, obrante en copia certificada a fojas ciento dos, el Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Huaura, resuelve citar a Juicio Oral a las partes procesales, luego de lo cual se realizaron las correspondientes sesiones del Juicio Oral.

NOVENO: Que, mediante sentencia de fecha treinta de marzo de dos mil diez, obrante a fojas ciento diez, se falló: condenando a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, como autor del delito contra el Honor en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de la agraviada.

DÉCIMO: Que, por sentencia de vista de fecha doce de julio de dos mil diez, obrante a fojas ciento ochenta y siete, se resuelve confirmar la sentencia de fecha treinta de marzo de dos mil diez, por unanimidad en los extremos que condenó a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, por el delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de la agraviada; y por mayoría el extremo que le impone un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta.

DÉCIMO PRIMERO: Que, el sentenciado Jaime Cirilo Uribe Ochoa interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha doce de julio de dos mil diez -ver fojas doscientos tres-, el mismo que fue declarado improcedente por resolución de fecha dieciocho de agosto de dos mil diez, obrante a fojas doscientos diecinueve.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, por resoluciones de fechas veintidós de setiembre y diecisiete de diciembre de dos mil diez, obrantes a fojas doscientos veintisiete y doscientos treinta y siete, respectivamente, la Sala

Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, por mayoría declaró fundado el recurso de queja de derecho interpuesto por el encausado Jaime Cirilo Uribe Ochoa contra la resolución de fecha dieciocho de agosto de dos mil diez, que declaró improcedente su recurso de casación; habiéndose elevado el cuaderno correspondiente a este Supremo Tribunal el dieciséis de marzo de dos mil once.

DÉCIMO TERCERO: Que, cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha cuatro de octubre de dos mil once, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, conforme al inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, por las causales de presunta inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material y por falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor, previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del referido texto legal, respectivamente.

DÉCIMO CUARTO: Que, producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan-, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día tres de mayo de dos mil doce a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fecha cuatro de octubre de dos mil once - calificación de casación-, obrante a fojas ciento uno del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la cadena de custodia y las exigencias que plantea su invocación y si los criterios para su valoración incluirían la regla de exclusión en caso se vulneren los presupuestos establecidos en el Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados, aprobado mediante resolución número 729-2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, tratándose de un proceso de ejercicio privado de la acción penal – como lo es la presente investigación judicial-, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal o material, prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; así como respecto a la debida motivación respecto a la determinación e individualización de la pena a imponer y el monto a fijar por concepto de reparación civil, por la causal de falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor, prevista en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del aludido texto procesal penal.

SEGUNDO: Que, se le imputa concretamente al querellado Jaime Cirilo Uribe Ochoa - ex Alcalde de la Municipalidad Provincial de Huaral-, que a través del programa televisivo Cables Noticias internacional de Chancay, emitido desde las veintiún horas con treinta minutos hasta las veintidós horas con treinta minutos del día veinticuatro de enero de dos mil ocho, en el medio televisivo del canal cuarenta y seis, TV Cable Internacional, habría vertido expresiones difamatorias en agravio de la querellante Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya [Regidora de la Municipalidad Provincial de Huaral], entre otras la siguiente: *"está proveyendo actualmente al PRONAA y está dando productos similares a los que dicen intoxican a los niños, si yo soy un maldito, pues ella será una recontra maldita porque está vendiéndole prácticamente a una gran parte del país"*.

TERCERO: Que, el encausado recurrente al interponer su recurso de casación, obrante en copia certificada a fojas doscientos tres, alega lo siguiente: **i)** el procedimiento de cadena de custodia alcanza a toda cosa u objeto que ha de servir como medio de prueba en el Juicio Oral, independientemente de su forma de obtención; en el presente caso, la grabación del audio y video presentado por la querellante fue ofrecido por ella misma, sin que se diera la cadena de custodia, no habiéndose logrado su autenticación, por consiguiente, debió haber tenido un nivel de inadmisibilidad o de exclusión que no cumplió el Juez de Fallo, ni la Sala de Apelaciones, debido a que dicha prueba vulnera sus derechos fundamentales; **ii)** en el presente caso se presentó la evidencia física (video) sin ninguna acta de aseguramiento, ni confiabilidad, que demuestre que sea él mismo que supuestamente se filmó el día de los hechos investigados, siendo que dicha evidencia debió ser ingresada por un tercero (el que realizó la entrevista) quien debió presentar el Master y debió ser interrogado como Órgano de Prueba, permitiendo el derecho de contradicción, habida cuenta que la fuente de prueba que contiene el video tuvo que ser contradicha; precisa, que incluso la entrevista fue interna, esto es, no autorizó su difusión, por eso sostiene que si bien existe un video, ello no prueba que hubiese sido difundido, lo cual no configuraría el delito de difamación mediante medios de comunicación masiva, por

consiguiente su introducción al proceso debió haber sido garantizado con una cadena de custodia desde la tenencia del bien por parte de la Televisora Telecable Internacional Canal cuarenta y seis de Chancay, cuyos representantes nunca autenticaron si el video en cuestión es el mismo que le fue realizado en la fecha de la entrevista interna y sin lugar a difusión; en consecuencia la querellante ha incumplido la obligación que le impone la Ley al Fiscal respecto a la cadena de custodia, debido a que el inciso tres del artículo cuatrocientos sesenta y dos del Código Procesal Penal, establece que el querellante particular tendrá las facultades y obligaciones del Ministerio Público, sin perjuicio de poder ser interrogado; **iii)** la querellante no explicó de quién recibió el video, ni pudo presentar al que lo filmó, por tanto, se ha infringido un derecho fundamental de carácter procesal, esto es, el aseguramiento de la prueba y el derecho a controvertir la misma, sometiendo al interrogatorio o contrainterrogatorio al periodista respectivo, hecho que no se pudo realizar vulnerándose todos los procedimientos, lo cual no permite conceder adecuada tutela judicial, por consiguiente se ha incurrido en una nulidad de oficio, extremo sobre el cual la Corte Suprema debe sentar el desarrollo de una adecuada doctrina jurisprudencial; **iv)** el nuevo procedimiento procesal penal implica no sólo la conservación de las especies que constituyen la evidencia hasta su presentación en el Juicio, sino también la introducción de reglas claras y objetivas que garanticen la corrección de los procedimientos de su levantamiento, sellado, manejo y conservación hasta la referida etapa, y que consideren el factor responsabilidad de los funcionarios policiales que intervengan en ellos. Los procedimientos indebidos debieron acarrear como consecuencia la exclusión de esa evidencia del procedimiento o la privación de su valor probatorio, por falta de certeza sobre cualquier conclusión que pudiera derivarse de la misma, de lo que se trata es de entregar elementos al Juez para que en su razonamiento sobre la valoración de la prueba deseche la prueba rendida por la contraparte, en atención a su falta de veracidad, autenticidad o integridad; por consiguiente, en el presente caso, la valoración del video sin cadena de custodia, sin autenticación, sin contradicción, debió ser excluido como material probatorio, dado que es fácilmente susceptible de alteración, situación sobre la cual debe pronunciarse la Corte Suprema para el desarrollo adecuado de la doctrina jurisprudencial en materia de cadena de custodia, de incorporación de evidencia física [audios, videos, grabaciones] en un proceso de querella; y **v)** en el presente proceso judicial no se motivó en lo absoluto respecto a la determinación e individualización de la pena, debido a que el Juez de primer grado no dijo nada, por tanto, existe ausencia de motivación que vulnera la garantía procesal contenida en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado; asimismo, la Sala de Apelaciones en mayoría pretendiendo justificar ello, sostiene que la pena es proporcional, pues es pena de carácter suspendida; sin embargo en el voto en discordia de la Magistrada Caballero, opinó porque se le aplique la reserva del fallo condenatorio, motivando adecuadamente su decisión; de igual forma, respecto al monto de cinco mil nuevos soles fijado por concepto de reparación civil, el Juez no fundamentó por qué arribó a dicha decisión, lo cual ha sido confirmado por la Sala de Apelaciones, por lo cual, en este extremo nuevamente se incurre en la vulneración de la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales. De otro lado, indica que se le impuso una pena suspendida con un periodo de prueba de seis meses, pese a que conforme a lo dispuesto en la parte final del artículo cincuenta y siete del Código Penal, el periodo de prueba es de un año, lo cual hace notar para que se aprecie como es que se administra justicia en determinados Órganos Jurisdiccionales.

CUARTO: Que, el Código Procesal Penal, en su Libro Segundo (La Actividad Procesal), Sección II, Título III, Capítulo VI, Sub Capítulo I (La Exhibición e Incautación de Bienes), en su artículo doscientos veinte, inciso dos, establece lo siguiente: *"Los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones o alteración de su estado original, igualmente se debe identificar al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado. De la ejecución de la medida se debe levantar un acta, que será firmada por los participantes en el acto. Corresponde al Fiscal determinar con precisión las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, asimismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio"*; precisándose en su inciso cinco que *"La Fiscalía de la Nación, a fin de garantizar la autenticidad de lo incautado, dictará el Reglamento correspondiente a fin de normar el diseño y control de la cadena de custodia, así como el procedimiento de seguridad y conservación de los bienes incautados"*, a lo cual se dio cumplimiento con la elaboración del "Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados", aprobado mediante Resolución n° 729 - 2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, que establece lo siguiente: *"Artículo 1.- Objeto. El presente Reglamento regula el procedimiento de la cadena de custodia de los elementos materiales y evidencias incorporados a la investigación de un hecho punible. Asimismo, regula los procedimientos de seguridad y conservación de los bienes incautados, según su naturaleza. Artículo 2.- Finalidad. Establecer y unificar procedimientos básicos y responsabilidades de los representantes del Ministerio Público y funcionarios, a efecto de garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporados en toda investigación de un hecho punible, auxiliado por las ciencias forenses, la criminalística, entre otras disciplinas y técnicas que sirvan a la investigación criminal. Además unificar los lineamientos generales de seguridad y conservación de los bienes incautados. Artículo 3.- Ámbito y alcance. Las normas contenidas en el presente Reglamento son de aplicación progresiva en todo el territorio*

nacional y de obligatorio cumplimiento para los señores Fiscales, funcionarios y servidores del Ministerio Público (...) Artículo 7.- Concepto de lo Cadena de Custodia de los Elementos Materiales y Evidencias. La Cadena de Custodia es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso (definiéndose en el artículo cinco, que los Elementos materiales y evidencias, son objetos que permiten conocer la comisión de un hecho punible y atribuirlos a un presunto responsable en una investigación y proceso penal) (...)". Artículo 16.- Custodia y Administración de Bienes incautados. En caso de efectuarse una diligencia relacionada a la investigación de un hecho ilícito, en la que se encuentren bienes que ameriten ser incautados, se procederá o asegurarlos o inmovilizarlos, designando provisionalmente al responsable de la custodia, dando cuenta al Juez para su aprobación y conversión a las medidas que fueran necesarias (definiéndose en el artículo seis, que los bienes incautados son los efectos y ganancias provenientes del delito, así como los instrumentos que sirvieron para perpetrarlo, objeto de una medida judicial o excepcionalmente fiscal, durante la investigación) (...)".

QUINTO: Que, conforme a lo anotado en el considerando anterior, el procedimiento de Cadena de Custodia se encuentra regulado en el Código Procesal Penal - Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete- y el Reglamento aprobado por Resolución n° 729- 2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, el cual está destinado a unificar procedimientos básicos y responsabilidades del representante del Ministerio Público y funcionarios, a efectos de garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporados en toda investigación de un hecho punible (auxiliados por las ciencias forenses, la Criminalística, entre otras disciplinas y técnicas), además de la seguridad y conservación de los bienes incautados; lo cual es evidente que sólo es aplicable a un proceso por delito de ejercicio público de la acción penal (donde el representante del Ministerio Público - titular de la acción penal interviene como Director de la Investigación Preliminar, cuya finalidad inmediata es realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a asegurar los elementos materiales de la comisión de un hecho delictuoso, entre otros, conforme al artículo trescientos treinta del Código Procesal Penal; mientras que el Juez en un rol diferenciado está a cargo del Juzgamiento y el control de legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público), mas no resulta aplicable a un proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal (querella), que tiene su propia regulación especial en el Libro Quinto, Título III, Sección IV del Código Procesal Penal – Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete -artículos cuatrocientos cincuenta y nueve al cuatrocientos sesenta y siete-, (donde no interviene el Ministerio Público y se acepta de manera excepcional y en casos puntuales, que el Juez Penal ordene a la Policía Nacional la realización de una investigación preliminar, quien a su vez emitirá un informe policial dando cuenta de los resultados).

SEXTO: Que, debe indicarse que el encausado recurrente alega en su recurso de casación, que en los procesos penales por delito de ejercicio privado de la acción penal, el querellante tiene las mismas facultades y obligaciones del Ministerio Público respecto a la cadena de custodia, conforme a lo previsto en el inciso tres del artículo cuatrocientos sesenta y dos del Código Procesal Penal; al respecto debe indicarse, que dicha norma procesal penal establece lo siguiente: "Instalada la audiencia se instará a las partes, en sesión privada, a que concilien y logren un acuerdo. Si no es posible la conciliación, sin perjuicio de dejar constancia en el acta de las razones de su no aceptación, continuará la audiencia en acto público siguiendo en lo pertinente las reglas del Juicio Oral. El querellante particular tendrá las facultades y obligaciones del Ministerio Público, sin perjuicio de poder ser interrogado"; en consecuencia, resulta claro que dicha norma procesal sólo otorga al querellante particular las facultades y obligaciones que tiene el Ministerio Público en el desarrollo del Juicio Oral; sin perjuicio de indicar que las demás facultades de aquél se encuentran reguladas expresamente en el artículo ciento nueve del Código Procesal Penal.

SÉPTIMO: Que, sin perjuicio de lo anotado, debe indicarse que en los delitos de ejercicio privado de la acción penal (querella) se debe respetar las garantías constitucionales de carácter procesal y material (debido proceso, derecho de defensa, contradicción, entre otros) respecto a las pruebas ofrecidas tanto por parte del querellante como del querellado; debiendo indicarse al respecto que en el Libro Segundo, Sección II, Título II, Capítulo V del Código Procesal Penal -artículos ciento ochenta y cuatro a ciento ochenta y ocho-, se regula lo relativo a la incorporación al proceso de la prueba documental, clases de documentos, reconocimiento de documento, traducción, transcripción y visualización de documentos, entre otros, de donde se advierte que se considera como prueba documental, entre otros, las grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registros de sucesos, imágenes, voces, debiéndose ordenar cuando sea necesario, el reconocimiento del documento, por su autor o por quien resulte identificado según su voz, imagen, huella, señal u otro medio, así como por aquél que efectuó el registro; asimismo se establece que cuando el documento consista en una cinta de video, se ordenará su visualización y su transcripción en un acta, con intervención de las partes; reglas que son de aplicación a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal, por no ser incompatibles con su naturaleza.

OCTAVO: Que, siendo ello así, no se advierte que en el presente caso, se hallan vulneradas garantías constitucionales de carácter procesal o material para incorporar al proceso como prueba documental el video que la querellante ofreció como medio de prueba en su escrito de querella, que registra las frases

difamatorias que le infirió el querellado en el programa televisivo Cables Noticias Internacional de Chancay, emitido desde las veintiún horas con treinta minutos hasta las veintidós horas con treinta minutos del día veinticuatro de enero de dos mil ocho, en el medio televisivo del canal cuarenta y seis, TV Cable Internacional, debido a que el querellado no contestó la demanda de querella ni cuestionó en su oportunidad la referida prueba, más aún, si se cumplió con visualizar dicho documento en presencia de los partes procesales en el Juicio Oral, cuyo contenido visualizado fue reconocido incluso por el propio querellado, conforme se advierte del acta de la sesión del veinticinco de marzo de dos mil diez, obrante a fojas ciento seis.

NOVENO: Que, en consecuencia, habiéndose establecido en la presente Ejecutoria, que la normatividad procesal penal y Reglamento aprobado por Resolución n° 729-2006-MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, referida a la cadena de custodia, sólo es aplicable a procesos por delitos de ejercicio público de la acción penal, mas no a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal, y no advirtiéndose que en el proceso de querella que nos ocupa se haya vulnerado garantías constitucionales de carácter procesal o material referida a la incorporación al proceso como prueba documental del video ofrecido por la parte querellante en su escrito de querella, este Supremo Tribunal concluye, que no es amparable la causal invocada por el encausado recurrente en su recurso de casación, prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; sin perjuicio de indicar que este Supremo Tribunal en la resolución de un recurso extraordinario de casación, sólo está facultado para realizar pronunciamiento de fondo respecto a la responsabilidad penal o no de un imputado, en la medida que se haya presentado en un caso concreto, algunas de las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, la cual no sucede en el caso *sub examine.*

DÉCIMO: Que, en cuanto al extremo de la debida motivación de las reglas de determinación e individualización de la pena y del monto a fijar por concepto de reparación civil en una sentencia judicial, debe indicarse lo siguiente: **i)** el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, establece como uno de los principios de la función jurisdiccional "La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan"; **ii)** el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha catorce de noviembre de dos mil cinco, recaída en el expediente ocho mil ciento veintitrés - dos mil cinco –PHC/TC (Caso: Nelson Jacob Gurman), ha establecido que "(...) la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ello (...), se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes(...) y (...) que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa"; agregando que uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de proceso; mientras que en la sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, recaída en el expediente setecientos veintiocho - dos mil ocho -PHC/TC (Caso: Giuliana Flor de María Llamoja Hilares) se indica que "El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso", estableciendo además los supuestos que deben tenerse en consideración para una debida motivación de las resoluciones judiciales; y **iii)** el Título III, Capítulo II del Código Penal, establece expresamente los criterios que debe tener el Juez para determinar e individualizar la pena aplicable al agente responsable de la comisión de un delito; de igual forma el Título VI, Capítulo I del Código Penal, regula el tema relacionado a la reparación civil y consecuencias accesorias, indicándose entre otras cosas, que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, y que la reparación comprende, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios; y **iv**) mediante Resolución Administrativa n° 311 – 2011 - P- PJ de fecha uno de setiembre de dos mil once, emitida por el Presidente del Poder Judicial, se dictaron líneas directrices para la correcta determinación judicial de la pena, en base a los fundamentos jurídicos siete, ocho y nueve del Acuerdo Plenario número uno - dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho.

DÉCIMO PRIMERO: Que, atendiendo a la normatividad anotada en el considerando anterior, debe indicarse que la debida motivación de las resoluciones judiciales a que hace referencia nuestra Constitución Política, no sólo está referida a la fundamentación fáctica y jurídica que debe realizarse en una sentencia judicial de índole penal para efectos de acreditar la responsabilidad penal o no de determinado encausado por la comisión de un delito imputado, sino que también debe realizarse la misma fundamentación respecto a la sanción penal y consecuencias civiles en caso de sentencia condenatoria, más aún, si nuestra norma procesal penal permite la impugnación de la sentencia contra dichos extremos, lo cual requiere que lo decidido al respecto por el Órgano Jurisdiccional respectivo se encuentre debidamente motivado y justificado jurídicamente en la resolución judicial, para efectos de que la parte procesal que se considere perjudicada

con dicho extremo del fallo, pueda contradecir dichos argumentos al momento de presentar su recurso impugnatorio respectivo .

DÉCIMO SEGUNDO: Que, revisados los autos en el presente caso, se advierte lo siguiente: **i)** por sentencia de primera instancia de fecha treinta de marzo de dos mil diez, obrante a fojas ciento diez, se condenó a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, como autor del delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, a un año de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada, sin embargo, se omitió fundamentar fáctica y jurídicamente los motivos, por los cuales se impuso aquella sanción penal y civil; **ii)** mediante escrito de fecha ocho de abril de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas ciento dieciséis, el condenado Jaime Cirilo Uribe Ochoa interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, sustentado concretamente en argumentos de falta de culpabilidad por ausencia del elemento subjetivo del delito imputado, y cuestionando la autenticidad de la prueba documental presentada por lo querellante (video), mas no hizo alusión a los extremos referidos al quantum de la pena impuesta y al monto fijado por concepto de reparación civil; **iii)** por sentencia de vista de fecha doce de julio de dos mil diez, obrante a fojas ciento ochenta y siete, se resuelve confirmar por unanimidad la sentencia de primera instancia en los extremos que condenó a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, como autor del delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; y confirmar la misma sentencia por mayoría en el extremo que se le impuso un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta; cumpliéndose con fundamentar el extremo de la pena impuesta -ver décimo tercer considerando- (pese a que conforme al artículo cincuenta y siete del Código Penal, el plazo de suspensión de la ejecución de la pena es de uno a tres años, lo cual en todo caso no agravia al encausado, debido a que se le impuso un plazo menor de suspensión de ejecución de pena); asimismo, si bien no se precisó los fundamentos por los cuales se confirmó el monto fijado por concepto de reparación civil (cinco mil nuevos soles), este Supremo Tribunal considera que dicho monto resulta proporcional por concepto de indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo establecido en el inciso dos del artículo noventa y tres del Código Penal y el Acuerdo Plenario número 6 - 2006-/CJ-116 de fecha trece de octubre de dos mil seis, emitido por la Sala Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, debido a que la difamación se produjo por intermedio de un programa local de noticias televisivo y por parte de un funcionario público (Alcalde de la Municipalidad de Huaral) en agravio de otra funcionaria pública (Regidora de la Municipalidad de Huaral); en consecuencia no se advierte que en la sentencia de vista materia del recurso extraordinario de casación, se haya incurrido en la causal invocada referida a una falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por las causales de inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor, previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, contra la sentencia de vista de fecha doce de julio de dos mil diez, obrante a fojas ciento ochenta y siete, que resolvió confirmar por unanimidad la sentencia de primera instancia en los extremos que condenó a Jaime Cirilo Uribe Ochoa, como autor del delito contra el Honor, en la modalidad de difamación, en agravio de Ana Aurora Kobayashi Kobayashi de Muroya, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; y confirmar la misma sentencia por mayoría en el extremo que se le impuso un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de seis meses, bajo determinadas reglas de conducta.

II. ESTABLECIERON de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, lo establecido en la parte considerativa de la presente Ejecutoria, respecto a lo referido a que la cadena de custodia que establece el Código Procesal Penal y el Reglamento aprobado por Resolución N° 729-2006 – MP-FN de fecha quince de junio de dos mil seis, no es aplicable a los procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal (querella), así como lo referido a que la sentencia penal debe estar debidamente fundamentada (tanto fáctica como jurídicamente), no sólo en el extremo que acredita la responsabilidad penal o no del agente imputado por la comisión de un determinado hecho delictivo, sino también respecto a los extremos de la determinación e individualización de la pena a

imponer y el monto a fijar por concepto de reparación civil, conforme a la normatividad existente para tales efectos, entre ellas la indicada en el considerando décimo, acápite tres y considerando décimo segundo.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes, asimismo deberá publicarse en el diario oficial "El Peruano", conforme a lo previsto en la parte *in fine* del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al Órgano Jurisdiccional de Origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez, por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Salas Arenas.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

DECISIONES EMITIDAS ORALMENTE: TRANSCRIPCIÓN ÍNTEGRA DE LA DECISIÓN

45

LAS RESOLUCIONES EMITIDAS EN LAS INCIDENCIAS (AUTOS) HAN DE ESTAR INTEGRAMENTE DOCUMENTADAS POR ESCRITO, CON EXCEPCIÓN DE AQUELLOS AUTOS JURISDICCIONALES QUE NO HAYAN SIDO IMPUGNADOS

Causal de Admisibilidad
Necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial por inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal: motivación escrita de resoluciones judiciales.

Fundamento del recurso casatorio
"(...) el recurrente considera que dicha resolución judicial afecta gravemente la constitucionalidad y legalidad del proceso penal, arguyendo que la resolución obrante solo en audio inobserva la garantía constitucional de motivación escrita de resoluciones judiciales, así como inobserva la norma legal prevista en el inciso primero del artículo ciento veinticinco del Código Procesal Penal que establece la firma de las resoluciones judiciales, y se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida en la casación numero sesenta y uno guion dos mil nueve sobre escrituralidad de las resoluciones judiciales (...), por lo que resulta necesario se establezca doctrina jurisprudencial vinculante sobre la obligación de los jueces a transcribir en el acta las resoluciones judiciales expedidas en audiencia, en pro de la seguridad jurídica".

Fundamento del auto impugnado en casación
"La Sala Superior A Quo fundo su decisión desestimatoria en el sentido de una de las conclusiones del Pleno Superior Penal del Distrito Judicial de Arequipa (...), en que los jueces penales acordaron que las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales; y de ello dicho tribunal refirió que resuelve inmediatamente terminada la audiencia en base a los principios de inmediación, concentración, celeridad, igualdad, oralidad y economía procesal, lo que garantiza la transparencia e imparcialidad, y significa un cambio cultural para la resolución de casos en base de la oralidad (audiencia) y no de la escrituralidad (cuadernos y expedientes); considerando así que dicha práctica positiva en el proceso penal ha dado lugar para la que la nueva ley procesal de trabajo haya establecido que las resoluciones dictadas en audiencia se entiendan por notificadas a las partes en el acto".

Fundamento de la casación
"Por ende, las resoluciones emitidas en las incidencias (los autos), han de estar íntegramente documentadas por escrito, con excepción de los casos que refiere el numeral decimo del Acuerdo Plenario número seis guión dos mil once diagonal "CJ" guión ciento dieciséis de seis de diciembre de dos mil once con la precisión hecha en el numeral decimo tercero de dicho Acuerdo, sin perjuicio de la oralización de la decisión, como ya se ha establecido en el pronunciamiento casacional numeral sesenta y uno guion dos mil nueve, ya referido".

Base Legal: Const.: Art. 139.5; NCPP: Arts. 121, 123.1, 124.1.2, 125.1, 361, 425.4, 427.4, 429.1.2.5, 430.1, 431.4, 433.3; LOPJ: Art. 22.primer párrafo; AP: N° 6-2011/CJ-116; Reg. Aud.: Art. 27.2; Cas.: 61-2009; RA: N° 096-2006-CE-PS; PSJ: Art. 8.2.c

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 159-2011 (AUTO)
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintidós de mayo de dos mil doce .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación excepcional por inobservancia de la garantía constitucional de motivación de resoluciones judiciales, inobservancia de la norma procesal penal y apartamiento de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor Fiscal Superior del Distrito Judicial de Huaura.

ANTECEDENTES:

1. Resolución Impugnada

La resolución número tres del treinta y uno de marzo de dos mil once, de los folios noventa y dos a noventa y tres, expedida por la Sala Superior Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente el pedido de otorgamiento de copia de la resolución número dos expedida por el mismo órgano jurisdiccional emitida oralmente el veintidós de marzo de dos mil once, en el proceso penal seguido en contra de don Wilfredo Sánchez Eunofre y don Odger Calero Ermitaño por el delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto agravado de ganado, en agravio de don Emeterio Baltazar Oyola y otros.
La decisión se adopta bajo la ponencia del señor juez supremo Salas Arenas.

2. Fundamentos Del Recurso De Casación

2.1 El señor Fiscal Superior plantea que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación [de] motivar de forma escrita las resoluciones judiciales, por lo que, el pedido de copia de la resolución que revocó el mandato de prisión preventiva por el de comparecencia, debió ser amparado y no ser declarado improcedente.

2.2 Por tal motivo el recurrente considera que dicha resolución judicial afecta gravemente la constitucionalidad y legalidad del proceso penal, arguyendo que la resolución obrante solo en audio inobserva la garantía constitucional de motivación escrita de resoluciones judiciales, así como inobserva la norma legal prevista en el inciso primero del artículo ciento veinticinco del Código Procesal Penal que establece la firma de las resoluciones judiciales, y se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida en la casación número sesenta y uno guión dos mil nueve sobre escrituralidad de las resoluciones judiciales (causas previstas en los incisos primero, segundo y quinto, respectivamente del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal), por lo que resulta necesario se establezca doctrina jurisprudencial vinculante sobre la obligación de los jueces a transcribir en el acta las resoluciones judiciales expedidas en audiencia, en pro de la seguridad jurídica.

3. Cumplido el trámite previsto por el apartado primero del artículo cuatrocientos treinta de la indicada norma procesal, se llevó a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta del acta correspondiente.

4. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuarto y cuatrocientos veinticinco apartado cuarto del Código acotado, el día treinta y uno del presente mes a las ocho y treinta de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: **SECUENCIA PROCESAL**

Se declaró bien concedido el recurso de casación de conformidad con lo establecido en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del indicado Código Procesal, a fin de determinar si excepcionalmente se puede declarar la procedencia del recurso de casación más allá de las hipótesis enumeradas en los incisos señalados del citado artículo, cuando discrecionalmente se considere necesario para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, propiamente respecto a la motivación escrita de las resoluciones judiciales.

Conviene precisar el itinerario observado en el presente caso: **(i)** El veintidós de marzo de dos mil once se llevó a cabo la audiencia de apelación de la resolución número dos, de primero de marzo de dos mil once que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra los encausados Sánchez Eunofre y Calero Ermitaño, en dicha diligencia se revocó dicha medida de coerción, la cual se realizó con la concurrencia de la señora Fiscal Superior Adjunta y del abogado defensor de los referidos procesados (véase el acta del folio ochenta y siete), **(ii)** El veinticuatro de marzo de dos mil once, el señor Fiscal Superior presentó un escrito solicitando copia de la resolución referida (véase los folios noventa y noventa y uno), **(iii)** Mediante la resolución número tres, de treinta y uno de marzo de dos mil once, se declaró improcedente dicho pedido (véase los folios noventa y dos y noventa y tres), **(iu)** El señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación en contra la aludida resolución.

SEGUNDO: SUSTENTO NORMATIVO

2.1 El artículo ocho numeral dos literal c del Pacto de San José de Costa Rica que señala como derecho fundamental el contar con el tiempo y también con los medios para organizar la defensa.

2.2 El inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustentan.

2.3 El inciso primero del artículo ciento veintitrés del Código Procesal acotado regula las características de las resoluciones expedidas por los órganos jurisdiccionales, así como los incisos uno y dos del artículo ciento veinticuatro; y el artículo trescientos noventa y cinco del propio Código.

2.4 El inciso primero del artículo ciento veinticinco del Código Procesal Penal establece que sin perjuicio de las disposiciones especiales, las resoluciones serán firmadas por los jueces y por los miembros del Juzgado o de la Sala en que actuaron.

2.5 El artículo trescientos sesenta y uno del Código Procesal Penal establece que: **1.** La audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta. El acta contendrá una síntesis de lo actuado en ella y será firmada por el Juez o Juez presidente y el secretario. Los Jueces, el Fiscal, y la defensa de las partes pueden hacer constar las observaciones al acta que estimen convenientes. Asimismo, la audiencia podrá registrarse mediante un medio técnico, según el Reglamento que al efecto dicte el órgano de gobierno del Poder Judicial. **2.** EL acta y, en su caso, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo. Rige a este efecto el artículo 121 del presente Código. **3.** Toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella. Está prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin, salvo quienes no puedan hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, en cuyo caso intervendrán por escrito, salvo que lo hagan por medio de intérprete. **4.** Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente. Se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta.

2.6 El artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal establece como causas para interponer recurso de casación: (inciso primero) si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías; (inciso segundo) si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad; (inciso quinto) si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

2.7 El inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código indicado señala que excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

2.8 La Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique.

2.9 La Casación número sesenta y uno guión dos mil nueve expedida el cinco de marzo de dos mil diez por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República esencialmente precisó que las resoluciones judiciales, cuando entrañen un pronunciamiento sobre el objeto procesal o resuelvan una cuestión incidental referida a la regularidad o viabilidad del procedimiento penal, cuya motivación es indispensable, debe transcribirse íntegramente en el acta correspondiente, sin perjuicio de su reproducción audiovisual, dado que deben archivarse en un documento escrito o electrónico a fin de permitir su ordenación, sistematización, revisión y registro estadístico.

2.10 El Acuerdo Plenario número seis guión dos mil once guión C diagonal ciento dieciséis, de seis de diciembre de dos mil once, señala que la documentación de la resolución oral constituye una garantía para la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, así como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales; la cual se concreta en el acta. No obstante, bajo criterios razonables de economía y celeridad procesal, en el supuesto en que el auto jurisdiccional no haya sido impugnado, no será necesario que se transcriba integralmente dado que basta que conste su sentido y, desde luego, lo que decida o resuelva con absoluta claridad.

2.11 El Tribunal Constitucional del Perú (en las sentencias recaídas en los procesos registrados como Expediente 3361-2001-AA/TC-LIMA – fundamento jurídico treinta y siete-; Expediente 6712-2005-HC/TC – fundamento jurídico diez-; Expediente 4226-2004-AA/TC- fundamento jurídico dos-; Expediente 4348-2005-PA/TC- fundamento jurídico dos; Expediente 00728-2008-PHC/TC – fundamentos jurídicos seis a once-) ha expresado que la decisión judicial debe ser capaz de soportar los exámenes constitucionales de razonabilidad, coherencia y suficiencia.

2.12 El inciso segundo del artículo veintisiete del Reglamento General de Audiencias bajo las normas del Código Procesal Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 096-2006-CE-PJ, de veintiocho de junio de dos mil seis, estipula que si el Juez resuelve en el acto de la audiencia, consignará completamente el contenido de su decisión (...)".

2.13 El artículo veintidós de la Ley Orgánica del Texto único Ordinario del Poder Judicial faculta a la Corte Suprema establecer doctrina jurisprudencial vinculante.

2.14 El inciso tercero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal establece que la sentencia casatoria puede constituir doctrina jurisprudencial vinculante dirigida a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual será publicada en el diario oficial "El peruano".

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1 Como este Tribunal Supremo tiene dicho, esta clase de recurso por su naturaleza extraordinaria, tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, con el fin de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistémica con el ordenamiento jurídico.

3.2 La exigencia constitucional de motivación escrita de las resoluciones judiciales es un derecho que exige que el juez funde en derecho sus decisiones; su basamento lógico radica en la necesidad de controlar la coherencia entre lo que el llamado a decidir decide y los fundamentos que ha estimado (paso ordenado de las premisas a las conclusiones) [1].

3.3 El mensaje judicial resolutivo (sentencial o incidental o de cualquier decisión de la etapa de investigación preparatoria o de cualquiera de las etapas o fases del encausamiento) debe decodificarse en sus exactos términos por todos los destinatarios directos e indirectos.

3.4 La motivación de las decisiones trascendentes (justificación externa de las premisas normativa y fáctica), debe ser completa, coherente y estricta; no necesariamente abundante o extensa, pero tampoco raquítica, desordenada, desestructurada o diletante; el deber constitucional de fundamentación debe ser razonablemente atendido, tomando como base las particularidades y la naturaleza del caso concreto.

3.5 Como regla, el momento de emisión de la fundamentación, en el modelo procesal penal peruano, es el momento mismo de la emisión de la decisión, salvo en los casos de sentencias fruto de juicio oral en una materia completa o de impedimento temporal de redactarla, en que se ha previsto la lectura de la parte dispositiva (inciso segundo del artículo trescientos sesenta y dos del Código Procesal Penal), lo que [a] su vez conlleva el deber de convocar a las partes para una lectura integral en el plazo máximo de ocho días; no corresponde extender mecánicamente esta previsión legal a las resoluciones emitidas en la etapa de investigación preparatoria, que cuenta con sus propias reglas (así, el inciso cuarto del artículo ocho -medios de defensa-: el inciso segundo del artículo ciento dos -constitución en actor civil-; el inciso segundo del artículo doscientos tres -restricción de derechos-; el inciso primero del artículo doscientos sesenta y uno -detención preliminar-; el inciso segundo del artículo doscientos setenta y uno -prisión preventiva-), teniendo en cuenta además que la analogía como mecanismo lógico jurídico de integración, solo cabe en casos de vacío o deficiencia, es decir, de laguna o ausencia de regulación.

3.6 La Sala Superior *A Quo* fundó su decisión desestimatoria en el sentido de una de las conclusiones del Pleno Superior Penal del Distrito Judicial de Arequipa efectuado el cuatro y cinco de julio de dos mil nueve, en que los jueces penales acordaron que las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales; y de ello dicho tribunal refirió que resuelve inmediatamente terminada la audiencia en base a los principios de inmediación, concentración, celeridad, igualdad, oralidad y economía procesal, lo que garantiza la transparencia e imparcialidad, y significa un cambio cultural para la resolución de casos en base de la oralidad (audiencia) y no de la escrituralidad (cuadernos y expedientes); considerando así que dicha práctica positiva en el proceso penal ha dado lugar para la que la nueva ley procesal de trabajo haya establecido que las resoluciones dictadas en audiencia se entiendan por notificadas a las partes en el acto.

3.7 Las razones subjetivas de los integrantes de la Sala Superior *A Quo,* se expresan al argumentar en clave de la necesidad de afirmar el cambio cultural de la realidad en la oralidad; ello no resulta suficiente sustento para justificar el apartamiento del deber de acatar la ley y las orientaciones de doctrina jurisprudencial, en cuanto no colisionan con el sentido de la norma fundamental.

3.8 Las normas legales contenidas en el Código Procesal Penal peruano deben interpretarse conforme a la Constitución Política y las normas declarativas de los derechos fundamentales, puesto que dichas normas regulan el ejercicio de potestades básicas inherentes a la dignidad de la persona.

1 El empleo del silogismo judicial **modus ponens**, como herramienta básica para ordenar la decisión, pone en evidencia como ilógica toda decisión que carezca de premisas. El control de coherencia lógica, fáctica y normativa interesa a la colectividad jurídica y a la comunidad en general (a la que asiste al acto judicial y la que no), debiendo hallarse los canales de acceso a la información abiertas para que el pueblo conozca el contenido y desentrañe el alcance de los análisis que sostienen la decisión.

3.9 El derecho fundamental del imputado – extendido por igualdad ante la ley a las partes legitimidades en la causa judicial- a contar con el tiempo y los medios para organizar su defensa, o diseñar su actuar posterior implica el particular derecho a obtener una copia oficialmente transcrita de la decisión emitida oralmente para estudiarla detalladamente y pormenorizadamente, con la finalidad de decidir cabalmente la estrategia a seguir frente a la decisión emitida y a la connotación del sustento de lo decidido, sin que se presuma que el interesado recuerda en toda su dimensión la determinación, por el hecho de haber asistido al acto procesal de su emisión o que está en capacidad de transcribirla por cuenta propia a partir del registro audible que se le proporcione.

3.10 Es de resaltar que la Sala *A Quo* ha inobservado el fundamento quinto de la Casación sesenta y uno guión dos mil nueve, que estableció que si se resolvía una cuestión incidental, la motivación escrita era indispensable, orientación casatorial que en el presente caso se ha inobservado, habiéndose puesto de manifiesto un acto de apartamiento de la doctrina jurisprudencial casatorial sentada por la Corte Suprema vigente en el tiempo de su expedición.

3.11 El nuevo modelo procesal penal, no implica la liquidación de la transcripción de las resoluciones judiciales oralmente pronunciadas; sino mas bien, dentro del marco constitucional, armoniza lo oral y lo escrito (que se halla normativamente limitado –referencia a la síntesis en las actas, prohibición de la presentación de escritos en casos específicos-), tanto más que el acuerdo del pleno jurisdiccional de la judicatura superior realizado en Arequipa se concreta al decantamiento en pro de una opción preferencial por lo oral, mas no una eliminación de los marcos legales de lo escrito.

3.12 Por ende, las resoluciones emitidas en las incidencias (los autos), han de estar íntegramente documentadas por escrito, con excepción de los casos que refiere el numeral décimo del Acuerdo Plenario número seis guión dos mil once diagonal "CJ" guión ciento dieciséis de seis de diciembre de dos mil once[2] con la precisión hecha en el numeral décimo tercero de dicho Acuerdo, sin perjuicio de la oralización de la decisión, como ya se ha establecido en el pronunciamiento casacional número sesenta y uno guión dos mil nueve, ya referido[3].

3.13 Es claro que además de escribir o transcribir la decisión final de la materia de la incidencia, en los casos que corresponda, resulta deber funcional de la judicatura que en el acta respectiva conste por escrito la síntesis de lo ocurrido, con la referencia horaria pertinente (pauta, bitácora o cronometración), para guiar a los interesados directo y a los indirectos en la audición del contenido registrado (grabación del íntegro del acto procesal correspondiente por medios tecnológicos, perennizando las diligencias desarrolladas en la audiencia), haciendo factible que los interesados directos accedan a la información judicial pautada contenida en el soporte audible, con la finalidad de facilitar el análisis de plenitud y coherencia entre lo actuado y decidido; ello facilita también el acceso de los interesados indirectos a la misma información, como plasmación del derecho de la sociedad (asistente o no al acto procesal) a vigilar la actuación judicial que en nombre del Pueblo se realizó en el caso concreto y por tanto, encarna el deber de transparencia judicial, que no se agota con la publicidad de la audiencia, y que trasciende los límites de espacio físico, lugar o tiempo.

3.14 La resolución que pone fin a la sustanciación de un incidente, sea en primera o en segunda instancia, en principio, por su trascendencia, difiere de otras decisiones que se pronuncian dentro del mismo acto procesal; esa diferencia, evaluándose de facto la razonabilidad y necesidad de la celeridad y dada la distinta connotación, hace que no se requiera (pero tampoco se prohíbe) que sean íntegramente transcritas aunque ciertamente en las no impugnadas debe constar por escrito la síntesis del sentido resolutivo en el acta pautada correspondiente.

3.15 Con ello, no se afecta la plasmación de la oralidad en la emisión de las resoluciones judiciales finales, que el orden procesal penal ha previsto, sino en que una vez expedidas, deben ser en principio transcritas y suscritas (requisitos constitutivos de validez de los pronunciamientos judiciales) y con ello atender la seguridad jurídica, así como la inalterabilidad de la motivación, aunque por motivos pragmáticos se han establecido excepciones.

3.16 Es de anotar que en el presente caso nunca se emitió resolución judicial escrita; así, en el acta en que se plasmó la realización de la diligencia se aprecia: *"La Sala pasa inmediatamente a deliberar, se suspende la audiencia. La Sala reabre la audiencia seguidamente y oralmente el Director de Debates dicta la Resolución*

2 Acuerdo posterior a la decisión objeto de casación.
3 El ponente estima que todas las resoluciones trascendentes deben escribirse o transcribirse para el control por los usuarios directos y los interesados indirectos de modo mediato o con posterioridad por seguridad jurídica.

Nº 02 [00:16:23 del audio]; cuyos fundamentos y decisión se encuentran registrados en audio, por lo que resuelven en mayoría: 1) REVOCAR la resolución Nº Dos, de fecha primero de marzo (...)" (sic); por lo que de conformidad con el inciso segundo del artículo ciento veinte y el artículo ciento veintitrés del Código Procesal Penal deben consignarse los fundamentos de la citada decisión".

3.17 Es pertinente tener en cuenta que los interesados legalmente pueden pedir al juzgado emisor (cualquier que fuere) que supla las omisiones de pronunciamiento y/o haga, dentro del plazo pertinente, las precisiones o correcciones de los errores materiales, de ser el caso, lo que se facilita si los interesados cuentan con la transcripción de la determinación emitida oralmente, por lo que la Ley los habilitado a exigir al órgano judicial emisor les otorgue copias escritas de la decisión que debieron emitir oralmente y por escrito, sea que asistan o no al acto público en que se produjo, sea que impugnaron o no la decisión pronunciada.

3.18 Con la negativa a la expedición de la copia escrita de la decisión, el órgano judicial *A Quo* ha obstaculizado innecesariamente la actuación fiscal, dificultando la materialización de uno de los medios para el diseño o reajuste de su estrategia de actuación frente a la materia concreta, según el estado procesal en cuanto correspondiere.

3.19 Aunque esta Suprema Instancia ha establecido directrices referentes a la motivación de las resoluciones judiciales, sin embargo, en la adopción de tal postura no se tuvo en cuenta el supuesto del pedido de copias oficiales del contenido del acto resolutivo oralmente pronunciado que el interesado habilitado, aspecto que está propiamente vinculado a la comunicación debida de decisiones judiciales, y por tanto al concepto de debido proceso.

3.20 En el planteamiento casatorio se arguyó la inaplicación de una ley procesal cuya afectación se sanciona con nulidad del acto, pero, lo concreto es que la decisión existe y se emitió con defecto, por lo que falta es la transcripción, lo que resulta subsanable.

3.21 De otro lado, las decisiones del Tribunal Constitucional emitidas en causas de su competencia, derivadas de materias penales o de orden procesal penal, no cuestionan la constitucionalidad de la motivación escrita de las resoluciones judiciales y corresponde a este Tribunal Supremo, como instancia casatoria, reafirmar y fortalecer la doctrina jurisprudencial específica que se sentó en el pronunciamiento casacional en la causa setenta y uno de dos mil nueve y afianzar el Acuerdo Plenario seis guión dos mil once, varias veces mencionados.

3.22 Es pertinente recalcar que conforme al primer párrafo del artículo veintidós de la Ley Orgánica del Texto Único Ordenado del Poder Judicial y al inciso tercero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal, la judicatura tiene el deber de observar la doctrina jurisprudencial casacional establecida, en tanto que el apartamiento motivado debe fundarse en razones que el Ordenamiento Jurídico nacional reconoce como válidos.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre del Pueblo, los jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente acordaron:

I. DECLARAR FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior de Huaura en contra de la resolución número tres de seis de abril de dos mil once, de los folios noventa y dos a noventa y tres, expedida por la Sala Superior Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente el pedido de otorgamiento de copia de la resolución número dos expedida por el mismo órgano jurisdiccional emitida oralmente el veintidós de marzo de dos mil once, en el proceso penal seguido en contra de don Wilfredo Sánchez Eunofre y don Odger Calero Ermitaño por el delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto agravado de ganado, en agravio de don Emeterio Baltazar Oyola y otros.

II. DISPONER que la Sala de Apelación del Distrito Judicial de Huaura cumpla en el día y bajo responsabilidad con completar, y, en su caso, subsanar el acta de la audiencia que dirigieron conforme lo precisado en el fundamento jurídico 3.16 de la presente Ejecutoria.

III. MANDAR que la Sala de Apelaciones del Distrito Judicial de Huaura comunique por escrito al Ministerio Público y a las partes procesales el contenido íntegro de la decisión final emitida el veintidós de marzo de dos mil once que en su momento no fue impugnada.

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido de los fundamentos 3.11 y 3.12 de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

V. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Corte Superiores en las que rige el Código Procesal Penal, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano". Intervino el señor juez supremo Morales Parraguéz por encontrarse en periodo vacacional el señor juez supremo Rodríguez Tineo.-

Ss.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

CAPÍTULO I

Casaciones Inadmisibles

Presupuestos Objetivos

SUBCAPÍTULO I

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO

01

EL DELITO DE HURTO AGRAVADO IMPUTADO NO SUPERA EN SU EXTREMO MÍNIMO LOS SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXIGIDO COMO PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE AUTOS (428.1.c CPP)

"(...) Que, sin embargo, el apartado dos, inciso a) del citado artículo 427º del nuevo Código Procesal Penal, estatuye que en las resoluciones como la presente se requiere para la viabilidad del recurso de casación que el delito imputado más grave tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el delito más grave objeto del presente proceso penal (...)es el de hurto agravado, que está conminado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años – artículo ciento ochenta y seis del Código Penal-; que en consecuencia, el delito incriminado no alcanza el criterio summa poena estatuido en la norma procesal, por lo que la resolución impugnada no cumple el presupuesto procesal objetivo que habilita el recurso de casación, siendo de aplicación el literal c) del apartado uno del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Penal (...)".

Base Legal: NCPP: Arts. 420.5, 423.3, 427.1.2a, 428.1.c, 430.6, 501.2.a; CP: Art. 186

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 04-2007 (AUTO)
HUAURA

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, catorce de agosto de dos mil siete .-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso, defensa procesal, igualdad de las partes e inobservancia de normas procesales: artículo cuatrocientos veinte, apartado cinco, del Nuevo Código Procesal Penal, interpuesto por el actor civil COMUNIDAD CAMPESINA DE UTCAS contra el auto de vista de fojas cien, del diez de abril de dos mil siete, que declaró nulo el concesorio del recurso de apelación que interpuso contra el auto de fojas cuarenta y dos, del veinte de noviembre de dos mil seis, que declaró el sobreseimiento a favor de Pedro Marcelino Marcel Alcocer, Epifania Miranda León y Ana Montalvo Muñoz por delitos de hurto agravado, usurpación y daños en su agravio; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo; que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos y se ha apersonado a la instancia la actora civil, sin que haya acompañado sus alegatos escritos.

SEGUNDO: Que la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que se ha recurrido un auto que, aplicando analógicamente el artículo cuatrocientos veintitrés, apartado tres, del Nuevo Código Procesal Penal, ante la inconcurrencia a la audiencia de apelación de la actora civil, que interpuso el recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento, declaró nulo el concesorio de la alzada e inadmisible el citado recurso impugnatorio; por tanto, causa gravamen irreparable al poner fin al procedimiento penal, por lo que se cumple el requisito de admisibilidad objetiva del apartado uno del artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal.

TERCERO: Que, sin embargo, el apartado dos, inciso a), del citado artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal, estatuye que en las resoluciones como la presente se requiere para la viabilidad del recurso de casación que el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el delito más grave objeto del presente proceso penal -véase auto de apertura de instrucción de fojas ciento setenta y uno del cuaderno de instrucción, del veintisiete de setiembre de dos mil cuatro- es el de hurto agravado, que está conminado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años -artículo ciento ochenta y seis del Código Penal-; que, en consecuencia, los delitos incriminados

no alcanzan el criterio de *summa poena* estatuido en la norma procesal, por lo que la resolución impugnada no cumple el presupuesto procesal objetivo que habilita el recurso de casación, siendo de aplicación el literal c) del apartado uno del artículo cuatrocientos veintiocho del Nuevo Código Procesal Penal, situación que impide apreciar los demás presupuestos de admisibilidad formales y subjetivos.

CUARTO: Que si bien las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, no se advierte que obró con temeridad o mala fe, por lo que no es de aplicación el apartado dos, literal a), del artículo quinientos uno del Nuevo Código Procesal Penal.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso, defensa procesal e igualdad de las partes, inobservancia de normas procesales: artículo cuatrocientos veinte, apartado cinco, del Nuevo Código Procesal Penal, interpuesto por el actor civil COMUNIDAD CAMPESINA DE UTCAS contra el auto de vista de fojas cien, del diez de abril de dos mil siete, que declaró nulo el concesorio del recurso de apelación que interpuso contra el auto de fojas cuarenta y dos, del veinte de noviembre de dos mil seis, que declaró el sobreseimiento a favor de Pedro Marcelino Marcel Alcocer, Epifania Miranda León y Ana Montalvo Muñoz por delitos de hurto agravado, usurpación y daños en su agravio; **MANDARON** se notifique a las partes apersonadas la presente Ejecutoria.

II. EXONERARON en el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación a la actora civil Comunidad Campesina de Utcas.

III. DISPUSIERON se devuelvan los actuados al tribunal de origen. Hágase saber.-

Ss.
SALAS GAMBOA
SAN MARTÍN CASTRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO

02

EL DELITO DE PECULADO DOLOSO, IMPUTADO EN LA ACUSACIÓN ESCRITA, NO SUPERA EN SU EXTREMO MÍNIMO LOS SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXIGIDO COMO PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE SENTENCIA (428.1.c CPP)

"(...) Que, sin embargo, desde el presupuesto procesal objetivo del recurso de casación, se tiene que el apartado dos, literal b), del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, dispone que las sentencias son recurribles en casación siempre que el delito más grave, en su extremo mínimo, tenga señalado en la Ley una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, modificado por la Ley Nº 26198, establece para el peculado doloso pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de ocho años, que, por consiguiente, como el extremo mínimo de dicho tipo legal no supera los seis años de pena privativa de libertad, dicha sentencia no es susceptible de recurso de casación (...)".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.2.b, 427.4, 428, 430.3.6, 501.2.a; CP: Art. 387

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 07-2007 (SENTENCIA)
HUAURA

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, catorce de septiembre de dos mil siete .-

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso, tutela jurisdiccional y juez legal interpuesto por los acusados HUGO ULISES DÍAZ MAURICIO y VÍCTOR RAÚL IRURETA GARCÍA contra la sentencia de vista de fojas cincuenta y seis, del siete de junio de dos mil siete, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y dos del cuaderno respectivo, del veintinueve de enero de dos mil siete, los condenó como autores del delito de peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Santa María y el Estado, e impuso a Hugo Ulises Díaz Mauricio cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, y a Víctor Raúl Irureta García tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, así como inhabilitación por el plazo de tres años y el pago solidario de cuatro mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado y la Municipalidad Distrital de Santa María, a razón de dos mil nuevos soles a cada entidad, sin perjuicio de devolver la suma apropiada y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido –auto de fojas ochenta, del veintisiete de junio de dos mil siete- y si, en consecuencia, procede conocer del fondo del mismo; que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos y se han apersonado a la instancia ambos recurrentes, sin que el Ministerio Público y la actora civil hayan acompañado sus alegatos escritos.

SEGUNDO: Que la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que se ha recurrido una sentencia de vista, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, condenó a los recurrentes como autores del delito de peculado.

TERCERO: Que, sin embargo, desde el presupuesto procesal objetivo del recurso de casación, se tiene que el apartado dos, literal b), del artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal, dispone que las sentencias son recurribles en casación siempre que el delito más grave, en su extremo mínimo, tenga señalado en la Ley una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, modificado por la ley número veintiséis mil ciento noventa y ocho, establece para el peculado doloso pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de ocho años, que, por consiguiente, como el extremo mínimo de dicho tipo legal no supera los seis años de pena privativa de libertad, dicha sentencia no es susceptible de recurso de casación, situación que impide apreciar los demás

presupuestos de admisibilidad [cabe significar que si bien lo que se invoca es una presunta vulneración de preceptos constitucionales y se cita el supuesto de casación por infracción de norma procesal, que presupone normas de rango ordinario, se trata de un error obviamente superable en virtud de la doctrina, ya asumido por esta Sala de Casación, de la voluntad impugnativa].

CUARTO: Que si bien el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal permite que, excepcionalmente, pueda aceptarse el recurso de casación fuera de las resoluciones que enumeran los apartados anteriores del citado artículo, ello está sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende, con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal; que, en el presente caso, los impugnantes no han explicado acabadamente porqué estiman que el artículo diecisiete del Decreto legislativo número novecientos cincuenta y ocho vulnera garantías constitucionales y por tanto que se debió inaplicar para proceder de ese modo con arreglo al antiguo Código de Procedimientos Penales, hecho por lo demás inaceptable en tanto se desconoce abiertamente los principios y reglas derivados que informan las normas de transición o derecho procesal intertemporal, en cuya virtud es plenamente lícito -sin perjuicio de otras opciones legislativas, como la finalmente asumida por el legislador nacional al modificar el modelo de transición procesal penal- disponer la adaptación a un nuevo sistema procesal vencidas determinadas etapas procesales, lo que en modo alguno limita los derechos a la tutela, defensa procesal y debido proceso; es más, la causa -en virtud de la adecuación al nuevo sistema- ha merecido dos instancias a plenitud, se ha realizado íntegramente el juicio oral en primera instancia y se abrió una segunda instancia con arreglo al nuevo sistema procesal, de carácter amplio y con posibilidades más variadas de intervención para las partes.

QUINTO: Que si bien las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, no se advierte que obró con temeridad o mala fe, por lo que es de aplicación el apartado dos, literal a), del artículo quinientos uno del Nuevo Código Procesal Penal.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso, tutela jurisdiccional y juez legal interpuesto por los acusados Hugo Ulises Díaz Mauricio y Víctor Raúl Irureta García contra la sentencia de vista de fojas cincuenta y seis, del siete de junio de dos mil siete.

II. EXONERARON en el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación a los acusados Hugo Ulises Díaz Mauricio y Víctor Raúl Irureta García.

III. DISPUSIERON se devuelva los actuados al Tribunal de origen; hágase saber.-

Ss.
SALAS GAMBOA
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
URBINA GANVINI

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO

03

LA RESOLUCIÓN POR LA CUAL EL TRIBUNAL SE DESVINCULA DE LA ACUSACIÓN NO ES IMPUGNABLE EN CASACIÓN, POR CUANTO EL RECURSO CASATORIO NO PROCEDE PARA CUESTIONAR UNA FACULTAD ESTABLECIDA POR LEY (428.1.c CPP)

"(...) Que como se abrió instrucción por delito de homicidio calificado y se acusó por ese delito, en tanto que el Tribunal de Apelaciones realizó un juicio de desvinculación –que es constitucionalmente aceptable- siempre y cuando: a) el delito materia de condena importa la vulneración de un tipo penal homogéneo o que pertenezca al mismo grupo delictivo, y sea menos grave que aquél, como sucede entre el delito de homicidio calificado y lesiones graves seguidas de muerte; y, b) la distinta tipificación no impida el eficaz ejercicio de la defensa del acusado; último requisito este que vinculado al principio acusatorio, exige que la defensa haya contemplado en su estrategia defensiva esa posibilidad (...). Que, en consecuencia, el reproche que se formula no tiene entidad casacional, esto es, no se cumple el presupuesto procesal objetivo que habilita el recurso objeto de grado (...).

Base Legal: Const.: Art. 2.24.d; NCPP: Arts. 427.1.2, 428.1.c.d, 429.3, 430.1.6; CP: Arts. II, 108, 121

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 15-2007 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, dieciocho de enero de dos mil ocho .-

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente el Vocal Supremo señor Pariona Pastrana; el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional del principio de legalidad de derecho penal material interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del dieciséis de octubre de dos mil siete, que declarando nula la sentencia de primera instancia de fojas veintisiete, del veintiuno de agosto de dos mil siete -que condenó al acusado Joel Henry Mora Arteaga por delito de homicidio calificado en agravio de Roncal Abanto a veinticinco años de pena privativa de libertad- y adecuando el tipo penal, condenó a Joel Henry Mora Arteaga como autor del delito de lesiones graves seguidas de muerte en agravio de Víctor Jaime Roncal Abanto a diez años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme al estado del proceso y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, corresponde analizar si el recurso de casación ha sido concedido de acuerdo a ley -auto de fojas ciento veinticuatro, del treinta y uno de octubre de dos mil siete- y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo; que es de precisar que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos y que las partes procesales no se apersonaron a la instancia.

SEGUNDO: Que la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del Código Procesal Penal aludido, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para su adecuada concesión.

TERCERO: Que un presupuesto objetivo del recurso es que se refiera a resoluciones impugnables en casación, a cuyo efecto es de precisar que es materia de recurso de casación una sentencia de vista que declaró nula la sentencia de primera instancia -expedida por el Juzgado Colegiado- en el objeto recursal apelado, esto es, en el extremo que condenó al acusado Mora Arteaga por delito de homicidio calificado en agravio de Roncal Abanto a veinticinco años de pena privativa de libertad -conforme a la acusación escrita del Fiscal-, y adecuando los hechos al tipo penal de lesiones graves seguidas de muerte, impuso al acusado una pena de diez años de privación de libertad, por lo que se cumple el presupuesto objetivo estatuido en los apartados uno –sentencia definitiva- y dos - literal b) -el delito a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tiene en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor a seis años- del artículo cuatrocientos veintisiete del referido Código Procesal Penal.

CUARTO: Que, contra el fallo de primera instancia el impugnante no interpuso recurso de apelación -consintió- porque la sentencia de primera instancia no le fue adversa, en consecuencia, no se afectó el presupuesto del gravamen, a que se refiere el artículo cuatrocientos veintiocho, apartado uno, literal d) del Código Procesal Penal aludido, por lo que el recurso cumple, los presupuestos formales correspondientes de tiempo, lugar, modo y fundamentación.

QUINTO: Que el recurrente, en principio, ha citado como motivo del recurso el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, y lo ha precisado como exige el apartado uno del artículo cuatrocientos treinta de la Ley Procesal Penal, por lo que es del caso analizar su coherencia o correspondencia interna a los efectos de su admisibilidad.

SEXTO: Que, en lo referente al motivo de vulneración del precepto constitucional, la impugnación que se examina comprende una norma constitucional, referida a la aplicación de la ley penal material, que se centra en el sustento de la subsunción del comportamiento enjuiciado en el tipo penal de homicidio calificado por ferocidad, que en rigor el impugnante denuncia que la sentencia de vista ha sido expedida sin observancia de la garantía constitucional inmanente al principio de legalidad del derecho penal material prescrito en el literal d) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución en concordancia con el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, que deviene en la indebida aplicación de la ley penal material, al considerar que el Tribunal de Apelación ha resuelto el conflicto aplicando una norma cuyo supuesto de hecho no subsume a lo ocurrido fácticamente y trae al proceso una norma impertinente.

SÉPTIMO: Que como se abrió instrucción por delito de homicidio calificado y se acusó por ese delito, en tanto que el Tribunal de Apelaciones realizó un juicio de desvinculación -que es constitucionalmente aceptable- siempre y cuando: **a)** el delito materia de condena importa la vulneración de un tipo penal homogéneo o que pertenezca al mismo grupo delictivo, y sea menos grave que aquél, como sucede entre el delito de homicidio calificado y lesiones graves seguidas de muerte; y, **b)** la distinta tipificación no impida el eficaz ejercicio de la defensa del acusado; último requisito este que vinculado al principio acusatorio, exige que la defensa haya contemplado en su estrategia defensiva esa posibilidad -en el recurso de apelación del acusado se solicitó que la conducta se tipifique en el delito de lesiones graves seguidas de muerte y no en el de homicidio-; y es de precisar que en el presente proceso, desde el texto de la sentencia de vista se aprecia que el Tribunal de Apelaciones al efectuar la adecuación de los hechos al tipo penal –de lesiones graves seguidas de muerte- no vulneró los derechos fundamentales puesto que de sus fundamentos se verifica que cumplió con la exigencia razonable del principio universal (de legalidad) del nullum crimen, nulla poena sine: *lege stricta* -la prohibición de la analogía a un caso no regulado por la ley penal por la vía de la argumentación o semejanza-, *lege scripta* -la existencia de una ley escrita, es decir, no se reconoce el derecho no escrito, esto es: está vedado por nuestro sistema jurídico penal aplicar el derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad o agravar la pena -, *lege praevia* -que la ley sea anterior al hecho sancionado, es decir, la prohibición de la retroactividad, no se admite constitucionalmente sancionar un hecho que no era punible al momento de su comisión- y *lege certa* -que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinada, esto es, está vedado las leyes penales y penas indeterminadas, la punibilidad debe estar legalmente determinada, antes del hecho-; y finalmente -como sostiene el Tribunal Constitucional- precisar que: *"(...), no debe identificarse el principio de legalidad con el sub principio de tipicidad o taxatividad, el primero se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, y el segundo constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)"* (expediente dos mil cincuenta - dos mil dos-AA-TC);

OCTAVO: Que, en consecuencia, el reproche que se formula no tiene entidad casacional, esto es, no se cumple el presupuesto procesal objetivo que habilita el recurso objeto de grado, siendo de aplicación el literal c) del inciso uno del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Penal aludido.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional del principio de legalidad de derecho penal material; **MANDARON** se notifique a las partes apersonadas la presente Ejecutoria.

II. DISPUSIERON se devuelva el expediente al Tribunal de Apelaciones. Hágase saber.-

Ss.
SALAS GAMBOA
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO

04

EL DELITO DE ACTOS CONTRA EL PUDOR DE MENOR DE EDAD, IMPUTADO EN LA ACUSACIÓN ESCRITA, NO SUPERA EN SU EXTREMO MÍNIMO LOS SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXIGIDO COMO PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE SENTENCIA (428.1.c CPP)

"Que, sin embargo, el apartado dos, literal b), del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal establece una restricción del ámbito objetivo del recurso en relación con la cuantía de la pena, puesto que si se trata de sentencias, como la presente, se requiere que el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el delito objeto del presente proceso penal es el de actos contra el pudor, que está conminado con pena privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de nueve años (...); que en consecuencia, el delito incriminado no alcanza el criterio summa poena estatuido en la norma procesal, por lo que en principio escapa a la competencia casacional de este Tribunal Supremo".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.2.b, 427.4, 428, 430.3, 501.2.a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 56-2009 (SENTENCIA)
HUAURA

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, cuatro de marzo de dos mil diez .-

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de la motivación interpuesto por el acusado PERCY ROGER EVANGELISTA MEZA contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y seis, del tres de agosto de dos mil nueve, del cuaderno de apelación, que confirmando en un extremo y revocando en otro, la de primera instancia, lo condenó por delito contra la libertad -actos contra el pudor- en perjuicio de la menor agraviada identificada con las iniciales G.S.P.L. a seis años de pena privativa de libertad y fijó en mil quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de casación no es de libre configuración, sino que, por el contrario, para que esta Suprema Sala Penal pueda tener competencia funcional para casar una sentencia o auto que ponga fin al procedimiento o a la instancia o que deniegue la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, luego de agotadas las dos instancias, debe estar elaborada y presentada de conformidad con las disposiciones previstas en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del Código Procesal Penal, cuyos presupuestos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido.

SEGUNDO: Que se ha recurrido una sentencia de vista que confirmando en un extremo y revocando en otro, la de primera instancia, condenó a PERCY ROGER EVANGELISTA MEZA por actos contra el pudor en perjuicio de la menor agraviada identificada con las iniciales G.S.P.L. a seis años de pena privativa de libertad y fijó en mil quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; que se cumple parcialmente el presupuesto objetivo del recurso, pues la resolución recurrida está comprendida en el literal b) del apartado dos del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código; que, por otro lado, se cumple el presupuesto subjetivo del mismo porque el encausado cuestionó la sentencia de primera instancia y, sin duda, la sentencia de vista lo agravia al desestimar su pretensión impugnativa absolutoria.

TERCERO: Que, sin embargo, el apartado dos, literal b), del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal establece una restricción del ámbito objetivo del recurso en relación con la cuantía de la pena, puesto que si se trata de sentencias, como la presente, se requiere que el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años; que el delito objeto del presente proceso penal es el de actos contra el pudor, que está conminado con pena privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de nueve años -inciso dos del artículo ciento setenta y seis "A" del Código Penal-; que, en consecuencia, el delito incriminado no alcanza el criterio de summa poena estatuido en la norma procesal, por lo que en principio escapa a la competencia casacional de este Tribunal Supremo.

CUARTO: Que a pesar de ello la norma procesal ha regulado la casación excepcional en el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código, que permite al Supremo Tribunal, excepcionalmente, superando la barrera de los límites fijos del *quantum* de pena, que pueda aceptarse el recurso de casación, pero sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo jurisprudencial que pretende, con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal.

QUINTO: Que, sin embargo, el recurrente tampoco ha invocado la casación excepcional, y por ende, no ha especificado a este Tribunal Supremo el motivo por lo que sería necesario que se desarrolle la doctrina jurisprudencial; que por el contrario su petitorio constituye una solicitud de valoración de las pruebas y determinación de las conclusiones inferidas de ellas que constituye una potestad soberana del Tribunal de mérito; que, en consecuencia, por la vía del recurso de casación no se puede provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que sirvieron de base a la sentencia, en tanto en cuanto no es una segunda instancia y no constituye facultad de esta Sala de Casación valorar la prueba ni juzgar los motivos que formaron la convicción de la Sala Penal Superior; que en tal sentido el reproche que se formula no tiene entidad casacional.

SEXTO: Que si bien las costas serán pagadas por el que recurrió sin éxito, no se advierte que el recurrente haya obrado con temeridad o mala fe, por lo que no es de aplicación el apartado dos, literal a), del artículo quinientos uno del Código Procesal Penal.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación, por inobservancia de la garantía constitucional de la motivación interpuesto por el acusado PERCY ROGER EVANGELISTA MEZA contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y seis, del tres de agosto de dos mil nueve, del cuaderno de apelación, que confirmando en un extremo y revocando en otro, la de primera instancia, lo condenó por delito contra la libertad -actos contra el pudor- en perjuicio de la menor agraviada identificada con las iniciales G.S.P.L. a seis años de pena privativa de libertad y fijó en mil quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; **MANDARON** se notifique a las partes la presente Ejecutoria.

II.EXONERARON en el pago de los costas de la tramitación del recurso de casación al acusado Percy Roger Evangelista Meza.

III.DISPUSIERON se devuelvan los actuados al tribunal de origen. Hágase saber.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO

05

EL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA, IMPUTADO EN LA ACUSACIÓN ESCRITA, NO SUPERA EN SU EXTREMO MÍNIMO LOS SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXIGIDO COMO PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE SENTENCIA (428.1.c CPP)

"Que, sin embargo, desde el presupuesto procesal objetivo del recurso de casación, se tiene que el apartado dos, literal b), del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, dispone que las sentencias son recurribles en casación siempre que el delito más grave, en su extremo mínimo, tenga señalado en la ley una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el artículo ciento seis del Código Penal establece para el homicidio simple pena privativa de libertad no menor de seis años; que, por consiguiente, como la pena en cuestión no supera los seis años de pena privativa de libertad, dicha sentencia no es susceptible del recurso de casación (...)".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.2.b, 428, 430.6, 501.2.a; CP: Art. 106

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 03-2010 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, seis de abril de dos mil diez .-

AUTOS y VISTOS: interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Hugo Príncipe Trujillo; el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal y material con una indebida o errónea interpretación o errónea aplicación de dichas garantías, interpuesto por los actores civiles ENRIQUE RAÚL CÓRDOVA VELÁSQUEZ, RICARDO HUMBERTO MACCHA LAZO y PAULINA LULICHAC MANTILLA contra la sentencia de apelación de fojas ciento setenta y siete, del dieciséis de noviembre de dos mil nueve que por unanimidad confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y ocho, del treinta de julio de dos mil nueve, en los extremos que: **i)** absolvió a Héctor Samuel Adrianzén Adrianzén de los cargos que se le formulan como instigador del delito contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio simple en grado de tentativa en agravio de Enrique Córdova Velásquez, y **ii)** fijó en la suma de veinte mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar el encausado a razón de diez mil nuevos soles a favor de Paulina Lulichac Miranda, seis mil nuevos soles a favor de Ricardo Humberto Maccha Lazo y cuatro mil nuevos soles a favor de Enrique Córdova Velásquez; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme al estado de la causa y en aplicación de lo previsto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo, habiéndose cumplido con el trámite del traslado respectivo a las partes.

SEGUNDO: Que, la inadmisibilidad del recurso de casación, se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho del nuevo Código Procesal Penal y sus normas concordantes; en tanto que, su admisibilidad se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos treinta y normas conexas, que establecen los requisitos que deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que se ha recurrido una sentencia de vista, que confirmando la sentencia de primera instancia, absolvió a Héctor Samuel Adrianzén Adrianzén de los cargos formulados en su contra por delito de homicidio simple.

TERCERO: Que, sin embargo, desde el presupuesto procesal objetivo del recurso de casación, se tiene que el apartado dos, literal b), del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, dispone que las sentencias son recurribles en casación siempre que el delito más grave, en su extremo mínimo, tenga señalado en la Ley una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el artículo ciento seis del Código Penal establece para el homicidio simple pena privativa de libertad no menor de seis años; que, por consiguiente, como la pena en cuestión no supera los seis años de pena privativa de libertad, dicha sentencia no es susceptible de recurso de casación, situación que impide apreciar los demás presupuestos de admisibilidad.

CUARTO: Que si bien las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, no se advierte que obró con temeridad o mala fe, por lo que es de aplicación el apartado dos, literal a), del artículo quinientos uno del nuevo Código Procesal Penal.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso casación por inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal y material con una indebida o errónea interpretación o errónea aplicación de dichas garantías, interpuesto por los actores civiles ENRIQUE RAÚL CÓRDOVA VELÁSQUEZ, RICARDO HUMBERTO MACCHA LAZO y PAULINA LULICHAC MANTILLA contra la sentencia de apelación de fojas ciento setenta y siete, del dieciséis de noviembre de dos mil nueve.

II. EXONERARON el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación a los actores civiles ENRIQUE RAÚL CÓRDOVA VELÁSQUEZ, RICARDO HUMBERTO MACCHA LAZO y PAULINA LULICHAC MANTILLA.

III. DISPUSIERON se devuelvan los actuados al tribunal de origen; hágase saber.-

Ss.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO

06

LOS AUTOS QUE RESUELVEN MEDIDAS CAUTELARES NO CUMPLEN CON EL PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE AUTOS, PUES NO TIENE EL EFECTO DE PONER TÉRMINO AL PROCESO (428.1.c CPP)

"Que, sin embargo, el inciso uno del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal establece restricciones de carácter objetivo que sólo se circunscribe a: (i) sentencias definitivas, (ii) los autos de sobreseimiento, (iii) los autos que ponen fin al procedimiento o extingan la acción penal o la pena -la nota característica de estas resoluciones es el efecto de poner término al proceso-, y (iv) los autos que deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena; que en todos estos casos las resoluciones deben haber sido expedidas en apelación por la Sala Penal Superior".

"Que, en consecuencia, la resolución que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva es ajena a esos supuestos señalados –numerus clausus- en la norma procesal como objeto impugnable, por no revestir el carácter de decisión definitiva y tampoco comprende el otro aspecto de esta vía de impugnación -el referente a los autos que ponen fin, deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena-, en cuanto se trata de una medida cautelar que sólo tiene como finalidad asegurar los fines del proceso. Por tanto, en principio, escapa a la competencia casacional de este Tribunal Supremo".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.1, 428.1.c, 430.3, 501.2.a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 17-2010 (AUTO)
CAÑETE

Lima, ocho de junio de dos mil diez .-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por los procesados JUAN ÁNGEL CASTRO PEÑA y MOISÉS ALEXANDER BUJELE SORIA contra el auto superior de fojas ciento treinta y seis, del cuatro de febrero de dos mil diez, que confirmando la resolución de primera instancia de fojas noventa y siete, del veinticuatro de enero de dos mil diez, declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el señor representante del Ministerio Público contra los citados imputados.
Interviene como ponente el señor Lecaros Cornejo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de casación no es de libre configuración, sino que, por el contrario, para que esta Suprema Sala Penal pueda tener competencia funcional para casar una sentencia o auto que ponga fin al procedimiento o a la instancia o que deniegue la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, luego de agotadas las dos instancias, debe estar elaborado y presentado de conformidad con las disposiciones previstas en el artículo cuatrocientos veintiocho y normas concordantes del Código Procesal Penal, cuyos presupuestos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido.

SEGUNDO: Que se ha recurrido un auto superior que confirmando la de primera instancia declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el señor representante del Ministerio Público contra los procesados JUAN ÁNGEL CASTRO PEÑA, JACK KENNEDY ESPINOZA HUAMÁN y MOISÉS ALEXANDER BULEJE SORIA.

TERCERO: Que, sin embargo, el inciso uno del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal establece restricciones de carácter objetivo que sólo se circunscribe a: **(i)** sentencias definitivas, **(ii)** los autos de sobreseimiento, **(iii)** los autos que ponen fin al procedimiento o extingan la acción penal o la pena -la nota característica de estas resoluciones es el efecto de poner término al proceso-, y **(iv)** los autos que deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena; que en todos estos casos la resoluciones deben haber sido expedidas en apelación por la Sala Penal Superior.

CUARTO: Que, en consecuencia, la resolución que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva es ajena a esos supuestos señalados -numerus clausus- en la norma procesal como objeto impugnable, por no revestir el carácter de decisión definitiva y tampoco comprende el otro aspecto de esta vía de impugnación -el referente a los autos que ponen fin, deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena-, en cuanto se trata de una medida cautelar que sólo tiene como finalidad asegurar los fines del proceso. Por tanto, en principio, escapa a la competencia casacional de este Tribunal Supremo.

QUINTO: Que a pesar de ello la norma procesal ha regulado la casación excepcional en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código, que permite al Supremo Tribunal, excepcionalmente, superando la barrera de las condiciones objetivas de admisibilidad, que pueda aceptarse el recurso de casación, pero sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo jurisprudencial que pretende, con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal.

SEXTO: Que, sin embargo, los procesados JUAN ÁNGEL CASTRO PEÑA Y MOISÉS ALEXANDER BULEJE SORIA no invocaron la casación excepcional. Por ende, no han especificado a este Tribunal Supremo el motivo por el que sería necesario que se desarrolle la doctrina jurisprudencial y se conozca del presente recurso pese a su inadmisibilidad -constituye el aspecto central y nuclear de la admisión de esta modalidad del recurso-.

SÉPTIMO: Que si bien las costas serán pagadas por el que recurrió sin éxito, no se advierte que los recurrentes Juan Ángel Castro Peña y Moisés Alexander Buleje Soria hayan obrado con temeridad o mala fe, por lo que no es de aplicación el apartado dos, literal a), del artículo quinientos uno del Código Procesal Penal.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por los procesados JUAN ÁNGEL CASTRO PEÑA Y MOISÉS ALEXANDER BULEJE SORIA contra el auto superior de fojas ciento treinta y seis, del cuatro de febrero de dos mil diez, que confirmando la de primera instancia de fojas noventa y siete, del veinticuatro de enero de dos mil diez, declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado por el señor representante del Ministerio Público contra los citados imputados, por inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad.

II. MANDARON se notifique a las partes la presente Ejecutoria.

III. EXONERARON en el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación a los procesados Juan Ángel Castro Peña y Moisés Alexander Buleje Soria.

IV. DISPUSIERON se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Hágase saber.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO

07

LOS AUTOS QUE RESUELVEN BENEFICIOS PENITENCIARIOS NO CUMPLEN CON EL PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE AUTOS, PUES NO TIENE EL EFECTO DE PONER TÉRMINO AL PROCESO (428.1.c CPP)

"Que, sin embargo, el inciso uno del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal establece restricciones de carácter objetivo que sólo se circunscribe a: (i) sentencias definitivas, (ii) los autos de sobreseimiento, (iii) los autos que ponen fin al procedimiento o extingan la acción penal o la pena -la nota característica de estas resoluciones es el efecto de poner término al proceso-, y (iv) los autos que deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena; que en todos estos casos las resoluciones deben haber sido expedidas en apelación por la Sala Penal Superior".

"Que, en consecuencia, la resolución que declaró infundado el pedido de liberación condicional es ajena a esos supuestos señalados -numerus clausus- en la norma procesal como objeto impugnable, por no revestir el carácter de decisión definitiva y tampoco comprende el otro aspecto de esta vía de impugnación -el referente a los autos que ponen fin, deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena-, en cuanto se trata de una solicitud de beneficio penitenciario. Por tanto, en principio, escapa a la competencia casacional de este Tribunal Supremo".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.1.4, 428, 430.3, 497.3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 20-2010 (AUTO)
HUAURA

Lima, quince de junio de dos mil diez .-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el sentenciado JULIO CÉSAR TOSCANO SILVESTRE contra el auto superior de fojas setenta y nueve, del doce de febrero de dos mil diez, que confirmando la resolución de primera instancia de fojas cincuenta y cinco, del veintiséis de noviembre de dos mil nueve, declaró infundado el pedido de liberación condicional del recurrente.
Interviene como ponente el señor Lecaros Cornejo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de casación no es de libre configuración, sino que, por el contrario, para que esta Suprema Sala Penal pueda tener competencia funcional para casar una sentencia o auto que ponga fin al procedimiento o a la instancia o que deniegue la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, luego de agotadas las dos instancias, debe estar elaborado y presentado de conformidad con las disposiciones previstas en el artículo cuatrocientos veintiocho y normas concordantes del Código Procesal Penal, cuyos presupuestos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido.

SEGUNDO: Que se ha recurrido un auto superior que confirmando el de primera instancia declaró infundado el pedido de liberación condicional del sentenciado JULIO CÉSAR TOSCANO SILVESTRE.

TERCERO: Que, sin embargo, el inciso uno del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal establece restricciones de carácter objetivo que sólo se circunscribe a: **(i)** sentencias definitivas, **(ii)** los autos de sobreseimiento, **(iii)** los autos que ponen fin al procedimiento o extingan la acción penal o la pena -la nota característica de estas resoluciones es el efecto de poner término al proceso-, y **(iu)** los autos que deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena; que en todos estos casos las resoluciones deben haber sido expedidas en apelación por la Sala Penal Superior.

CUARTO: Que, en consecuencia, la resolución que declaró infundado el pedido de liberación condicional es ajena a esos supuestos señalados -numerus clausus- en la norma procesal como objeto impugnable, por no revestir el carácter de decisión definitiva y tampoco comprende el otro aspecto de esta vía de impugnación –el referente a los autos que ponen fin, deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena-, en cuanto se trata de un solicitud de beneficio penitenciario. Por tanto, en principio, escapa a la competencia casacional de este Tribunal Supremo.

QUINTO: Que a pesar de ello la norma procesal ha regulado la casación excepcional en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código, que permite al Supremo Tribunal, excepcionalmente,

superando la barrera de las condiciones objetivas de admisibilidad, que pueda aceptarse el recurso de casación, pero sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo jurisprudencial que pretende, con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal.

SEXTO: Que si bien el sentenciado JULIO CÉSAR TOSCANO SILVESTRE invocó la casación excepcional, sin embargo no especificó a este Tribunal Supremo el motivo por el que sería necesario que se desarrolle la doctrina jurisprudencial para enmendar problemas surgidos en cuanto a: la unificación de posiciones encontradas, la actualización de la doctrina imperante sobre un tema concreto o un pronunciamiento sobre un tema aún no desarrollado, y se conozca del presente recurso pese a su inadmisibilidad -constituye el aspecto central y nuclear de la admisión de esta modalidad del recurso.-

SÉPTIMO: Que el recurrente promovió el recurso de casación excepcional, a pesar de que no expresó razones serias y fundadas para hacerlo con arreglo al inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete e inciso tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal. Por tanto, es pertinente condenarlo al pago de costas de conformidad con el inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el sentenciado JULIO CÉSAR TOSCANO SILVESTRE contra el auto superior de fojas setenta y nueve, del doce de febrero de dos mil diez, que confirmando la resolución de primera instancia de fojas cincuenta y cinco, del veintiséis de noviembre de dos mil nueve, declaró infundado el pedido de liberación condicional del recurrente.

II. CONDENARON al pago de las costas de la tramitación del recurso de casación al sentenciado Julio César Toscano Silvestre, y ordenaron que el Juez de origen cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. MANDARON se notifique a las partes la presente Ejecutoria.

IV. DISPUSIERON se devuelvan los actuados al Tribunal de origen; interviniendo el señor Neyra Flores por licencia del señor Prado Saldarriaga. Hágase saber.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO

08

EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, IMPUTADO EN LA ACUSACIÓN ESCRITA, NO SUPERA EN SU EXTREMO MÍNIMO LOS SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EXIGIDO COMO PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE SENTENCIA (428.1.c CPP)

"Que, ahora bien, el literal b) del apartado dos del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal establece que el recurso de casación, tratándose de sentencias definitivas, sólo es procedente cuando el delito a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años; que según la acusación (...) los hechos (...) fueron calificados como delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, por lo que no se cumple debidamente el presupuesto objetivo del recurso de casación".

Base Legal: NCPP: Arts. 405, 427.2.b, 428.1.c, 429.1, 430.6, 497.2, 504.2; CP: Art. 296

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 29-2010 (SENTENCIA)
AREQUIPA

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DEL CASACIÓN

Lima, trece de julio de dos mil diez .-

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado Lucio Cisneros Cárdenas -concedido por resolución de fojas noventa y dos, del diecinueve de marzo de dos mil diez nueve del Cuaderno de Debate- contra la sentencia de vista de fojas setenta y siete, del veintidós de febrero de dos mil diez que revocando la sentencia de primera instancia de fojas catorce, del veintisiete de noviembre de dos mil nueve, le impuso ocho años de pena privativa de libertad como autor del delito contra la Salud Pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa del encausado Cisneros Cárdenas en su recurso formalizado de fojas ochenta y ocho expone lo siguiente: **A.** Existe ausencia de motivación por no precisarse las razones que conllevaron a incrementar la pena en abierta transgresión de lo preceptuado en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución. **B.** La sentencia de vista reproduce los fundamentos jurídicos de la sentencia de primera instancia y no existe razones especiales de motivación para el incremento de la pena. **C.** La Sala de Apelaciones sólo tuvo en cuenta los fundamentos del escrito de apelación de la Fiscal Provincial y no la fundamentación oral ni lo debatido en la audiencia de apelación, pese a que la representante del Ministerio Público no fundamentó su pretensión.

SEGUNDO: Que, con arreglo a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo; que es de precisar que el recurso debe cumplir las formalidades del artículo cuatrocientos cinco del Código acotado, las cuales han sido cumplidas por el recurrente; que, de otro lado, en el presente caso se realizó el trámite del traslado respectivo –ver resolución de fojas diez, del diecinueve de abril de dos mil diez del cuaderno formado en esta Sala-, y únicamente se apersonó el abogado del procesado Cisneros Cárdenas.

TERCERO: Que la admisibilidad del recurso de casación también se rige por lo dispuesto en el artículo cuatrocientos veintiocho del Nuevo Código Procesal Penal, cuyos requisitos deben ser cumplidos debidamente para entenderse correctamente concedido, pues la casación es un recurso extraordinario de modo que no tiene por finalidad la revisión integral de una sentencia de segunda instancia, sino evaluar si está incursa en las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código acotado.

CUARTO: Que, este sentido, un presupuesto objetivo del citado recurso extraordinario consiste en que su objeto procesal -acto impugnable- se circunscriba a las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento y los autos que pongan fin al procedimiento, extinguen la acción penal o la pena -de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal-; que, sin perjuicio de esa previsión, también

ha de verificarse el cumplimiento de los presupuestos adicionales previstos en la norma acotada, por lo que corresponde analizar especialmente si existe compatibilidad o coherencia entre el motivo del recurso promovido y el argumento impugnativo propuesto.

QUINTO: Que, ahora bien, el literal b) del apartado dos del artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal establece que el recurso de casación, tratándose de sentencias definitivas, sólo es procedente cuando el delito a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años; que según la acusación de fojas ciento once -de la carpeta fiscal- los hechos objeto de incriminación fueron calificados como delito contra la Salud Pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas previsto en el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, por lo que no se cumple debidamente el presupuesto objetivo del recurso de casación.

SEXTO: Que el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del Nuevo Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado Lucio Cisneros Cárdenas contra la sentencia de vista de fojas setenta y siete, del veintidós de febrero de dos mil diez, que revocando y reformando la sentencia de primera instancia de fojas catorce del veintisiete de noviembre de dos mil nueve en cuanto le impuso seis años de pena privativa de libertad como autor del delito contra la Salud Pública en la modalidad de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, le impuso ocho años de pena privativa de libertad.

II. CONDENARON al recurrente del pago de las costas en la tramitación del recurso de casación, que serán exigidas por el Juez de Investigación Preparatoria; **MANDARON** se devuelva los actuados al Tribunal de origen; hágase saber.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO

09

EL AUTO QUE RESUELVE LA SOLICITUD DE TUTELA DE DERECHOS NO CUMPLE CON EL PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE AUTOS, PUES NO TIENE EL EFECTO DE PONER TÉRMINO AL PROCESO (428.1.c CPP)

"Observamos que el recurso de casación incide sobre un objeto impugnable no recurrible en casación; al respecto, el artículo 427º, apartado 1 del NCPP expresa que el recurso de casación procede, entre otros, contra los autos que pongan fin al procedimiento o extingan la acción penal o pena. En el presente caso la resolución que motivó la impugnación del Fiscal Adjunto Superior recayó sobre un Audiencia de Tutela, decisión que por su propia naturaleza no extingue el procedimiento penal (...)".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.1, 428, 429.1.2.4, 430.1.3.6, 499.1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 99-2010 (AUTO)
AMAZONAS

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de febrero de dos mil once .-

AUTOS Y VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Adjunto Superior, Félix Wagner Arista Torres, contra el auto de vista de fojas ciento sesenta y dos, del siete de julio de dos mil diez, que confirmó el auto de primera instancia de fojas ciento veinte, del veintiséis de mayo de dos mil diez, en el extremo que declaró fundada la Tutela de Derecho por la presencia de un plazo irrazonable en la investigación preliminar, en el proceso seguido contra Julio César Ruiz Guzmán por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - en la modalidad de lesiones leves - en agravio de Sherson Julca Mas.
Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: De conformidad con el artículo 430°, apartado 6, del nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NCPP), vencido el trámite inicial de traslado a la contraparte, corresponde calificar el recurso de casación y decidir si está bien concedido o si debe inadmitirse de plano por no cumplir con los presupuestos procesales objetivos, subjetivos y formales, legalmente establecidos en los artículos 428° y 430°, apartado 1 del NCPP.

SEGUNDO: El Fiscal Adjunto Superior, Félix Wagner Arista Torres, fundamenta su recurso de casación, de fojas ciento setenta y cuatro, alegando que la resolución expedida por la Sala de Apelaciones vulnera el debido proceso al inobservarse el procedimiento preestablecido y carece de motivación suficiente; puesto que, el control de plazos y la Tutela de Derechos están debidamente regulados y diferenciados en el NCPP, configurándose las causales de casación previstas en el artículo 429°, apartados uno, dos y cuatro del citado código.

TERCERO: Observamos que el recurso de casación incide sobre un objeto impugnable no recurrible en casación; al respecto, el artículo 427°, apartado 1 del NCPP expresa que el recurso de casación procede, entre otros, contra los autos que pongan fin al procedimiento o extingan la acción penal o la pena.

En el presente caso la resolución que motivó la impugnación del Fiscal Adjunto Superior recayó sobre una Audiencia de Tutela, decisión que por su propia naturaleza no extingue el procedimiento penal declarativo de condena; asimismo, no resulta aplicable el apartado 4 del referido artículo; por cuanto, en concordancia con el artículo 430°, apartado 3 del NCPP exige la fundamentación del desarrollo jurisprudencial a desarrollarse, situación no presente en este caso y solucionada a través del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil diez / CJ- ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez.

CUARTO: En consecuencia, el recurso de casación no puede admitirse a trámite, no siendo de aplicación las costas procesales conforme al artículo 499° apartado 1 del NCPP.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Adjunto Superior, Félix Wagner Arista Torres, contra el auto de vista de fojas ciento sesenta y dos, del siete de julio de dos mil diez, que confirmó el auto de primera instancia de fojas ciento veinte, del veintiséis de mayo de dos mil diez, en el extremo que declaró fundada la Tutela de Derecho por la presencia de un plazo irrazonable en la investigación preliminar, en el proceso seguido contra Julio César Ruiz Guzmán por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - en la modalidad de lesiones leves - en agravio de Sherson Julca Mas.

II. MANDARON que cumplidos los trámites pertinentes, se devuelvan los autos al Tribunal de origen.
Intervienen el señor Juez Supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor Juez Supremo Neyra Flores.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO

10 **LOS AUTOS QUE RESUELVEN NULIDADES NO CUMPLEN CON EL PRESUPUESTO PROCESAL OBJETIVO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN DE AUTOS, PUES NO TIENE EL EFECTO DE PONER TÉRMINO AL PROCESO (428.1.c CPP)**

"Que, al respecto es del caso anotar, que el artículo cuatrocientos veintisiete, apartado uno del nuevo Código Procesal Penal establece que procede el recurso de casación contra los autos que pongan fin al procedimiento, requisito que no aparece cumplido si se tiene en cuenta que el pronunciamiento se trata sobre una articulación de nulidad de actuados".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.1.4, 430.6

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 100-2010 (AUTO)
PIURA

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de febrero de dos mil once .-

VISTOS; interviene como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de casación interpuesto por el encausado Peter Ruiz Arévalo contra el auto superior de fojas cuarenta y siete, del veinte de julio de dos mil diez, que confirmando la resolución de primera instancia de fojas veintiocho, del quince de junio de dos mil diez declaró improcedente la nulidad solicitada respecto al acuerdo de terminación anticipada y a la audiencia de terminación anticipada; en el proceso que se le sigue por delito contra el Patrimonio -robo agravado en perjuicio de Patricia Pilar Damasco Rivera; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación estuvo bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo.

SEGUNDO: Que, del análisis de autos se advierte que el presente recurso de casación fue interpuesto contra un auto superior que confirmó la resolución que declaró improcedente la nulidad de actuados que planteó -nulidad de algunos actos procesales-.

TERCERO: Que, al respecto es del caso anotar, que el artículo cuatrocientos veintisiete, apartado uno del nuevo Código Procesal Penal establece que procede el recurso de casación contra los autos que pongan fin al procedimiento, requisito que no aparece cumplido si se tiene en cuenta que el pronunciamiento se trata sobre una articulación de nulidad de actuados.

CUARTO: Que, asimismo, el recurrente no precisó que su base jurídica también era el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, debido a que este supuesto es excepcional porque si la Sala Penal Suprema lo considera pertinente puede admitir el recurso de casación con la finalidad de realizar el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Por estos fundamentos:

Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el encausado Peter Ruiz Arévalo contra el auto superior de fojas cuarenta y siete, del veinte de julio de dos mil diez, que confirmando la resolución de primera instancia de fojas veintiocho, del quince de junio de dos mil diez declaró improcedente la nulidad solicitada respecto al acuerdo de terminación anticipada y a la audiencia de terminación anticipada; en el proceso que se le sigue por delito contra al Patrimonio - robo agravado en perjuicio de Patricia Pilar Damasco Rivera;

DISPUSIERON que se devuelvan los actuados a la Sala de origen para los fines pertinentes; hágase saber. Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo, por vacaciones del señor Juez Supremo Neyra Flores.

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

Presupuestos Subjetivos

SUBCAPÍTULO II

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL SUBJETIVO

11

LA INCONCURRENCIA INJUSTIFICADA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA DE CASACIÓN SOBRE SENTENCIA (DESISTIMIENTO TÁCITO), DARÁ LUGAR A LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO INTERPUESTO Y, APAREJADO A ELLO, LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS (431.2 CPP)

"El recurso de casación, como acto procesal de parte exige como presupuesto subjetivo de admisibilidad que exista interés de quien lo plantea. Este interés en primer lugar demanda una declaración expresa de voluntad del sujeto procesal interesado, que se materializa a través del acto de interposición del recurso para poder abrir instancia. En segundo lugar es necesaria la existencia de un gravamen o perjuicio concreto generado por la sentencia o resolución que se cuestiona".

"Dentro de ese contexto, una vez abierta la instancia, el recurrente puede conservarla o perderla si cumple o no con las disposiciones impuestas por la ley procesal –artículo cuatrocientos veintiocho e inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal-. Asimismo tiene la facultad jurídica de desistirse y renunciar a su derecho impugnativo para interponer recursos (en tanto rige el principio dispositivo, puede desistirse aunque el recurso haya sido concedido y cualquiera que sea el trámite cumplido antes de la sentencia de casación, de conformidad con el artículo cuatrocientos seis del Código Procesal Penal). Esta intención de renunciar puede ser expresa o tácita, y en éste último caso la intención se deducirá de cualquier actitud o manifestación del recurrente en el proceso, después de presentado el recurso, que sea incompatible con la pretensión jurídica -como sucede cuando el abogado defensor no concurre a la audiencia de casación-.

"En consecuencia, debe declararse inadmisible el recurso de casación por desistimiento tácito de los acusados (...), en tanto sus abogados defensores no concurrieron a la audiencia de casación (...)".

"Este desistimiento del recurso interpuesto por el acusado, trae aparejada la imposición de las costas (...)".

Base Legal: NCPP: Arts. 406, 428, 431.2, 504.2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 13-2009 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, veintitrés de abril de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por errónea interpretación de la ley penal e inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal interpuesto por los acusados WILSON DANTE CRUZ RODRÍGUEZ y EDUARDO JESÚS PLASENCIA ALVARADO contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y cuatro, del cuatro de febrero de dos mil nueve, del cuaderno de apelación, que confirmando y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento veinticinco, del veintidós de octubre de dos mil ocho, del mismo cuaderno, los condenó por delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos -entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos- en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, así como fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor del Estado.
Interviene como ponente el señor Lecaros Cornejo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: Los encausados Wilson Dante Cruz Rodríguez y Eduardo Jesús Plasencia Alvarado fueron procesados penalmente con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal -en adelante NCCP-. Se le inculpó formalmente por delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en su modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, en agravio del Estado y se dispuso formalizar la investigación preparatoria en ese sentido.

SEGUNDO: El señor Fiscal Provincial por requerimiento de fojas cinco, del quince de febrero de dos mil ocho formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria. Una vez que se llevó a cabo la audiencia preliminar del control de acusación, el Juez de Investigación Preparatoria emitió el auto de enjuiciamiento de fojas doce, del nueve de mayo de dos mil

ocho y el Juzgado Colegiado dictó el auto de citación a juicio de fojas veintiséis, del tres de junio de dos mil ocho, del mismo cuaderno.

TERCERO: Seguido el juicio de primera instancia -véase fojas cincuenta y cinco-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas ciento veinticinco, del veintidós de octubre de dos mil ocho que condenó a Wilson Dante Cruz Rodríguez y Eduardo Jesús Plasencia Alvarado por delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en su modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de dos años, así como fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor del Estado.

Contra esta sentencia los acusados y Fiscal interpusieron recurso de apelación -los primeros alegaron inocencia y el representante del Ministerio Público solicitó el aumento de la pena-.

II. Del trámite impugnativo en segunda instancia.

CUARTO: La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, culminada la fase de traslado de la impugnación, conforme al auto de fojas ciento ochenta y uno, del dos de diciembre de dos mil ocho y realizada la audiencia de apelación, cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y cuatro, del cuatro de febrero de dos mil nueve, que revocó la sentencia del Juzgado Unipersonal en el extremo de la pena e impuso a Wilson Dante Cruz Rodríguez y Eduardo Jesús Plasencia Alvarado cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años.

II. Del trámite del recurso de casación.

QUINTO: Leída la sentencia de vista, los acusados Eduardo Jesús Plasencia Alvarado y Wilson Dante Cruz Rodríguez interpusieron recurso de casación mediante escritos de fojas doscientos sesenta y cuatro y doscientos setenta y uno, respectivamente, e introdujeron dos motivos: **(i)** errónea interpretación de la Ley penal: la prevista en los artículos doce, catorce, veintitrés y doscientos ochenta y tres del Código Penal e **(ii)** inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal: porque se vulneró los principios de legalidad de las penas y la "reformatio in peius".

Concedido el recurso por auto de fojas doscientos ochenta y dos, del seis de marzo de dos mil nueve, se elevó a este Supremo Tribunal.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslados a las partes, sólo el abogado defensor del acusado Wilson Dante Cruz Rodríguez señaló domicilio procesal dentro del radio de la sede de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, ésta Suprema Sala por Ejecutoria de fojas veintisiete, del doce de junio de dos mil nueve, del cuaderno de casación, admitió a trámite el recurso por la infracción de las normas sustantivas y principios antes citados.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación y debidamente notificadas las partes procesales -según las constancias de fojas cuarenta y nueve a cincuenta y uno del cuaderno de casación-, éstas no asistieron, dejándose expresa constancia de la inconcurrencia en el referido cuaderno -véase fojas cincuenta y dos-.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

III. Del desistimiento de la casación.

OCTAVO: Uno de los principios procesales fundamentales que caracterizan a los recursos es el "dispositivo", que involucra directamente a los litigantes, en tanto en cuanto tiene la misión de estimular la función judicial y se expresa en los siguientes aspectos: **(i)** iniciativa, **(ii)** disponibilidad del derecho material, **(iii)** impulso procesal, **(iv)** delimitación del tema a decidir, **(v)** aportación de los hechos y **(vi)** suministro de las pruebas.

El recurso de casación, como acto procesal de parte exige como presupuesto subjetivo de admisibilidad que exista interés de quien lo plantea. Este interés en primer lugar demanda una declaración expresa de voluntad del sujeto procesal interesado, que se materializa a través del acto de interposición del recurso para poder abrir la instancia. En segundo lugar es necesaria la existencia de un gravamen o perjuicio concreto generado por la sentencia o resolución que se cuestiona.

Dentro de ese contexto, una vez abierta la instancia, el recurrente puede conservarla o perderla si cumple o no con las disposiciones impuestas por la Ley procesal -artículo cuatrocientos veintiocho e inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal-. Asimismo, tiene la facultad jurídica de desistirse y renunciar a su derecho impugnativo para interponer recursos (en tanto rige el principio dispositivo, puede desistirse aunque el recurso haya sido concedido y cualquiera que sea el trámite cumplido antes de la sentencia de casación, de conformidad con el artículo cuatrocientos seis del Código Procesal Penal). Esta intención de renunciar puede ser expresa o tácita, y en éste último caso la intención se deducirá de cualquier actitud o manifestación del recurrente en el proceso, después de presentado el recurso, que sea incompatible con la pretensión jurídica -como sucede cuando el abogado defensor no concurre a la audiencia de casación-.

Es de puntualizar que el desistimiento es una forma de expresar la conformidad con el fallo y proclamar la inexistencia de un interés capaz de sustentar la impugnación.

NOVENO: Al respecto el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal señala lo siguiente "(...) la falta de comparecencia injustificada del Fiscal a la audiencia de casación, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación". En tal sentido si la defensa técnica del impugnante no comparece a la audiencia para sustentar oralmente los fundamentos del recurso de casación, dicha circunstancia autoriza al Tribunal de Casación a declarar la deserción del recurso y firme la sentencia cuestionada.

DÉCIMO: En consecuencia, debe declararse inadmisible el recurso de casación por desistimiento tácito de los acusados WILSON DANTE CRUZ RODRÍGUEZ y EDUARDO JESÚS PLASENCIA ALVARADO, en tanto sus abogados defensores no concurrieron a la audiencia de casación -conforme se expresó en el fundamento jurídico sétimo-.

DÉCIMO PRIMERO: Este desistimiento del recurso interpuesto por el acusado, trae aparejada la imposición de las costas con arreglo al inciso dos del artículo quinientos cuatro del Código Procesal Penal. Los recurrentes abandonaron la instancia a pesar de que promovieron el recurso de casación, consiguieron que se le conceda el recurso y se le señale fecha de audiencia para la sustentación de los agravios ante la Sala de Casación -a la que no asistieron sus abogados defensores-. Por tanto, no cabe eximirlos del pago de las costas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por los acusados WILSON DANTE CRUZ RODRÍGUEZ y EDUARDO JESÚS PLASENCIA ALVARADO contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y cuatro, del cuatro de febrero de dos mil nueve, del cuaderno de apelación, que confirmando y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento veinticinco, del veintidós de octubre de dos mil ocho, del mismo cuaderno, los condenó por delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos -entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos- en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, así como fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor del Estado, por ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL e INOBSERVANCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER PROCESAL.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso a los acusados WILSON DANTE CRUZ RODRÍGUEZ y EDUARDO JESÚS PLASENCIA ALVARADO; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL SUBJETIVO

12

LA INCONCURRENCIA INJUSTIFICADA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA DE CASACIÓN SOBRE AUTOS (DESISTIMIENTO TÁCITO), DARÁ LUGAR A LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO INTERPUESTO Y, APAREJADO A ELLO, LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS (431.2 CPP)

"Que instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la realización de la audiencia de casación el día de la fecha (...), la cual no se llevó a cabo debido a la inconcurrencia injustificada de los sujetos procesales; que, siendo así, resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del citado Código Adjetivo, que establece que ante la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación".

"(...) El recurrente pese a estar debidamente notificado para la realización de la audiencia de casación, inasistió injustificadamente a la misma, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas (...)".

Base Legal: NCPP: Arts. 429.1, 431.2; CPC: Art. 399

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 25-2009 (AUTO)
TACNA

Lima, doce de marzo de dos mil diez .-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal relativas a los presupuestos de la prolongación de prisión preventiva interpuesta por la defensa del encausado Dante Mamani Arohuanca contra el auto de vista de fojas ciento treinta cuatro, del diecisiete de abril de dos mil nueve, que confirmó el auto emitido por el Juez de Investigación Preparatoria de fojas noventa y nueve, del veinte de marzo de dos mil nueve, que declaró fundada la solicitud de prolongación de prisión preventiva formulada por la señora Fiscal del Cuarto Despacho de Investigación de la Fiscalía Penal Corporativa de Tacna; en la instrucción que se le sigue por delito contra la libertad - violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales Y. Ch. M.; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la señora Fiscal Provincial Penal del Cuarto Despacho de Investigación de Tacna mediante escrito de fojas ochenta y siete solicitó la prolongación de la prisión preventiva por el plazo de tres meses del imputado Dante Mamani Arohuanca; que el señor Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna por resolución de fojas ochenta y nueve, del dieciséis de marzo de dos mil nueve, citó a audiencia de prolongación de prisión preventiva, obrando a fojas noventa y siete el acta de registro de audiencia.

SEGUNDO: Que mediante auto de fojas noventa y nueve, del veinte de marzo de dos mil nueve, se declaró fundada la solicitud de prolongación de la prisión preventiva por el plazo de tres meses; que contra la citada resolución la defensa técnica del encausado Mamani Arohuanca formalizó recurso de apelación a fojas ciento siete, el cual fue admitido por resolución de fojas ciento diez, del veinticinco de marzo de dos mil nueve.

TERCERO: Que a fojas ciento treinta y cuatro corre el auto de vista del diecisiete de abril de dos mil nueve, que confirmó el auto apelado que declaró fundada la solicitud de prolongación de la prisión preventiva en contra del citado Mamani Arohuanca por el plazo de tres meses; que esta resolución fue materia de recurso de casación por parte de la abogada defensora del citado Mamani Arohuanca, concedido mediante resolución de fecha catorce de mayo de dos mil nueve -fojas ciento sesenta-.

CUARTO: Que, sin argumentos adicionales, la causa se elevó a este Supremo Tribunal el ocho de junio de dos mil nueve; que cumplido el trámite de traslado a las partes, sin apersonamiento de las partes procesales, mediante Ejecutoria de fojas doce -del cuadernillo formado en esta Suprema Sala-, del diecisiete de julio de dos mil nueve, se declaró bien concedido el recurso de casación por la causal de inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal referentes a la inobservancia de los presupuestos de la prolongación de prisión preventiva, previsto en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del novísimo Código Procesal Penal.

QUINTO: Que instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la realización de la audiencia de casación el día de la fecha -citándose a las partes- la cual no se llevó a cabo debido a la inconcurrencia injustificada de los sujetos procesales; que, siendo así, resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del citado Código Adjetivo, que establece que ante la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación.

SEXTO: Con arreglo al artículo trescientos noventa y nueve del Código Procesal Civil -aplicado supletoriamente al caso de autos- corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. El recurrente pese a estar debidamente notificado para la realización de la audiencia de casación, inasistió injustificadamente a la misma, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas -artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres del Nuevo Código Procesal Penal-.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal interpuesta por la defensa del encausado Dante Mamani Arohuanca contra el auto de vista de fojas ciento treinta y cuatro, del diecisiete de abril de dos mil nueve, que confirmó el auto emitido por el Juez de Investigación Preparatoria de fojas noventa y nueve, del veinte de marzo de dos mil nueve que declaró fundada la solicitud de prolongación de prisión preventiva formulada por la señora Fiscal del Cuarto Despacho de Investigación de la Fiscalía Penal Corporativa de Tacna; en la instrucción que se le sigue por delito contra la libertad - violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales Y. Ch. M.;

II. CONDENARON el pago de las costas del recurso al acusado Dante Mamani Arohuanca; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON se notifique la presente Ejecutoria Suprema a las partes apersonadas y se devuelva los actuados al Tribunal de origen; hágase saber y archívese.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL SUBJETIVO



LA INCONCURRENCIA INJUSTIFICADA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA DE CASACIÓN SOBRE AUTOS (DESISTIMIENTO TÁCITO), DARÁ LUGAR A LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO INTERPUESTO (431.2 CPP)

"Que de conformidad con el apartado dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, la inasistencia injustificada de la parte recurrente a la audiencia de casación dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación (...), que en el presente caso, el representante del actor civil recurrente, pese a estar notificado, no ha concurrido a la audiencia de casación, sin justificar su inasistencia".

Base Legal: NCPP: Art. 431.2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 66-2009 (AUTO)
HUAURA

RESOLUCIÓN

Lima, veintiséis de julio de dos mil diez .-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el Actor Civil contra el auto de vista de fojas ciento noventa y siete, del dos de septiembre de dos mil nueve, que confirmando el auto de primera instancia de fojas ciento sesenta y cinco, del dos de julio de dos mil nueve, declaró el sobreseimiento de la causa incoada contra los encausados Mago Isabel Tello Ramos, Jorge Aliaga Espinoza, Amadeo Félix Blas León, Pelagio Sánchez Blas y Esperanza Aurora Capitán de Díaz por los delitos de apropiación ilícita y otros en su agravio; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, de conformidad con el apartado dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, la inasistencia injustificada de la parte recurrente a la audiencia de casación dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación.

SEGUNDO: Que, en el presente caso, el representante del actor civil recurrente, pese a estar bien notificado, no ha concurrido a la audiencia de casación, sin justificar su inasistencia.

Por estos motivos:

Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el Actor Civil contra el auto de vista de fojas ciento noventa y siete, del dos de septiembre de dos mil nueve, que confirmando el auto de primera instancia de fojas ciento sesenta y cinco, del dos de julio de dos mil nueve, declaró el sobreseimiento de la causa incoada contra los encausados Mago Isabel Tello Ramos, Jorge Aliaga Espinoza, Amadeo Félix Blas León, Pelagio Sánchez Blas y Esperanza Aurora Capitán de Díaz por los delitos de apropiación ilícita y otros en su agravio; en consecuencia **ORDENARON** se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen y se devuelvan las actuaciones principales elevadas a este Supremo Tribunal; hágase saber.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL SUBJETIVO

14 INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CASATORIO POR INVOCAR VIOLACIONES DE LA LEY QUE NO HAYAN SIDO DEDUCIDAS EN LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN (428.1.d CPP)

"(...) el impugnante no sólo no ha justificado razonablemente, desde la defensa del ius constitutionis, el interés casacional ni la necesidad de una correcta interpretación del artículo veintitrés del Código Penal, sino que al fundamentar su recurso de apelación no expresó como agravio la trasgresión de la citada norma sustantiva, sino que, por el contrario, señalo que en los hechos juzgados no se configuraba la tesis de la coautoría, por lo que mal hace en invocar tal motivo como sustento de su recurso de casación (...)"

Base Legal: NCPP: Arts. 427.4, 428.1.d, 429.3, 430.6, 499; CP: Art. 23

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 8-2010 (AUTO)
LA LIBERTAD

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, diecinueve de abril de dos mil diez .-

AUTOS Y VISTOS; interviene como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de casación excepcional para desarrollo de doctrina jurisprudencial interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de vista de fojas ciento cincuenta y tres del cuaderno de debates, del siete de diciembre de dos mil nueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y seis, del diecinueve de mayo de dos mil nueve, absolvió a Alex Mainar Pérez Rodríguez y Fredi Rosmel Infantes Aguilar de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - lesiones graves en agravio de Juan Alexander Chamorro Flores; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo; que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos, no habiendo presentado sus alegatos ninguna de las partes procesales.

SEGUNDO: Que la admisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que se ha recurrido una sentencia de vista que confirmando la de primera instancia, absolvió a los encausados de la acusación fiscal por el delito de lesiones graves; que si bien por la naturaleza del delito objeto del proceso penal la resolución en cuestión no cumple con el presupuesto objetivo estatuido en el artículo cuatrocientos veintisiete, apartado dos, acápite a) del Código acotado, el recurrente ha invocado la causal establecida en el apartado cuatro de la citada norma referida al desarrollo de doctrina jurisprudencial; que, adicionalmente a ello la defensa del imputado ha citado como motivo del recurso el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por lo que es del caso analizar su relevancia a fin de determinar si resulta viable el desarrollo de doctrina jurisprudencial que invoca.

TERCERO: Que la valoración que ha de realizar la Sala de Casación, más allá de su carácter discrecional, tratándose de lo estatuido en el artículo cuatrocientos veintisiete numeral cuatro del citado Código Adjetivo, ha de circunscribirse a la presencia de un verdadero interés casacional; esto es: **(i)** unificación de interpretaciones contradictorias -jurisprudencia contradictoria entre diversos órganos jurisdiccionales-, afirmación de la jurisprudencia existente de la máxima instancia judicial frente a errores de tribunales inferiores, o definición de un sentido interpretativo a una norma reciente o escasamente invocada pero de especiales connotaciones jurídicas, así como **(ii)** la necesidad, por sus características generales, más allá del interés recurrente -*defensa de ius constitutionis*-, de obtener una interpretación correcta de específicas normas de derecho penal y procesal penal.

CUARTO: Que en el presente caso se tiene que la Sala de Apelaciones al confirmar la sentencia de primera instancia, sostuvo, entre otras razones, que el elemento objetivo del delito de lesiones graves se encontraba

plenamente acreditado con el certificado médico legal, debidamente ratificado, que daba cuenta de una incapacidad médico legal del agraviado de cincuenta días; sin embargo, sostuvo, que los encausados no podían responder a título de coautores, pues en sus conductas no se advertía un acuerdo común previo y, por otro lado, no existía prueba alguna que acreditara que ellos fueron los autores de la lesión sufrida por la víctima en la cabeza; que, en tal virtud, el recurrente denuncia la existencia de una errónea interpretación del artículo veintitrés del Código Penal, por lo que se hace necesario -sostiene al invocar la causal excepcional- que este Supremo Tribunal emita pronunciamiento en relación a lo que debe entenderse como coautoría, en los términos del citado artículo.

QUINTO: Que, en este contexto, se tiene que el impugnante no sólo no ha justificado razonablemente, desde la defensa del *ius constitutionis*, el interés casacional ni la necesidad de una correcta interpretación del artículo veintitrés del Código Penal, sino que al fundamentar su recurso de apelación no expresó como agravio la trasgresión de la citada norma sustantiva, sino que, por el contrario, señaló que en los hechos juzgados no se configuraba la tesis de la coautoría, por lo que mal hace en invocar tal motivo como sustento de su recurso de casación, resultando de aplicación lo dispuesto por el artículo cuatrocientos veintiocho, numeral uno, acápite d) del Código Adjetivo de la materia.

SEXTO: Que si bien las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, a tenor de lo establecido en el artículo cuatrocientos noventa y nueve del Código Procesal Penal, los representantes del Ministerio Público se encuentran exonerados de su pago.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de vista de fojas ciento cincuenta y tres del cuaderno de debates, del siete de diciembre de dos mil nueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas sesenta y seis, del diecinueve de mayo de dos mil nueve, absolvió a Alex Mainar Pérez Rodríguez y Fredi Rosmel Infantes Aguilar de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Vida, el cuerpo y la Salud-lesiones graves en agravio de Juan Alexander Chamorro Flores.

II. EXONERARON en el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación al representante del Ministerio Público.

III. DISPUSIERON que se devuelvan los actuados a la Sala de origen para los fines pertinentes. Hágase saber.-

Ss.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

Presupuestos Formales

SUBCAPÍTULO III

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL FORMAL

15 INADMISIBILIDAD POR IMPRECISIONES Y FALTA DE FUNDAMENTACIÓN ESPECÍFICA RESPECTO A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES SUPUESTAMENTE VULNERADAS (430.1º CPP)

"(...) Que en el presente caso, el recurrente se limita a indicar que no se llevó un debido y correcto procedimiento: debido proceso y derecho de defensa; que respecto al primer punto cita el artículo primero –aunque debió citar el artículo segundo- del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal –referido a la presunción de inocencia-, luego de lo cual señala que si bien se le incautó droga dentro de su domicilio desconocía su procedencia su cónyuge, que denunció los hechos, habría confabulado en su contra, así como que la droga pertenecía a una tercera persona, quien ha tenido problemas con ese delito, cuya existencia se acreditó con la hoja penológica (...), que, respecto al segundo punto: vulneración de derecho de defensa, no existe mención separada expresa sobre su pretendida vulneración y menos se aporta fundamentación específica".

"(...) Respecto a la garantía del derecho a la presunción de inocencia (...) no ha identificado el aspecto o ámbito de ese derecho fundamental que se ha vulnerado a los efectos de su control constitucional en vía casatoria (...)".

Base Legal: Const.: Art. 139.14; NCPP: Arts. II, IX, 427.2.b, 428; 429.1; 430.1; CP: Art. 296

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 02-2007 (SENTENCIA)
HUAURA

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, cinco de julio de dos mil siete .-

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de casación interpuesto por el encausado Luis Arturo Alcántara Berrospi contra la sentencia de vista de fojas ciento setenta y tres, del veintisiete de marzo de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y cuatro, del treinta de noviembre de dos mil seis, lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a ocho años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo; que es de precisar que se ha cumplido el trámite de traslados respectivo y que las partes procesales no se apersonaron a la instancia.

SEGUNDO: Que la admisibilidad del recurso de casación se rige por la concordancia de los artículos cuatrocientos veintiocho y cuatrocientos treinta, primer apartado, nuevo Código Procesal Penal, cuyos requisitos deben cumplirse debidamente para que se declare bien concedido; que el impugnante Alcántara Berrospi reprocha en casación una sentencia de vista, que confirmando la de primera instancia, lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de drogas –artículo doscientos noventa y seis del Código Penal- a ocho años de pena privativa de libertad y sesenta días multa, así como quinientos nuevos soles por concepto de reparación civil; que si bien se cumple el presupuesto objetivo del recurso pues la resolución recurrida está comprendida en el literal b) del apartado dos del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código, al igual que el presupuesto subjetivo pues cuestionó la sentencia de primera instancia y, sin duda, la sentencia de vista lo agravia al desestimar su pretensión impugnativa absolutoria, no se satisface el presupuesto formal de motivación.

TERCERO: Que, en efecto, el artículo cuatrocientos veintinueve de la Ley Procesal Penal identifica las causales o motivos que determinan el recurso de casación -en tanto impugnación extraordinaria-, y a su vez el apartado uno del artículo cuatrocientos treinta del citado Código estipula no sólo que **i)** se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, **ii)** se detallen los fundamentos -con indicación específica de los fundamentos de hecho y derecho- que lo apoyen, y **iii)** se concluya formulando una pretensión concreta, sino también que: **a)** se mencione separadamente cada causal casatoria invocada, **b)** se cite concretamente los preceptos legales erróneamente aplicados o inobservados, **c)** se precise el fundamento o fundamentos doctrinales y legales, y **d)** se exprese específicamente cuál es la aplicación que pretende.

CUARTO: Que, en el presente caso, el recurrente se limita a indicar que no se llevó un debido y correcto procedimiento y que se vulneró dos derechos fundamentales: debido proceso y derecho de defensa; que, respecto al primer punto cita el artículo primero -aunque debió citar el artículo segundo- del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal -referido a la presunción de inocencia-, luego de lo cual señala que si bien se le incautó droga dentro de su domicilio desconocía su procedencia su cónyuge, que denunció los hechos, habría confabulado en su contra, así como que la droga pertenecía a una tercera persona, quien ha tenido problemas con ese delito, cuya existencia se acreditó con la hoja penológica de fojas ciento setenta y ocho; que, respecto al segundo punto: vulneración del derecho de defensa, no existe mención separada expresa sobre su pretendida vulneración y menos se aporta fundamentación específica.

QUINTO: Que aún cuando es posible deducir que lo que invoca el imputado es la causal de infracción de precepto constitucional de carácter procesal, reconocida en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal, no ha expuesto el fundamento específico en función a sus alcances normativos predeterminados; que no sólo no indicó nada en particular respecto a la infracción al derecho o garantía de defensa procesal- prevista en el numeral catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución y desarrollada legalmente, en cuanto a los elementos que la integran, en el artículo noveno del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-, sino que, respecto a la garantía del derecho a la presunción de inocencia -que es una garantía distinta del debido proceso, cuya concreción constitucional está en el literal e) del numeral veinticuatro del artículo dos de la Constitución y sus elementos esenciales han sido definidos en el artículo segundo del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal- no ha identificado el aspecto o ámbito de ese derecho fundamental que se ha vulnerado a los efectos de su control constitucional en vía casatoria, y más bien, confundiendo los alcances de la casación, pretende que este Supremo Tribunal realice un análisis independiente de los medios de prueba personales -que no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria-, confundiendo juicio de suficiencia -que parte de los medios y elementos de prueba analizados por el órgano sentenciador y se proyecta al examen de la conclusión que se arriba sobre el tema de prueba- con el análisis autónomo de la prueba de cargo actuada, que no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación; que, en tal virtud, el recurso interpuesto carece ostensiblemente de contenido casacional.

Por estos fundamentos:

Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el encausado Luis Arturo Alcántara Berrospi contra la sentencia de vista de fojas ciento setenta y tres, del veintisiete de marzo de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y cuatro, del treinta de noviembre de dos mil seis, lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a ocho años de pena privativa de libertad; con lo demás que contiene; **MANDARON** se devuelva el proceso al Tribunal de origen; hágase saber.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL FORMAL

16 INADMISIBILIDAD POR NO PRECISAR NI FUNDAMENTAR SEPARADAMENTE CADA CAUSAL INVOCADA (430.1º CPP)

"(...)Si bien el imputado, en principio, ha citado como motivos del recurso los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal (...) se tiene que no los ha precisado ni fundamentado separadamente como exige el apartado uno del artículo cuatrocientos treinta de la Ley Procesal Penal cuando taxativamente estipula que: "el recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos cinco, debe indicar separadamente cada causal invocada, Asimismo citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados (...); que en consecuencia, al no cumplir con el presupuesto formal estatuido en este fundamento jurídico, no es posible entrar a analizar su coherencia o correspondencia interna a los efectos de su admisibilidad".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.1.2, 428.1.b, 429.1.4, 430.1.6, 501.2.a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 68-2009 (SENTENCIA)
HUAURA

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, cuatro de febrero de dos mil diez .-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales y por defecto de logicidad interpuesto por el encausado David Rosales Cadillo contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y uno -del cuaderno de apelación-, del veinte de agosto de dos mil nueve, que por mayoría confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y dos -del cuaderno de debate-, del cinco de mayo de dos mil nueve, lo condenó como autor del delito contra la salud pública - tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, y le impuso diez años de pena privativa de libertad y fijó en diez mil nuevos soles el pago que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del Estado; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo; que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos a las partes.

SEGUNDO: Que la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que se ha recurrido una sentencia de vista, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, condenó al recurrente como autor del delito de tráfico ilícito de drogas e impuso una pena de diez años de privación de la libertad al imputado, por lo que se cumple el presupuesto objetivo estatuido en el artículo cuatrocientos veintisiete, apartados uno y dos del nuevo Código Procesal Penal; que, además, contra el fallo de primera instancia el impugnante interpuso recurso de apelación, en consecuencia, también se satisface el presupuesto subjetivo del gravamen, a que se refiere el artículo cuatrocientos veintiocho, apartado uno, literal d) del citado Código Adjetivo; que el recurso cumple, igualmente, los presupuestos formales correspondientes de tiempo, lugar, modo y fundamentación.

TERCERO: Que, por otro lado, si bien el imputado, en principio, ha citado como motivos del recurso los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal -esto es, por inobservancia de garantías constitucionales: vulneración de los principios de presunción de inocencia e indubio pro reo, y por manifiesta ilogicidad de la motivación-, se tiene que no los ha precisado ni fundamentado separadamente como exige el apartado uno del artículo cuatrocientos treinta de la Ley Procesal Penal cuando taxativamente estipula que: *"el recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos cinco, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión y expresará específicamente cual es lo aplicación que pretende..."*; que, en

consecuencia, al no cumplir con el presupuesto formal estatuido en este fundamento jurídico, no es posible entrar a analizar su coherencia o correspondencia interna a los efectos de su admisibilidad.

CUARTO: Que si bien las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, no se advierte que obró con temeridad o mala fe, por lo que no es de aplicación el apartado dos, literal a), del artículo quinientos uno del nuevo Código Procesal Penal.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales y por defecto de logicidad interpuesto por el encausado David Rosales Cadillo contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y uno -del cuaderno de apelación-, del veinte de agosto de dos mil nueve, que por mayoría confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y dos -del cuaderno de debate-, del cinco de mayo de dos mil nueve lo condenó como autor del delito contra la salud pública - tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, y le impuso diez años de pena privativa de libertad y fijó en diez mil nuevos soles el pago que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de la parte agraviada; **MANDARON** se notifique a las partes apersonadas la presente Ejecutoria.

II. EXONERARON en el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación al recurrente.

III. DISPUSIERON se devuelvan los actuados al tribunal de origen. Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL FORMAL



EN SEDE CASACIONAL NO SE PUEDE ANALIZAR O VALORAR LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO O PROPONER FÓRMULAS PROBATORIAS ALTERNATIVAS (428.2.a CPP)

"Que, con relación a la causal de apartamiento de la doctrina jurisprudencial (...) interpuesto por la actora civil María Luz Lozada Cabanillas, del texto de su recurso se advierte que no ha especificado de qué forma la sentencia recurrida se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida por esta Suprema Corte; que, por el contrario, su contenido resulta absolutamente genérico, pues en él solo se detallan diversas Ejecutorias Supremas sin mayor análisis e incluso señala que debió disponerse un careo entre los sujetos procesales, lo que significa que, en esencia, ingresa a analizar la prueba actuada en sede casacional".

"Que, por otro lado, con relación a la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación promovida (...) se centra en cuestionar la declaración de hechos probados que contiene la sentencia recurrida y, en puridad, demanda una nueva valoración de los medios de prueba aportados en la causa, lo que no es propio de un recurso calificado de medio de impugnación; que el recurrente, como si se tratase de un medio de gravamen, propone una valoración probatoria alternativa de la realizada por los Jueces de Mérito, al punto de cuestionar la absolución a la que éstos arribaron, lo que, como ha quedado expuesto, no es de recibo en sede casacional".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.2.b, 428, 429.4.5, 430.6, 497.2, 504.2; CP: 173

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 77-2009 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, diecinueve de marzo de dos mil diez .-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; los recursos de casación por las causales**: i)** de apartamiento de la doctrina jurisprudencial –prevista en el apartado cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por la ACTORA CIVIL MARÍA LUZ LOZADA CABANILLAS, y **ii)** de manifiesta ilogicidad de la motivación -prevista en el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del acotado Código- promovido por EL FISCAL SUPERIOR DE LA LIBERTAD -respectivamente- contra la sentencia de vista de fojas ciento cincuenta y tres, del dos de noviembre de dos mil nueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventa y siete, del treinta de junio de dos mil nueve, absolvió a Asunción Tirado Burgos por delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad y actos contra el pudor de menor de edad en agravio de la menor de iniciales L.I.Z.L.; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo; que, en principio, se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos a las partes.

SEGUNDO: Que la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que se ha recurrido una sentencia de vista que confirmando la sentencia de primera instancia absolvió a Asunción Tirado Burgos de los cargos formulados en su contra por los delitos de violación sexual de menor de edad y actos contra el pudor de menor de edad.

TERCERO: Que, desde el presupuesto procesal objetivo del recurso de casación, se tiene que el apartado dos, literal b), del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, dispone que las sentencias son recurribles en casación siempre que el delito más grave, en su extremo mínimo, tenga señalado en la Ley una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el artículo ciento setenta y tres del Código Penal establece para la violación sexual de menor de edad -que es el delito más grave en el presente caso- pena privativa de libertad no menor de treinta años; que, por consiguiente, como la pena en cuestión supera los seis años de pena privativa de libertad, dicha sentencia es susceptible de recurso de casación, situación que permite apreciar los demás presupuestos de admisibilidad.

CUARTO: Que, con relación a la causal de apartamiento de la doctrina jurisprudencial -previsto en el apartado cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del acotado Código- interpuesto por la actora civil María Luz Lazada Cabanillas, del texto de su recurso se advierte que no ha especificado de qué forma la sentencia recurrida se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida por esta Suprema Corte; que, por el contrario, su contenido resulta absolutamente genérico, pues en él solo se detallan diversas Ejecutorias Supremas sin mayor análisis e incluso señala que debió disponerse un careo entre los sujetos procesales, lo que significa que, en esencia, ingresa a analizar la prueba actuada en el proceso, lo que de ninguna manera es aceptable en sede casacional.

QUINTO: Que, por otro lado, con relación a la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación promovida por el representante del Ministerio Público, según se advierte de su texto, se centra en cuestionar la declaración de hechos probados que contiene la sentencia recurrida y, en puridad, demanda una nueva valoración de los medios de prueba aportados en la causa, lo que no es propio de un recurso calificado de medio de impugnación; que el recurrente, como si se tratase de un medio de gravamen, propone una valoración probatoria alternativa de la realizada por los Jueces de Mérito, al punto de cuestionar la absolución a la que éstos arribaron, lo que, como ha quedado expuesto, no es de recibo en sede casacional.

SEXTO: Que el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal; que, en el presente caso, no existen motivos para su exoneración en atención a que no se fundamentó el interés casacional.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** los recursos de casación por las causales de apartamiento de la doctrina jurisprudencial y de manifiesta ilogicidad de la motivación promovidos por la actora civil María Luz Lozada Cabanillas y el representante del Ministerio Público -respectivamente- contra la sentencia de vista de fojas ciento cincuenta y tres, del dos de noviembre de dos mil nueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventa y siete, del treinta de junio de dos mil nueve, absolvió a Asunción Tirado Burgos por delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad y actos contra el pudor de menor de edad en agravio de la menor de iniciales L.I.Z.L.; **MANDARON** se notifique a las partes apersonadas la presente Ejecutoria.

II. CONDENARON al pago de las costas de la tramitación del recurso de casación a la parte civil.

III. DISPUSIERON se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Hágase saber

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL FORMAL

18 EL RECURSO DE CASACIÓN CARECE DE FUNDAMENTO SI PRETENDE DISCUTIR O SOLICITAR UNA NUEVA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE SIRVIERON DE BASE PARA EMITIR SENTENCIA (428.2.a CPP)

"Que, tal petitorio constituye una solicitud de valoración de pruebas (...) y a través del recurso de casación no se puede provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que sirvieron de base a la sentencia, en tanto en cuanto no es una tercera instancia y no constituye facultad de esta Sala de Casación valorar la prueba ni juzgar los motivos que formaron la convicción de la Sala Penal Superior (...), y lo único que se debe vislumbrar en sede de casación es procurar la vigilancia en el cumplimiento de las reglas del pensamiento humano, es decir, revisar si la motivación en el plano fáctico ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional y si es manifiestamente irrazonable".

Base Legal: NCPP: Arts. 427.2.b, 428.2.a, 429.1, 497.3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 134-2010 (SENTENCIA)
LAMBAYEQUE

CALIFICACIÓN DE CASACIÓN

Lima, veinticuatro de febrero de dos mil once .-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado EDGAR RAÚL BARTUREN PELAEZ contra la sentencia de vista de fojas ciento veinticinco -del cuaderno de debate-, del catorce de septiembre de dos mil diez, que confirmando y revocando la sentencia de primera instancia de fojas cincuenta y cuatro, del veintitrés de abril de dos mil diez, lo condenó como autor del delito contra el patrimonio - extorsión en grado de tentativa en perjuicio de Francisco Javier Benesenes Elvira a catorce años de pena privativa de libertad y fijó en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil.
Interviene como ponente el señor Calderón Castillo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de casación no es de libre configuración, sino que, por el contrario, para que esta Suprema Sala Penal pueda tener competencia funcional para casar una sentencia o auto que ponga fin al procedimiento o a la instancia o que deniegue la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, luego de agotadas las dos instancias, debe estar elaborado y presentado de conformidad con las disposiciones previstas en el artículo cuatrocientos veintiocho y normas concordantes del Código Procesal Penal, cuyos presupuestos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido.

SEGUNDO: Que se ha recurrido una sentencia de vista que confirmando, de un lado, la de primera instancia lo condenó como autor del delito de extorsión, y revocando, de otro, le impuso catorce años de pena privativa de libertad; que se cumple el presupuesto objetivo del recurso, pues la resolución recurrida está comprendida en el literal b) del apartado 2) del artículo 427 del citado Código y el delito juzgado supera el mínimo de seis años de pena privativa de libertad; que, por otro lado, se cumple el presupuesto subjetivo del mismo porque el encausado cuestionó la sentencia de primera instancia y, sin duda, la sentencia de vista lo agravia al desestimar su pretensión impugnativa absolutoria.

TERCERO: Que la defensa del acusado Barturen Pelaez en su recurso de casación de fojas ciento treinta y siete basa su impugnación en la causal prevista en el apartado 1) del artículo 429 del Código Procesal Penal "INOBSERVANCIA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE CARÁCTER PROCESAL" y concretamente en la afectación a la "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA" y alega lo siguiente: **i)** que la sentencia en su contra se dictó con evidente insuficiencia probatoria y en infracción de la legitimidad y legalidad de la prueba incorporada al proceso; **ii)** que la Sala de Apelaciones admitió como prueba de cargo una intervención policial fraudulenta al haberse realizado sin la presencia del representante del Ministerio Público, por lo que las actas levantadas con ocasión de la intervención de su patrocinado carecen de validez; y **iii)** que la declaración del único testigo, el efectivo policial Guevara Vargas, es insuficiente para sustentar una sentencia condenatoria.

CUARTO: Que tal petitorio constituye una solicitud de valoración de pruebas -se discute su valor y el criterio de apreciación sobre su eficacia- y a través del recurso de casación no se puede provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que sirvieron de base a la sentencia, en tanto en cuanto no es una tercera instancia y no constituye facultad de esta Sala de Casación valorar la prueba ni juzgar los motivos que formaron la convicción de la Sala Penal Superior; que, en tal sentido, quedan excluidos del presente recurso impugnatorio todo lo que se refiera a la valoración de la prueba y a la determinación de los hechos, y lo único que se debe vislumbrar en sede de casación es procurar la vigilancia en el cumplimiento de las reglas del pensamiento humano, es decir, revisar si la motivación en el plano fáctico ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional y si es manifiestamente irrazonable.

QUINTO: Que, por otro lado, se tiene que la defensa del recurrente alega la infracción de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena al sostener que ésta no guardaba proporción con el grado de ejecución del delito -que, al respecto, señala que el delito alcanzó solo el grado de tentativa- por lo que postula que la pena que le correspondía era la de ocho años de pena privativa de la libertad; que, no obstante ello, tal argumento resulta contradictorio respecto a sus alegaciones antes reseñadas -adviértase que en su fundamentación primigenia alegó inocencia cuestionando el juicio de culpabilidad-; que tal situación anotada convierte al recurso así presentado, en carente de todo fundamento ante lo incongruente de sus argumentaciones, por lo que resulta de aplicación lo establecido en el literal a) del apartado 2) del artículo 428 del Código Procesal Penal.

SEXTO: Que las costas serán pagadas por el que recurrió sin éxito; que, no se aprecia que en el presente proceso hayan existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximir al sentenciado Barturen Pelaez del pago de las costas -artículo cuatrocientos noventa y siete, apartado tres, *a contrario sensu*, del Nuevo Código Procesal Penal-.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado EDGAR RAÚL BARTUREN PELAEZ contra la sentencia de vista de fojas ciento veinticinco –del cuaderno de debate-, del catorce de septiembre de dos mil diez, que confirmando y revocando la sentencia de primera instancia de fojas cincuenta y cuatro, del veintitrés de abril de dos mil diez, lo condenó como autor del delito contra el patrimonio - extorsión en grado de tentativa en perjuicio de Francisco Javier Benesenes Elvira a catorce años de pena privativa de libertad y fijó en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil.

II. CONDENARON al recurrente al pago de las costas del recurso, que serán exigidas por el Juez de la Investigación Preparatoria.

III. MANDARON se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal Superior de origen, al que se remitirán los actuados. Hágase saber a las partes y archívese el cuaderno de casación de su propósito. Interviene el señor Santa María Morillo por vacaciones del señor Neyra Flores-

Ss.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL FORMAL

19

EL RECURSO DE CASACIÓN DEBERÁ INDICAR DE MANERA PRECISA LA CAUSAL O SUB-CAUSAL DONDE SE ENCUADRA EL SUPUESTO AGRAVIO (428.2.a CPP)

"La inadmisibilidad del recurso de casación resulta de la vulneración de los presupuestos subjetivos, objetivos y formales (tiempo, modo, lugar y motivación); en tal sentido, el inciso a) del apartado dos del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Penal hace referencia al último supuesto, esto es, al incumplimiento de la formalidad de motivar el recurso interpuesto. Al respecto San Martín Castro identifica tres supuestos de este recurso fatuo o indigno: **i)** el que adolece de un razonamiento abstracto suficiente, se limita prácticamente a decir que existe violación de derecho, sin argumento serio (...). Asimismo, la verificación del cumplimiento de la formalidad de la motivación no es una mera constatación de la existencia de frases y denuncia de agravios, sino, por el contrario, implica un análisis de la razonabilidad de los agravios, lo cual implica verificar tanto la cantidad como la calidad de la motivación".

"De la revisión minuciosa del escrito de casación, se advierte que el recurrente no precisó en cuál de las causales señaladas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal se encuadran sus agravios, pues únicamente sostiene que se vulneraron las garantías constitucionales; en consecuencia, cabe preguntarse cuál es la garantía constitucional vulnerada, pues para dar por cumplida la formalidad de la fundamentación no es suficiente con indicar una vulneración de las garantías constitucionales, sino que, es necesario precisar qué tipo de garantías constitucionales se vulneraron, ya sea de carácter procesal o material, de lo contrario, este Tribunal Supremo no puede fijar el ámbito de pronunciamiento para la sentencia de fondo. Siendo así, corresponde rechazar el recurso interpuesto por un defecto de la fundamentación del recurso promovido".

Base Legal: NCPP: Arts. 428.2.a, 429, 430.6, 497, 504.2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 31-2011 (SENTENCIA)
ICA

AUTO DE CALIFICACIÓN DE CASACIÓN

Lima, treinta de marzo de dos mil once .-

AUTOS Y VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado Joel Rolando Bizarra Pérez contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta y siete, del veintisiete de diciembre de dos mil diez, que confirmó la de primera instancia de fojas ochenta y uno, del trece de septiembre de dos mil diez, que lo condenó como autor del delito de robo agravado en perjuicio de Paula Rosa Huamaní Alejo a ocho años de pena privativa de libertad y fijó en ochocientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada.
Interviene como ponente el señor Santa María Morillo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Conforme al estado de la causa y en aplicación de lo dispuesto en el numeral seis del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo. Se ha cumplido con el trámite de los traslados respectivos, no habiéndose presentado en esta instancia alegatos por ninguna de las partes procesales.

SEGUNDO: La defensa del encausado Bizarro Pérez en su recurso de casación de fojas ciento cincuenta sostiene que dirige el medio impugnatorio contra una sentencia definitiva que agravia a su patrocinado y el delito sometido a juzgamiento tiene señalada una pena privativa de libertad en su extremo mínimo superior a seis años, con lo que cumple con los presupuestos subjetivos y objetivos. Por otro lado, señala que sus agravios se encuentran dentro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, sin especificar qué causal, empero señala que se han vulnerado las garantías constitucionales, pues: **(i)** la sentencia de primera instancia asume una posición abstracta y unilateral porque brinda relevancia únicamente a la teoría del caso del Fiscal y las afirmaciones de la agraviada, sin tomar en cuenta lo que señaló; **(ii)** es ilógico que su defendido que brinda servicios de mototaxi pretenda participar en un hecho delictuoso mostrando al público la verdadera placa de rodaje de la citada unidad móvil de propiedad de sus padres; **(iii)** que su patrocinado es una víctima más de las circunstancias, pues las personas que tomaron sus servicios de taxi fueron las que cometieron el delito, sin embargo, la versión unilateral de la agraviada es tomada como cierta.

TERCERO: La inadmisibilidad del recurso de casación resulta de la vulneración de los presupuestos subjetivos, objetivos y formales (tiempo, modo, lugar y motivación); en tal sentido, el inciso a) del apartado dos del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Penal hace referencia al último supuesto, esto es, al incumplimiento de la formalidad de motivar el recurso interpuesto. Al respecto San Martín Castro[1] identifica tres supuestos de este recurso fatuo o indigno: **i)** el que adolece de un razonamiento abstracto suficiente, se limita prácticamente a decir que existe violación de derecho, sin argumento serio; **ii)** el que es fruto de una deficiente lectura de la sentencia o de los autos, denunciando vicios que realmente no existen; **iii)** el que revela un desconocimiento por parte del recurrente de las cuestiones jurídicas más básicas, en especial relacionado con la casación, es decir, se pretendiera desconocer la evidencia, se supusiera una norma jurídica inexistente, se supusiera una analogía en casos que no la consienten, o en general, se fundara el recurso en un indiscutible error de derecho. Asimismo, la verificación del cumplimiento de la formalidad de la motivación no es una mera constatación de la existencia de frases y denuncia de agravios, sino, por el contrario, implica un análisis de la razonabilidad de los agravios, lo cual implica verificar tanto la cantidad como la calidad de la motivación.

CUARTO: De la revisión minuciosa del escrito de casación, se advierte que el recurrente no precisó en cuál de las causales señaladas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal se encuadran sus agravios, pues únicamente sostiene que se vulneraron las garantías constitucionales; en consecuencia, cabe preguntarse cuál es la garantía constitucional vulnerada, pues para dar por cumplida la formalidad de la fundamentación no es suficiente con indicar una vulneración de las garantías constitucionales, sino que, es necesario precisar qué tipo de garantías constitucionales se vulneraron, ya sea de carácter procesal o material, de lo contrario, este Tribunal Supremo no puede fijar el ámbito de pronunciamiento para la sentencia de fondo. Siendo así, corresponde rechazar el recurso interpuesto por un defecto de la fundamentación del recurso promovido.

QUINTO: El artículo quinientos cuatro, apartado dos del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las que se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado Joel Rolando Bizarra Pérez contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta y siete, del veintisiete de diciembre de dos mil diez, que confirmó la de primera instancia de fojas ochenta y uno, del trece de septiembre de dos mil diez, que lo condenó como autor del delito de robo agravado en perjuicio de Paula Rosa Huamaní Alejo a ocho años de pena privativa de libertad y fijó en ochocientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada.

II. CONDENARON al recurrente al pago de las costas del recurso, que serán exigidas por el Juez de Investigación Preparatoria.

III. DISPUSIERON se transcriba la presente resolución a la Sala Penal Superior de Origen; hágase saber y archívese.-

Ss.
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

1 SAN MARTÍN CASTRO César, "Recurso de apelación y de casación penal", en Teoría de la impugnación, Corda. Karla Vilela, Palestra Editores, Lima, 2009, p. 37.

INADMISIBILIDAD: INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTO PROCESAL FORMAL

20

LA ADMISIÓN DEL RECURSO REQUIERE QUE SEA INTERPUESTO POR ESCRITO Y EN EL PLAZO PREVISTO POR LEY: LAS RESOLUCIONES SE ENTENDERÁN NOTIFICADAS A LAS PARTES ASISTENTES DESDE EL MOMENTO DE SU PRONUNCIAMIENTO EN AUDIENCIA, INDISTINTAMENTE SI UNA DE ELLAS ABANDONA LA MISMA SIN MOTIVO JUSTIFICADO (428.1.a CPP)

"(...) La sentencia de vista que confirmó la de primera instancia, se emitió el siete de junio de dos mil once, oportunidad en la que se dejó constancia que el abogado defensor se retiró de la sala de audiencia sin motivo justificado. Pese a esta contingencia debe señalarse que conforme al inciso cuatro del artículo trescientos sesenta y uno del Código Procesal Penal se entenderán notificadas desde el momento que se emite la sentencia, por lo que el plazo para interponer recurso de casación se debe contabilizar desde el ocho de junio de dos mil once; sin embargo, el recurrente interpuso recurso de casación el veintitrés de junio del dos mil once, esto es, en forma extemporánea, si se tiene en cuenta que solo tenía diez días para interponer dicho medio impugnatorio".

Base Legal: NCPP: Arts. 361.4, 405, 414, 497.2, 504.2, 506

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 208-2011 (SENTENCIA)
LA LIBERTAD

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de noviembre de dos mil once .-

VISTOS; interviene como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de casación interpuesto por el encausado Alán Melendez Pita contra la sentencia de vista de fojas doscientos tres, del siete de junio de dos mil once, que confirmando la de primera instancia (Juzgado colegiado) de fojas setenta y tres, del veintidós de febrero de dos mil once lo condenó como autor del delito contra el Patrimonio –robo agravado en grado de tentativa en perjuicio de Udelia Elena Ordóñez Ángulo a siete años de pena privativa de libertad y fijó en trescientos nuevos soles el monto de reparación civil que deberá abonar a favor de la agraviada; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación estuvo bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo.

SEGUNDO: Que conforme al artículo cuatrocientos catorce del Nuevo Código Procesal Penal los plazos para interponer los recursos se cuentan a partir del día siguiente a la notificación de la resolución que es materia de cuestionamiento, estableciendo igualmente que el plazo para interponer recurso de casación es de diez días.

TERCERO: Que conforme se verifica del acta de la sesión de fojas doscientos veintiuno, la sentencia de vista que confirmó la de primera instancia, se emitió el siete de junio de dos mil once, oportunidad en la que se dejó constancia que el abogado defensor se retiró de la Sala de Audiencia sin motivo justificado. Pese a esta contingencia debe señalarse que conforme al inciso cuatro del artículo trescientos sesenta y uno del Código Procesal Penal se entenderán notificadas desde el momento que se emite la sentencia, por lo que el plazo para interponer recurso de casación se debe contabilizar desde el ocho de junio de dos mil once; sin embargo, el recurrente interpuso recurso de casación el veintitrés de junio de dos mil once, esto es, en forma extemporánea, si se tiene en cuenta que sólo tenía diez días para interponer dicho medio impugnatorio.

CUARTO: Que, en tal sentido, el recurrente no acató correctamente lo norma procesal penal a pesar de ser de obligatorio cumplimiento, por lo que dicho recurso de casación interpuesto fue realizado de manera extemporánea y de aceptarlo se estaría vulnerando un requisito de forma imperativa.

QUINTO: Que el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código Procesal, y no existen motivos

para su exoneración en atención a que el recurrente tuvo un comportamiento malicioso o temerario, puesto que no cumplió debidamente los requisitos exigidos por las disposiciones del recurso de casación.

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el encausado Alán Melendez Pita contra la sentencia de vista de fojas doscientos tres, del siete de junio de dos mil once, que confirmando la de primera instancia de fojas setenta y tres, del veintidós de febrero de dos mil once lo condenó como autor del delito contra el Patrimonio - robo agravado en grado de tentativa en perjuicio de Udelia Elena Ordóñez Angulo a siete años de pena privativa de libertad y fijó en trescientos nuevos soles el monto de reparación civil que deberá abonar a favor de la agraviada; **MANDARON** se notifique a las partes la presente Ejecutoria.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso el recurrente Alán Melendez Pito; en consecuencia: **DISPUSIERON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo quinientos seis del Código Procesal Penal.

III. ORDENARON se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Hágase saber. Interviene el Juez Supremo Zecenarro Mateus, por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

Ss.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZECENARRO MATEUS

CAPÍTULO II

Acuerdos Plenarios

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

(01)

ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116
ASUNTO: NUEVOS ALCANCES DE LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho .-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la conclusión anticipada del debate oral, previsto en el artículo 5° de la Ley número 28122. Específicamente resolvió abordar la institución procesal de la *conformidad*; y, en concreto, la oportunidad procesal para acogerse a la conformidad, las posibilidades existentes para declarar la conformidad parcial, la convocatoria como testigo del imputado conformado, el alcance de los efectos vinculantes de la conformidad del acusado, la medición de la pena en relación con la conformidad y la confesión, y la conformidad y el objeto civil del proceso penal.

4°. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad [con un voto en contra respecto al primer y cuarto punto de la decisión], se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La conformidad. Alcances generales.

6°. El artículo 5° de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la *conformidad*, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la *sentencia conformada* respectiva.

Sólo será posible, al margen de la denominada "conformidad absoluta" [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas], pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios –prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida-, acerca de la pena y reparación civil –de su entidad o de su cuantía- ("conformidad limitada o relativa").

Asimismo, el numeral 4) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a una "conformidad parcial", según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que *"...la Sala estime que [no] se afectaría el resultado del debate oral"*.

7°. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1766-2004/Callao, del veintiuno de septiembre de dos mil cuatro, **(1)** diferenció lo que debe entenderse por 'confesión' como medio de prueba y 'confesión' como admisión de los cargos contenidos en la acusación fiscal de cara a la conformidad procesal, más allá de que la Ley utilizó el mismo vocablo para ambas instituciones. Igualmente, **(2)** afirmó la potestad del Tribunal, con independencia de la posición adoptada por el imputado y su defensa –si opta por la conformidad absoluta o la conformidad limitada- de poder fijar la pena con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad –siempre, claro está, que no rebase el pedido de pena del Ministerio Público, pues ese límite se corresponde con una de las características favorables de esa institución-. También **(3)** reconoció que el Tribunal de mérito, si advierte que el hecho aceptado es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación, puede dictar la sentencia que corresponda.

Por otro lado, dicha Sala en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 2206-2005/Ayacucho, del doce de julio de dos mil cinco, precisó que las sentencias conformadas no están precedidas del veredicto o "cuestiones de hecho", y aclaró que la aplicación del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós genera un procedimiento en el que no existe actividad probatoria alguna dirigida a verificar las afirmaciones de las partes.

8°. El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral- a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral –no es un negocio procesal, salvo la denominada "conformidad premiada" establecida en el artículo 372°, apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto prescribe *"...el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena ..."*-. Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa -de doble garantía-, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada –en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra-.

9°. Lo expuesto significa, desde la estructura de la sentencia y de la función que en ese ámbito corresponde al órgano jurisdiccional, que los hechos no se configuran a partir de la actividad probatoria de las partes –ese periodo del juicio oral, residenciado en la actuación de los medios de prueba, sencillamente, no tiene lugar-. Los hechos vienen definidos, sin injerencia de la Sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa.

La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no sólo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexistente, sino además porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas en la etapa de instrucción. Se da en este caso una "predeterminación de la sentencia".

La sentencia, en la medida en que está precedida de un acto procesal de aceptación de los hechos, tanto en el plano objetivo como subjetivo, y de su relevancia jurídico penal, con las consecuencias que le son propias, sólo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad - sin vicios del consentimiento -, la plena capacidad - si tiene o no limitadas sus capacidades intelectivas - y el conocimiento racional e informado de la naturaleza de la acusación que acepta, de la limitación o restricción de sus derechos e intereses legítimos, derivados de una declaración judicial de culpabilidad y de la consiguiente imposición de una sanción penal y reparación civil, así como de los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando. Ello obliga al Tribunal, como paso inicial de su poder de apreciación de la aceptación de los cargos y acogimiento a la conformidad, no sólo a un examen de las características y situación del propio imputado, sino al previo ejercicio de su deber de instrucción; es decir, de informar objetivamente los alcances de la institución de la conformidad, sin formular promesas o condicionar la respuesta del imputado a un determinado tratamiento procesal o punitivo, en el entendido que una desviación de ese deber entrañaría una constricción irrazonable o una promesa indebida que viciaría el consentimiento con la consiguiente ineficacia de la conformidad.

10°. Superado ese nivel de control, el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.

Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le vienen impuestos al juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las partes. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado - es de insistir - supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos [es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal]. Ello, además, provocaría una indefensión a las partes frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (*vinculatio facti*).

§ 2. Oportunidad procesal de la conformidad

11°. La oportunidad procesal en que tiene lugar la conformidad está claramente estipulada en la Ley Procesal Penal. El emplazamiento al imputado y su defensa, de cara a la posible conformidad, constituye un paso necesario del periodo inicial del procedimiento del juicio oral. Su definición determinará si se pone fin al acto oral con la inmediata expedición de una sentencia conformada, evitándose el periodo probatorio y, dentro del periodo decisorio, el paso de alegato de las partes respecto a la actividad probatoria desarrollada en el juicio - obviamente inexistente cuando se produce la conformidad procesal -.

En atención a que una de las notas esenciales de la conformidad, como acto procesal, es su carácter formal, debe cumplir con las solemnidades requeridas por la ley. Si la conformidad procesal persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa, es obvio que una vez que se emplazó al imputado y su defensa para que se pronuncien acerca de los cargos objeto de acusación, y ambos se expresaron negativamente al respecto, ya no es posible retractarse luego que se dio inicio formal al periodo probatorio.

Extraordinariamente pueden presentarse, sin duda, algunas excepciones a esa regla general, uno de cuyos motivos podría ser la concurrencia de vicios procedimentales o vicios en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o de su defensa. Pero la condición o límite necesario siempre estará definido por la apertura

y entrada al periodo probatorio que consolida la lógica contradictoria del juicio oral, esto es, con el inicio efectivo del examen o declaración del imputado, como primer paso de la actuación probatoria. La exigencia del cumplimiento del trámite de conformidad antes de la práctica de la prueba evita, precisamente, que pueda optarse por esa institución a partir de la fuerza o sentido indicativo de algunas de las diligencias acreditativas practicadas o por realizarse; y, con ello, impedir conductas fraudulentas o especulativas.

§ 3. La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad del juicio

12°. La Ley acepta la posibilidad de una "conformidad parcial". Es factible que en una causa que se sigue contra una pluralidad de imputados, unos se acojan a la conformidad y otros la rechacen. A partir de ese reconocimiento, el numeral 4) del artículo 5° de la Ley número 28122, estatuye que: *"Si son varios acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto a éstos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos,..."*. No hay lugar a dudas y, como tal, la norma debe cumplirse irremediablemente.

La Ley, empero, autoriza a no aceptar la conformidad parcial cuando *"...la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral"* –parte final del citado numeral 4) del artículo 5° de la Ley número 28122-. La interpretación de esa frase, de cara a los derechos de los imputados, conformados y no conformados, debe atender a los fines de la institución –uno de los cuales es el principio de aceleramiento procesal y el otro es el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas para el conformado- y a la meta de esclarecimiento del proceso penal, aspecto último en que tendrá una especial relevancia las características de los cargos objeto de dilucidación y la posición que sobre ellos han adoptado las partes acusadas.

13°. Si se tiene en cuenta que el imputado conformado acepta o reconoce los hechos que se le atribuyen y que sobre su acaecimiento no cabe discusión, observación o debate alguno –*vinculatio facti*-, de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a incorporarlos como tal en la sentencia conformada, en principio, no existe obstáculo procesal para que la situación jurídica de un imputado se resuelva mediante una sentencia conformada y, finalizado ese trámite, prosiga la causa para dilucidar la situación jurídica de los imputados no conformados, aún cuando se trate del mismo hecho o delito –*conexidad objetiva* o, mejor dicho, pluralidad de objetos desde el punto de vista subjetivo-; es decir, cuando se les atribuya cargos por autoría, instigación o complicidad de un mismo hecho delictivo, y estén presentes en la audiencia. Cabe puntualizar que en el proceso penal no existe la figura del *litis consorcio pasivo necesario*, pues la posición de cada imputado se considera con total independencia de los otros –no hay comunidad de suerte para todos los copartícipes, la responsabilidad penal es siempre individual-, a cuyo efecto se entiende que en sede penal existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación.

El presupuesto de un juzgamiento independiente estará presente, que es la perspectiva normal de una acusación, cuando existan elementos fácticos para enjuiciar el delito con autonomía y juzgar separadamente a cada imputado. Si se presentan estas condiciones, entonces, cabe individualizar la responsabilidad que se atribuye a cada copartícipe, por lo que el órgano judicial estará facultado a decidir sin necesidad de contar con la voluntad concurrente de los restantes copartícipes.

En suma, si los hechos están clara y nítidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico delimita perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe, no existe problema alguno para ese tratamiento autónomo, en cuya virtud no se *"...afectaría el resultado del debate oral"*.

§ 4. Imputado conformado y declaración en el juicio contradictorio

14°. Si, como es legalmente posible, cabe la "conformidad parcial", es del caso decidir si el imputado que aceptó los cargos, y contra quien se expidió una sentencia conformada, está en aptitud de declarar en el juicio que continúa con los restantes acusados que invocaron, con plena legitimidad, su derecho a la contradicción de la imputación.

En principio, si bien las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no están específicamente reguladas como medio de prueba en el Código de Procedimientos Penales –aunque indirectamente otras leyes, materiales y procesales, hacen referencia a su declaración-, lo cierto es que no está prohibida: los datos que aquél pueda proporcionar, en sí mismos, no vulneran garantías o derechos de ninguna parte procesal y pueden contribuir a esclarecer los cargos. Por lo demás, en señal de su aceptación y valorabilidad, tanto la jurisprudencia vinculante de este Supremo Tribunal –Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco- como, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal –artículo ciento

cincuentiocho, apartado dos- señalan pautas para apreciar el testimonio que aquéllos pueden presentar cuando atribuyen participación criminal a otras personas en los mismos hechos en que resultaron involucrados. No es razonable negar a priori la importancia y utilidad que puede importar a la justicia las declaraciones de las personas a quienes se atribuyen la comisión de delitos con la participación de otras, ello sin perjuicio de la desconfianza o sospechas que merezca su versión y, por tal motivo, de los ulteriores controles y especiales cuidados que exija el juicio de fiabilidad o credibilidad respectivo.

En consecuencia, más allá de las dificultades que entraña la actuación y la apreciación del testimonio del coacusado, de naturaleza híbrida entre la testimonial –al que se parece en cuanto a los modos y a los medios de convocatoria del interesado- y la declaración como imputado -en orden a sus garantías formales-, tal como ha sido definido por la Casación Italiana [Sentencia del tres de junio de mil novecientos ochenta y seis], su admisibilidad está plenamente consolidada, tanto más si no es de negar que la información que puede brindar en el juicio está basada en un conocimiento extraprocesal de los hechos objeto de acusación, de la cual el juzgador puede extraer elementos necesarios para la formación de su convicción en orden a la participación en el hecho delictivo del sujeto o sujetos distintos del que depone.

15°. El coimputado, respecto de un testigo, es obvio decirlo, tiene una distinta posición procesal a la que van aparejadas una serie de derechos y obligaciones, como sería la obligación de veracidad para los testigos y el derecho al silencio de los coimputados. El criterio de delimitación –entre testigo e imputado- que es de asumir sobre el particular es el de la "alteridad" de quien declara respecto de los sujetos que intervienen en el proceso: del órgano jurisdiccional y de las partes, esto es, de su diferente posición en el proceso penal. Como el coimputado ostenta el status formal de imputado y presta declaración en esa condición, como parte procesal, en consecuencia, *el régimen jurídico* de su declaración debe ser el de acusado. Esa es la regla general.

Ahora bien, en función de ese mismo criterio, y trasladando el análisis al caso que nos ocupa, fijado el enjuiciamiento por separado entre imputados conformados y no conformados, el régimen jurídico respecto del cual han de ser sometidos variará si los últimos, al momento de su declaración, son ajenos o no al proceso, si están o no excluidos del mismo. Expedida una sentencia de conformidad, en tanto haya adquirido firmeza, los citados copartícipes y condenados ya no son parte - han sido excluidos del ulterior juicio -; además, están protegidos por la cláusula del *ne bis in idem*, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse ni ser revisada en su perjuicio. Siendo así, el régimen jurídico que le son aplicables es el establecido para los testigos, con la misma obligación de concurrir, y sometido a las mismas consecuencias penales que cualquier otro testigo si es que mintiera [en igual situación estarán, desde luego, coimputados sobreseídos o absueltos con anterioridad]. Otra cosa, por cierto, que permanece latente, son las sospechas que puedan merecer sus declaraciones.

§ 5. Efectos vinculantes de la conformidad

16°. Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente. Si bien está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita –vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (*vinculatio facti*)-, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (*vinculatio criminis y vinculatio poena*) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal.

En tal virtud, respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción [principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención –completa o incompleta- o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria –por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad- o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción –que integra el contenido

esencial de la garantía del debido proceso-, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales [en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que le lesionaría su posición en el proceso], a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos, incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el Tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes [interdicción de resolver *inaudita parte*].

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación -sólo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos- y dictar una sentencia conformada, siempre es compatible con un control *in bonam partem*, respecto del que sólo se exige audiencia a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión de considerar –a partir del relato fáctico- una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo legal distinto, más grave, que requiere indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes –control *in malam partem*–, sólo corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral.

En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal –por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella- tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión [pena abstracta], para dosificarla conforme a las reglas establecidas por los artículos 45° y 46° del Código Penal, cuyo único límite, a parte de no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal –explicable por la propia ausencia de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el Fiscal o de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita-.

Más allá del respeto a la exigencia de promover la intervención de las partes sólo cuando se presentan las circunstancias anteriormente señaladas –que importan una preceptiva aminoración de la respuesta punitiva-, vinculada a la aplicación de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22°, y 25°, segundo párrafo, del Código Penal, el Tribunal puede proceder, motivadamente, a graduar la proporcionalidad de la pena en atención a la gravedad o entidad del hecho y a las condiciones personales del imputado.

17°. Si, como se ha estipulado, procede la "conformidad parcial" en los términos del inciso 4) del artículo 5° de la Ley número 28122, resta determinar los efectos de la sentencia conformada respecto de la sentencia expedida en el juicio contradictorio que tiene lugar inmediatamente después de culminar el trámite de conformidad.

La regla es que no existe extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, la cual sólo y exclusivamente afecta a la persona contra quien se dictó el fallo correspondiente. Por esta razón lo resuelto en ella no se extiende a un tercero –a los acusados que prosiguen la causa al no acogerse a la conformidad- ni, por ende, la condena impuesta en la sentencia conformada compromete a los acusados como copartícipes del mismo hecho o que condicionan a esa decisión anterior su libertad y defensa. La falta de eficacia subjetiva de un fallo firme, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ –entre otros-, tiene lugar incluso en aquellos supuestos **(1)** en los que sea factible hablar de relaciones o situaciones penales prejudiciales heterosubjetivas, **(2)** de interdependencia por la conexidad probatoria -unidad parcial o total en el campo fáctico de ambos supuestos enjuiciados-, o **(3)** en los que un hecho jurídico declarado en una primera sentencia entra a formar parte del supuesto de hecho de la conducta delictiva que se enjuicia en un segundo proceso.

Por consiguiente, aún cuando es de valorar la existencia de la sentencia conformada, nada impedirá que sobre los hechos –si existe identidad- no sólo se realice prueba plena y total, sino que también se llegue a resultados valorativos totalmente opuestos [así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo Español del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho].

18°. Afirmada esta concepción, el Tribunal de mérito en el proceso incoado a continuación de la expedición de la sentencia conformada tiene libertad para decidir como corresponda en orden a la actividad probatoria desplegada y a las nuevas valoraciones que pueda realizar, incluso podría –si se cumplen los presupuestos normativos correspondientes, tanto materiales cuanto procesales- variar la tipificación del hecho o tener un juicio jurídico distinto, desde diferentes planos, que el contenido en la sentencia conformada.

Un interrogante que se abre paso en estas circunstancias es si cabe extender esa decisión, en caso sea más favorable que la sentencia conformada, para 'mejorar' la situación jurídica de los imputados que se acogieron a la conformidad. Ahora bien, si se tiene en cuenta que se trata de una sentencia firme, toda modificación respecto a la existencia del juicio de hecho, vinculada a la valoración de la prueba actuada en el segundo proceso, no tiene otra opción que abordarse vía acción de revisión penal.

Empero, si sólo se trata de un cambio de tipificación más favorable, resta analizar si, analógicamente, podría aplicarse el artículo 322° del Código de Procedimientos Penales, que se circunscribe ya no a una absolución sino a una pena atenuada.

La norma en cuestión dice: *"Cuando el Tribunal Correccional o la Corte Suprema, en sus respectivos casos, fallen en una causa contra reos que fueron ausentes y en la que se expidió sentencia contra los reos presentes, podrán revisar la sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, si hubiere lugar por los datos nuevos que resulten"*. Si bien, en el presente caso, no se está ante una sentencia derivada de un mismo proceso en el que primero se resolvió la causa contra reos presentes y, luego, ante la puesta a Derecho de reos ausentes, se expidió otra sentencia, obviamente distinta de la anterior en función a los datos nuevos resultantes del ulterior enjuiciamiento, lo cierto es que, al igual que aquélla, se trata de un mismo proceso que derivó en dos juzgamientos sucesivos que decidieron la situación jurídica de acusados que se encontraban en diferente posición –ya no por ausencia sino por no acogimiento a la conformidad-, en el último de los cuales surgió la presencia de datos nuevos determinantes de un cambio favorable respecto de la respuesta punitiva.

Para establecer si existe analogía entre las dos situaciones - ante la no regulación en el caso de imputados conformados y no conformados -, no sólo es de rigor advertir la semejanza o similitud de situaciones fácticas. Debe concurrir entre ambas una identidad del fundamento - la razón de ser o *ratio legis*-; deben coincidir en el caso concreto las bases o fuentes que sirven de fundamento al citado artículo 322° del Código Adjetivo.

Siendo así, será del caso utilizar la denominada "*analogía legis*" como método de integración jurídica, en la medida que la regla del artículo 322° del Código Adjetivo cumpla con los requisitos antes esbozados.

Si se asume la flexibilidad necesaria para analizar la presencia de la analogía, se tiene que lo esencial de la disposición examinada es dar una respuesta atenuatoria - basada en el *favor rei*- a todos los procesos en que se juzga sucesivamente a diversos imputados cuando en el último juzgamiento se advierten datos nuevos que autorizan una solución más favorable - que es una regla jurídica de carácter general que está en la esencia del sistema punitivo-, que importe una atenuación de la pena en comparación con la primera sentencia. Tal situación, de presentarse en el sucesivo juzgamiento contra los acusados no conformados, obviamente, exigiría una extensión a los reos conformados: la igualdad esencial, de imprescindible concurrencia, es evidente.

En ambos casos se lleva a cabo un segundo enjuiciamiento y en ellos surgen nuevos datos que modifican en sentido favorable la apreciación de los hechos juzgados, por lo que ante una idéntica situación de hecho (surgimiento de nuevos datos en un segundo juzgamiento contra copartícipes) debe existir una misma respuesta jurídica.

Por lo expuesto, es de concluir que no sólo cabe que en el segundo juzgamiento las respuestas jurídicas pueden diferir con las del primer juzgamiento, sino que además es posible revisar *in bonam partem* la primera sentencia para atenuar la pena.

§ 6. Conformidad y confesión sincera

19°. El tema de la confesión y de la consiguiente atenuación excepcional de la pena por debajo del mínimo legal prevista para el delito cometido, tal como estatuye el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales [dice, en lo pertinente, el citado precepto: "*...la confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso...*"], genera determinados problemas interpretativos y aplicativos con la institución de la "conformidad procesal", en tanto que el texto del artículo 5°. 2) de la Ley número 28122 explícitamente hace referencia a *"...la confesión del acusado, ..."*.

La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye. Como declaración que es debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad –comprobación a través de otros recaudos de la causa-).

En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Sólo se le pide, si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los hechos –que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la averiguación de los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según la etapa procesal en que tiene lugar-, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener un pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de conformidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesalista que la

conformidad es una forma de confesión prestada al inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos.

La conformidad consta de dos elementos materiales: **a)** el reconocimiento de hechos: una declaración de ciencia a través de la cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se les haya atribuido en la acusación; y, **b)** la declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consciente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídico penales y civiles derivadas del delito.

20°. Empero, más allá del juicio de valorabilidad y de los criterios de apreciación de la confesión como medio de prueba –que no integra el ámbito de este Acuerdo Plenario-, lo relevante en el presente caso consiste, de un lado, en determinar si existe equivalencia entre el artículo 5°.2 de la Ley número 28122 y el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, y, de otro lado, si necesariamente la invocación a la conformidad por el imputado y su defensa merecerá una pena atenuada.

En cuanto al *primer punto*, cabe decir que existe cierta coincidencia entre la regulación de la *confesión* como medio de prueba y el rol que cumple en las diferentes fases del procedimiento penal respecto de la conformidad, pues más allá de la no exigencia del relato circunstanciado de los hechos acusados –propio de la declaración autoinculpatoria que se da en sede preliminar, del sumario y del plenario-, se da una declaración de ciencia por la que se reconocen los hechos atribuidos. Esto último, de cara a los efectos penológicos respectivos –de cumplirse los requisitos adicionales vinculados a la *sinceridad*-, permitirá apreciar confesión –conforme al citado artículo 136° del Código de Procedimientos Penales- si es que el acusado se encontraba en calidad de reo ausente y se presenta al juicio oral acogiéndose a la conformidad [aunque será del caso relativizar su entidad atenuatoria, conforme se verá más adelante, en orden a su relevancia, pues sólo se aligera –con mayor o menos nivel de profundidad- el trámite de las sesiones del plenario, sin perjuicio de reconocer que en todo caso constituye un acto de auxilio a la justicia].

Respecto al *segundo punto*, y atento al principio que informa el procedimiento de la conformidad, es posible concluir que tal acogimiento, en sí mismo, determina la aminoración de la pena. Es de tener presente, al respecto, el proceso especial de terminación anticipada, que expresa un criterio de oportunidad y se basa en el principio del consenso, que da lugar a una conclusión anticipada de la causa con una decisión final que le pone término, como es el caso de este procedimiento. En ese proceso se reconoce legalmente una consecuencia premiada, con independencia de la confesión sincera [véase la concordancia de los artículos 161° y 471° del Nuevo Código Procesal Penal en relación con el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales].

21°. Cabe aclarar, desde el punto de vista de la pena, que el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales instituye una circunstancia atenuante de carácter excepcional de la responsabilidad penal, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que ésta sea relevante para efectos de la investigación de los hechos [la ley, en estos casos, premia aquellos comportamientos que, de alguna manera, contribuyen a aliviar los costes y esfuerzos de una investigación criminal: razones objetivas de utilidad para el proceso], a la par que evidencia una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el hecho delictivo. De esta forma se reduce los agravios que inevitablemente se producen a la víctima y aminora la tensión social que el delito ocasiona; ese solo comportamiento, se afirma por algún autor, produce un cierto restablecimiento de la armonía y del equilibrio del sistema.

Desde una perspectiva político criminal, las regulaciones que sobre la materia, tiene expuesto el Tribunal Supremo Español, buscan incitar al autor del delito a realizar una pronta confesión del hecho que permita la identificación de su autor desde el primer momento y facilite el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya concurrido (Sentencia número 118/92, del cuatro de febrero de dos mil dos).

Desde una perspectiva global el referido artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, exige la sinceridad de la confesión, que equivale a una admisión **(1)** completa –con cierto nivel de detalle que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en los que participó-, **(2)** veraz -el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del injusto investigado-, **(3)** persistente –uniformidad esencial en las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente- y **(4)** oportuna –en el momento necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación-, a la que se aúna, a los efectos de la cuantificación de la pena atenuada, **(5)** su nivel de relevancia.

Es obvio, por consiguiente, que si el imputado antes, en sede de investigación, negó los cargos y, luego, llegado el momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar, entonces, la confesión plenaria sólo podrá tener una relativa o escasa influencia en torno a la determinación e

individualización de la pena, pero no puede considerarse como un elemento atenuante de la responsabilidad penal con entidad para rebajar la pena por debajo del mínimo legal.

De igual manera, si la confesión se configura por el dato objetivo de la realización de actos de colaboración útiles a la investigación del delito –a partir de la información que se proporciona-, a los efectos de la atenuación excepcional debe comprenderse en ella la investigación preliminar, en especial la policial –que por lo general es el pórtico o puerta de entrada al esclarecimiento de los hechos-. La autoridad facultada para recibir la declaración de un imputado puede ser la Policía o el Fiscal [a los solos efectos, claro está, de valorar la posibilidad de la atenuación y la utilidad de la misma de cara a los objetivos que persigue]. Es más, el artículo 1°, literal 10), de la Ley número 27934, prescribe que la Policía está autorizada a recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados, y el artículo 62° del Código de Procedimientos Penales prescribe que las declaraciones en sede preliminar, llevadas a cabo con intervención del Ministerio Público, serán apreciadas conforme al artículo 283° del citado Código.

22°. Si, como se ha dejado sentado, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136° de la Ley Procesal Penal con el artículo 5° de la Ley número 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acojan a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el artículo 471° del nuevo Código Procesal Penal [es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente en todo el territorio nacional]. Dicha norma prescribe: *"El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión".*

La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471° del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5° de la Ley número 28122, tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia –que no identidad-entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada.

Los rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos –el principio del consenso comprende ambos institutos procesales, aunque en diferente intensidad y perspectiva-, con la consiguiente conclusión de la causa con una sentencia anticipada que pone fin al proceso, sobre la base de una disposición del imputado a la aceptación de los cargos objeto de imputación, lo que desde una perspectiva político criminal, legislativamente aceptada, determina una respuesta punitiva menos intensa. Si bien es cierto la oportunidad procesal en que se llevan a cabo, los controles judiciales que importan y la mayor intensidad de colaboración de la primera frente a la segunda, no son los mismos, tales diferencias no eliminan la semejanza existente y su común punto de partida.

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero.

23°. El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término.

Como se sabe el método de reducción de la pena en el caso de terminación anticipada [artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal] constituye un último paso en la individualización de la misma. En efecto, fijada la pena con arreglo a los artículos 45° y 46° del Código Penal –luego de haber determinado el marco penal abstracto [pena abstracta] y, a continuación, el marco penal concreto como consecuencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y concurso de delitos-, la cual debe ser identificada en la sentencia conformada, corresponde, como última operación, disminuirla en un sexto. El Tribunal debe ser muy claro en diferenciar los dos momentos finales: la pena que correspondería sin la reducción por acogerse a la terminación anticipada, y, luego, la pena resultante de aplicar la reducción del sexto de la misma.

Empero, según lo expuesto en el primer párrafo, en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un porcentaje menor. Así las cosas podrá graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal.

§ 7. Conformidad y objeto civil

24°. Otro tema relevante de la conformidad está vinculado al objeto civil del proceso penal. Como quiera que en el proceso penal nacional –más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal- se produce una acumulación heterogénea de acciones: la penal y la civil, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal –con los alcances y excepciones que la ley establece-, en tanto en cuanto puede generar un daño patrimonial a la víctima, un daño reparable.

Como se está ante una institución de naturaleza jurídico-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta, en cuanto a su contenido, a lo establecido en el artículo 93° del Código Penal, procesalmente está informada por los principios dispositivo y de congruencia.

La vigencia de los indicados principios, a tono con la naturaleza privada –y, por ende, disponible- de la responsabilidad civil *ex delicto*, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

25°. En esta perspectiva, es evidente que si existe una pretensión civil alternativa, ejercitada conforme a lo dispuesto en el artículo 227° del Código de Procedimientos Penales, el imputado deberá referirse a ella en el marco de la responsabilidad civil que le corresponde admitir. En ese ámbito, por imperio de la garantía de tutela jurisdiccional –artículo 139°.3 de la Constitución-, se debe dar plena intervención a la parte civil.

Ahora bien, de no mediar acuerdo o aquiescencia de los interesados y, en ese caso, de no ser suficiente la mera lectura de la prueba documental y de las actuaciones documentadas –como establece el inciso 3) del artículo 5° de la Ley número 28122-, en la medida que el artículo 227° del Código ritual autoriza la actuación de prueba testifical y pericial para justificar la pretensión civil de la víctima, sin perjuicio de la prueba que en ese ámbito haya podido proponer la Fiscalía conforme al inciso 5) del artículo 225° del mismo Código, el Tribunal podrá fallar respecto de la responsabilidad penal y disponer la continuación del proceso para la actuación probatoria respectiva, en tanto se requiera una indagación, concreción probatoria y alegaciones ulteriores sobre ella.

La cesura del juicio que se establece, pretorianamente impuesta, deriva del respeto a la garantía de tutela jurisdiccional a favor de la víctima y de la imperiosa evitación de la indefensión material que le puede acarrear una decisión sin prueba, no obstante su necesidad procesal. La interpretación constitucional de la institución de la conformidad –específicamente del inciso 3) del citado artículo 5° de la Ley número 28122- desde los numerales 3) y 14) del artículo 139° de la Ley Fundamental, que reconocen las garantías procesales de tutela jurisdiccional y defensa procesal, así lo impone.

Esta conclusión no sólo no está prohibida por la ley, sino que no la tergiversa –no es incompatible con ella-, pese al silencio legislativo o, mejor dicho, a la presencia de una laguna legal. Si en una misma causa es posible, para un supuesto, dictar una sentencia conformada, y para otro, emitir –luego de la prosecución del juicio, bajo perspectivas de contradicción efectiva- una segunda sentencia; entonces, no existe impedimento alguno que se profiera una segunda sentencia, precedida de un juicio en forma, referida ya no a los objetos penal y civil –que es el supuesto anterior, contemplado en el numeral 4) de la Ley número 28122-, sino circunscripta exclusivamente al objeto civil, y sólo para los imputados conformados –es la regla, por lo demás, que ha establecido el apartado 5) del artículo 372° del Nuevo Código Procesal Penal-.

26°. Por último, es materia de discusión en el ámbito de la responsabilidad civil la determinación del monto y los obligados a cubrirlo cuando se trata de una pluralidad de copartícipes –codelincuencia-, varios de los cuales no se han sometido a la conformidad procesal. Sobre el particular, en los marcos de una sentencia conformada, es de tener en consideración dos aspectos sustanciales: el *primero*, referido a los alcances de la sentencia conformada: ésta sólo comprenderá a los imputados que se someten a la conformidad; y, el *segundo*, circunscrito al monto de la reparación civil, el cual está en función al daño global irrogado, bajo la regla de la solidaridad entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados (artículo 95° del Código Penal).

Siendo así, el Tribunal fijará el monto de la reparación civil de modo global [la cantidad en cuestión siempre será única, no puede dividirse], de suerte que como ésta es solidaria si existieran copartícipes –y no mancomunada-, al emitirse condena contra ellos en el juicio sucesivo, si así fuera el caso, tal suma no variará y sólo se les

comprenderá en su pago. Es posible, sin embargo, que en el juicio contradictorio la determinación del monto puede variar en virtud a la prueba actuada. En ese caso tal variación, de más o de menos, no puede afectar al fallo conformado, al haber quedado firme o ganado firmeza.

Por consiguiente, la variación sólo puede alcanzar a los acusados comprendidos en la condena objeto del juicio contradictorio.

III. DECISIÓN

27°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

28°. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a veintitrés, la siguiente:

1) El Tribunal, en el procedimiento de conformidad, no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias descritos por el Fiscal y aceptados por el imputado y su defensa. Tampoco puede pronunciarse acerca de la existencia o no de las pruebas o elementos de convicción.

2) La oportunidad procesal para que el acusado se acoja a la conformidad es cuando se le emplace en el periodo inicial y, siempre, antes que se inicie propiamente el periodo probatorio del juicio oral.

3) La conformidad parcial está expresamente autorizada por la ley. Es posible un juzgamiento independiente para los acusados no conformados, que se producirá siempre que los hechos estén clara y nítidamente definidos en la acusación, y el relato fáctico que contiene la acusación delimite perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe.

4) El imputado conformado puede declarar en el juicio contradictorio seguido contra los acusados no conformados. El régimen jurídico de su declaración variará si al momento de su intervención en el juicio son ajenos o no al proceso –criterio de la alteridad-.

5) El Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados. No sólo tiene un deber de instrucción o información, también tiene poderes de revisión *in bonam partem* respecto a su configuración jurídica, dentro de los límites del principio acusatorio y del respeto al principio de contradicción, y, en consecuencia, está autorizado a dictar la sentencia que proceda. Asimismo, puede dosificar la pena dentro del marco jurídico del tipo legal en aplicación de los artículos 45° y 46° del Código Penal.

6) La sentencia conformada no tiene efectos extensivos o prejudiciales sobre la sentencia dictada en el juicio contradictorio. Si en el juicio contradictorio surgen datos nuevos que favorezcan la situación jurídica de los reos conformados, en el fallo que se dicte puede revisarse la sentencia con el fin de atenuar la pena.

7) Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos. No obstante ello, la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte.

8) La conformidad sobre el objeto civil está informada por los principios dispositivo y de congruencia. Si no se cuestiona la reparación civil no es posible modificarla. Debe respetar la pretensión civil alternativa de la parte civil. Es posible, si fuera el caso, la cesura del juicio para la actuación de pruebas en aras de la determinación de la reparación civil. Debe tomarse en cuenta para su concreción la suma global y la regla de la solidaridad en los supuestos de codelincuencia. La variación del monto de la reparación civil en la segunda sentencia no altera la fijada en la sentencia conformada.

29°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción

que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

30°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDOÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

(02)

ACUERDO PLENARIO Nº 5-2009/CJ-116
ASUNTO: PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA: ASPECTOS ESENCIALES

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre diversos aspectos del proceso especial de terminación anticipada. En concreto, sobre su viabilidad en la etapa intermedia del proceso común u ordinario, la posibilidad de emitir sentencia absolutoria a pesar de existir un acuerdo entre las partes, los criterios para determinar la aplicación del beneficio de rebaja de un sexto sobre la pena, los alcances de la aplicación de la atenuación excepcional por confesión sincera, y la procedencia y alcances, en su caso, de la apelación del auto que desaprueba el acuerdo de terminación anticipada y de la sentencia anticipada.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor NEYRA FLORES, quien, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada.

6°. La terminación anticipada es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. Su regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, artículos 468°/471°, del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACPP-, se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél.

Por tanto, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso de terminación anticipada o las disposiciones y su estructura procesal.

§ 2. El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP.

7°. El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468°. 4 y 5 NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos -ámbito de aplicación general- y sometido sus reglas a una pauta unitaria, es obvio que, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes número 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros -Ley número 28008-, las normas de contenido relevantemente penal material y las reglas procesales específicas vinculadas a las primeras y al modo cómo se han regulado estos delitos siguen rigiendo, tal es el caso de los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20°.

8°. El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada -sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado- [fase inicial], hasta la realización de la audiencia respectiva [fase principal] y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipada [fase decisoria]. Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

Es condición de la realización de la citada audiencia que la solicitud de terminación anticipada pase el examen judicial de admisibilidad y procedencia. Además, el Juez ha de revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencia del acuerdo al que puede llegar -es, precisamente, el segundo paso de la audiencia, inmediatamente después de la presentación de los cargos por la Fiscalía-. El consentimiento del imputado, visto el carácter dispositivo de la pretensión o los efectos que entraña, ha de ser libre, voluntario -sin presiones o amenazas-, informado, prestado con el auxilio de un abogado defensor, y con pleno conocimiento de lo que hace o deja de hacer y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.

9°. Si es que las partes arriban a un acuerdo -que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad-, corresponde al Juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena.

10°. El control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes:

A. El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible.

B. El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad -esto es lo que se denomina "pena básica"-. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil -siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias.

C. La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente -probabilidad delictiva- **(i)** de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y **(ii)** que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

11°. El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del *quantum* de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima. Por consiguiente, sólo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo.

12°. El análisis que corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el Juez en el proceso común luego del juicio oral.

En este último el Juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el *in dubio pro reo* para absolver al imputado, lo que en cierta medida no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocimos para su conformación sobre la base del consenso procesal.

Es claro, atento a lo expuesto, que el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

§ 4. Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada.

13°. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica -definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes-, como al establecimiento de la pena concreta o final -que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad-.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba -juicios de legalidad y razonabilidad de la pena-, corresponde realizar al Juez.

14°. El artículo 471° NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Ésta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161° NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte -es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada-. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión.

§ 5. Recursos en el proceso especial de terminación anticipada.

15°. Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Integra el presupuesto procesal objetivo del recurso. En este sentido, cada recurso tiene su propia regulación, pues está diseñado para cada situación específica, en cuya virtud no se admite un recurso cuando corresponde otro, lo que es propio del principio de singularidad.

El gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. La admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Ésta, como consecuencia del principio dispositivo -eje esencial del sistema de recursos en toda clase de procesos jurisdiccionales-, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutiva de la resolución judicial.

16°. El artículo 468°.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales -se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo-. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416°.1 NCPP, que determina como objeto impugnable en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia -literal b)- o, en su caso, los que causen gravamen irreparable -literal e)-.

No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416°.1. b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso -pluralidad de la instancia- respecto de las decisiones que causan estado.

§ 6. Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común.

17°. Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal.

El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular –etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero-. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (artículo 468°.1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada.

18°. El artículo 350°.1.e) NCPP autoriza a las partes procesales, distintas del Fiscal, instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad, entendido en sentido amplio. Se discute si esta norma permitiría que en sede de etapa intermedia se instaure el proceso de terminación anticipada, bajo el entendido de que este último expresa un criterio de oportunidad procesal.

Ya se ha dejado sentado las diferencias sustantivas entre el proceso especial de terminación anticipada y la etapa intermedia del proceso común. El primero tiene como eje el principio del consenso y una de sus funciones es la de servir a la celeridad procesal, mientras que la segunda tiene como elemento nuclear el principio de contradicción y el cuestionamiento -en la medida de lo posible y como alternativa más fuerte de la potestad de control de la legalidad de que está investido el órgano jurisdiccional- de la pretensión punitiva del Ministerio Público. El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, sólo puede estar destinada a la aplicación

de los supuestos o "criterios" contemplados en el artículo 2° NCPP. Los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), por su propia especificidad y singularidad, unido a los controles jurisdiccionales que corresponde realizar, están sometidos a un procedimiento determinado, que no tiene las características, alcances y metodología de la audiencia preliminar de control de la acusación.

Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350°.1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, sólo remite al artículo 2° NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230° del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo "criterios de oportunidad", los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2° NCPP.

19°. A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471° NCPP por no cumplir su finalidad político criminal.

20°. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468°.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

21°. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139°.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.

III. DECISIÓN

22°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

23. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 21°.

24°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

25°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

03

ACUERDO PLENARIO Nº 6-2009/CJ-116
ASUNTO: CONTROL DE LA ACUSACIÓN FISCAL

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el control de la acusación escrita del Ministerio Público, tanto en el antiguo Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP- como en el nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-. En especial, la definición e identificación de los elementos que integran la acusación, el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional ante los posibles defectos de la acusación, la oportunidad para hacerlo, la potestad ex officio de control y los distintos problemas que enfrentan el juez y las partes para definir la corrección de la acusación como presupuesto del juicio oral.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. La acusación fiscal. Alcances jurídico procesales.

6°. La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159°.5 de la Constitución, 1° y 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público –en adelante, LOMP, 219° ACPP y 1°, 60° y 344°.1 NCPP). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344°.1 NCPP).

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública- y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no sólo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal.

Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (artículo 92° del Código Penal, -en adelante, CP-), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables -que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad.

7°. Los artículos 225° ACPP, 349° NCPP y 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber ser sido comprendido como tal mediante una acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción –fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente-. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba.

Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico - penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

8°. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria –según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente-, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto no hace sino ratificar que ambas decisiones –judicial una y fiscal otra- determinan la legitimación pasiva y se convierten en

el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción o la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349°.2 NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre –claro está- con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial –es decir, total o parcial- entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

§ 2. El control de la acusación en el ACPP.

9°. Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, sólo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida de que no genere indefensión material en perjuicio del acusador.

El control, como corresponde, debe realizarse sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229° ACPP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial –definido en función a las características y complejidad de la causa- a las demás partes.

10°. Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225° ACPP. El Fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7°. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, **(i)** que el petitorio o *petitum* sea incompleto o impreciso, **(ii)** que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente –no circunstanciado-, vago, oscuro o desordenado, o **(iii)** que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible –tal decisión no está prevista en el artículo 292° ACPP- las actuaciones al Fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar –si correspondiere- las observaciones resaltadas judicialmente.

11°. El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio.

Se trata de los presupuestos procesales, referidas al órgano jurisdiccional -la jurisdicción y competencia penales- y a la causa -excepciones procesales-. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión.

Toda otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida.

§ 3. El control de la acusación en el NCPP.

12°. La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional-.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350°/352° NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes- (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

13°. El artículo 350°.1 NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva-, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350° NCPP. Éste comprende los supuestos descritos en el párrafo 9° en relación con el artículo 349° NCPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352°.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de *"...un nuevo análisis del Ministerio Público".*

14°. El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del Fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral –con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2° NCPP, y de la deducción de excepciones- sólo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344°.2 NCPP.

Este control, por imperio del artículo 352°.4 NCPP, puede ser realizado de oficio. Al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

15°. Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352°.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349°.1 NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar- lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344°.1 NCPP).

III. DECISIÓN

16°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 15°.

18°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

19°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

04

ACUERDO PLENARIO Nº 7-2009/CJ-116
ASUNTO: PERSONA JURÍDICA Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios.

De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los problemas suscitados con motivo de la aplicación de las medidas contra las personas jurídicas, previstas en el artículo 105° del Código Penal de 1991 –en adelante CP-, modificado por el Decreto Legislativo número 982, en tanto que se advierte que sus disposiciones no son aplicadas y desarrolladas jurisprudencialmente como corresponde. Ante tales defectos, en especial porque la ley material no desarrolló suficientemente los presupuestos básicos para su debida implementación y porque en los Distritos Judiciales que siguen rigiéndose por el Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP- el legislador no implementó disposiciones sobre el particular, resulta conveniente que este Supremo Tribunal fije los criterios o directivas indispensables para su correcta utilización en sede judicial.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Problemática actual.

6°. El CP incorporó sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas y las denominó consecuencias accesorias. Con esta decisión político criminal la legislación nacional procuraba establecer un inédito nivel de respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultase involucrada una persona jurídica. Lo cual, por lo demás, se adhería a una consolidada tendencia en el derecho comparado [KLAUS TIEDEMANN: *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Editorial Grijley, Lima, 2007, página 92 y ss.].

7°. Sin embargo, a más de dieciocho años de vigencia del CP el desarrollo jurisprudencial producido en torno a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no ha resultado relevante ni satisfactorio. Efectivamente, la imposición judicial y concreta de estas sanciones ha permanecido, todo ese tiempo, ignorada o muy alejada de la praxis funcional de la judicatura penal en todas las instancias. Esta constatación resulta trascendente en la actualidad, pues el artículo 105º CP, luego de las modificaciones introducidas el año 2007 por el Decreto Legislativo 982, dispone preceptivamente la aplicación jurisdiccional de estas consecuencias accesorias siempre que se verifiquen los requisitos y presupuestos que dicha norma establece.

8°. Dos factores concurren etiológicamente en la explicación de tal actitud de los jueces nacionales. En primer lugar, la ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el CP, que sólo enumera las sanciones aplicables y señala de modo muy general los presupuestos generales para su utilización concreta. Y, en segundo lugar, la carencia de normas procesales precisas en el ACPP, que no han sido objeto de una ley complementaria en armonía con las exigencias de la ley penal material, para emplazar e incorporar procesalmente a las personas jurídicas involucradas con un hecho punible. El necesario desarrollo normativo ha sido cumplido por el nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–, pero, como se sabe, su vigencia es progresiva y no comprende hasta el momento varios Distritos Judiciales.

§ 2. Algunos aspectos dogmáticos generales.

9°. En el Código Penal las consecuencias accesorias se encuentran ubicadas en el Capítulo II del Título VI del Libro Primero - Parte General. Únicamente los artículos 104º y 105º CP se refieren a consecuencias accesorias que pueden recaer sobre una persona jurídica, siempre que ésta resulte vinculada o beneficiada con la comisión o encubrimiento de un delito. Sin embargo, estas dos disposiciones aluden a consecuencias accesorias con distintas funciones y efectos. Efectivamente, en el artículo 104º CP se regula una especie de responsabilidad civil subsidiaria que deberá afrontar la persona jurídica ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes vinculados en la comisión de una infracción penal. Y en el artículo 105º CP se detalla un amplio catálogo de sanciones que se aplicarán a estos entes colectivos.

10°. La problemática dogmática y procesal que corresponde evaluar en este Acuerdo Plenario se remitirá, exclusivamente, a la segunda de tales normas, pues la primera, si se cumplen sus presupuestos y en lo que fuera pertinente, cabe incorporarla en sede procesal con arreglo a las normas sobre el tercero civilmente responsable. Al respecto, cabe señalar, conforme lo ha resaltado uniformemente la doctrina nacional, que los antecedentes del artículo 105º CP se remontan al Proyecto de Código Penal de setiembre de 1989 (artículos 103º a 105º), que tuvo como fuente legal extranjera al Anteproyecto de Código Penal español de 1983 (artículos 136º a 138º).

11°. Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales [PERCY GARCÍA CAVERO: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 757 y ss.]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas -desde su actividad, administración u organización- con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas

que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. [LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del artículo 105° CP: Principales Problemas de Aplicación.* En: Anuario de Derecho Penal 2003, página 484 y ss.].

12°. Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39º CP. No son, pues, un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesoria, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo [LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el artículo 105° CP, a más de quince años de su vigencia.* En: Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, editor), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 493 y siguientes]. Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias.

§ 3. Alcances y limitaciones del artículo 105º CP.

13°. Actualmente, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo número 982, el artículo 105º CP tiene la siguiente estructura normativa:

"Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. *Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.*

2. *Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.*

3. *Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.*

4. *Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un periodo de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas".

14°. Del citado artículo es posible señalar que el Juez debe imponer consecuencias accesorias siempre que se verifique en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente:

A. Que se haya cometido un hecho punible o delito.

B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.

C. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito.

Ahora bien, en dicha norma coexisten cuatro clases de consecuencias accesorias que el juez penal puede imponer a una persona jurídica. Cada una de las cuales tiene distinta configuración y efectividad. Resulta, por tanto, necesario identificar, seguidamente, sus principales características y funciones.

15°. Las consecuencias jurídicas previstas en el citado artículo 105° CP, tienen las siguientes características y funciones:

A. El inciso 1) dispone la clausura temporal o definitiva de locales o establecimientos. Es decir, regula sanciones que afectan el funcionamiento de los ambientes físicos e inmuebles en los cuales la persona jurídica realiza sus actividades organizacionales y operativas. Cuando la clausura sea temporal no puede durar más de cinco años. Es importante precisar que para que proceda esta medida el local o establecimiento tiene que haber servido para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento del delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Editorial Idemsa, Lima, 2001, páginas 310 y 311].

B. El inciso 2) considera la disolución de la persona jurídica. Es la sanción más grave que se podría imponer a un ente colectivo [JOSÉ HURTADO POZO: *Personas jurídicas y responsabilidad penal*. En: Anuario de Derecho Penal 1996, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, página 148. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Obra citada*, páginas 488/499]. Por tanto, la disolución debe de quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica, la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de fachada o de papel. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización. Pero, también, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral.

C. El inciso 3) regula la suspensión de actividades de la persona jurídica. Esta sanción sólo puede ser impuesta con carácter temporal y sin exceder a dos años. La suspensión de actividades puede ser total o parcial. Sin embargo, ella, en su opción parcial, deberá recaer solamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas específicas que se relacionaron con el delito cometido o con su modus operandi y efectos [JULIO CÉSAR ESPINOZA GOYENA: *La persona jurídica en el nuevo proceso penal. En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2005, página 329]. La suspensión total deberá justificarse por la absoluta naturaleza ilícita del quehacer ejercido por la persona jurídica.

D. Por último, el inciso 4) contiene la prohibición de realizar actividades futuras de aquellas que involucraron a la persona jurídica con la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible. Esta modalidad de consecuencia accesoria puede ser temporal o definitiva. En el primer caso la prohibición no puede extenderse más allá de cinco años. Con esta sanción se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene, pues, un claro sentido de inhabilitación para su desempeño futuro. No obstante, el alcance de esta sanción es limitado y especial, pues no puede extenderse hacia otras actividades no vinculadas con el delito.

16°. En el artículo 105º CP no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, así como la justificación interna o externa de las decisiones jurisdiccionales que impongan las distintas consecuencias accesorias que dicha norma contempla. No obstante, esta limitación normativa puede ser superada, de modo transitorio, recurriendo a la implementación judicial de los criterios adoptados, para tal efecto, por el artículo 110° del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley número 29153 [Véase: Congreso de la República: Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal, J & O Editores Impresores SAC, Lima, 2009], en tanto en cuanto sus postulados en modo alguno son implicantes con los establecidos por el vigente CP y constituyen reglas de desarrollo plenamente derivadas desde los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en el Título Preliminar del Código Penal. Por tanto, corresponde utilizarlos en todo proceso de determinación judicial, cualitativa y cuantitativa, de las consecuencias accesorias que deban imponerse en un caso concreto.

Tales criterios son los siguientes:

A. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.

B. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.

C. La gravedad del hecho punible realizado

D. La extensión del daño o peligro causado.

E. El beneficio económico obtenido con el delito.

F. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.

G. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

H. La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

17°. Es pertinente destacar que por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, también, con justificada racionalidad, las exigencias generales que derivan del principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso. En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso *sub judice* y según los criterios de determinación anteriormente detallados. Ello implica, pues, que excepcionalmente, el Juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición.

Por lo demás, cabe recordar que estas opciones jurisdiccionales no son ajenas a nuestra legislación vigente y se expresan normativamente en el sentido y función del artículo 68° del Código Penal, al tratar de la exención de pena. No obstante, es de demandar siempre que esta clase de decisiones sean consecuencia de un riguroso análisis fáctico y normativo, y que ellas sean motivadas de manera específica y suficiente.

18°. En el artículo 105º CP también se incluyen salvaguardas a favor de los derechos de terceros: trabajadores y acreedores, los que pudieran resultar afectados con la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica. Por consiguiente, el Juez está autorizado por dicha norma para disponer, ante la autoridad competente, la intervención del ente colectivo sancionado hasta por dos años. Con esta medida se procura controlar o paliar los efectos transpersonales que, necesariamente, producirán la aplicación de una o más consecuencias accesorias, sobre el patrimonio o la estabilidad laboral de personas ajenas al quehacer ilegal de la persona jurídica o de sus órganos de gestión. Sin embargo, esta posibilidad de promover la intervención, por su propia naturaleza y operatividad, sólo debe utilizarse cuando se impongan consecuencias accesorias de efectividad temporal como la clausura de locales o la suspensión o prohibición de actividades.

Finalmente, el artículo 105º CP, en su último párrafo, declara que la imposición de consecuencias accesorias no será afectada o mediatizada por acciones fraudulentas u encubridoras, dirigidas maliciosamente a la frustración de la decisión judicial como *"El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria,…"*.

§ 4. Consecuencias accesorias, persona jurídica y proceso penal.

19°. En el ámbito procesal toca delinear las garantías y los procedimientos que deben viabilizar la aplicación judicial de consecuencias accesorias a una persona jurídica. En este espacio debe definirse el procedimiento más idóneo que asegure, con puntual observancia de los principios y garantías procesales constitucionalmente relevantes, la presencia y la intervención en un proceso penal del ente colectivo; así como la identificación de las partes legitimadas y de las características fundamentales de una dinámica contradictoria que sea idónea para debatir, sin mengua de las garantías del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, la relevancia penal de la concreta intervención de una persona jurídica en el hecho *sub judice*.

En algunos sistemas jurídicos extranjeros es también la legislación material la que demanda la habilitación de este escenario procesal. Así, por ejemplo, en España el artículo 129º del Código Penal advierte que las consecuencias accesorias aplicables a una persona jurídica requieren de una audiencia previa donde ella pueda alegar, a través de sus representantes legitimados, lo que le sea favorable (*"El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código,* y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, *podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias"*).

20°. En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanan de las garantías de defensa procesal –derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación- y de tutela jurisdiccional –en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos-.

Con tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación –en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario-,

circunscripta a la posible aplicación de consecuencias accesorias, ello sin perjuicio de que concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil acumulado como tercero civil. Es evidente que nadie puede ser acusado, sin antes haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defensiva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar.

Al respecto, el NCPP ya considera a la persona jurídica como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal en el Titulo III, de la Sección IV, del Libro Primero. Pero ya no para afrontar únicamente eventuales responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesoria [PABLO SÁNCHEZ VELARDE: *El nuevo proceso penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2009, página 80].

Esta orientación legislativa, además, dispone, para todo ello, la realización de un proceso penal de corte unitario que comprenderá tanto a personas naturales como jurídicas, aunque con formulación de cargos y requerimientos diferenciados en atención a la naturaleza particular del sujeto imputado y de las necesidades específicas del *thema probandum* que le conciernen [JULIO CÉSAR ESPINOZA GOYENA, *Obra Citada*, página, 314].

21°. En el NCPP las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90º/93º. Cada una de estas normas legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las personas jurídicas, así como sobre la actividad procesal que estas pueden desplegar.

La morfología y función de tales disposiciones es la siguiente:

A. El artículo 90º NCPP identifica a las personas jurídicas que pueden ser partes procesales y objeto de emplazamiento por la autoridad judicial. En él se fijan los presupuestos necesarios para el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal. Al respecto, el presupuesto esencial que exige dicha norma se refiere a la aplicación potencial sobre el ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan los artículos 104º y 105º CP. Esta disposición también concede al Fiscal legitimación exclusiva para requerir ante la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal.

Tal norma, por lo demás, no obsta a que, respecto del artículo 104° CP y en sus estrictos marcos, el actor civil tenga legitimación activa conforme a la concordancia de los artículos 11°, 104° y 105° NCPP.

B. El artículo 91º NCPP disciplina la oportunidad y la tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica como parte procesal. Esta norma señala que la solicitud de emplazamiento del Fiscal se debe formular ante el Juez de la Investigación Preparatoria, luego de comunicarle su decisión formal de continuar con las investigaciones y hasta antes de que se declare concluida la investigación preparatoria. En este artículo se detallan también los datos básicos de identificación que deberá contener la solicitud fiscal y que son los siguientes:

(i) La identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etcétera).

(ii) El domicilio de la persona jurídica (sede matriz o filiales).

La solicitud, además, debe señalar, de modo circunstanciado, los hechos que relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. Por tanto, se debe referir la cadena de atribución que la conecta con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. Y, en base a todo ello, se tiene que realizar la fundamentación jurídica que justifique incluir al ente colectivo en el proceso.

La tramitación que deberá darse a la solicitud será la misma que detalla el artículo 8º NCPP para el caso de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones.

C. El artículo 92º NCPP trata de la representación procesal de la persona jurídica. La norma establece que el órgano social de la persona jurídica debe designar un apoderado judicial. Sin embargo, se excluye de dicho rol a toda persona natural que esté comprendida en la misma investigación y bajo la imputación de los mismos hechos que determinaron el emplazamiento y la incorporación procesal de la persona jurídica. La

norma dispone, además, un plazo de cinco días para que el órgano social de la persona jurídica cumpla con designar al apoderado judicial. Si al vencimiento de dicho plazo no se hubiera realizado tal designación la hará el Juez de la Investigación Preparatoria.

D. En el artículo 93º NCPP se detalla los derechos y garantías procesales que se reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal. Al respecto, se reconoce a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos derechos y garantías que corresponden, en un debido proceso legal, a toda persona natural que tiene la condición de imputado. Principalmente, el derecho a una defensa activa, a la posibilidad de contradicción procesal, a la impugnación dentro de la ley de toda resolución que la cause gravamen.

E. El apartado 2 del artículo 93º NCPP regula una situación especial de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada la cual, sin embargo, en ningún caso, puede generar que se afecte o suspenda la continuación del proceso.

22°. La vigencia escalonada del NCPP en el país, como se ha destacado, limita la utilidad de las normas procesales alusivas a la persona jurídica y, por ende, dificulta la aplicación judicial de las consecuencias accesorias en muchos Distritos Judiciales. Por tal razón y tomando en cuenta las reglas y el procedimiento fijado por aquel para dicha finalidad, corresponde postular un conjunto de criterios operativos en aplicación directa de los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio, conforme a lo dispuesto, en lo pertinente en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal, a cuyo efecto se tendrá en consideración, en cuanto sea legalmente compatible con la estructura del ACPP, los siguientes criterios operativos, inspirados en el NCPP:

A. El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91°.1 NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal.

B. La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92° NCPP.

C. La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral.

D. La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.

E. La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El Juez o Sala Penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

III. DECISIÓN

23°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

24°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 11° al 22°.

25°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben

ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

26°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

05

ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116
ASUNTO: EJECUCIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN Y RECURSO IMPUGNATORIO

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, después de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia el Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, y las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que se dictaron respecto de la pena de inhabilitación. En especial, la solicitud formulada por el Jurado Nacional de Elecciones en su oficio número 5979-2009-SG/JNE, del 11 de los corrientes, si la indicada pena se ejecuta inmediatamente, sin perjuicio del recurso impugnatorio planteado contra ella, o si se requiere que quede firme para el inicio de su ejecución.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6°. El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos –personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades -públicas inclusive-.

Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria- dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.

7°. Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente –aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional- o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas.

Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermanéutica, está vinculado con el párrafo 15° del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: *"La ejecución de la pena de inhabilitación, [...], requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. [...] A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución..."*. También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9° del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que *"El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme"*.

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad- sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales de 1940 -en adelante, ACPP-, como en el artículo 403°.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 -en adelante, NCPP-.

El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

8°. Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto-. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412°.1 NCPP-, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal -en adelante, CP- se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata

ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme.

En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

B. Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede *"...entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política"* –así lo precisa el artículo 331° *in fine* ACPP-. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio.

En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP- se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

9°. En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes.

Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución –el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial- para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

III. DECISIÓN

10°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

11°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 9°.

12°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

13°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

06

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2010/CJ-116
ASUNTO: PRESCRIPCIÓN: PROBLEMAS ACTUALES

FUNDAMENTO: ARTÍCULO Nª 116° TUO LOPJ

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la *primera fase* los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La *segunda fase*, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 04 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En cuanto al tema en debate: "Prescripción: Problemas Actuales" informaron oralmente los señores Percy García Cavero -en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal-, y Marco Antonio Herrera Guzmán -en representación del Módulo Penal de Camaná - Corte Superior de Arequipa-.

3° La *tercera fase* del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

4°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como Ponentes los señores LECAROS CORNEJO, BARRIOS ALVARADO Y CALDERÓN CASTILLO, con la participación del señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

5°. La prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado -pena abstracta-. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria -de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público- y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción -a su pretensión punitiva- y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible -prescripción de la pena-.

6°. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable.

7°. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes.

8°. En este sentido, la prescripción varía, en cuanto a su duración, según la naturaleza del delito que se trate y cuando más ingente sea la pena regulada en la Ley, mayor será el plazo de la prescripción para el delito incriminado. También modula la duración del mismo según las vicisitudes del procedimiento y atendiendo a otras consideraciones de especial relevancia: causas de suspensión y de interrupción.

§ 2. Planteamiento de los problemas.

9°. Determinar los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la dúplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.

10°. La prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas.

11°. Establecer el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación Preparatoria.

§ 3. Desarrollo del primer tema.

12°. El legislador incrementó el plazo de prescripción -duplicó- en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú -*"el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos"*-. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos. Esto implica un mayor desvalor de la acción -como conducta peligrosa para los bienes jurídicos- complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

13°. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

14°. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó -método lógico-sistemático-. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal se orienta al *Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro Segundo* del mismo cuerpo legal, *"Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos"*, atendiendo a dos aspectos concretos:

A.En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B.Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

15°. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

A. Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito -funcionario o servidor público- y el patrimonio del Estado.

B. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

16°. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

17°. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

A. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.

B. La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40° y 60° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2° del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

C. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

18°. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal.

§ 4. Desarrollo del segundo tema.

19°. El Libro Tercero del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas sólo con penas principales de multa o de prestación de servicios a la comunidad. En lo que respecta al plazo ordinario de la prescripción de la acción penal y de la pena en las faltas, el inciso 5 del artículo 440º señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que "la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años".

20°. Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las reglas especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consiguiente, dado que el mismo numeral 440° *ab initio* establece que: *"Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero (...)"*, es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos.

21º. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83º *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.

22°. Ahora bien, el artículo 440º, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas. Es en el artículo 46º B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: *"Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas"*. Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:

A. La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.

B. La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido. el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.

C. Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440º.

§ 6. Desarrollo del tercer tema.

23°. *Tercer tema*. El apartado uno del artículo 339° del nuevo Código Procesal Penal prescribe que *"la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal"*. Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad, legalidad y razonabilidad.

24°. La "*suspensión*" de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal -constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede

ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25°. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

26°. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión *"sui generis"*, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

27°. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la "suspensión" con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de *"interrupción"* de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

28°. Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:

A. Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo.

B. El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.

29°. Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada -el acto del Fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso- para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado.

30°. Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159° de la Carta Política.

31°. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución -inserto en la garantía del debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:

A. El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce

la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado. Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para iniciar la persecución penal, como "la Formalización de la Investigación Preparatoria" es una causa que suspende el curso de la prescripción.

B. Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos.

C. La suspensión del plazo de la prescripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales, pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legítima. En ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad -relevante jurídicamente- cuando se persigue y castiga una infracción punible.

D. No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse.

E. La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores de investigación dentro del proceso penal -propio de un sistema acusatorio- y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la *"suspensión de la prescripción"* se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva.

F. En el Nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un plazo establecido: La Investigación Policial o Fiscal veinte días, la Investigación Preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y para casos complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales como innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y pérdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el artículo 360° [inciso 1 y 5] -*"si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión y no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación"*-. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.

G. Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334° [inciso 2] y 343° regula las situaciones en las que el plazo de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria -Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de investigación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado- para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas procesales cuando las considere excesivas -se materializa por medio de una audiencia de control de plazos-. Es evidente el interés y voluntad del legislador de someter a control el plazo del proceso por el Juez que ejerce las funciones del control de garantías -y reglado en el sistema procesal penal- en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del Fiscal la duración de la investigación.

32°. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite.

III. DECISIÓN

33°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

34°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12° al 32°.

35°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

36°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTES Y TRANSITORIAS

07

ACUERDO PLENARIO Nº 4-2010/CJ-116
ASUNTO: AUDIENCIA DE TUTELA

FUNDAMENTO: ARTÍCULO Nº 116 TUO LOPJ

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil diez .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa Nº 165-2010P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la *primera fase* los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año.

Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La *segunda fase*, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia con relación al tema que aborda el presente Acuerdo sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado - en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal- y Frescia Sisi Villavicencio Ríos - en representación de la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista - Huaura-, las mismas que se tuvieron en cuenta para la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3º. La *tercera fase* del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culmino el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto.

4º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como Ponente señor PRÍNCIPE TRUJILLO

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

§ 1. Aspectos generales.

5º. El artículo 71º del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada "Audiencia de tutela". Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", Capítulo Primero "El imputado", Título II "El imputado y el abogado defensor" del Libro Primero "Disposiciones Generales" del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-.

Prescribe la citada norma que: "**1**. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso … **4.** Cuando el imputado considere necesario que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes".

6º. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un *estatus* especial en cuanto a garantías – de tutela y reforma-.

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico –artículo 138º, segundo párrafo- sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez – artículos 138º y 139º.10 de la Constitución- con los derechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente -articulo 139º.14-[SAN MARTIN CASTOR, César. (2003) *Derecho Procesal Penal*. 2da. Ed. Lima, Grijley E.I.R.L., p.79].

7º. De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139º, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los limites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.

8º. Las *garantías procesales genéricas* son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:

i) El debido proceso (artículo 139º inciso3).

ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139º inciso 3).

iii) El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2º inciso 24. "e").

iu) El derecho de defensa (artículo 139º inciso 14).

9º. La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionales valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC Nº 9081-2006-PHC/TC, del 1 de junio de 2007].

§ 2. La audiencia de tutela. Alcances.

10º. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71º del NCPP. Son los siguientes: **(i)** conocimiento de los cargos incriminados, **(ii)** conocimiento de las causas de la detención, **(iii)** entrega de la orden de detención girada, **(iv)** designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concretización inmediata de esto, **(v)** posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, **(vi)** defensa permanente por un abogado, **(vii)** posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, **(viii)** abstención de declarar o declaración voluntaria, **(ix)** presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, **(x)** no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, **(xi)** no sufrir restricciones ilegales, y **(xii)** ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

11º. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71º del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva -que ponga fin al agravio-, reparadora- que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión- o protectora.

12º. Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción –*ya consumada*- de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus [ALVA FLORIÁN, César A. (2004) *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.]

13º. Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control de plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334º.1, 343º.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231º.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337º.4 del NCPP.

14º. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento

que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71º numerales del 1 al 3 del NCPP.

Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control de plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334º.1, 343º.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231º.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado.

15º. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

16º. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentren recogidos en el artículo 71º NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

17º. Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente –en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71º NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba –axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba – regulado en el artículo 159º del acotado Código- que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

18º. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar –desde la defensa- una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra.

Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción

o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

19º. En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71 del NCPP, quien puede acudir al Juez de la Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

III. DECISIÓN

20º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

21º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10º al 19º.

22º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

23º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRIGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARAN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTES Y TRANSITORIAS

08

ACUERDO PLENARIO Nº 5-2010/CJ-116
ASUNTO: INCAUTACIÓN

FUNDAMENTO: ARTÍCULO Nº 116 TUO LOPJ

Lima, dieciséis de noviembre del dos mil diez .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa Nº 165-2010P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de los Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la *primera fase* –determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario- los señores Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.

En la *segunda fase*, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilito el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

3º. En cuanto al tema en debate: "la incautación", informaron oralmente los señores Alcides Mario Chinchay Castillo –en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal- y Víctor Burgos Mariño –en representación del Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad-.

4º. La *tercera fase* del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores Jueces Supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.

5º. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores Jueces Supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

6º. La deliberación y votación del tema "la incautación" se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como Ponente el señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales. Objeto de la incautación.

7º. La *incautación*, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos –propiamente, *medida instrumental restrictiva de derechos*- (artículos 218º al 223º del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-), y como medida de coerción –con una típica función cautelar- (artículos 316 al 320 del NCPP)-. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

En el primer caso, su *función* es primordialmente *conservativa*- de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, *probatoria* que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento o la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes –pueden cumplir funciones similares-, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102º del Código Penal –en adelante, CP-.

8º. La incautación instrumental (artículo 218º NCPP) recae contra **(i)** los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra **(ii)** las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito.

En estricto sentido se entiende por;

A. *´Cuerpo del delito´*, además de la persona –el cadáver en el delito de homicidio- comprende al objeto del delito, es decir, aquél contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos –la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas-.

B. Las *´cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento´*, son tanto las *´piezas de ejecución´*: medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas *´piezas de convicción`*: cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible.

9º. La incautación cautelar (artículo 316º.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.

A. Los efectos del delito o *producto scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.

B. Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.

C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica.

En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102º CP).

10º. Como se advierte de los parágrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse –privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal- cumplen en la

mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102º y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible -asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba-.

Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa -específicamente, de la investigación- al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.

§ 2. Régimen de la incautación.

11º. La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.

A. En los casos de flagrancia delictiva -en las modalidades reconocidas por el artículo 259º NCPP- o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia -se da una relación directa del delincuente con el bien o cosa relacionada con el delito- y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad.

B. Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria -en especial durante las denominadas "primeras diligencias"- requiere de una decisión del Fiscal. A su vez, la legalidad de la orden o autorización fiscal se centra, sin perjuicio de la presencia de indicios de criminalidad mínimos, en lo que se denomina *"peligro por la demora"*, en tanto fin constitucionalmente legítimo. El juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad -obstrucción de la investigación y del proceso en general- y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera -la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis-.

C. Se requerirá previa orden judicial cuando el *peligro por la demora,* no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (artículo 317º NCPP). Esta noción dice de la perentoriedad o necesidad inmediata, apremiante de la incautación; cuando el riesgo de desaparición del bien o cosa delictiva es más actual o grave. Si no se presente esta situación fáctica será del caso pedir la orden judicial.

12º. La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del parágrafo anterior, que requiere resolución judicial previa -el Juez tiene aquí la primera palabra-, la regla es que ejecutada la medida por la Policía *motu proprio* o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial-fiscal.

La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno -el mismo día o a más tardar al día siguiente-, salvo norma específica al respecto (artículos 203º y 254º.1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; sólo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida -si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva-. Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna.

§ 3. Ausencia de resolución judicial. Efectos procesales.

13º. La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución -excepción, parágrafo 10º, literal c)- o después de ella -regla general, parágrafo 10º, literales a) y b)-. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa

un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto -de nulidad absoluta e insubsanabilidad-, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación.

La confirmación judicial debe solicitarse *"inmediatamente"* (artículo 203º.3 y 317º.2 NCPP). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las características concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad.

La *confirmación judicial* constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial -al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación- no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación -sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea el Fiscal omiso-. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad -requisito indispensable para anular los efectos jurídicos correspondientes-.

14º. Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la *perspectiva probatoria*, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su merito.

§ 4. Reexamen de la incautación.

15º. El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación.

El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319º.2 NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que sólo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente -no la que puede aportar con posterioridad a la incautación- puede intentar derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base de las evidencias existentes cuando ésta se decretó o efectivizó.

III. DECISIÓN

16º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º a 15º.

18º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el

segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

19º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRIGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARAN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

09

ACUERDO PLENARIO Nº 6-2010/CJ-116
ASUNTO: ACUSACIÓN DIRECTA Y PROCESO INMEDIATO

FUNDAMENTO: ARTÍCULO Nº 116º TUO LOPJ

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa Nº 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres frases.

En la *primera fase* los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La *segunda fase*, denominada *participación ciudadana*, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia, con relación al tema que aborda el presente Acuerdo, sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado –en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal–; Ana Cecilia Hurtado Huailla –en representación del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa–; y Miguel Falla Rosado –en representación del Centro para la Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Justicia– Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo–, las mismas que se han tenido en cuenta pata en la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3º. La *tercera fase* del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116º LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

4º. En el presente caso, el Plenario decidió tomar como referencia lo debatido en audiencia pública sobre diversos aspectos de la acusación directa y el proceso inmediato. En concreto, sobre los alcances y diferencias de ambas instituciones según lo regulado por el Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–.

Respecto a la acusación directa, la viabilidad de la formalización de la investigación preparatoria, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales y la oportunidad de la constitución de las partes procesales. En cuanto al proceso inmediato, si siempre se requiere previamente formalización de la Investigación Preparatoria, audiencia para resolver tal proceso especial, con quiénes, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales, la oportunidad para la constitución de las partes procesales y el momento de aportar los medios probatorios y controlar los ofrecidos en dicho proceso.

5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente señor Neyra Flores.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

6º. La audiencia directa forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios. Se encuentra regulada en el artículo 336º.4 NCPP y faculta al Fiscal formular directamente acusación, si concluidas las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal.

7º. El *proceso inmediato* es un proceso penal especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación. Su regulación, en sus aspectos esenciales, se encuentra desarrollada en el Libro V, Sección I, artículos 446º/448º NCPP correspondiente a los procesos especiales. Por tanto, siguiendo la línea fijada en el Acuerdo Plenario Nº 05-2009/CJ-116, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso inmediato o las disposiciones y su estructura procesal [Acuerdo Plenario 05-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de la República, del 13 de noviembre de 2009, Fundamento Jurídico 6].

§ 2. Alcances de la acusación directa conforme al artículo 336º.4 NCPP y diferencias con el proceso inmediato regulado en el artículo 446º y ss NCPP.

8º. La *acusación directa* como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336.4º NCPP. En el presente caso, el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal.

La acusación directa formulada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349º NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes el Juez de la Investigación Preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido Fiscal cuando concurra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348º NCPP.

9º. *El proceso inmediato* es un proceso especial distinto del proceso común. Sus supuestos de aplicación se encuentran suficientemente desarrollados en el artículo 446º NCPP. El Fiscal podrá solicitar la aplicación del proceso inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria. El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional, pues la exigencia de su aplicación está condicionada a los presupuestos contemplados por el artículo 446º.1 NCPP.

Asimismo, el requerimiento de incoación de proceso inmediato deberá ser notificado a las demás partes procesales, quienes podrán pronunciarse sobre su procedencia.

En el caso que el Juez admita el requerimiento emitirá un auto que dispone la procedencia de este proceso especial, luego de lo cual el Fiscal formulará acusación y lo remitirá al Juez competente para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. Al ser el proceso inmediato distinto al proceso común y no haber etapa intermedia, será el Juez de Juicio Oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos.

En el caso que no concurran los supuestos taxativos de aplicación del proceso inmediato, el Juez de Investigación Preparatoria podrá desestimar la solicitud del Fiscal. La decisión que desestime el pedido podrá ser apelada.

§ 3. La acusación directa y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

10º. La Disposición de formalización de la investigación preparatoria es la comunicación formal que el Fiscal dirige al imputado para efectos de hacer de su conocimiento la imputación clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, la correspondiente calificación jurídica específica y, por ende, que se va realizar una investigación formalizada en su contra, posibilitándole, a través de su abogado defensor, aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.

Asimismo, este acto fiscal fija las diligencias que se actuarán en la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha. Es decir, que si el Ministerio Público considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen la suficiencia fáctica y probatoria del hecho y la vinculación del imputado al mismo, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria estableciendo las diligencias que de inmediato deban actuarse.

11º. En el caso de que el Fiscal ha decidido no continuar con las diligencias de investigación y acusar directamente –como una de sus facultades como director de la investigación– el imputado solo solicitaría la realización de elementos de convicción durante las diligencias preliminares porque no se produciría la etapa de Investigación Preparatoria, por ser innecesaria, ni tampoco una formalización de la Investigación Preparatoria en ese sentido.

Además, el artículo 336º.4 NCPP estipula que la acusación directa podrá formularse por el Fiscal, si concluida las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Acusación directa, cuyos requisitos están previstos en el artículo 349º NCPP, que cuenta con los mismos elementos de la formalización de la Investigación Preparatoria prevista en el artículo 336º.1 NCPP, por lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción.

§ 4. Funciones del requerimiento acusatorio en la acusación directa

12º. Conforme a lo expuesto el requerimiento acusatorio, en el procedimiento de acusación directa, cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: **(i)** individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; **(ii)** satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; **(iii)** establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; **(iv)** determina la cuantía de la pena que se solicita y fija reparación civil cuando no hay actor civil; y (v) ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia.

13º. El derecho de defensa de las partes procesales queda salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal.

Respecto al imputado, se le posibilita, en virtud del artículo 350º.1 NCPP observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento.

En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100º NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en

el artículo 350º NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado 1, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

14º. El Fiscal en el requerimiento de acusación, de conformidad con el artículo 349º.4 NCPP, indicará entre otros aspectos las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

En caso que el Fiscal no solicite una medida coercitiva, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 286º NCPP, la medida que prevé de comparecencia simple.

Excepcionalmente, y solo por razones de urgencia y necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, el Fiscal podrá requerir medida de coerción personal proporcional al peligro procesal en una audiencia autónoma a la de la etapa intermedia de control de acusación directa, según las reglas correspondientes a tal requerimiento.

§ 5. El proceso inmediato y la formalización de la investigación preparatoria.

15º. Estando a lo dispuesto por el artículo 447º.1 NCPP, el Fiscal tiene la posibilidad de requerir la incoación del proceso inmediato en dos momentos: **(i)** luego de culminar las diligencias preliminares y **(ii)** antes de los treinta días de formalizada la Investigación preparatoria. En base al primer supuesto, se estará ante un Proceso Inmediato incoado sin formalización de la Investigación Preparatoria; de ahí que resulta necesario que el requerimiento de incoación de este proceso incorpore los mismos elementos que una disposición de formalización de Investigación Preparatoria y supuestos de aplicación que se producen.

En cambio, en virtud del último supuesto, se tiene que en el Proceso Inmediato, sí existe la obligación de formalizar la Investigación Preparatoria con las implicancias que ello tiene, es decir, que se notifique de esta disposición al imputado a fin que conozca la imputación hecha en su contra y pueda preparar su estrategia de defensa, o de ser el caso interponer los medios de defensa técnicos que considere pertinentes.

§ 6. El proceso inmediato y la etapa intermedia.

16º. Dentro de la estructura del proceso común, una de las funciones más importantes que debe cumplir la etapa intermedia es controlar los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual se ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no iniciar el juicio oral. Es decir, el Juez de la investigación preparatoria como director de la etapa intermedia realiza un control formal, sustancial y sobre la suficiencia de los elementos de convicción de la acusación.

17º. En el proceso inmediato, al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación: flagrancia delictiva; confesión del imputado; y que los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes, no existe etapa intermedia.

18º. No obstante ello, la autoridad judicial ha de realizar en este proceso dos controles. Son los siguientes:

A. De acuerdo con el artículo448º.1 NCPP, el Juez de la Investigación Preparatoria, realiza un primer control antes de dar inicio al proceso inmediato. Es el control al requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato.

Este primer control permite al Juez de la Investigación Preparatoria determinar si procede o no dar inicio a un proceso inmediato, para lo cual es preciso que dicha autoridad judicial verifique el cumplimiento de los supuestos de aplicación de este proceso.

Asimismo, en armonía con el artículo 448º.1. NCPP, el Juez de la Investigación Preparatoria corre traslado a las partes de dicho requerimiento por un plazo de tres días y debe decidir, en un plazo igual, si acepta o rechaza el requerimiento fiscal.

Sobre este punto cabe destacar que, en el marco de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, así como para evitar la indefensión, que inspiran el nuevo Código Procesal Penal, puede ser

factible, atento a las circunstancia de la causa, establecer una audiencia para el Proceso Inmediato, que se seguirá conforme a las pautas establecidas de manera genérica por el artículo 8º NCPP. Por tanto, para que el Juez de la Investigación Preparatoria resuelva la procedencia o no de este proceso especial, si fuera el caso –aunque no obligatoriamente–, podrá producirse un debate con la concurrencia del Fiscal, quien argumentará oralmente por qué eligió y considera la aplicación de este proceso especial, así como con la presencia del imputado y su abogado defensor, los cuales podrán contradecir este requerimiento Fiscal y el Juez hará las preguntas aclaratorias expidiendo la resolución motivada que corresponda.

Asimismo el Fiscal, de ser el caso, solicitará la aplicación de las medidas de coerción que considere pertinentes, de manera simultánea y separada del requerimiento de incoación del proceso inmediato, requerimiento que será discutido en audiencia, siguiendo las consideraciones del Título I, Sección Tres, del citado Código, según corresponda.

B. El segundo control a cargo de la autoridad judicial, es el de la acusación fiscal, para ello es preciso referir que en virtud del artículo 349º NCPP tal requerimiento debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al juez de juicio oral, quien dictará el auto de enjuiciamiento en virtud del artículo 448º.2 NCPP.

§ 7. Momento de aportación de medios probatorios en el Proceso Inmediato.

19º. Uno de los problemas que se suscitan en torno al proceso inmediato es que al no contar con fase intermedia, no se tiene un momento específico en el que el imputado y las demás partes realicen la aportación de medios probatorios, por lo que el acusado ingresaría en desventaja al juicio. Asimismo, que no hay oportunidad para que las partes procesales puedan constituirse como tales.

20º. En un proceso común, en el que sí se lleva a cabo la etapa intermedia –donde las partes tienen la oportunidad de ofrecer cuanto medio de prueba consideren– cabe la posibilidad de permitir que las partes ofrezcan medios de pruebas al inicio del juicio oral, en virtud del artículo 373º NCPP, lo que se condiciona únicamente a determinados supuestos, tales como: **i.** Que la prueba sea nueva y que haya sido conocida con posterioridad a la audiencia de control. **ii.** Que la prueba no haya sido admitida a nivel de la audiencia de control en la etapa intermedia.

21º. De ello se tiene que en el proceso inmediato resulta válida la realización de este acto al inicio del juicio oral bajo la conducción del mismo juez de juzgamiento, quien ha de realizar un control de los medios de prueba ofrecidos para el Juicio Oral como por las demás partes que debe cumplir los principios de legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia. Así, la actuación probatoria, eje central del juicio oral, será desarrollada respetando los principios de igualdad, legalidad y contradicción, que integran las garantías del debido proceso y defensa procesal.

22º. Estas consideraciones no afectan el principio de imparcialidad, que garantiza que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que la regla en base a la cual el ofrecimiento y admisión probatoria debe realizarse en la etapa intermedia no puede ser entendida como absoluta y menos aún en el contexto de un proceso especial que, como se tiene expuesto, se rige por pautas propias. Por lo demás, queda garantizado el respectivo contradictorio a que se someterán las pruebas ofrecidas al poder ser actuadas en el juicio oral.

23º. Función que se realiza, siguiendo la misma lógica empleada para la aportación de los medios probatorios, al no existir investigación preparatoria, ni la etapa intermedia, los sujetos procesales tendrán, al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el parágrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto.

III. DECISIÓN

24º. En atención a lo expuesto, las Sala Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º de Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

25º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos del 8º al 23º.

26º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

27º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

10

ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116
ASUNTO: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

FUNDAMENTO: ARTÍCULO Nº 116° TUO LOPJ

Lima, seis de diciembre de dos mil once .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la *audiencia pública*, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora Rocío Villanueva Flores (Viceministra del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social); la señorita Cynthia Silva Ticllacuri del Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS); y el señor Ronald Gamarra Herrera.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes las señoras BARRIOS ALVARADO y VILLA BONILLA, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Planteamiento de la problemática propuesta.

6°. La propuesta del Foro de "Participación Ciudadana" parte de un criterio estadístico de absoluciones (90%) en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), que estima que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, entiende que algunos sectores de la comunidad asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces. Por último, afirma como ejemplo de este criterio judicial las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 2929-2001/Lima, N° 4063-2008/Apurímac, y N° 3085-2004/Cañete.

7°. A modo de propuesta los juristas participantes en el "Foro de Participación Ciudadana" plantearon como criterios la necesidad de incorporar en la apreciación de la prueba de delitos sexuales, los siguientes –que tienen su fuente principal, entre otros, en las Reglas 70° y 71° de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-:

A. Que el consentimiento de la víctima no podrá derivar: **1**. De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; **2**. De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; **3**. Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; **4**. Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando éstas pretendan fundarse en comportamiento anterior o posterior, de naturaleza sexual de la víctima o de un testigo.

B. Que no se admitirán pruebas de la conducta sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

C. Que no es causal de absolución la denominada "declaración única" y que la declaración de la víctima constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas.

D. Que no se puede sobrevalorar la pericia médico legal basada en la pérdida de la virginidad de la víctima y en la acreditación de violencia física.

§ 2. Precisiones en torno al enfoque sugerido.

8°. En cuanto a los delitos sexuales, como categoría especial y a partir de sus propias particularidades, es de rechazar para evaluarlos en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentado contra la dignidad de la víctima femenina. Este criterio judicial exige, desde una perspectiva objetiva, que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad[1].

9°. Las "*perspectivas de género*" -per se- si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual –que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños- presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales –que, por lo demás, registra una elevada cifra negra-, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia. Al respecto, es vital asumir lo expuesto por la sentencia Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (pár. 502).

10°. Ahora bien, como apunta SUSANA GAMBA, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:

A. Reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones [adultos] como grupo social, y discriminatorias para las mujeres [es de incluir niños y niñas].

1 La Comisión Interamericana en su Informe Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas señala: *"(l)a influencia de patrones socio-culturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales".*

B. Que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas.

C. Que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual, etcétera [GAMBA, Susana: *¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?* Artículo publicado en el "Diccionario de estudios de Género y Feminismo". Editorial Biblos 2008. http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1395. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

La violencia de género, enraizada en pautas culturales, en razón a un patrón androcéntrico, común a las diferentes culturas y sociedades, abarca como postula Naciones Unidas: **a)** la violencia (física, sexual y psicológica) producida en la familia, incluyéndose aquí no sólo los malos tratos sino también la violencia relacionada con la dota, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación; **b)** la violencia (física, sexual y psicológica) perpetrada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada: y, **c)** la violencia (física, sexual o psicológica) tolerada por el Estado –la más grave y la más difícil de solucionar- [OLGA FUENTES SORIANO: *El ordenamiento jurídico español ante la violencia de género*. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT_10_09.pdf]. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

§ 3. Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual

11°. En el Capítulo IX, del Título IV, del Código Penal se regulan las conductas sexuales prohibidas de violación, seducción y actos contrarios al pudor. Este Acuerdo Plenario pondrá especial énfasis al delito de violación sexual, y dada la naturaleza preferentemente procesal del mismo, incidirá en la vinculación de los elementos del tipo legal y las exigencias probatorias correspondientes.

12°. La norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función a si se protege la libertad sexual -reservada para personas mayores de edad que al momento de la ejecución de la conducta típica posea sus capacidades psíquicas en óptimas condiciones, fuera de un estado de inconsciencia y en posibilidad de resistir la agresión sexual- o la indemnidad sexual -contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad-.

13°. La conducta básica sanciona a aquél que *"con violencia o grave amenaza obliga a una persona a tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías..."*. Para DONNA *"... para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente"* [EDGARDO ALBERTO DONNA: *Derecho Penal - Parte Especial I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 386). La consumación se produce con la penetración, total o parcial, del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal sin que sea necesario ulteriores resultados, como eyaculaciones, ruptura del himen, lesiones o embarazo.

14°. Se tipifican también diferenciadamente como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171° CP), esté incapacitada mentalmente para acceder a participar en lo que legalmente se define como un acto sexual (artículo 172° del CP), o sea menor de edad (artículo 173° CP).

Estas circunstancias tornan irrelevantes los medios típicos antes descritos, esto es, violencia o amenaza. Por vía jurisprudencial y a través de una interpretación integral del ordenamiento jurídico, se estimó que el consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho, opera como una causa de justificación de la conducta.

15°. El bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual, *"...entendida en sentido positivo-dinámico y en sentido negativo-pasivo; el primero se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir"* [DINO CARLOS CARO CORIA: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima. 2000. pp. 68-70].

Por lo demás, como se sostiene en la sentencia Fernández Ortega y otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de agosto de 2010, siguiendo la sentencia Jean Paul Akeyasu del Tribunal Penal

Internacional para Ruanda del 2 de septiembre de 1998, la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (párr. 127).

16°. En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada "*intangibilidad*" o "*indemnidad sexual*". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

§ 4. Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial.

17°. Los tópicos que en el presente Acuerdo merecen ser abordados son:

A. Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal la vinculada a la resistencia o no de la víctima - alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente-.

B. Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia; y

C. Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.

D. Evitación de una victimización secundaria.

§ 5. Desarrollo del primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual.

18°. Atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la libre autodeterminación en el ámbito sexual, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido. De ahí que según lo puntualizan autores como SALINAS SICCHA *"...para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acceso carnal sexual (...). La ausencia de consentimiento, la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente, se constituye en elemento trascendente del tipo penal (...). En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente"* [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Los Delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano*, 2da Edición, Jurista Editores EIRL, 2008, p. 41 y ss.). Esta falta de exigencia de resistencia de la víctima como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble: de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo del delito; y, de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima.

19°. Respecto a la primera -la amenaza- *"...puede darse el caso que la víctima para evitar males mayores desista de efectuar actos de resistencia al contexto sexual no querido..."*. Esto es, *"...coexiste la amenaza que a mayor resistencia de parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá"* [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 42]. Así también, CARO CORIA ha significado que *"..para la tipicidad del art. 170° del Código Penal es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia"* [DINO CARLOS CARO CORIA, Ibidem, p. 101].

En cuanto a la segunda -circunstancia contextual-, *"...el momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia"*.

20°. Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así, el artículo 215° del Código Civil precisa que *"hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros"*. El artículo 216° del citado Código agrega que *"para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad"*.

21°. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal.

El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.

De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

§ 6. Desarrollo del segundo tema: Declaración de la víctima.

22°. La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no persistencia): **i)** Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción -y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes- a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y **ii)** Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). -véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116-.

23°. Se ha establecido anteriormente -*con carácter de precedente vinculante*- que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia -en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

24°. La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique **(i)** la ausencia de incredibilidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y **(ii)** se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima **(iii)** no sea fantasiosa o increíble y que **(iv)** sea coherente- [MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable.* En: http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

A los efectos del requisito de **(v)** uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delios sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

25°. Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza –vecino-, o haber tenido una relación de autoridad -padrastro, profesor,

instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

26º. La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -*venganza u odio*- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, **e)** la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

27°. Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: *"...de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado"*.

Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

A. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

B. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

C. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

§ 7. La prueba en el Derecho Penal Sexual.

28º. El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, y jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158°.1 y 393°.2 NCPP).

29º. La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba –de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad –que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatoria objeto de prueba.

30º. La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con

la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **c)** la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; **d)** por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; **e)** por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; **f)** por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

31º. El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad –que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza -en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación.

32º. Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la *praxis* a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitalica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

33º. Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya -usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.

34º. El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento –esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada.

35º. La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabría si **(i)** tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; **(ii)** o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

A estos efectos, deberá superarse, además, el *test de proporcionalidad* que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005].

36º Estas previsiones jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado.

§ 8. Evitación de la Estigmatización secundaria [2].

37°. El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros.

La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

38°. A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: **a)** Reserva de las actuaciones judiciales; **b)** Preservación de la identidad de la víctima; **c)** Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242º.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: **a)** no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; **b)** resulte incompleta o deficiente; **c)** lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; **d)** ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; **e)** evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera.

III. DECISIÓN

39°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

40°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 21° al 38°.

41°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

2 La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

42°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA



ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116
ASUNTO: NUEVOS ALCANCES DE LA PRESCRIPCIÓN

FUNDAMENTO: ARTÍCULO Nº 116° TUO LOPJ

Lima, seis de diciembre de dos mil once

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento.

Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señorita Ana Cecilia Hurtado Huailla del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y los señores Percy García Cavero y Raúl Pariona Arana.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponente el señor LECAROS CORNEJO, con la participación de la señora BARRIOS ALVARADO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Determinación del problema.

6°. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó que la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal por un delito incriminado y se explicó de manera extensa la aplicación del último párrafo del artículo 80° del Código Penal: la dúplica de la prescripción en el caso de "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos" contenida en el Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro Segundo del mismo cuerpo legal.

7°. No obstante, la participación de los *extraneus* en esta clase de delitos plantea interesantes problemas en torno al cómputo del plazo de la prescripción. Surge pues como tema de debate la cuestión relativa a la aplicación de la dúplica de los plazos de prescripción también para el *extraneus*.

La trascendencia de este asunto resulta evidente, por lo que se hace necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor *(intranei)* o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice *(extraneus)*, o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación.

En este contexto, bien podría suceder que los primeros -autores- no alcancen la prescripción, pero sí los segundos -partícipes-.

8°. El análisis de esta situación será fijado sobre el concepto del delito contra la Administración Pública, para luego de manera general indicar los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la intervención del *extraneus* en esta clase de delitos, y, finalmente, sobre la base de esos elementos conceptuales, abordar la solución del problema propuesto.

§ 2. Análisis dogmático.

9°. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-.

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

10°. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio -claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del "*extraneus*" que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "*extraneus*".

Esta posición, sostiene lo siguiente:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

12°. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el articulo 26º CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: *"Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible"*. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber.

Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

13°. Con base a las explicaciones anotadas y las normas generales sobre accesoriedad de la participación, es preciso determinar si las reglas de la dúplica de los plazos de prescripción previstas en el artículo 80º CP, y aplicables a los "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos" que afectan el patrimonio del Estado, también alcanzan a los sujetos -*extraneus*- que no ostentan el deber especial.

14°. En el Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó lo siguiente: *"la duplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa [...] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción [...] y resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas"*.

15°. Ahora bien, el Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80º CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.

16°. De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan.

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*.

17°. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y un equilibrio

punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88º CP que estatuye *"La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los participes del hecho punible".*

18°. En suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro Segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor.

19°. Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, sólo responden por el delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices -sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó-, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal.

III. DECISIÓN

20°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

21°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos 16° al 19°.

22°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

12

ACUERDO PLENARIO N° 3-2011/CJ-116
ASUNTO: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y TRATA DE PERSONAS: DIFERENCIAS TÍPICAS Y PENALIDAD

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

Lima, seis de diciembre de dos mil once .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, el señor Aldo Martín Figueroa Navarro (Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima); el señor Dino Carlos Caro Coria del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE); y el señor Claudio Bonatto de Capital Humano y Social Alternativo.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponente el señor PRADO SALDARRIAGA, con la participación del señor CALDERÓN CASTILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes.

6°. El texto original del artículo 182° del Código Penal –en adelante, CP- tipificó el delito de trata de personas en el Capítulo IX "Proxenetismo", del Título IV "Delitos contra la Libertad", del Libro Segundo "Parte Especial". Posteriormente, la ratificación y aprobación por el Estado peruano de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de sus dos Protocolos Adicionales, entre ellos el "Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños" (Decreto Supremo N° 088-2001-RE y Resolución Legislativa N° 27257), motivó la ampliación del tipo penal del artículo 182º CP a través de la Ley N° 28251, publicada el 8 de junio de 2004. Luego, por Ley N° 28950, del 16 de enero de 2007, se derogó dicho dispositivo legal, reubicándose el delito de trata de personas en los artículos 153° y 153°-A CP del Capítulo I "Violación de la Libertad Personal" del aludido Título IV [CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO: *La Trata de Personas en el Perú*, Lima, 2011, pp. 15-22]. La nueva morfología sistemática de dicho delito incluyó en tales numerales un tipo penal de trata de personas y un catálogo de circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.

7°. La actual regulación del delito de trata de personas y las modificaciones sucesivas que han sufrido los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, específicamente los de proxenetismo (artículos 179° y ss. CP) han generado problemas hermenéuticos con consecuencias prácticas negativas. Por ejemplo, la confusión típica del hecho imputado como favorecimiento a la prostitución o proxenetismo (artículos 179º y 181º CP) en casos donde en realidad configura un supuesto evidente de trata de personas o viceversa; o su calificación paralela en ambas figuras delictivas. Lo cual, suscita notorias distorsiones en la determinación judicial de la pena a imponer, afectando la adecuada evaluación del injusto conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídicas que demanda la ley.

Por tanto, resulta oportuno y necesario plantear criterios vinculantes que posibiliten una identificación adecuada de los delitos imputados, así como dilucidar si se configuran en el caso *sub judice* supuestos de concurso de delitos (ideal o real), o un concurso aparente de leyes.

§ 2. Los tipos penales y sus características.

A. La trata de personas (artículo 153° CP)

8º. El supuesto de hecho en este delito involucra cuatro conductas típicas. Promoción que implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca; favorecimiento que refiere a cualquier conducta que permite la expansión o extensión; financiación que conlleva a la subvención o contribución económica; y facilitación que involucra cualquier acto de cooperación, ayuda o contribución. Estas conductas se vinculan y expresan en la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio nacional o para su salida o ingreso al país, para lo cual se emplean medios violentos o fraudulentos. En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, etcétera [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I*, Grijley, Lima, 2010, p. 487 y ss.].

B. El delito de favorecimiento a la prostitución (artículo 179° CP)

9º. El comportamiento típico consiste en promover o favorecer la prostitución de otra persona. Conforme lo sostiene la doctrina nacional, promover implica iniciar, incitar o ejercer sobre otro una influencia para que realice una determinada acción, en el caso sub examine, la prostitución. En tanto que favorecer, es sinónimo de cooperar, coadyuvar o colaborar a fin de que el desarrollo de tal actividad ya establecida se siga ejerciendo [RAÚL A. PEÑA CABRERA: *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, Ediciones Guerrero's, Lima, 2002, p. 164].

C. El delito de proxenetismo (artículo 181° CP)

10º. La conducta delictiva consiste en comprometer, seducir o sustraer a una persona para entregarla a otra con el objeto de mantener acceso carnal (vaginal, anal o bucal) a cambio de una compensación pecuniaria. Por comprometer se entiende crear en el sujeto pasivo una obligación con otro, de tal modo que resulte exigible su cumplimiento. Por otro lado, seducir implica engañar o encauzar a alguien hacia la toma de una decisión equivocada a través del ofrecimiento de un bien. En tanto que sustraer conlleva el apartar, separar o extraer a una persona del ámbito de seguridad en el que se encuentra.

El tipo penal no hace referencia a los medios que pueda emplear el agente para la realización de dichos comportamientos. Generalmente, se empleará algún medio de coerción como la violencia o intimidación [LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 273].

D. La situación de las víctimas menores de edad

11°. Merece especial atención lo concerniente a la pena conminada y a su relación con la edad del sujeto pasivo, que en la *praxis* judicial resulta ser la principal fuente de problemas hermenéuticos y distorsiones prácticas. En efecto, el sujeto pasivo en todos estos delitos puede serlo una persona adulta o un menor de edad. En el supuesto del menor de edad, el contenido del injusto se encuentra diferenciado en virtud al nivel etáreo con que cuenta la víctima y es tratado siempre como una agravante específica.

No obstante ello, los estándares de pena conminada para los delitos que se están analizando difieren notablemente. Así, en el caso de los delitos de violación sexual de menor de edad, el quantum punitivo es agravado secuencialmente desde los 25 años de pena privativa de libertad hasta cadena perpetua. En cambio, en la trata de personas, la pena fijada para las circunstancias agravantes específicas basadas en la edad de la víctima oscila desde los 12 hasta los 35 años de privación de libertad. Empero, la sanción es ostensiblemente menor a los casos anteriores cuando se trata de actos de favorecimiento a la prostitución o la explotación sexual de una persona menor de edad, ya que las penas fluctúan para el primer delito entre 5 y 12 años de pena privativa de libertad, mientras que para el segundo supuesto típico se prevé una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años.

§ 3. Relaciones sistemáticas, teleológicas y punitivas entre los tipos penales.

12°. La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I*, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498], entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado. En cambio, la violación sexual vulnera la libertad sexual, que comprende también la capacidad de autodeterminación de la persona pero referida al ámbito específico de las relaciones sexuales. En tanto que, en los delitos de favorecimiento a la prostitución o proxenetismo, se vulnera la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de aquella persona que es prostituida o explotada sexualmente, y a la que se predetermina y somete a sostener prácticas sexuales con terceros a cambio de dinero.

13°. Es evidente que hay una estrecha relación entre los bienes jurídicos involucrados en los delitos sexuales y de trata de personas con fines sexuales. Sin embargo, ello no impide entender las semejanzas y diferencias entre sus elementos típicos, así como las implicancias que acarrean para la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito.

Así, la violación sexual, en cualquiera de sus modalidades, constituye un delito común al igual que los delitos de trata de personas con fines sexuales y de favorecimiento o explotación de una persona prostituida. Sin embargo, en la violación sexual se está ante un delito de propia mano, en el que se sanciona al que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima. En tanto que, en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima, a través de actos traslativos (posee un tipo penal alternativo y complejo en base a las conductas que promueven, favorecen, financian o facilitan la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima), en una situación de vulnerabilidad para ser explotada sexualmente por otro (se trata de un delito proceso, que implica diversas etapas desde la captación de la víctima hasta su recepción o alojamiento en el lugar de destino y en las cuales se involucran frecuentemente diversas personas). Por su parte, en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal.

§ 4. Problemas concursales.

14°. Los verbos típicos utilizados para describir los delitos analizados, así como los medios comisivos previstos para su perpetración tienden a conectarse o confundirse por su similitud. Por tanto, se requiere esclarecer cuando se configura uno u otro tipo penal, y así deslindar la presencia o no de un concurso de delitos (ideal o real) o de un concurso aparente de leyes entre ellos.

En los delitos de violación sexual se está ante tipos legales claramente diferenciables en el que la conducta típica viene definida por el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal) que practica el propio sujeto activo con la víctima.

Sin embargo, los delitos de trata de personas y de favorecimiento a la prostitución, como de proxenetismo, generan conflictos de interpretación por su convergencia normativa. Por consiguiente, a continuación se harán las precisiones teóricas y prácticas que posibiliten reconocer y facilitar la operatividad de la calificación judicial de unos y otros.

15º. En primer lugar, es de señalar que no se trata de un supuesto de identidad típica. No se ha tipificado en los artículos 153º, 179º y 181º CP el mismo delito. Se está ante conductas delictivas diferentes.
En efecto, el delito de trata de personas agota su realización en actos de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación del acopio, custodia, traslado, entrega o recepción de personas dentro del país o para su ingreso o salida de él, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o sean sometidas a esclavitud o explotación sexuales. Es un delito de tendencia interna trascendente donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar el dolo con que éste actúa. Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros.

16º. En cambio, en los actos de favorecimiento de la prostitución el sujeto activo actúa indirectamente, promoviendo (inicia, impulsa o influencia positivamente) o favoreciendo (creando las condiciones necesarias para sus actividades sexuales o proveyéndole clientes) la prostitución de la víctima (relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero). Es un típico delito de corrupción sexual cuyo móvil suele ser lucrativo.

17º. Finalmente, en el delito de proxenetismo el agente directamente interviene en el comercio sexual de la víctima a la cual, previamente, convence o compromete para que se entregue sexualmente por una contraprestación económica a terceros. El agente en este delito oferta y administra la prostitución de la víctima. Desarrolla pues un negocio ilegal en torno a la venta sexual de aquélla.

18º. Se podría graficar las diferencias entre tratante, promotor y proxeneta señalando que el primero actúa como proveedor; el segundo como impulsor o facilitador; y el tercero como expendedor y gestor de la prostitución de las víctimas. Por consiguiente, el concurso real entre estos tres delitos resulta ser la posibilidad más técnica de conectarlos hipotéticamente. Así, quien práctica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente con la finalidad de entregarla a terceros promotores de la prostitución o proxenetas potenciales o en ejercicio.

19º. En consecuencia, el Juzgador debe analizar con precisión la conducta objetiva y subjetiva del agente, incidiendo predominantemente en la finalidad perseguida, así como en el *modus operandi* y los antecedentes del imputado, para, en base a tales circunstancias o indicadores, calificar adecuadamente la relevancia penal de los imputados en el caso *sub judice*.

§ 4. Concurrencia de circunstancias agravantes específicas.

20º. Identificada la autonomía típica, teleológica y dogmática de los delitos de trata de personas, favorecimiento de la prostitución y proxenetismo, así como sus posibilidades concursales, resta señalar que la presencia de circunstancias agravantes específicas similares para cada delito no afecta tal independencia formal y material, ni limita o compromete de alguna manera la determinación judicial de la pena en caso de concurso real.

En efecto, como estipula el artículo 50º CP corresponde al Juez determinar penas concretas parciales por separado y para cada delito integrante del concurso real [Acuerdo Plenario Nº 4-2009/CJ-116. Asunto: Determinación de la Pena y Concurso Real]. Será en ese único espacio donde el Juzgador deberá identificar las agravantes específicas concurrentes. Las cuales, por lo demás, pueden ser las mismas en cada delito (minoría de edad de la víctima) o sólo alcanzar a los delitos de favorecimiento de la prostitución o proxenetismo, mas no de trata de personas (empleo de medios violentos o abuso de autoridad).

III. DECISIÓN

21°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

22°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8° al 20°.

23°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

24°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

13

ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116
ASUNTO: RELEVANCIA DEL VALOR DEL BIEN MUEBLE OBJETO DE HURTO PARA LA CONFIGURACIÓN DE LAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 186º CP

FUNDAMENTO: ARTÍCULO Nº 116° TUO LOPJ

Lima, seis de diciembre de dos mil once .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario los señores Aníbal Paredes Matheus y Begonia Velásquez Cuentas (Jueces de la Corte Superior de Justicia de Cusco); el señor Shikara Vásquez Shimajuko del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE); el señor Rafael Cancho Alarcón (Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de Ayacucho); y el señor Silfredo Hugo Vizcardo (Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PARIONA PASTRANA, con la participación del señor SANTA MARÍA MORILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Problemática actual.

6°. Actualmente coexisten en la jurisprudencia y en la doctrina nacionales, posiciones discrepantes en torno a si resulta aplicable el requisito del valor del bien mueble objeto de hurto (equivalente a una remuneración mínima vital, según el artículo 444º del Código Penal -en adelante, CP-) para la configuración de las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 186º CP.

7°. Dos son las posiciones en discordia. La primera se pronuncia a favor de la observancia del valor del bien mueble sustraído para la configuración del tipo penal agravado, sustentando su posición principalmente en los siguientes argumentos:

A. Se respeta el principio de legalidad -principio pilar de nuestro Estado de Derecho-, así como la teoría del tipo, específicamente las funciones del tipo, que cumplen una función garantizadora, ya que el hurto agravado exige la concurrencia de todos los elementos del hurto simple, incluyendo el monto del objeto de acción, por lo que en el supuesto de no concurrir dicha circunstancia se estaría ante un supuesto de falta.

B. Como el patrimonio es el principal bien jurídico afectado, se requiere una lesión considerable. En tal virtud, las conductas que no manifiestan un grado de lesividad significativo al bien jurídico tutelado deben ser sustraídas del ámbito de punición, en atención a la opción político criminal seguida por el Código Penal y que está basada en los principios de última *ratio* y mínima intervención.

8°. La segunda posición defiende la autonomía del hurto agravado frente a la exigencia de que el bien mueble objeto del delito alcance una cuantía superior a una remuneración mínima vital. Plantea los siguientes argumentos:

A. El hurto agravado importa una pluriofensividad de bienes jurídicos.

B. En irrestricto respeto del principio de legalidad -base fundamental del Derecho penal-, el artículo 444º CP exige taxativamente un monto superior a una remuneración mínima vital tan solo para el supuesto de hecho del artículo 185° CP (hurto simple), mas no del hurto agravado (artículo 186º CP), por lo que debe concluirse en forma lógica y coherente que nuestro sistema punitivo no exige cuantía para la configuración del hurto agravado.

C. Impide se genere impunidad de las conductas ilícitas.

§ 2. Alcances del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186° CP.

9°. Las agravantes del delito de hurto agravado se encuentran descritas en el artículo 186º CP. Ellas requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, a excepción del elemento *"valor pecuniario"*, pues conservan, en relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal - Parte Especial*, 2da Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 867]. El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida sólo para el hurto simple (artículo 185º CP) y daños (artículo 205º CP), conforme lo estipula el artículo 444º CP; esta exigencia no afecta a los supuestos agravados.

Con ello, además, se pone de manifiesto el carácter residual de la falta de hurto. Por tanto, el hurto agravado no requiere del requisito del *quantum* del valor del bien para su configuración. Así entendida esta infracción penal, se respeta el principio de legalidad, previsto en el artículo 2º, inciso 24), literal d), de la Constitución; principio que comprende los requisitos de *lex praevia* -prohibición de retroactividad de las leyes que agravan la punición o prevean nuevas formas delictuales-, *lex scripta* –se excluye la costumbre como fuente de delitos y penas, e implica al principio de reserva de ley, que significa que el Congreso es el legitimado para normar las conductas ilícitas con sus respectivas sanciones, por ser el representante de la voluntad popular- y lex stricta -determinación de la ley penal, esto es, el cumplimiento del principio de taxatividad o mandato de certeza, que implica que los conceptos que utilice el legislador no pueden ser vagos porque atentaría contra la seguridad jurídica- [MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Algunos alcances del principio de*

legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano. En Revista Institucional N° 7. Aporte al Derecho Penal Peruano desde la perspectiva Constitucional, Lima, 2006. p. 89].

Cabe entonces rechazar, por este motivo, la primera de las opciones dogmáticas en debate.

10°. Por otro lado, no se puede amparar, en base al principio de favorabilidad del reo, que se genere impunidad. Los inconvenientes prácticos de estimar el criterio cuantificador respecto del objeto material del delito de hurto como parte de las hipótesis del hurto con agravantes son los siguientes:

A. Si la sustracción de bienes en casa habitada, queda en grado de tentativa o de frustración, dicho proceder no podría calificarse ni siquiera como falta.

B. Una sustracción por banda de un bien mueble de escaso valor, carecería de connotación como delito, y si quedase en grado de tentativa ni siquiera tendría una relevancia punitiva.

C. En el supuesto de que se dejase en indigencia temporal a quien percibe menos de una remuneración mínima vital, dicha conducta no constituiría delito. El Derecho penal sólo protegería a las personas cuya remuneración asciende a dicho monto, quedando por ende desprotegidas las víctimas de ingresos inferiores, con lo se generaría un Derecho penal tutelar del patrimonio de los socialmente mejor ubicados y de desamparo en perjuicio de quienes tienen menores recursos, quienes son mayoría en nuestro país [JORGE LUIS SALAS ARENAS y otro: *Las calificaciones en el hurto agravado y su relaciones con el hurto simple entre la legalidad, la favorabilidad y la impunidad (II)*. En Revista Gaceta de la OCMA. Año V. N° 53-54. Mayo-Junio 2006, pp. 10-11].

11°. Nuestro legislador, por lo demás, ha estimado tales conductas como agravadas, atendiendo a su mayor lesividad, esto es, a su carácter pluriofensivo de bienes jurídicos. La ley penal asignó tal condición a los hurtos cometidos bajo circunstancias especiales y graves, tales como casa habitada, durante la noche, con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado, mediante el concurso de dos o más personas, etcétera [HAMILTON CASTRO TRIGOSO: *Las faltas en el ordenamiento penal peruano*, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 68], obviando en estos casos criterios de cuantía.
Diferente es el criterio político criminal que rige para el delito de hurto simple, que por ser una conducta de mínima lesividad y en observancia a los principios de mínima intervención y última *ratio* del Derecho penal, demanda que se fije un valor pecuniario mínimo a fin de diferenciarlo de una falta patrimonial. No es éste el caso del hurto con agravantes, dado que existe un mayor nivel de reproche, caso contrario, se tendría que establecer una cuantía significativa para el delito de robo [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 845].

12°. Con acierto QUINTERO OLIVARES, sostiene que en los hurtos cualificados se ha ido imponiendo el criterio de abandonar la determinación de la pena en éste y otros delitos a través del sistema de saltos de cuantía, y se ha ido abriendo paso la técnica de cualificar el hurto no tanto por el valor económico puro del objeto muchas veces de difícil determinación y de grandes dificultades para ser captado por el dolo, por el más tangible de la naturaleza del objeto de lo sustraído y los efectos cognoscibles de dicha sustracción [GONZALO QUINTERO OLIVARES: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2da Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1999. p. 482].

III. DECISIÓN

13º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

14°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9° al 12°.

15°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

16°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR PRADO SALDARRIAGA

El señor Juez Supremo que suscribe discrepa del sentido hermenéutico planteado en torno a la función del monto del valor del bien objeto de acción del delito de hurto en la configuración de las circunstancias agravantes específicas que para tal ilícito penal regula el artículo 186° CP.

La discrepancia se expresa en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Sobre las clases de normas penales que contiene la Parte Especial del Código Penal.

1º. En la Parte Especial del Código Penal se detectan tres clases de normas que tienen por función la criminalización primaria de una conducta punible. Por un lado, están los tipos penales destinados a describir los actos criminalizados. Y, por otro lado, se encuentran los catálogos de circunstancias agravantes o atenuantes específicas que pueden concurrir en la realización de determinados delitos. Con ambas clases de disposiciones normativas el legislador cumple de modo formal con las exigencias y consecuencias que impone el principio de legalidad a todo proceso de construcción política de delitos y penas. Esta dualidad normativa se aprecia con nitidez en el caso de delitos convencionales pero sensibles a la seguridad ciudadana como el hurto que tiene su tipo penal en el artículo 185° CP y su catálogo de circunstancias agravantes específicas en el artículo 186° CP. Normas penales similares coexisten en el caso del delito de robo (artículos 188° y 189°) o del delito de daños (artículos 205° y 206°).

Ahora bien, la técnica legislativa seguida por el legislador peruano no siempre incluye ambas clases de normas en artículo distintos, ya que en algunas ocasiones se les incorpora en párrafos sucesivos de un mismo artículo, como se aprecia en el artículo 152° CP que integra la tipificación del delito de secuestro en su primer párrafo y en el segundo hace el listado de las circunstancias agravantes específicas.

2º. Y también en la Parte Especial, aunque en menor medida, se utilizan tipos penales derivados que son aquellos que adicionan a un tipo penal básico o simple una circunstancia -elemento típico accidental- que califica o priviilegia la punibilidad concreta del delito. Característica propia de esta modalidad de tipos penales es que deben reproducir siempre en su redacción la conducta típica prevista por el tipo básico.

Ello se observa en el delito de parricidio (artículo 107° CP) y en el delito de homicidio por emoción violenta (artículo 109° CP). En efecto, en estos dos supuestos se incluye expresamente la conducta matar que es la que identifica al homicidio en su tipo básico o simple del artículo 106° CP.

§ 2°. La función del valor del bien objeto de apoderamiento en el hurto y en la configuración de las agravantes específicas del artículo 186° CP.

3º. Ha sido tradición en el derecho penal nacional el distinguir la naturaleza jurídica de las infracciones penales consistentes en el apoderamiento de bienes muebles ajenos mediante destreza y sin empleo de violencia sobre las personas, a partir del valor económico que aquellos poseen (Artículo 386° del Código Penal de 1924). Por tal razón el artículo 444° del Código Penal vigente, señaló expresamente que el hurto falta sería aquél donde el valor del bien mueble apoderado no fuera superior a una remuneración mínima vital. Por consiguiente, se trataría siempre de un hurto delito cuando el valor del objeto de acción de la infracción cometida fuera superior a dicho monto. En consecuencia, de modo implícito tal magnitud económica

constituye también un elemento típico para la configuración del delito previsto en el artículo 185° aunque en dicha norma la redacción empleada no lo exija expresamente. Es más, los autores nacionales la incluyen en sus comentarios dogmáticos sobre la tipicidad objetiva de tal delito [LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2009, p. 294]. Por tanto, no hay ni puede haber un delito de hurto si el valor del bien apoderado no es superior a una remuneración mínima vital. Conclusión similar es aplicable para el delito de daños previsto en el artículo 205° CP y al cual también se vincula con igual valor económico referencial en el artículo 444° CP.

4º. Ahora bien, es evidente que el artículo 186° CP por la forma como está construido no es un tipo penal derivado sino un catálogo de circunstancias agravantes. Por tanto, no puede operar autónomamente como en el caso del parricidio o del homicidio por emoción violenta, sino que está dogmática y sistemáticamente subordinado a la existencia de un delito de hurto. No existe, pues, un delito de hurto agravado sino un delito de hurto con agravantes.

El delito de hurto con agravantes consistirá siempre en el apoderamiento mediante destreza de un bien mueble ajeno cuyo valor sea superior a una remuneración mínima vital, pero que tiene que ser cometido con la concurrencia de cualquiera de las circunstancias agravantes específicas que se detallan en el artículo 186° CP. Lo cual, por lo demás, es expresamente requerido por el párrafo inicial de dicha disposición en los términos siguientes: *"El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:"*. Esta clara distinción legal es aún más notoria en el caso del delito de daños, ya que el propio artículo 206º CP textualmente reconoce que es una norma catálogo de circunstancias agravantes especificas al señalar: *"La pena para el delito previsto en el artículo 205° será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando:.."*

5º. Por consiguiente, el tratar de dar autonomía operativa al artículo 186° CP, prescindiendo del monto superior a una remuneración mínima vital, sólo en base a razonamientos de política criminal como los expuestos en algunas ponencias sustentadas en la audiencia pública (mayor ofensividad de la conducta o mayor peligrosidad en el agente o desigualdad en la tutela de las víctimas potenciales) son buenos argumentos para una valoración de *lege ferenda* pero exceden los límites de todo análisis posible de *lege lata*, y al posibilitar efectos de mayor sanción punitiva podrían ser expresión involuntaria de un analogía *in malam partem.*

6º. En todo caso, es de plantear mejor una reforma legal del artículo 186°CP que incluya expresamente un monto referencial superior al previsto para la configuración del hurto falta que reprime el artículo 444° CP; o incluir en este último dispositivo un nuevo párrafo que reproduzca las circunstancias agravantes del artículo 186° CP y conminarle una penalidad mayor y apropiada para un hurto falta con agravantes.

Por estos fundamentos, **MI VOTO** es porque se considere como doctrina legal los fundamentos jurídicos alternativos previstos en los párrafos precedentes del 1° al 6 °

Sr. PRADO SALDARRIAGA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

14

ACUERDO PLENARIO N° 5-2011/CJ-116
ASUNTO: CONSTITUCIÓN DEL ACTOR CIVIL: REQUISITOS, OPORTUNIDAD Y FORMA

FUNDAMENTO: ARTÍCULO N° 116° TUO LOPJ

Lima, seis de diciembre de dos mil once .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, el señor Fernando Iberico Castañeda del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y el señor Gonzalo Del Río Labarthe.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Intervinieron como ponentes el señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial, y el señor NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

6°. El actor civil, en cuanto parte procesal, presenta una configuración jurídica de suma importancia, en la medida que esta institución ha generado interpretaciones contradictorias que con el tiempo han ido encontrando su cauce mediante las decisiones que han venido profiriendo los Juzgados y Salas, pero que al parecer no gozan de unánime respaldo.

Así las cosas, corresponde a este Supremo Tribunal en aras de garantizar la igualdad en la aplicación judicial del derecho objetivo y la vigencia del valor seguridad jurídica, dictar un Acuerdo Plenario que fije los alcances de los puntos en conflicto.

7º. El Código Procesal Penal de 2004 establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; además, estipula que si éste último se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso: artículo 11º, apartado 1), del citado Código adjetivo. En tal virtud, la participación del Ministerio Público será por sustitución, esto es, representa un interés privado. Por ello, su intervención cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso.

Sin lugar a dudas, la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12°, apartado 3), del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito- no puede ser calificado como infracción penal.

8º. El Código Penal –Título VI, Capítulo I, Libro I- regula el instituto de la reparación civil. El Código Procesal Penal –Libro I, Sección II-, por su parte, prescribe el procedimiento necesario para su persecución eficaz. Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el *quantum* indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones-, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. GIMENO SENDRA sostiene, al respecto, que cuando sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil [Derecho Procesal Penal, 2da Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

9º. El artículo 139º, inciso 3), de la Constitución consagra la garantía de tutela jurisdiccional, que incluye como uno de sus elementos esenciales el *derecho de acceso* a los órganos jurisdiccionales, a través del cauce del ejercicio del *poder jurídico de acción*, que implica la atribución que tiene toda persona de poder acudir al órgano jurisdiccional para que éste, a través de la prestación del servicio de impartir justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

En el proceso penal peruano la titularidad de la promoción de la acción penal –que se concreta en la expedición de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria- corresponde en exclusiva en los delitos públicos a la Fiscalía –que es un derecho-deber del Ministerio Público-, y en los delitos privados al perjudicado por el delito. El ciudadano frente a la comisión de delitos públicos sólo tiene un derecho de petición, debidamente reglado, de acudir al Ministerio Público para dar cuenta de la *notitia criminis*.

10º. Como se advierte, nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal. En tal sentido GÓMEZ COLOMER expresa que una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la resistencia, siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza patrimonial [Derecho

Jurisdiccional III. *Proceso Penal. El objeto del proceso.* 12ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110). En otras palabras, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

§ 2. Actor civil. Requisitos para su constitución.

11º. Actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 181]. Dicho de otro modo, en palabras de SAN MARTÍN CASTRO, se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir quién directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [*Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259].

12º. El artículo 98º del Código Procesal Penal prevé la constitución del actor civil y sus derechos. Esta figura legal está regulada en la Sección IV "El Ministerio Público y los demás sujetos procesales", Título IV "La Víctima", Capítulo II "El Actor Civil" del Libro Primero "Disposiciones Generales". Prescribe la citada norma que: *"La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito"*.

13º. El citado artículo 98º del Código Procesal Penal establece como premisa inicial que el actor civil es el titular de la acción reparatoria, y luego precisa que esta acción sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. No debe olvidarse que la naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y es por ello la denominación del titular de ella: "actor civil".

Éste deberá, en primer término, sustentar en el proceso cómo es que ha sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y cómo el daño sufrido puede ser resarcido. Si bien en muchos casos se admite que hay un componente moral en la colaboración del actor civil en el proceso a fin de aportar con elementos que permitan probar la comisión del ilícito, lo cierto es que todas las facultades de éste apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil.

14º. Ahora bien, para poder constituirse en actor civil (el agraviado que actúa procesalmente para hacer valer su derecho a la reparación civil por el daño causado con el delito) deben reunirse los requisitos puntualizados en el artículo 100º del Código Procesal Penal. En efecto, ocurre que el citado cuerpo de leyes ha establecido lo siguiente:

1. La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.

2. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:

a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; **b)** La indicación del nombre del imputado y, en su caso, el tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; **c)** El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y **d)** La prueba documental que acredita su derecho conforme al artículo 98º.

15º. Como se advierte del parágrafo precedente, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado -que ejerce su derecho de acción civil- precise específicamente el *quantum* indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento

judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal.

§ 3. Actor civil. Oportunidad y forma para su constitución.

16º. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente Acuerdo Plenario es el relativo a la oportunidad para constituirse en actor civil. El artículo 101º del Código Procesal Penal expresa que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares –que integra la investigación preparatoria-, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.

17º. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3° y 336°.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado.

18º. Por otro lado, en lo que respecta al trámite jurisdiccional para la constitución en actor civil del perjudicado por el hecho punible, el artículo 102º del Código Procesal dispone lo siguiente: "**1.** *El Juez de la Investigación preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día.* **2.** *Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8º".* Lo más importante, además del trámite previsto en el referido artículo 102º del aludido Código que establece la obligación del Juez de recabar información de los sujetos procesales apersonados y correr traslado de la petición, a fin de resolver dentro del tercer día, es el hecho de analizar si este procedimiento de constitución en actor civil debe hacerse obligatoriamente con la celebración de audiencia.

19º. La lectura asistemática del artículo 102º, apartado 1), del Código Procesal Penal puede sugerir a algunas personas que el Juez dictará la resolución sin otro trámite que el haber recabado la información y la notificación de la solicitud de constitución en actor civil. Empero, el segundo apartado del indicado artículo precisa que para efectos del trámite rige lo dispuesto en el artículo 8° -se trata, como es obvio, de una clara norma de remisión-. Esta última disposición estatuye que el procedimiento requiere como acto procesal central que el Juez lleve a cabo una audiencia con la intervención obligatoria del fiscal y, debe entenderse así, con la participación facultativa de las otras partes procesales. No es el caso, por ejemplo, del artículo 15°.2.c) del Código Procesal Penal, que autoriza al Juez, bajo la expresión: *"…de ser el caso"*, resolver un incidente procesal determinado sólo si se producen determinados presupuestos.

Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202°.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente -que en el caso del artículo 8° es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo-, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia sólo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad procesal. No obstante ello, la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuestos no sólo la vulneración de la ley sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad, pues, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional se anotan.

III. DECISIÓN

20º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

21°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 19º.

22°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

15

ACUERDO PLENARIO N° 6–2011/CJ–116
ASUNTO: MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y EL PRINCIPIO DE ORALIDAD: NECESIDAD Y FORMA

FUNDAMENTO: ARTÍCULO Nº 116° TUO LOPJ

Lima, seis de diciembre de dos mil once .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 127–2011–P–PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional –que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"– de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La *primera etapa* estuvo conformada por dos fases: *el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias*. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosas aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento.
Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados– para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. *La segunda etapa* consistió en el desarrollo de la *audiencia pública*, que se llevó a cabo el 02 de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

4°. *La tercera etapa* del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto.

Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponentes el señor Presidente del Poder Judicial, Cesar San Martín Castro y la señora Inés Felipa Villa Bonilla.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

6°. La Constitución Política del Perú, en su artículo 139°, que en pureza recoge las principales garantías–derechos fundamentales de carácter procesal y los principios del proceso y del procedimiento, sólo menciona –en cuanto al ámbito objeto de análisis en esta sede: oralidad y motivación– dos disposiciones esenciales: **a)** la motivación escrita de las resoluciones judiciales (artículo 139°.5) –que es de incorporarla en la garantía genérica de tutela jurisdiccional–; y, **b)** el debido proceso (artículo 139°.3), al que es de rigor asociar como uno de sus derechos primordiales la publicidad de los procesos –sin perjuicio de otros derechos procesales claves, tales como la independencia judicial, la imparcialidad del juez, la pluralidad de la instancia, la prohibición de condena en ausencia–.

Cabe destacar que la Ley de Leyes no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional. Sin embargo, es posible derivarla, para determinados momentos y actos procesales, de los principios procedimentales de publicidad, inmediación y concentración, siendo en buena cuenta la oralidad y la publicidad los principios rectores en este ámbito: de ambos derivan los anteriores [JUAN MONTERO AROCA: *Derecho Jurisdiccional I*. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2007, p. 382]. Empero, en estricto derecho y por lo anterior, la vulneración de la oralidad no constituye un vicio de inconstitucionalidad –como es el caso de la publicidad–, sino de mera legalidad ordinaria.

El desarrollo de las normas constitucionales antes citadas, en tanto cabe enfatizar que el proceso es una institución de configuración legal, se encuentra plasmada en las leyes procesales: el Código Procesal Civil –que es la norma procesal común de todo el sistema procesal–; la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, que tiene muy diversas normas procesales y que informan, en segundo orden y frente al silencio de la Ley procesal común y de las leyes procesales específicas, todo el proceso jurisdiccional; y, en lo que corresponde al ámbito penal, el Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. Este último Código, en su Título Preliminar, no sólo reconoce como derechos procesales el juicio previo y público –de directa relevancia constitucional (artículo 139°. 4 y 10); también establece que el enjuiciamiento ha de ser oral y contradictorio (artículo I.2)-.

7°. El artículo 123° NCPP clasifica las resoluciones judiciales según su objeto –entendido desde una perspectiva material– en: decretos, autos y sentencias. Los autos se dictan, siempre que lo disponga el citado Código, previa audiencia con intervención de las partes; las sentencias, por su lado, tienen un régimen propio fijado en los títulos correspondientes –todas, a excepción de la sentencia en el proceso por faltas que autoriza las denominadas sentencias *in uoce* u orales, son escritas (vid.: artículos 394°–396°, 425°, 431°.4, 468°.5, 477°.4 y 484°.6 NCPP)–.

El conjunto de las resoluciones judiciales, salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. Por lo demás, sin perjuicio de las disposiciones especiales y de las normas estipuladas en la LOPJ, las resoluciones serán firmadas por los jueces respectivos (artículo 125°1 NCPP).

El régimen de la oralidad del procedimiento principal: la etapa de enjuiciamiento o del juicio oral, está desarrollado en el artículo 361° NCPP. El apartado 4) prevé claramente que en el curso del juicio las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente, cuyo registro debe constar en el acta. Ahora bien, las referidas resoluciones orales o verbales, que se expiden en el curso de la audiencia y se centran, según los casos, en los decretos y los autos deben documentarse en el acta –salvo excepciones, tal como el auto que da por retirada al acusación fiscal y dispone el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 387.4.b), que por su propia naturaleza al disponer la conclusión del juicio exige su estructuración escrita–. Sin perjuicio de la existencia del acta –escrita, por su propia naturaleza, y que recoge una síntesis de lo actuado en la sesión del juicio (artículo 361°.1 NCPP)–, se autoriza que la audiencia también pueda registrarse mediante un medio técnico (grabación, que puede ser por audio o video) –la primacía del acta como documento siempre presente en el juicio es, pues, inobjetable–. En tales casos, el acta y, adicionalmente, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

8°. Si se atiende a la clásica distinción entre proceso y procedimiento, esto es, entre el objeto de las actuaciones procesales y las actuaciones propiamente dichas o conjunto de actos procesales que, tanto el juez como las partes han de realizar, se tiene que distinguir entre **(1)** *principios del proceso* –que determinan el régimen de entrada de la pretensión y de su resistencia, oposición o defensa en el procedimiento, así como los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal y los del juez en su enjuiciamiento– y **(2)** *principios del procedimiento* –que encausan el régimen de actuación formal de dicha pretensión hasta que pueda obtener satisfacción por el órgano judicial en forma de sentencia– [VICENTE GIMENO SENDRA: *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2007, p. 41].

El principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales. Éstos han de ser realizados verbalmente –predominio de lo hablado sobre lo escrito–. Además, vista su importancia y si se insta su incorporación cardinal en las actuaciones procesales –como lo hace razonable, que no radicalmente, el NCPP-, se erige en un modo de hacer el proceso, pues facilita la aplicación de los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad, aunque, como es obvio –situación que no puede desconocerse en modo alguno–, no condiciona la estructura del proceso, la formación del material fáctico y la valoración de la prueba.

Lo decisivo para la configuración institucional del *principio de oralidad* es el modelo de audiencias orales, que es la sede procesal donde tiene lugar este principio, escenario insustituible de su concreción procesal. En éstas el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes –lo determinante en este principio, es pues, su fase probatoria–, sin perjuicio de que la audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia [MONTERO AROCA: *Ibidem*, p. 385], según se advierte de los artículos 349° y 350°.1 NCPP.

§ 2. Oralidad y resoluciones orales o verbales.

9°. Sin perjuicio del procedimiento principal o etapa de enjuiciamiento, que tiene reglas específicas a las que es del caso atenerse, en los diversos procedimientos que instaura el NCPP tiene lugar la expedición, indistinta, de resoluciones orales tras las correspondientes audiencias preliminares ordenadas por la ley procesal.

Así se tiene que, por ejemplo, en cuatro supuestos la resolución –en los procedimientos de investigación preparatoria– debe expedirse en forma inmediata, antes de la clausura de la audiencia (artículos 71°.4, 266°.2, 271°.1 y 2, y 343°.2 NCPP). En otros casos –en cincuenta y cinco supuestos aproximadamente–, autoriza al juez a dictar la resolución inmediatamente, de suerte que la resolución será oral, o dentro un plazo determinado (2 o 3 días), generalmente impropio (artículos 2°.5, 2°.7, 8°, 15°.2.c), 34°.2, 74°.2, 75°.2, 76°.1, 91°.2, 102°.1 y 2, 203°.2, 203°.3, 204°.2, 224°.2, 224°.3, 225°.5, 228°.2, 229°, 231°.4, 234°.2, 245°, 254°.1, 274°.2, 276°, 279°.2, 283°, 293°.2, 294°.1, 296°.1, 296°.2, 296°.4, 299°.2, 301°, 305°.2, 319°.c), 334°.2, 352°.1, 450°.6, 451°.1, 453°.2, 478°.1 y 3, 480°.1, 480°.2.b), 480°.3.b), 484°.1, 3 y 6, 486°.2, 491°.2, 491°.3, 491°.4, 491°.5, 492°.2, 521°.3, 523°.6, 544°.3, 557°.4 NCPP: *"…de forma inmediata o dentro de […] días después de realizada la audiencia)*. También, el NCPP determina que la resolución necesariamente ha de dictarse después de la audiencia, lo que exige su expedición escrita en ocho supuestos aproximadamente –se utiliza la fórmula: hasta dentro de […] horas o días después de realizada la audiencia (artículos 45.2°, 468°.1 y 5, 477°.3, 420°, 424°, 431°.2, 521°.4, 526°.2)–. Asimismo, en otros casos utiliza una expresión distinta –en ocho supuestos aproximadamente–: *la resolución se emitirá en el plazo de* […] *días*: 255°.3, 345°.3, 493°.3, 539°.2, 543°.1, 544°.3, 563°.2, 557°.5 NCPP, de la que desprende su forma escrita.

Más allá de las diversas expresiones lingüísticas utilizadas por el NCPP las resoluciones orales están, pues, reconocidas legalmente. En varias situaciones procesales es obligatoria una resolución oral, mientras que en otras, pese a la existencia de una audiencia previa, la expedición de una resolución escrita es obligatoria. Fuera de estos casos, es de adoptar una regla o criterio rector que permita decidir si la resolución será oral o escrita. El punto se aclara, sin duda, desde la vigencia de otros principios consustanciales a la audiencia misma, en especial el de concentración, puesto que exige que los actos procesales se realicen en una ocasión [VÍCTOR MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*. 3ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2008, p. 231] y en el que se privilegia la memoria como elemento clave para una correcta decisión. Si las audiencias se llevan a cabo bajo una lógica de concentración y, además, de continuidad –en las denominadas "audiencias preliminares", fuera de la audiencia principal o de enjuiciamiento, por su propia naturaleza, no se permite su suspensión, aunque es obvio que es posible admitir excepciones fundadas en una causa objetiva y razonable–, es inevitable concluir que la resolución será oral si se dicta antes de finalizar la audiencia. Ésta no puede suspenderse para otro día con el sólo propósito de dictar una resolución oral o de realizar un acto procesal intrascendente que muy bien pudo hacerse en el curso de la audiencia; un pronunciamiento diferido exige, entonces, una resolución escrita.

10°. Un punto distinto, aunque vinculado, es el referido a la documentación de la resolución oral, de suerte que sea posible garantizar tanto la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales.

La respuesta, sin duda, desde una perspectiva sistemática, se encuentra en la correcta interpretación de los artículos 120° y 361° NCPP. Los autos, atento a sus exigencias formales, requieren de una documentación –no sucinta– sino integral, y ésta se concreta en el acta. La reproducción audiovisual está referida a las

actuaciones procesales, a las diligencias que se realizan en la audiencia. La resolución judicial es un acto procesal sujeto a sus propias regulaciones.

Si se admite, desde la perspectiva del NCCP –principio de legalidad procesal– la primacía del acta (parágrafo 8°) frente a la reproducción audiovisual o al medio técnico o grabación respectiva, es ineludible como pauta general que la resolución oral debe constar en el acta y transcribirse de modo integral. No obstante ello, es evidente asimismo, si se asume criterios razonables de economía y celeridad procesal, que si el auto jurisdiccional no es impugnado, no será necesario que se transcriba integralmente –basta que conste su sentido y, desde luego, lo que decida o resuelva con absoluta claridad–. La reproducción integral de la resolución oral, por consiguiente, sólo será necesaria cuando ésta es recurrida en el modo y forma de ley y sea patente su admisión. Se trata de suprimir tareas inútiles y de la reducción de todo esfuerzo (cualquiera sea su índole) que no guarda adecuada correlación con la necesidad que se pretende satisfacer; y de que el proceso se tramite y logre su objeto en el menor tiempo posible [ADOLFO ALVARADO VELLOSO: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte.* Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 265].

§ 3. Motivación de las resoluciones.

11°. La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139°.5 de la Ley Fundamental, y a la vez es un derecho que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía procesal de tutela jurisdiccional, que impone al juez la obligación de que las decisiones que emita han de ser fundadas en derecho. Las resoluciones judiciales deben ser razonadas y razonables en dos grandes ámbitos: **1)** En la apreciación –interpretación y valoración– de los medios de investigación o de prueba, según el caso –se ha de precisar el proceso de convicción judicial en el ámbito fáctico–. **2)** En la interpretación y aplicación del derecho objetivo. En este último ámbito, si se trata de una sentencia penal condenatoria –las absolutorias requieren de un menor grado de intensidad–, requerirá de la fundamentación **(i)** de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, además de las circunstancias modificativas; y **(ii)** de las consecuencias penales y civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la sanción penal, responsabilidades civiles, costas procesales y de las consecuencias accesorias.

La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión. La extensión de la motivación, en todo caso, está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia. No hace falta que el órgano jurisdiccional entre a examinar cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, sólo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes.

La jurisdicción ordinaria, en vía de impugnación, puede incluso integrar o corregir la falta de motivación de la sentencia recurrida en tanto se trata de un defecto estructural de la propia decisión impugnada, siempre que aun faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos jurídicos, todas las circunstancia acaecidas.

Es palmario, por lo demás, que la nulidad procesal requiere como elemento consustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva –no ha tratarse de una mera infracción de las normas y garantías procesales–. Ésta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso (principio de excepcionalidad de las nulidades de decisiones de mérito en concordancia con el principio de conservación de los actos procesales –artículos 152° y siguientes del NCPP–).

Por otro lado, los errores –básicamente jurídicos– en la motivación, son irrelevantes desde la garantía a la tutela jurisdiccional; sólo tendrán trascendencia cuando sean determinantes de la decisión, es decir, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación pierda el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haber incurrido en el mismo.

12°. En función a lo anterior, es evidente que, la motivación, desde la perspectiva del deber de exhaustividad –decisión razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida, de todos los puntos litigiosos, y en función de los

hechos probados en el proceso–, tendrá lugar cuando la resolución judicial: **1.** Carece llanamente de motivación, es decir, omite pronunciarse sobre las pretensiones y resistencias relevantes formuladas por las partes e impide conocer el desarrollo del juicio mental realizado por el juez y cuya conclusión es el fallo que pronuncia. **2**. Es notoriamente insuficiente, vale decir, no se apoya en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan, cuya apreciación está en función al caso concreto. **3.** Es arbitraria por ilógica, incoherente, incomprensible o contradictoria (supuestos de motivación aparente) –desconexión entre motivación y decisión, o ausencia de coherencia interna de la resolución–. En vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o implícita es tolerable en la media en que la parte de la decisión objeto de remisión esté razonablemente fundamentada –criterio establecido en la Casación N° 05-2007/Huaura–.

13°. El artículo 139°.5 de la Constitución expresamente menciona que la motivación de las resoluciones se expresa a través de su forma escrita. Empero, la interpretación de esta norma constitucional no puede ser meramente literal, pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal.

En la medida en que se permita conocer el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales de una resolución jurisdiccional, que se impida la manipulación de las decisiones judiciales y que se garantice un mecanismo idóneo y razonable de documentación, las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación: **1.** Controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. **2.** Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley. **3.** Lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido. **4.** Garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales Superiores que conozcan de los correspondientes recursos [JOAN PICÓ I JUNOY: *Las Garantías Constitucionales del Proceso.* Editorial Bosh, Barcelona, 1997, p. 64].

En tanto la resolución oral –con las particularidades antes citadas– se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere es objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitución alguna.

III. DECISIÓN

14°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

15° ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 13°.

16°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOJP, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

17°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
JOSUE PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SAN MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

116

ACUERDO PLENARIO N° 7-2011/CJ-116
ASUNTO: DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y MEDIDAS DE COERCIÓN REALES

FUNDAMENTO: ARTÍCULO N° 116° TUO LOPJ

Lima, seis de diciembre de dos mil once .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la doctora Sonia Medina Calvo, Procuradora Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores PRADO SALDARRIAGA y NEYRA FLORES, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes.

6°. El 16 de noviembre de 2010 las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República aprobaron el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, sobre el delito de lavado de activos. La recepción favorable de esta decisión judicial se debió, especialmente, a su utilidad práctica para el tratamiento judicial de una modalidad de criminalidad no convencional y organizada, que en los últimos dos años ha adquirido relevante presencia en el país.

7°. No obstante, la casuística reciente en torno a la investigación y aplicación de medidas cautelares en los procesos incoados por delitos de lavado de activos viene mostrando reiteradas discrepancias en el proceder de los órganos encargados de la persecución penal. En efecto, tal como lo ha planteado la Procuraduría Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, en la audiencia pública del pasado dos de noviembre, la visión y actitud de tales órganos e instituciones frente a hechos calificados jurídicamente como operaciones de lavado de activos no siempre resulta homogénea. En tal sentido, se ha requerido la emisión de un Acuerdo Plenario complementario del proferido el año 2010 que concentre sus aportes y alcances hermenéuticos en los siguientes problemas:

A. Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos.

B. Agotamiento del delito y el tipo legal de lavado de activos.

C. Las medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos.

§ 2. Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos.

8°. El lavado de activos es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes. Al respecto, se suele señalar la realización sucesiva de actos de colocación, intercalación e integración, a los cuales la legislación penal vigente califica como conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, respectivamente.

En coherencia con este enfoque y distribución de las operaciones de lavado de activos, la doctrina se refiere de manera uniforme a los actos de conversión y transferencia como conductas iniciales orientadas a mutar la apariencia y el origen de los activos generados ilícitamente con prácticas del crimen organizado, cuya consumación adquiere forma instantánea. En cambio, al identificar los actos de ocultamiento y de tenencia, se alude a ellos como actividades finales destinadas a conservar la apariencia de legitimidad que adquirieron los activos de origen ilícito merced a los actos realizados en las etapas anteriores, razón por la cual se les asigna una modalidad consumativa permanente [VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA: *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 162 y ss].

9°. Por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un tercero o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos. Tales activos constituyen un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva y constituyen, por tanto, el objeto potencial de futuras acciones de lavado. Sin embargo, esta clara distinción sólo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación –conversión- que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa.

En estos casos se requerirá, siempre, que los beneficios económicos ilegales se hayan pactado para ser entregados luego de la consumación del delito que los generó. Por ejemplo: X pacta con Y el suministro de armas a cambio de una elevada suma de dinero que será entregada al momento de la recepción del armamento, esto es, un pago *contra entrega*. Si la entrega ocurre y se recibe el precio acordado, todo lo que se haga luego para dar apariencia de legitimidad a tales ingresos será un acto o delito de lavado de activos.

En cambio, si el suministro en tránsito de las armas se frustra por la policía o porque la nave encalla y sufre hundimiento o naufragio, no habrá, en consecuencia, pago alguno a recibir ni tampoco ingresos ilegales

que motiven la necesidad de posteriores actos de lavado. En tales casos no cabe promover acción penal por delito de lavado de activos, pero sí por el delito de tráfico de armas.

10°. Es posible, sin embargo, otros supuestos:

A. Que el pago por la venta ilícita se haga antes de la entrega o pago por adelantado.

B. Que parte del pago recibido se utilice para la adquisición de medios de transporte (aeronaves, barcos o vehículos) que trasladarán la carga ilegal al comprador, y a los cuales se les ha registrado falsamente como transporte de carga de bienes lícitos o como de recreo.

En estos dos casos, la adquisición, el registro o la travesía pueden ser calificados, en sí mismos, como operaciones de lavado de activos, ya que procuran ocultar el origen de ingresos provenientes de acciones delictivas. Es más, de ser exitosa la entrega del armamento, los medios de transporte empleados se mantendrán como parte del patrimonio ya lavado del traficante.

Se trata, entonces, de evidentes conductas de intercalación –transferencia- o incluso de integración –ocultamiento o tenencia- que corresponden a la etapa intermedia y final de dicho delito no convencional. Incluso, en estos supuestos, sería posible la presencia de concursos ideal o real de delitos, según el caso.

11°. Vistas, así, las posibilidades alternativas de realización de delitos de lavado de modo posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales, no cabe excluir *a priori* una investigación por lavado de activos ni tampoco evitar o desestimar la aplicación de las medidas coercitivas reales que correspondan.

§ 3. Agotamiento del delito y lavado de activos.

12°. La doctrina clásica solía referirse al agotamiento de un hecho punible como una fase del "*iter criminis*" posterior a la consumación, pero intrascendente para la punibilidad del delito cometido por el agente. Se le calificaba como el hecho de *"obtener el injusto provecho"* que aquél se propuso. No obstante, su utilidad dogmática se presentó siempre como discutible o fue abiertamente negada (LUIS JIMÉNEZ DE ASUA: *Tratado de Derecho Penal* -Tomo VII, 2ª. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1977, p. 978 y ss.).

13°. El agotamiento del delito era entendido, pues, como alcanzar materialmente la finalidad que perseguía e impulsó al agente a cometer un delito. En el ámbito de los delitos patrimoniales, de ejecución instantánea e individual, se asociaba al agotamiento con el disfrute de las ganancias ilícitamente obtenidas, incluso a través de las transformaciones de las mismas en otros bienes: compra de inmuebles, vehículos de lujo, etcétera. La posición común de los autores era que esos actos posteriores a la consumación de un hurto, robo o estafa carecían de un significado punitivo distinto al generado por el delito ya consumado.

14°. Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998 se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se erigían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos.

A partir de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, **(i)** sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; **(ii)** sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; **(iii)** sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo.

15°. Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha trocado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo. En tal virtud, es posible –y legalmente necesario- aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros.

§ 4. Medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos.

16°. Las medidas de coerción reales, son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: penal y civil, en el proceso penal.

Las citadas medidas recaen sobre el patrimonio del imputado o sus bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos con la finalidad de impedir que durante el proceso determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del encausado afecten la efectividad de la sentencia o la eficacia del proceso. Están dirigidas a la protección de las pruebas o medios de prueba [en puridad, de fuentes de investigación o de prueba], lo que en síntesis quiere decir salvaguardar o proteger el proceso [JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES: *Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral*, Editorial Idemsa, Lima, 2010. pp. 487-488 y 491]. Su finalidad estriba en asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas; es decir, de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes.

Las notas características o elementos de las medidas de coerción real son las comunes a todas las medidas de coerción. El artículo 315°.1 del Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP- insiste en el principio de variabilidad, respecto del que destaca que la variación, sustitución o cese está en función a *"...las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad..."*.

17°. Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser susceptibles de la siguiente clasificación:

A. Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas.

B. Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte: restitución, reparación e indemnización.

18°. El NCPP identifica cinco medidas de coerción real, que muy bien pueden ser aplicadas a los procesos por delito de lavado de activos: **1)** inhibición; **2)** embargo -el primero y el segundo, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil-; **3)** incautación; **4)** medidas anticipativas; **5)** medidas preventivas contra las personas jurídicas, que son anticipativas en su esencia.

Si bien el NCPP sólo reconoce las medidas anticipativas genéricas (artículo 312° NCPP) e incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311° y 314° NCPP), no existe obstáculo, a partir de[l] poder cautelar genérico de que está investida la autoridad jurisdiccional y de aplicación supletoria de la Ley Procesal Común: el Código Procesal Civil, de incorporar las denominadas medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas. Las primeras, reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas conservan la situación de hecho de derecho presentada al incoarse el proceso (artículos 682° y 687° CPC).

19°. Como es sabido, los presupuestos de las medidas de coerción real son dos:

A. El *fumus delicti comissi*, consiste en la existencia de indicios racionales de criminalidad –es la denominada "apariencia y justificación del derecho subjetivo" -que en el proceso penal importa, como acota GIMENO SENDRA, una *"...razonada atribución del hecho punible a una persona determinada"* [Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 501]). Ha de existir una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado específicamente por el artículo 303°.3 NCPP, aún cuando se refiera sólo al embargo y, por extensión expresa, a la orden de inhibición. El *fumus* debe referirse, de un lado, a un delito que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, a que los referidos indicios –ciertamente, "procedimentales"- evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil.

No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aún cuando fuera impugnada.

B. El segundo presupuesto es el *periculum in mora*, es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del procedimiento penal y civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal -peligro de infructuosidad-. En el proceso penal, se concreta por el "peligro de fuga" o de ocultación personal o patrimonial del imputado [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 592].

Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado y, a su vez, medir el tiempo necesario que todo proceso, cuyo retraso puede hacer ineficaz la respuesta jurisdiccional si no se adoptan medidas tendentes a mantener la situación presente, o a evitar maniobras lesivas para los derechos de la víctima -en el caso del lavado de activos, al Estado- derivadas del comportamiento del imputado [AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN Y OTROS: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2009].

Es de tener en claro, que el *periculum*, en lo civil, tiene una configuración objetiva: no se requiere necesariamente que se haya producido cierto comportamiento del imputado, ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico - económicas. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado -siempre en el plano civil, que no penal- estuvieran acreditados, decae y no se justifica su imposición. El artículo 303°.3 NCPP, en tal virtud, estipula: *"...por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien"*.

20°. Es de destacar, en el procedimiento de coerción real, por lo menos dos situaciones precisas:

A. La oportunidad para solicitar una medida de coerción real. La regla, por cierto, es que su requerimiento se realiza parcialmente en sede de diligencias preliminares policiales -en el caso de aseguramiento de documentos privados, y secuestros e incautaciones preliminares (artículo 68°, apartado 1, literales "i" y "k", NCPP); y, regularmente, en el curso de las primera diligencias y durante la investigación preparatoria (entre otros, artículos 302°, 310°, 316° NCPP)-. Asimismo, tales medidas pueden solicitarse, siempre por la parte procesal legitimada, en sede intermedia (artículos 349°.4 y 350°.1.c, y 353°.3 NCPP -supuesto último, que incluso autoriza al Juez de la Investigación Preparatoria a pronunciarse de oficio si fuere necesario sobre las medidas de coerción-).

B. El NCPP fija un procedimiento para determinar la decisión del trámite: con o sin traslado al afecto: imputado o responsable civil. La regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada es el previo traslado a las partes, en especial a la parte afectada, por el término de tres días (artículo 315°.2 NCPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del artículo 203°.2 NCPP, tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que "... *no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida...*"; esta imposibilidad y los derechos de impugnación que ulteriormente se reconoce, evita considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el de simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (artículo 315°.2 NCPP), aunque es posible en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (artículo 203°.2 NCPP).

21°. Las medidas coercitivas reales que se pueden aplicar en el proceso penal por delito de lavado de activos, en los Distritos Judiciales que la reforma procesal penal no está vigente para este delito, con el Código de Procedimientos Penales de 1940 -en adelante, ACPP-, son las previstas en su artículo 94° y la Ley N° 27379, del 20 de diciembre de 2000, que en su listado de delitos inicialmente no la incluía, tipificado en los artículos 296°-A y 296°-B del Código Penal y, posteriormente, sistematizado en la Ley N° 27765 *"Ley Penal contra el lavado de activos"*, del 20 de junio de 2002, incorporado a la Ley N° 27379, del 20 de diciembre de 2000, mediante Decreto Legislativo N° 988, del 22 de julio de 2007, son: **a)** Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia; **b)** Embargo u orden de inhibición para disponer o grabar bienes que se inscribirán en Registros Públicos cuando corresponda; **c)** Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales; así como la Ley de Perdida de Dominio N° 29212, del 16 de abril de 2008. La incautación citada inicialmente, puede erigirse en inicialmente en una medida instrumental restrictiva de derechos -garantiza el proceso de conocimiento del hecho delictivo-, pero a su vez -en orden a la entidad y fin ulterior de lo incautado- puede devenir en una incautación cautelar o coercitiva.

III. DECISIÓN

22º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

23°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 21°.

24°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

25°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 8-2011/CJ-116
ASUNTO: BENEFICIOS PENITENCIARIOS, TERRORISMO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

Lima, seis de diciembre de dos mil once .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento.

Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados-, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los ocho temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Germán Small Arana, José Ávila Herrera, y el representante del Instituto Nacional Penitenciario.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los ocho temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto, incluso para este Acuerdo el Presidente del Poder Judicial.

Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, con la participación de los señores CALDERÓN CASTILLO y LECAROS CORNEJO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Antecedentes.

6°. El desarrollo de modalidades violentas y graves de criminalidad organizada ha generado decisiones sucesivas de sobrecriminalización de determinados delitos. Éstas han incluido la prohibición legal de concesión de *beneficios penitenciarios* de semilibertad y liberación condicional. Cabe recordar que esta prohibición ha sido tolerada por el Tribunal Constitucional, en la medida que se trate de delitos de especial gravedad y trascendencia social, con lo que -es pertinente anotar en clave de principios- se pone un mayor acento, ciertamente opinable, en la *prevención general* respecto de la *prevención especial* –en la que contemporáneamente prima la idea de la reinserción social y constituye un mandamiento del Constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, aunque sin desconocer el principio de prevención general, dentro de los límites compatibles con el principio de proporcionalidad-, de relevante configuración y eje rector del principio preventivo especial que guía la ejecución de las penas privativas de libertad, y que propende a una ejecución no desocializadora de las mismas –esto es lo que se ha denominado "concepto constructivo de ejecución de sentencias penales"-. Asimismo, en relación con la redención de penas por el trabajo y la educación, tales decisiones de política criminal, que intensifican la sanción de un hecho punible, se han expresado a través de incrementos porcentuales de la cuota diaria de trabajo o educación que debe acumular el condenado para generar el efecto redentivo sobre la pena privativa de libertad en ejecución.

Ejemplo de esta opción político criminal las siguientes Leyes:

A. Ley N° 28704, sobre delitos de violación de menores;

B. Ley N° 29423, que derogó el Decreto Legislativo N° 927 que regula la ejecución penal en materia de terrorismo -el artículo 2° de dicha Ley establece que los condenados por delitos de terrorismo y/o traición a la patria no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad y la liberación condicional-;

C. La Ley N° 29604, que modificó los artículos 46°-A y 46°-B del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad.

Igualmente son de considerar en esa misma línea los regímenes especiales que considera el propio Código de Ejecución Penal en sus artículos 46°, 47°, 48° y 53°.

7°. Ahora bien, lo sucesivo, parcial y disperso de prescripciones legales de tales características, ha generado problemas hermenéuticos y una pluralidad de enfoques en la doctrina y en la praxis jurisdiccional sobre sus presupuestos, requisitos y límites [GERMÁN SMALL ARANA: *Beneficios Penitenciarios en el Perú*. En: Código de Ejecución Penal, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 2010, p. 511]. Por tanto, es oportuno plantear criterios vinculantes que posibiliten un tratamiento homogéneo y predecible en torno a la concesión de beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y de criminalidad organizada, de tal suerte que *"...la interpretación de las normas aplicables debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia de reinserción del penado en la sociedad, y también el mayor efecto de la pena impuesta en relación con los fines de prevención general y especial, no compatibles con aquella"* [Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, Sección Primera, N° 1076/2009, del 29 de octubre de 2009].

§ 2. Criterios Generales para la concesión de Beneficios Penitenciarios en Delitos de Terrorismo y Criminalidad Organizada.

8°. En primer lugar, corresponde ratificar las reglas señaladas en la Circular aprobada por la Presidencia del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 297-2011-P-PJ; fundamentalmente en cuanto se precisa que los beneficios penitenciarios no son derechos del condenado, sino parte del régimen penitenciario que corresponde a un modelo de tratamiento progresivo técnico en su etapa de prueba -estación previa a la excarcelación definitiva por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta-. En su propia configuración confluyen, como es obvio, requisitos objetivos fácilmente determinables, tales como el transcurso de una determinada parte de condena, junto a otros requisitos subjetivos de carácter altamente indeterminado,

como la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Sólo desde esta perspectiva –de ahí su naturaleza mixta- puede inferirse que los beneficios penitenciarios son derechos subjetivos condicionados del penado, en el que el rol del Juez es central, quien goza de un poder discrecional para modularlos en el caso concreto, en especial, el entendimiento y aplicación de los requisitos subjetivos.

El juicio de probabilidad que se exige una es dosis de prudencia y un análisis de tal intensidad que conduzca con seriedad a una convicción razonable de no reiteración delictiva: lo que se debe estudiar, a no dudarlo, es la posibilidad de colocar a un sujeto en libertad, y no la posibilidad de que continúe en un establecimiento penal.
Así las cosas, su concesión es una facultad legal exclusiva del órgano jurisdiccional competente, que exige la verificación de concretos y específicos requisitos legales, los cuales, entre otros, aluden a periodos de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, y buena conducta –que tiene un tinte fundamentalmente de regimental y no de tratamiento, puesto que se equipara en la práctica con la ausencia de partes y sanciones disciplinarias [PILAR PEITEADO MARISCAL: *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, p. 591]-, así como una prognosis favorable de conducta futura. Éste último requisito se conecta más con la personalidad del individuo y su evolución y comportamiento que con las circunstancias materiales en que se va a desenvolver la vida en libertad, ya que éstas, por su estancia en prisión no suelen variar, y lo que único que el penado puede variar es su propio comportamiento mediante la asunción de pautas vitales que le lleven al convencimiento de vivir en libertad sin quebrantar las normas penales [SÁNCHEZ YLLERA. *Comentario al artículo 82° del Código Penal.* En: AAVV: Comentarios al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996].

Esta última demanda del juez requiere de un pronóstico razonado y justificado de probabilidades significativas de que el potencial beneficiario no incurrirá en nuevas conductas delictivas luego de producida su excarcelación condicionada. La personalidad del penado es fundamental, pues es diferente un delincuente por convicción –caso del terrorista-, un delincuente integrado a una organización criminal, un delincuente de carrera delictiva, un delincuente sexual, un delincuente ocasional o, entre otros, un delincuente pasional o con serias perturbaciones derivadas de la ingesta de drogas o alcohol.

En el caso del delincuente por convicción integrado a organizaciones armadas delictivas es vital tener por acreditado con absoluta claridad su disociación de aquéllas, su sincero apartamiento de toda convicción antidemocrática que opte por el camino de la violencia y la vulneración de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, su visible recusación a su pasado delictivo y la aceptación genuina de la ilegitimidad de la conducta que lo llevó a un establecimiento penal.

9°. En segundo lugar, es también relevante asumir que la documentación sustentatoria de la solicitud permite al Juez verificar la legitimidad y oportunidad del pedido, pero no limita su espacio valorativo y discrecional –jurídicamente vinculado- para la concesión del beneficio penitenciario requerido. En consecuencia, la autoridad jurisdiccional puede estimar valiable la información suministrada o complementarla con otros medios de prueba –pericias incluidas- útiles para identificar nuevos indicadores que hagan posible sustentar de modo suficiente la prognosis favorable de conducta futura: se trata de un incidente de ejecución penal y, como tal, la decisión jurisdiccional ha de tomar en cuenta la información contenida en el expediente administrativo, pero ésta no es definitiva y, menos, la opinión de la autoridad administrativa. Es más, el órgano jurisdiccional puede desarrollar en la audiencia correspondiente líneas de entrevista que en base a la inmediación con el interno solicitante y su relación con la evidencia acopiada le resulten idóneas para emitir una mejor decisión en torno a la concesión o no del beneficio peticionado.

10°. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional debe prestar especial atención al señalamiento de las reglas de conducta que imponga al beneficiario. La semilibertad y la liberación condicional, por cierto, no trasmite la idea de que por ello no se cumple íntegra o efectivamente la pena impuesta, ésta sencillamente se cumple pero en condiciones de libertad y sujeta a controles [CARLOS GARCÍA VALDEZ: *Sobre la Libertad Condicional: dos o tres propuestas de reforma.* En: AAVV, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p.1071].

Las reglas de conducta han de ser precisas y coherentes con las necesidades de comprobación de la prognosis favorable de conducta futura -régimen de prueba-, así como con el control externo y efectivo del penado durante el cumplimiento en libertad del periodo restante de la pena impuesta -liberación condicional- o de la práctica real de las rutinas laborales o educativas acordadas con el beneficio -semilibertad-.

Dado que aún en el país es limitada la aplicación de cintillos electrónicos de localización de los penados beneficiarios o de otros medios que brinda la tecnología de la información y comunicaciones, para la definición

con claridad de las reglas de conducta y de las obligaciones de control, derivadas o conexas a éstas, que deben cumplir tanto el beneficiado como las autoridades que resulten incluidas en ellas, es importantísima la adecuada diligencia del Juez en este dominio. Esta actitud funcional debe incluso trasladarse a las resoluciones estimativas de pedidos de beneficios penitenciarios que impliquen excarcelación transitoria o condicionada, especialmente si comprenden a autores o partícipes de delitos graves o sensibles a la seguridad ciudadana.

11°. Cabe señalar que en determinados casos el artículo 53° del Código de Ejecución Penal exige para la concesión de beneficios penitenciarios que, además, el solicitante haya cubierto la reparación civil o asegurado de modo formal su futuro cumplimiento.

§ 3. Liberación Condicional y Permisos Especiales para estancias en el extranjero.

12°. De inicio es pertinente destacar que la actual legislación no dispone un arraigo absoluto del penado que accede a un beneficio penitenciario de liberación condicional; ni prohíbe de plano un permiso que puede implicar una precisa y circunscrita estancia del penado en el extranjero. Por tanto, excepcionalmente, el Juez tiene la potestad –ciertamente limitada, sujeta a una prognosis de no huida y de factibilidad del control en el extranjero- de conceder autorizaciones que impliquen traslados o estancias cortas plenamente justificadas en otro país del condenado en régimen de liberación condicional –tratamiento médico urgente, fallecimiento de parientes cercanos, etcétera-. De igual manera cuando se acoge al cumplimiento de condenas en el país de origen o de anterior residencia legal, si el Tratado respectivo lo permite.

En estos casos, ciertamente extraordinarios, el Juez, luego de evaluar lo razonable, justificado e inaplazable del motivo del viaje al exterior, deberá:

a) promover y activar procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal -en aplicación de convenios internacionales o de compromisos de reciprocidad claramente existentes o firmemente aceptados- que posibiliten el control en el país extranjero de destino del cumplimiento de las principales reglas impuestas al beneficiado en la resolución de concesión del beneficio (reportarse periódicamente a la autoridad);

b) requerir la aceptación y, luego, el pleno auxilio de las autoridades extranjeras para la aplicación de medidas de verificación o localización física que impidan un quebrantamiento de la condena que viene efectuándose con régimen de liberación condicional: vigilancia personal o electrónica.

Resulta necesario y recomendable que los Jueces agoten estos trámites de cooperación internacional antes de acceder a solicitudes de viaje al extranjero planteadas por condenados en régimen de liberación condicional; y que, además, destaquen con nitidez la obligación de los beneficiados de reportarse y quedar bajo supervisión de las autoridades extranjeras que resulten competentes.

13°. Ahora bien, si el condenado beneficiario de liberación condicional, a quien se autorizó a salir del país, no retornara injustificadamente al Perú en el término acordado por el Juez, o de manera contumaz no se sometiera a los controles dispuestos por la autoridad competente del país de destino, se asumirá que está quebrantando su condena con lo cual perdería el régimen de libertad condicional concedido, adquiriendo la condición de prófugo de la justicia y habilitando la inmediata incoación de un procedimiento extradicional activo en su contra. El juez deberá, pues, hacer constar en la resolución autorizativa, a modo de apercibimiento, estas condiciones y efectos[1].

§ 4. Sucesión de Leyes sobre concesión de Beneficios Penitenciarios.

14°. La prohibición de beneficios penitenciarios se rige por el principio de legalidad, en especial la reserva de ley que exige para su legitimidad constitucional la expedición normas penales –materiales, procesales y de ejecución- con rango de ley, que han de regir la actividad de ejecución penal, y que por razones obvias exige control jurisdiccional. En tal virtud, sólo la ley puede indicar de manera expresa e inequívoca qué casos, en relación al tipo de hecho punible perpetrado –delitos graves específicos- o a la calidades del autor o partícipe del delito -reincidencia o habitualidad-, están excluidos de modo absoluto del acceso a beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo o la educación, semilibertad o liberación condicional, así como las disposiciones fundamentales que determinan el procedimiento que debe regir su tramitación.

1 Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha promulgado la Ley N° 29833, publicada el 21 de enero de 2012 en el Diario Oficial El Peruano. Por consiguiente, los criterios y alcances expuestos en los Fundamentos Jurídicos 12° y 13° deben ser aplicados razonablemente en concordancia con las prohibiciones y restricciones señaladas por la citada Ley y las demás valoraciones expuestas en este Acuerdo Plenario.

15°. Igualmente, corresponde en exclusividad a una norma legal taxativa identificar las variantes que se aplicaran para el régimen especial de redención de penas por el trabajo y la educación, respecto de las cuotas diarias requeridas para la redención proporcional de la pena en cumplimiento[2].

Ambas clases de normas de ejecución penitenciaria, sin duda, tienen un carácter material. La doctrina ha deslindado cuándo se está ante una norma material y cuándo ante una norma procesal. Las normas que se pronuncian sobre el alcance y requisitos objetivos y subjetivos de un beneficio penitenciario, *"...al determinar el contenido de la decisión jurisdiccional, la estimación o desestimación de la pretensión ejercitada..."*, sin duda son materiales. Ahora bien, más allá del enfoque referido a la propia decisión jurisdiccional, dichas normas desde la perspectiva de su ámbito de aplicación, *"...al delimitar acabadamente a conducta la conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso –reconociéndoles derechos y fijando reglas que definen su actuación ulterior-"*, permiten reiterar su evidente naturaleza material [JUAN MONTERO AROCA. *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 482].

La conclusión que se deriva de lo expuesto es, a no dudarlo, trascendente. El factor temporal de aplicación, desde luego, no será el mismo que si se tratase de una norma procesal de ejecución, atento a su diferente naturaleza jurídica. ¿Cuál es, entonces, el hecho o acto jurídico material que la determina? La institución debe regirse por la ley vigente al momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal, esto es, cuando queda firme la sentencia que impuso la sanción penal, salvo criterios universales de favorabilidad en la fase de ejecución material de la sanción privativa de libertad.

En suma, se hace mención, no a la fecha de comisión del delito sino a la del inicio de la ejecución material de la sanción penal, que en términos procesales se objetiva en la fecha en que la sentencia adquiere firmeza. Materialmente la ejecución empieza o se inicia técnicamente en ese momento. Atento al principio diferencial, la finalidad del preso preventivo es la retención y custodia, no así el tratamiento penitenciario, propio de los penados, que desde un concepto amplio comporta aquella actividad destinada a suplir aquellas carencias con las que el interno ha entrado en el Establecimiento Penal [JAVIER NISTAL BURÓN: *El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción.* En: Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Madrid, p. 9-10]. Por tanto, por razones de justicia material y de estabilidad o seguridad jurídica, debe estarse a esa circunstancia.

Debe quedar en claro que las normas en materia penitenciaria afectan de manera directa al derecho fundamental de la libertad y a la dignidad del individuo. Así las cosas, la pena impuesta en la sentencia debe entenderse como una situación jurídica acabada de la que no pueden quedar al margen las reglas para su concreta ejecución. Una nueva Ley no puede anudar efectos a situaciones producidas y consolidadas con anterioridad a ella [CARMEN JUANATEY DORADO: *La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penales, y los principios constitucionales del Derecho Penal.* En: Estudios Monográficos. Editorial La Ley, p. 28-29].

En el fondo de este planteamiento subyace la opción de la doctrina mayoritaria que afirma la autonomía del Derecho de Ejecución Penal, pues presenta peculiaridades que le son propias y que impiden su inclusión en el Derecho penal material y en el Derecho procesal penal –como el protagonismo de la Administración penitenciaria en la ejecución penal y las peculiaridades del Juez en la ejecución de las sanciones penales-, sin que ello signifique la íntima conexión con ambos derechos –que JESCHECK ha entendido como los tres pilares del Derecho Penal- [CARMEN JUANATEY DORADO: *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, p. 20] [3].

16°. Por lo demás, cabe recordar que reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2198-2009-PHC/TC- UCAYALI, del 31 de agosto de 2009, Asunto Darío Rojas Rodríguez) ha deslindado ya que será de aplicación, en caso de sucesión de leyes en el tiempo, el régimen legal vigente al momento de formalizarse ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de beneficios penitenciarios. Tal decisión, como es evidente, sólo rige para las leyes procesales de ejecución –la doctrina procesalista, en este punto, es conteste-, que están sujetas al principio de aplicación inmediata y al *tempus regit actum*, y en las que, por sobre todo, el factor temporal de aplicación –*el dies a quo*- será la ley procesal vigente al momento de realización del acto procesal: petición del beneficio penitenciario. En consecuencia, cuando el pedido

2 Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha aprobado y publicado el Decreto Supremo N° 003-212-JUS, del 23 de enero de 2012, que modifica el artículo 210° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, en torno al procedimiento para la eficacia del periodo de pena redimido por el trabajo y la educación en el cumplimiento total de las penas impuestas en delitos graves. Por consiguiente, tal modificación debe tenerse en cuenta, en lo pertinente, para la aplicación de lo establecido en los Fundamentos Jurídicos 14° y 15°.

3 El Derecho de Ejecución Penal, como insiste FRANCESCO SIRACUSA, es el conjunto de normas, que integra el Derecho Público, que regulan la relación jurídica punitivo-ejecutiva [En: ABEL TELLEZ AGUILERA: Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penitenciario. Revista de Estudios Penitenciarios, Número 255/2011, Madrid, p. 28]. Por su parte GIOVANNI NOVELLI lo definió como *"el conjunto de normas jurídicas que regula la ejecución de las penas y medidas de seguridad, a comenzar desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución"* (subrayado nuestro). [En: ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA: Política penal y Política Penitenciaria. Cuaderno Número 8. PUCP. Septiembre 2008, p. 4].

fuera formulado por el interno o se encuentre en trámite con anterioridad a la vigencia de una nueva ley, se deberá mantener con eficacia ultractiva el régimen procesal correspondiente, salvo supuestos de clara favorabilidad que incida en una tramitación más acorde con los derechos procesales y los principios del proceso penal de ejecución.

Cabe insistir que esta concepción diferenciadora asume desde la ciencia integral del Derecho penal las nociones de merecimiento de pena, que están radicadas en criterios que determinan el marco de la sanción penal, y de necesidad social de penas, que constituye el criterio sustancial para las reacciones estatales post delito.

III. DECISIÓN

17°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

18°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8° al 16°.

19°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

20°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE y TRANSITORIA

18

ACUERDO PLENARIO N° 2-2012/CJ-116
ASUNTO: AUDIENCIA DE TUTELA E IMPUTACIÓN SUFICIENTE

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce .-

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y los Jueces Supremos de lo Penal de este Máximo Tribunal de Justicia Ordinario, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Giammpol Taboada Pilco (Juez de Investigación Preparatoria de La Libertad); Julio Cesar Espinoza Goyena (Representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal); Eduardo, Remi Pachas Palacios y Mario Pablo Rodriguez Hurtado, profesores de derecho procesal penal.

4°. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como Ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Los rasgos generales o características esenciales de la acción de tutela jurisdiccional penal, normada

en el artículo 71° del Nuevo Código Procesal Penal-en adelante, NCPP- han sido abordados en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116. Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71° NCPP. Uno de ellos es el: conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 710.2, 'a'). Debe entenderse por 'cargos penales', aquella relación o cuadro de hechos -acontecimiento histórico-, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, *prima facie*, justifican la inculpación formal del Ministerio Público.

El artículo 336°.2, 'b' NCPP, sobre este extremo, fija como contenido de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria –en adelante, DFCIP-, *"los hechos y la tipificación especifica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación"*.

7°. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos -que no de su justificación indiciaria procedimental-, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible -cumplidos todos los presupuestos procesales- con el grado de sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal -es decir, que impulse el procedimiento de investigación-. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible -presupuesto jurídico material- atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.

Lo expuesto explica que una de las características del hecho, investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria -o, mejor dicho, 'delimitación progresiva del posible objeto procesal'-, y que el nivel de precisión del mismo -relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía- tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta y, por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC N° 4726-2008- PHC/TC, del 19 de marzo de 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad.

8°. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público -distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales- (verbigracia: articulo 15°.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal).

Bastaría, en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal -el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional-. Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP.
Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el NCPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional -el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: artículo 6°.1, 'b' NCPP-.

9°. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular la DFCIP, puesto que se trata de un presupuesto procesal -bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC NO 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero de 2010)-, cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por conclusa la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino 'sospecha suficiente' -se ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada-, plenamente controlable en este caso (vid: artículos 344°.1, 346°.1, 350°.1,'a' y 352°.2 y 4 NCPP).

Así las cosas, se entiende que el parágrafo 14° del Acuerdo Plenario N° 4-2010 CJ-116 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de "residual", a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71° NCPP, y que el parágrafo 18° fije como criterio base la irrecurribilidad de la DFCIP.

10°. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, incluye, aparte de los llamados 'derechos instrumentales' (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados 'derechos sustanciales', que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada

de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad; sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (artículo 72°.2, 'a' NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (vid: artículo 342°.1 NCPP) tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar.

Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación (vid: artículo 139°.14 de la Constitución), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad.

Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos -este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71°.1 NCPP-.

11°. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquél -que se erige en requisito de admisibilidad-, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.

En este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria -ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales- sería exclusiva y limitadamente correctora -disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes-. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación.

III. DECISIÓN

12°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la intervención del Presidente del Poder Judicial, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

13°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 11°.

14°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LÜPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado Estatuto Orgánico.

15°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.-

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
SALAS ARENAS
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
MORALES PARRAGUEZ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO PENAL

19

ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116
ASUNTO: SOBRE LA NECESIDAD DE REEVALUAR LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DISPUESTA EN EL ARTÍCULO 339°.1 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce .-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 053-2012-P-PJ,y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. EL I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Alcides Chinchay Castillo (Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal); Gino Valdivia Guerola (Fiscal Adjunto Provincial de Arequipa), y Eduardo Alcócer Povis del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

4°. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Parlona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116y la suspensión de la prescripción de la acción Penal por formalización de la investigación Preparatoria.

6°. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339° inciso 1 *"La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal"* declaró expresamente en su fundamento jurídico 27 lo siguiente: *"La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la 'suspensión' con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de 'interrupción' de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese o sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara".*

7°. Sin embargo, con posterioridad a este Acuerdo Plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto ***a insistir en la conveniencia de asumir que lo o previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción*** y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el Acuerdo Plenario sobre la materia (Cfr. Sentencia de Apelación del 21 de marzo de 2011, recaída en el Expediente N° 00592-2008-49- 1302-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de Huaura, fundamentos 4.1 a 4.10 y Voto Singular del Juez Superior Reyes Alvarado. Asimismo, comentario a dicha sentencia de José David Burgos Alvarado: La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011, p. 261 y ss.). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del artículo 339° inciso l del Código Procesal Penal, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los artículos 83° y 84° del Código Penal sustantivo. Frente a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Raúl Pariona Arana. La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011, p. 221 Y ss.), Las ponencias presentadas en la Audiencia Pública Preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a todas la ***ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339°*** y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos así como prácticos de tal disposición legal.

§ 2. La fuente legal extranjera del artículo 339° inciso 1 valida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo Plenario de 2010.

8°. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339° inciso 1 es pleno y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233° del Código Procesal Penal de Chile también establece que ***"La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96° del Código Penal"***. Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: *"Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito,* ***y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él"***. Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación hecha por el Acuerdo Plenario es correcta y tiene plena validez técnica y práctica.

§ 3. La suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal en el derecho penal histórico peruano han regulado siempre causales y efectos distintos.

9°. En el derecho penal histórico nacional, también los efectos y las causales de interrupción y suspensión de la acción penal han estado claramente estipulados sin que haya posibilidad alguna de confundirlos. Remitiéndonos únicamente al Código Penal de 1924 podemos constatar incluso que los artículos 121° sobre interrupción y el 122° sobre suspensión ponían en evidencia tales diferencias. Es más, en el segundo de los artículos citados, incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la

prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo *in fine* la primera de dichas normas: *"Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido,* ***salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior"***. Importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84° del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal. De esta manera, desde el plano histórico, se vuelve a ratificar la pertinencia y solidez hermenéutica de lo acordado en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

§ 4. Las relaciones intrasistemáticas entre los artículos 83° y 84° del Código Penal de 1991, con el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional.

10°. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83° de Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal.
Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo. Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:

"1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado.

2. Si se declara fundada, ***la Investigación Preparatoria se suspende*** *hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido".*

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

§ 5. Necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004.

11°. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del **principio de plazo razonable** para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo**. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96°), de octubre de 1984 (Art. 83°), de agosto de 1985 (Art. 89°) y de abril de 1986 (Art. 88°) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible.

III. DECISIÓN

12°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

13°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **6°** al **11°**

14°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

15°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGÁ
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
SALAS ARENAS
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
MORALES PARRAGUÉZ

Otros trabajos y publicaciones desarrolladas por la Secretaría Técnica de la CEI-CPP, disponibles en la Página Web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: http://www.minjus.gob.pe/cpp/comision

- Informe de los 100 días de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal.
- Informe General sobre los resultados de la aplicación del Código Procesal Penal – Abril 2010
- Informe Estadístico Nacional, Hacia Una Justicia Rápida y Transparente, Informe Estadístico Nacional 2006-2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Huaura, Junio 2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de La Libertad, Junio 2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Tacna, Junio 2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Moquegua, Junio 2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Arequipa, Junio 2010.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Tumbes, Junio 2010 - Junio 2011.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Piura, Junio 2010 - Junio 2011.
- Reporte Estadístico realizado en el Distrito Judicial de Lambayeque, Junio 2010 - Junio 2011.
- Código Procesal Penal 2004, Decreto Legislativo Nº 957, I y II edición. Normas complementarias para la implementación, acuerdos plenarios y flujogramas del proceso penal.
- Jurisprudencia Nacional, Código Procesal Penal. Tomo I - 2012.

El recurso de casación pretende asegurar la interpretación unitaria garantizando el correcto funcionamiento y legalidad formal de la ley, sometiendo su interpretación al más alto Tribunal en la búsqueda de obtener seguridad jurídica, es decir, afianzar el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales. Este documento busca poner en conocimiento de los operadores del derecho el tratamiento jurisdiccional que viene realizando la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú sobre diferentes instituciones procesales contribuyendo así al enriquecimiento de la cultura jurídica en nuestro país.

PERÚ
PROGRESO
PARA TODOS

© Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Secretaría Técnica
Comisión Especial de Implementación
Código Procesal Penal
http://www.minjus.gob.pe/cpp/comision

UNIDAD II
DERECHO PENAL MATERIAL

- ✓ V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (13.11.2009). Asunto: Determinación de la pena y concurso real.

- ✓ Prado Saldarriaga, Víctor. La determinación judicial de la pena en la Ley N° 30076. En: Determinación Judicial de la Pena. Instituto Pacífico – Actualidad Penal, Lima, 2015

- ✓ **Gushiken, Alfonso y otros.** ¿Quiénes son asesinados en Lima? ¿Cómo, cuándo y por qué? Ciudad Nuestra, Lima, 2010.

- ✓ **Mujica, Jaris**. Violaciones sexuales en el Perú 200-2009: Un informe sobre el estado de la situación. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), 2011, Lima. http://www.unfpa.org.pe/publicaciones/publicacionesperu/PROMSEX-Violaciones-Sexuales-Peru-2000-2009.pdf

- ✓ **Hurtado Pozo, José**. Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Civil respecto al delito de hurto en el Código Penal Peruano. En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4-5, N° 6 y N° 7/2010-2011, Lima.

- ✓ **Bautista, Norma y otros**. Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos. Proyecto Justicia y Gobernabilidad. USAID, Santo Domingo, 2005

- ✓ **IDEHPUCP-PUCP**. Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal, Lima, 2014

UNIDAD II
DERECHO PENAL MATERIAL

- ✓ V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 (13.11.2009). Asunto: Determinación de la pena y concurso real.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 4-2009/CJ-116

***FUNDAMENTO*: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ**
***ASUNTO*: DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CONCURSO REAL**

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. *ANTECEDENTES*

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal , aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y

deciden sobre el concurso real de delitos y la pena que corresponde imponer en estos casos. En especial, la concreción de los criterios para su identificación jurídico material y las reglas que le son inherentes para la determinación de la pena, así como el ámbito del poder de definición penológica del órgano jurisdiccional en orden al objeto del debate y las potestades que resultan cuando media recurso acusatorio.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. *FUNDAMENTOS JURÍDICOS*

§ 1. *El concurso real de delitos.*

6°. El artículo 50º del Código Penal –en adelante, CP- regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo.

El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos.

Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

- **A.** Pluralidad de acciones.
- **B.** Pluralidad de delitos independientes.
- **C.** Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto-, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

7°. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado "principio de acumulación"**.** El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave).

Finalmente, el artículo 50º CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

8°. Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51º CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al

autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluido él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública.* Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185º CP), falsedad documental (artículo 427º CP) y lesiones graves (artículo 121º CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves.
Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de delitos.
B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.
C. Unidad de autor.

9°. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General* I, 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Página 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51º CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50º CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51º CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

§ 2. *El concurso real de faltas*.

10°. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50º-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según éste artículo: " *Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto*

penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

A. Pluralidad de acciones.
B. Pluralidad de faltas independientes.
C. Pluralidad de personas perjudicadas.
D. Unidad de autor.

11°. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente *"…infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,…*".

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50º-A CP: "…*será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado."*. Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50º y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una "*pena privativa de libertad prevista",* la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440º.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440º CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441º CP o contra el patrimonio del artículo 444º CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia -pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes- que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50º-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y que era el siguiente: *"Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o participe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado".* La redacción proyectada aludía, pues, a

un "delito" y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.
Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50°-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial el Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: "*Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*".
La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad.
En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicionen o acumulen todas la penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los limites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34º CP (*ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales*) y 440º.4 CP (*ciento ochenta días-multa*), respectivamente.

§ 3. *Acusación fiscal y congruencia.*

12°. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225°.2 del Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP- y 349°.1-b del Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-). Un requisito formal de la acusación es, precisamente, su exhaustividad y concreción –debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225° ACPP o 349°.1 NCPP-. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.
La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 21° y 22° CP, y artículos 136° ACPP o 161° NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48°/50° CP).
Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena-. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos –concurso ideal, concurso real, delito continuado

y delito masa-, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, página 747].

13°. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión –así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena- debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal o de información judicial -cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos-.
El planteamiento de la tesis, según el artículo 285°-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal –inmutable en sí mismo- y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado.
Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.
Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos –por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate-. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aún cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto –de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas-, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.
Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Obra citada*, página 748].

14°. El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°.1 NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes –y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal- la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección –casos de una

acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal-. El artículo 374°.1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387°.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

15°. Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.
Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Ésta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

16°. Los artículos 225° y 273° ACPP y 349°.1 y 387°.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285°-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397°.3 NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.
La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El *petitum* o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego –y en la concepción asumida por el NCPP- tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de la organización del Estado [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la*

sentencia penal. En: Revista del Poder Judicial, Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, página 30].
El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

17°. El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal –por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria-.
En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.
No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo –que es la pauta legal fijada por el NCPP-, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).
Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *Obra citada*, página 33].

18°. Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal *Ad Quem*.
Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50° CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aún cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal.
Si, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compartible con el marco penal legalmente establecido –incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50° CP-, en aplicación del principio de interdicción de la reforma

peyorativa (artículos 300°.1 ACPP y 409°.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

III. *DECISIÓN*

19°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

20°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 18°.

21°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

22°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

BIAGGI GÓMEZ

MOLINA ORDOÑEZ

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

ZEVALLOS SOTO

UNIDAD II
DERECHO PENAL MATERIAL

- ✓ Prado Saldarriaga, Víctor. La determinación judicial de la pena en la Ley N° 30076. En: Determinación Judicial de la Pena. Instituto Pacífico – Actualidad Penal, Lima, 2015

ESTUDIO ORÉ GUARDIA - ABOGADOS
Biblioteca y Centro de Documentación

INSTITUTO PACÍFICO

Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Eduardo Demetrio Crespo
Fernando Velásquez Velásquez
Alex van Weezel
Jaime Couso

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

INSTITUTO PACÍFICO

INSTITUTO PACÍFICO
Actualidad Penal
PENAL • PROCESAL PENAL • PENITENCIARIO • CRIMINOLOGÍA

ESTUDIO ORÉ GUARDIA - ABOGADOS
Biblioteca y Centro de Documentación

INSTITUTO PACÍFICO

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Autores
Víctor Roberto Prado Saldarriaga / Eduardo Demetrio Crespo /
Fernando Velásquez Velásquez / Alex van Weezel / Jaime Couso

Primera Edición - Febrero 2015

Copyright 2015
© Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:
Georgina Condori Choque
Ricardo De la Peña Malpartida
Diego Camasca Borja
Anyela Aranda Rojas
José Carrascal Quispe

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C. - 2015
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 5,360 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 11501051500275

ISBN : 978-612-4265-16-7

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° : 2015-02881

Impresión a cargo de:
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN LA LEY N.° 30076

Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal
Juez Supremo Titular de la
Corte Suprema de Justicia de la República

Sumario

1. Sobre la inseguridad ciudadana. 2. Administración de justicia e inseguridad ciudadana. 3. La determinación judicial de la pena y la Ley N.º 30076. 3.1. La persistencia de un viejo problema. 3.2. Las fuentes legales. 3.3. El nuevo marco legal. 4. Una nueva dogmática de la determinación judicial de la pena. 4.1. Determinación judicial de la pena. 4.2. Etapas operativas de la determinación judicial de la pena. 4.3. La primera etapa de identificación de la pena básica. 4.4. La segunda etapa de individualización de la pena concreta. 4.5. Las mutaciones conceptuales de la pena. 4.6. Las circunstancias. 4.7. Circunstancias genéricas. 4.8. Circunstancias específicas. 4.9. Circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas. 4.10. Circunstancias agravantes de diferente grado o nivel. 4.11. Concurrencia de circunstancias. 4.12. Causales de disminución o incremento de la punibilidad. 4.13. Reglas de reducción por bonificación procesal. 4.14. La pena concreta parcial. 4.15. Mínimo legal. 4.16. Máximo legal. 5. Los esquemas operativos. 5.1. Primer esquema operativo: determinación judicial de la pena con circunstancias genéricas. 5.2. Segundo esquema operativo: determinación judicial de la pena con circunstancias específicas. 5.3. Tercer esquema operativo: determinación judicial de la pena con circunstancias agravantes cualificadas. 5.4. Cuarto esquema operativo: casos de causales de disminución de punibilidad. 5.5. Quinto esquema operativo: casos de reglas de reducción por bonificación procesal. 5.6. Sexto esquema operativo: determinación judicial de penas conjuntas. 6. Un problema adicional y una alternativa de *lege ferenda*. 7. A modo de conclusión. Bibliografía.

1. SOBRE LA INSEGURIDAD CIUDADANA

Comenzaremos señalando que la inseguridad ciudadana es en la actualidad una problemática transversal y común de los países latinoamericanos. Al respecto son relevantes los datos obtenidos por el Latinobarómetro o encuesta multifactorial de percepciones aplicada hacia finales del 2013 en 18 países de la Región y el Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con Rostro humano: Diagnóstico y Propuestas para América Latina elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para

el Desarrollo-PNUD presentado en nuestro país a inicios del presente año[1]. Es más, en el prólogo de una reciente investigación auspiciada por la CAF se destacó, de modo consistente, que "el importante crecimiento del delito y de la violencia en muchos países de América Latina en los últimos años no solo ha implicado altos costos económicos y sociales, sino que ha comprometido la gobernabilidad democrática y la legitimidad del Estado al socavar la confianza de los ciudadanos entre sí y en las autoridades"[2].

No se trata, pues, de un suceso focal o aislado que se presenta o agudiza únicamente en el Perú. Las experiencias recientes de Colombia, México, Brasil o El Salvador nos muestran que este fenómeno contemporáneo posee una efectiva a la vez que dinámica capacidad de inserción y extensión en nuestras sociedades, lo que ha promovido, en las dos últimas décadas, el surgimiento de diferentes enfoques y estudios que han procurado explicar su etiología, efectos y experiencias de control[3]. Al respecto es relevante lo señalado por KESSLER, quien afirma que "ni la alta tasa de delitos ni la preocupación social aparecieron de repente"[4]. En efecto, sus orígenes parecen vislumbrarse en el pasado inmediato de la región, ligado a procesos transicionales, de consolidación democrática y de aguda crisis social que han experimentado, en mayor o menor dimensión, varios países latinoamericanos. Sin embargo, lo significativo en el presente es que el problema de la inseguridad ha ido adquiriendo un repentino dinamismo e intensidad que para muchos se ha tornado en incontrolable ante evidentes y reiteradas muestras de impunidad delictiva[5].

En segundo lugar, es pertinente recordar, en torno a su naturaleza, que la inseguridad ciudadana ha sido generalmente entendida e identificada como un sentimiento o como una percepción de temor, que experimenta y que internaliza un colectivo social de poder ser una víctima potencial o real de un delito. Y, especialmente, de modalidades de criminalidad violenta como los homicidios, los robos, los secuestros, las extorsiones o las violaciones de la libertad sexual. Como destacan RICO y CHINCHILLA: "Desde hace más de dos decenios, el tema de la inseguridad ciudadana constituye uno de los princi-

1 Ver detallado resumen y comentarios en COSTA, Gino, "La paradoja latinoamericana", en *El Comercio*, Lima, 3 de marzo de 2014, p. A-13; LA REDACCIÓN, "Los problemas de la región en la lupa", en *El Comercio*, Lima, 2 de noviembre de 2003, p. A-4; VALLAS T., Fabián, "Informe del PNUD busca las raíces de la violencia criminal que afecta América Latina", en *El Peruano*, Lima, 2 de enero de 2014, pp. 8 y 9.

2 CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO-CAF, *Por una América Latina más segura: una nueva perspectiva para prevenir y controlar el delito*, CAF-RED, Bogotá, 2014, p. 3.

3 Cfr. DAMMERT, Lucía, "La inseguridad en América latina: el desafío de la voluntad política", en *La República*, Lima, 19 de enero de 2014, p. 7.

4 KESSLER, Gabriel, *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 72.

5 Cfr. SALAZAR, Federico, "El problema es la impunidad", en *El Comercio*, Lima, 30 de marzo de 2013, p. A-6.

pales problemas sociales de casi todos los países de América latina, cuyos ciudadanos están hondamente preocupados por fuertes incrementos de las tasas de criminalidad —en particular de los delitos violentos—, se sienten cada vez más inseguros en sus personas y bienes, y expresan su insatisfacción con respecto a la respuesta estatal ante el fenómeno delictivo"[6].

Un tercer aspecto que también cabe precisar, es que las principales consecuencias psicosociales y políticas que resultan de la inseguridad ciudadana, se expresan como reacciones de crítica y pérdida de credibilidad que se activan entre la población contra los Poderes del Estado, a los cuales se imputa el negativo estado de cosas, y a quienes se exige acciones inmediatas y drásticas contra la delincuencia. Esto último es captado y procesado por las agencias oficiales como oportunidades de mostrar una actitud decidida y firme contra la delincuencia, a través de coyunturales y rápidas reformas políticas y legales de tendencia sobrecriminalizadora y simbólica, de cuya razonable ineficacia se suele, luego, culpar con mayor frecuencia a la incapacidad o inconsecuencia de determinados sectores públicos como la Policía, el Ministerio Público o el Poder Judicial. En efecto, como lo evidencian diferentes estudios empíricos,

> "en lo atinente a las consecuencias políticas, la criminalidad y el sentimiento de inseguridad suelen originar presiones de la población sobre las autoridades públicas con la finalidad de generar cambios en las modalidades de intervención frente al problema. Estas presiones suelen concretarse en exigencias de medidas más represivas. Tanto en el plano legal (aumento de las penas, instauración de la pena de muerte), como en el plano policial (otorgamiento de más amplios poderes a los cuerpos policiales) y hasta el parapolicial (actuación de grupos armados similares a los tristemente famosos escuadrones de la muerte), así como en el recurso a operativos policiales de 'limpieza social' mediante la ejecución de redadas o la imposición del 'toque de queda' para neutralizar la acción de pandillas juveniles, o al patrullaje conjunto ejercito-policía. Asimismo, ante la ineficiencia de la reacción estatal, se están dando casos alarmantes de recurso a una justicia de 'mano propia' con (...) elevado número de linchamientos populares. Todo esto conlleva aspectos impropios de una sociedad democrática y representa un serio peligro para la consolidación de un Estado de Derecho"[7].

Un ejemplo significativo de los extremos negativos a que puede llevar la internalización de la inseguridad ciudadana, fueron los sucesos desencade-

6 RICO, José María y Laura CHINCHILLA, *Seguridad ciudadana en América Latina*, Siglo XXI, México D. F., 2002, p. 5.

7 RICO / CHINCHILLA, *Seguridad ciudadana en América Latina*, cit., pp. 40 y 41.

nados por la actuación violenta y armada de los grupos de autodefensa de Michoacán contra el denominado Cartel de los Caballeros Templarios[8].

La realidad descrita es compatible en muchos aspectos con lo que viene aconteciendo en el Perú emergente del tercer milenio, incluyendo el desborde de los efectos negativos mencionados, así como también la difundida actitud de los sectores sociales y políticos del país, de asociar constantemente el incremento visible de la criminalidad y de la inseguridad ciudadana con continuas disfunciones de la praxis policial, fiscal o judicial. Es más, a sus órganos estratégicos u operativos no solo se les descalifica por ineficientes sino que, también, se les considera inoperantes y hasta penetrados por la corrupción. En efecto, una reciente encuesta de opinión aplicada entre empresarios peruanos señaló que el 52% considera que el país está progresando; pero, también, un importante porcentaje de los encuestados cree que las entidades públicas donde más corrupción hay son el Poder Judicial (81 %) y la Policía Nacional (68%). Este sondeo de opinión identificó, igualmente, que para el 69% de la muestra las principales medidas para disminuir la inseguridad ciudadana pasan por activar una reforma judicial[9].

Sin embargo, un examen aproximativo de la etiología de la inseguridad ciudadana requiere evaluar otros aspectos estructurales que identifiquen de modo más integral el actual contexto situacional donde ella se manifiesta. No es, pues, suficiente, explicarla solo a partir de las malas prácticas del control de la criminalidad que se suelen atribuir a los operadores del sistema penal o al mero incremento cuantitativo de las encuestas de victimización a cuyos resultados, siempre alarmantes, acceden cada vez con mayor frecuencia e interés una gran mayoría de peruanos. Como tampoco lo sería el proceder desconociendo la concurrencia episódica de buenas prácticas y desarrollos jurisprudenciales que ha producido la judicatura penal nacional en la última década, para entender mejor la estructura y operatividad de la criminalidad violenta y organizada. Sobre todo en la actual coyuntura que se ve caracterizada por la reciente puesta en vigencia de la Ley N.º 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado.

En efecto, un enfoque coherente del significado de la inseguridad ciudadana en nuestra sociedad demanda revisar e integrar otros componentes económicos, culturales y sociológicos que definen la realidad peruana del presente, como son el subempleo, la informalidad y la presencia de flujos constantes de riqueza de origen ilegal. Al respecto, es importante tener en cuenta lo señalado por ZAUMAN, quien destaca que se ha "demostrado, más allá de cualquier duda razonable, que el relieve que hoy se atribuye a la criminalidad

8 Cfr. "Autodefensa a la mexicana", en *La República*, Lima, 19 de enero de 2014, pp. 10 y 11.

9 Cfr. Encuesta CADE Ejecutivos 2014 realizada por Ipsos Apoyo sobre 700 empresarios. Ver cuadros alusivos en *La República*, Lima, 15 de noviembre de 2014, p. 5.

y a los peligros que amenazan la incolumidad física de los individuos y sus haberes está íntimamente conectado con el sentimiento de precariedad y procede en simultaneo con la desregulación económica"[10]. Como señala COSTA en el ya aludido informe del PNUD, también se constata y destaca este factor etiológico de inseguridad en los países latinoamericanos: "pese a la mejora económica y social, los países de la región siguen siendo profundamente desiguales, su movilidad social permanece bastante baja y el empleo sigue siendo mayoritariamente precario"[11]. Por consiguiente, trataremos, pues, a continuación, de ensayar una perspectiva y un balance puntual de la criminalidad e inseguridad ciudadana en el Perú en base a la visibilización de tales aspectos, los cuales han permanecido por mucho tiempo alejados del interés de la escasa criminología aplicada nacional. Especialmente, porque consideramos necesario identificar qué factores económicos, psicosociales y políticos son los que inciden y condicionan las manifestaciones, y características relevantes que ha adquirido la criminalidad organizada y violenta, así como la inseguridad ciudadana en un país de economía emergente como el Perú.

2. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA E INSEGURIDAD CIUDADANA

La presencia transversal de la criminalidad y de la inseguridad ciudadana en el Perú no puede interpretarse solo como creaciones mediáticas o de "**criminología mediática**" como diría ZAFFARONI[12], o mostrarían, sobre la realidad española, las sólidas investigaciones realizadas en este dominio por el Observatorio de la Delincuencia en Andalucía[13].

Lamentablemente todo apunta a que se trata de una contrastable realidad, la que en el presente tiende a potenciarse o extenderse de manera dinámica y diversificada[14]. Como advierte DAMMERT: "No es de extrañar entonces que la ciudadanía tenga miedo. La percepción es un problema social de vida propia que nos afecta de forma directa y que debe ser asumido y enfrentado"[15].

10 Citado por CORNELLI, Roberto, *Miedo, criminalidad y orden*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 235.

11 Cfr. COSTA, "La paradoja latinoamericana", cit., p. A 13.

12 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, 3ª ed., Planeta, Buenos Aires, 2012, pp. 215 y ss.

13 Cfr GARCÍA ESPAÑA, Elisa y Fátima PÉREZ JIMÉNEZ, *Seguridad ciudadana y actividades policiales*, Observatorio de la Delincuencia en Andalucía, Málaga, 2005, pp. 175 y ss.

14 Cfr. IDL, *Seguridad ciudadana. Informe Anual 2013. Crisis política, temores y acciones de esperanza*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013, pp. 11 y ss.; TOWNSEND K., Augusto, "Lo que implica la inseguridad", en *El Comercio*, Lima, 19 de mayo de 2014, Suplemento *Día 1*, p. 2.

15 Cfr. DAMMERT, Lucía, "La percepción de inseguridad: ¿manipulación política?", en *La República*, Lima, 26 de enero de 2014, p. 11.

Y, como una consecuencia primaria y directa de tal problemática, se ha producido un esperado efecto político que se expresa en la masiva descalificación que los actores sociales aplican sobre el Estado y los poderes públicos que lo representan[16]. Esta disconforme actitud ciudadana también se manifiesta en recientes encuestas de opinión, que muestran una sensible caída en la aprobación de la gestión del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Más grave aún, en una encuesta nacional urbana de GFK, realizada en mayo de 2014, el 74% de la población entrevistada señaló que el gobierno "**no combate la delincuencia** y el 78% indicó que lo poco que hace el Estado en ese dominio está "**muy mal**"[17]. En otro sondeo de opinión aplicado a los empresarios asistentes al CADE Ejecutivos 2014, al indagarse sobre las principales causas que originan la inseguridad que existe en el Perú, un 84% de los entrevistados respondió que es la "**ineficiencia y corrupción del Sistema Judicial**" y un 72% precisó como segunda alternativa etiológica de dicha problemática "**la ineficiencia y corrupción en la Policía**"[18]. Se configura, pues, algo más que una mera **metonimia** surgida de la sensación de inseguridad ante el delito, según la interpretación formulada por BRANDARIZ GARCÍA. Para este autor, lo que en realidad ocurre es el desencadenamiento de efectos complejos e interactuantes que operan en un nivel psicosocial y político de modo dinámico, persistente e integrado: "Los niveles contemporáneos de incertidumbre e inseguridad se ven favorecidos por la fragmentación social, al mismo tiempo que contribuyen a reforzar ese proceso. En ese sentido, resulta especialmente significativo que la acusada sensación de riesgo genera efectos de disminución de la tolerancia social, de obsesión por la seguridad y el control, o de deseo de segregación frente a sectores percibidos como peligrosos o diferentes" [19].

Ahora bien, los pocos estudios criminológicos o criminalísticos, así como las aún dispersas estadísticas oficiales que circulan en el país, suelen también dar la razón a la percepción ciudadana de inseguridad y de clara tendencia al crecimiento, que tienen actualmente la criminalidad violenta y la criminalidad productiva o emergente en el Perú. Algunos cuadros nos grafican esta tendencia, a partir de datos relacionados al número de internos delincuentes y de menores infractores de la Ley penal que están sujetos a sanciones privativas de libertad. En efecto, en torno a la prevalencia de internos cumpliendo penas privativas de libertad por delito cometido, en los centros penales a nivel

16 Cfr. FERRERO COSTA, Raúl, "Poderes del Estado ¿cuestionados?", en *El Comercio*, Lima, 7 de julio de 2014, p. A-25.

17 Cfr. Encuesta GFK. Encuesta Nacional Urbana de Mayo de 2014. Resultados del Estudio de Opinión preparado por GFK, pp. 11 y 12.

18 Cfr. Encuesta CADE Ejecutivos 2014 realizada por Ipsos Apoyo sobre 700 empresarios. Ver resumen de tendencias en *La República*, Lima, 15 de noviembre de 2014, p. 5.

19 Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, Dykinson. Madrid, 2014, p. 89.

nacional, el estándar mayor corresponde a condenados por delitos violentos (violación, robo, extorsión, secuestro y homicidio) y le sigue el tráfico ilícito de drogas. La mismas líneas cuantitativas y cualitativas por frecuencia delictiva, son detectadas en el caso de menores con medidas socioeducativas de internación en los albergues tutelares del país.

Prevalencia de personas recluidas en el Perú por delitos asociados a la inseguridad ciudadana (A diciembre 2013)

Delito	Total	Procesados	Sentenciados
Total general	**67.597**	**36.670**	**30.927**
Robo con agravantes	20.895	11.980	8.915
Tráfico ilícito de drogas	16.526	9.238	7288
Violación sexual y actos contra el pudor	12.358	5170	7188
Homicidios simples y calificados	4000	1978	2022
Hurto agravado	3262	2048	1214
Tenencia ilegal de armas	1879	1204	675
Secuestro	798	364	434
Extorsión	798	527	271
Incumplimiento de la obligación alimentaria	771	327	444
Lesiones graves	699	372	327
Delito de terrorismo	545	246	299
Otros delitos	5066	3216	1850

Fuente: Unidad de Estadística - INPE

Prevalencia de menores internos en el Perú por delitos asociados a la inseguridad ciudadana (2008-2012)

Materias	2008			2012		
	Cerrado	Abierto	Total	Cerrado	Abierto	Total
Total	**2523**	**1603**	**4126**	**3497**	**1704**	**5201**
Tenencia ilegal de armas	24	16	40	89	26	115
Tráfico ilícito de drogas	137	29	166	215	68	283
Hurto (Variantes)	298	202	500	422	238	660
Robo - Robo agravado	1218	764	1982	1818	779	2597
Lesiones (Variantes)	67	129	216	123	146	269
Violación sexual	464	200	664	517	216	733
Homicidio (Variantes)	174	49	223	185	48	233
Secuestro	7	4	11	8	3	11
Pandillaje	59	36	95	52	39	91
Otros	55	174	229	68	141	209

Fuente: Poder Judicial - Gerencia de Centros Juveniles

Sin embargo, como resaltan los criminólogos nacionales, estas estadísticas y tendencias solo ratifican la visibilidad preeminente de una criminalidad convencional y violenta pero siempre fracasada. Esto es, en ellas no se identifica la coexistencia de formas no convencionales de criminalidad organizada exitosa como la vinculada a delitos de lavado de activos, trata de personas o minería ilegal. Lo que se detecta en realidad, según JARIS MUJICA, es "una gran concentración en un número limitado de delitos que parecen no estar relacionados directamente con el crimen organizado o con el desarrollo de sistemas complejos, sino con la violencia estructural, el pequeño delito y la violencia cotidiana"[20].

Al otro extremo, y para poder entender el nivel de desempeño que en torno a la realidad descrita ha instrumentalizado el Estado a través del sistema penal, analizaremos únicamente la actividad de la judicatura penal, ya que ella concentra y realiza las principales funciones materiales del *jus puniendi* como son emitir fallos de condena y, sobre todo, **determinar e imponer penas legales y justas**. Al respecto, para desarrollar un examen en lo posible sistemático e integral, cabe plantear y resolver tres preguntas conectadas entre sí: ¿Qué ha hecho; qué no ha hecho y qué puede realmente hacer la judicatura penal peruana en torno al crecimiento de la criminalidad organizada y violenta, así como en relación al arraigo psicosocial de la inseguridad ciudadana en nuestra población? En otros términos, qué indicadores contrastables del desempeño de los jueces penales les hacen, en mayor o en menor medida, responsables de que la mayor parte de la ciudadanía peruana tenga miedo a ser víctima de delitos. Pero, también, cuáles inciden en que ella se sienta desamparada por la ineficiencia y desinterés de sus autoridades; y que, además, opte por procurar y aplicar sus propios medios de seguridad (colocación de videocámaras, alarmas electrónicas, servicios particulares de guardianías, seguros domiciliarios, etc.), llegando, incluso, en no pocos casos, a ejercitar prácticas directas de **autojusticia**, como suele ocurrir en determinadas localidades del país como Cajamarca, San Martín, Puno o Junín. Estas actitudes hacen notoria la desconfianza hacia el Estado y dañan "el tejido social para el desarrollo económico y político", como advierte CHAPARRO[21].

Al respecto, es necesario comenzar destacando que el Poder Judicial ha mantenido, al menos en la última década, una expresa voluntad institucional por procurar estar a la altura de las sensibles funciones y competencias que para reprimir la delincuencia violenta y organizada le fija la legislación penal vigente. Al menos en un plano declarativo así lo han comunicado sus principales autoridades y órganos estratégicos. Por ejemplo, en el primer trimestre

20 Declaraciones de Jaris MUJICA, director del Laboratorio de Criminología Social del Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

21 Cfr. CHAPARRO, Hernán, "La ciudad y los perros", en *La República*, Lima, 1 de junio de 2014, p. 2.

de 2014, el Presidente del Poder Judicial declaraba a los medios de prensa lo siguiente:

> "La población puede estar tranquila porque los jueces están respondiendo a las necesidades de la sociedad frente al incremento de la delincuencia (...). Los jueces han endurecido drásticamente las condenas a los delincuentes (...). La cifra de sentencias que imponen penas mayores a siete años de prisión se han incrementado en un 50% (...). Ya no existe aquella figura en que un delincuente se amparaba en los beneficios penitenciarios para recuperar su libertad a los dos o tres años de haber sido condenado a cárcel efectiva, eso ya no ocurre y es trabajo del Poder Judicial[22].

No obstante, las estadísticas sobre una operativa judicial penal eficiente, al menos en los tres últimos años, parecen indicar una realidad muy diferente de la que anuncian sus cuadros orgánicos. Esto es, los datos oficiales del propio Poder Judicial tienden a demostrar que el desempeño efectivo y analítico de los jueces penales expresa, en una gran mayoría de casos concretos, notorias deficiencias al momento de condenar y sancionar debidamente a la criminalidad violenta u organizada. Lo que conlleva a reconocer que, de momento, en la *praxis* jurisdiccional aún hay una brecha importante entre querer y poder cumplir con los estándares que la ley fija para el tratamiento penal del delito y de los delincuentes. Esta constatación empírica disfuncional motiva múltiples consecuencias negativas para la institución judicial. En especial, que la expectativa social y la clase política se sientan frustradas reiteradamente. Es decir, que interpreten y difundan que los jueces no hacen lo que deben hacer en favor de un control efectivo de la criminalidad. O, lo que es institucionalmente más dañino aún, que se generalice e internalice entre la población, los medios de comunicación social y también desde otros poderes públicos un mismo discurso "prejuiciado," que atribuye a los órganos judiciales incompetencia o corrupción.

Algunos datos empíricos pueden ser útiles para comprender mejor las dimensiones de la imagen negativa que a partir de la inseguridad ciudadana y del crecimiento de las tasas de criminalidad, se cierne sobre el Poder Judicial desde su entorno psicosocial y político. De hecho, y en términos puntuales, es notorio que las encuestas muestran que la población peruana no ve al Poder Judicial como una institución pública que realmente combata la delincuencia y la inseguridad ciudadana. Esto es, que sus operadores jurisdiccionales actúen ante tales problemas acuciantes de la realidad del país con eficacia y acierto. Por ejemplo, un sondeo de opinión identificó, recientemente, que para el 69%

22 Declaraciones del Presidente del Poder Judicial, Enrique Mendoza Ramírez, en el portal web del Poder Judicial (28 de febrero de 2014).

de la muestra las principales medidas para disminuir la inseguridad ciudadana pasan, necesariamente, **por activar una reforma judicial**[23].

En ese contexto de desconfianza social hacia la administración de justicia, por ejemplo, las críticas más agudas se suelen estructurar a partir de **12 prácticas negativas** que se atribuyen comúnmente a los jueces y que en su mayoría pueden ser verificables empíricamente. La ciudadanía considera que son ellas las que fortalecen la inseguridad ciudadana a la vez que amparan la impunidad de la delincuencia. A continuación haremos un listado de las mismas en base a su prevalencia psicosocial:

1. Predominio de condenas a penas privativas de libertad de eficacia suspendida (suspensión de la ejecución de la pena).
2. Aplicación benevolente y al margen de la ley de penas leves por desconocimiento o corrupción.
3. Ausencia de aplicación de penas restaurativas o reparadoras como la prestación de servicios a la comunidad.
4. Prevalencia de una ideología de exceso garantista a favor del delincuente y en perjuicio de los intereses de las víctimas.
5. Altos registros de absoluciones o sobreseimientos por delitos graves con ausencia de motivación o con motivación aparente.
6. Frecuentes excarcelamientos inesperados y no justificados de personas detenidas por la policía y el Ministerio Público en flagrancia o con la calidad de habituales o reincidentes.
7. Aplicación indebida de mandatos de comparecencia o de variación a comparecencia restringida.
8. Dilación escandalosa de procesos seguidos a organizaciones criminales y que luego generan la libertad de los procesados por cumplirse el plazo legal o un plazo razonable de prisión preventiva.
9. Menosprecio valorativo de la prueba indiciaria en delitos de criminalidad organizada.
10. Aplicación escasa o sesgada de las normas y procedimientos regulados en el nuevo Código Procesal Penal para juzgar a la criminalidad organizada.
11. Concesión irregular de beneficios penitenciarios.
12. Ausencia de procesamiento y aplicación de sanciones penales a personas jurídicas involucradas con el crimen organizado.

23 Cfr. Encuesta CADE Ejecutivos 2014 realizada por Ipsos Apoyo sobre 700 empresarios. Ver cuadros alusivos en *La República*, Lima, 15 de noviembre de 2014, p. 5.

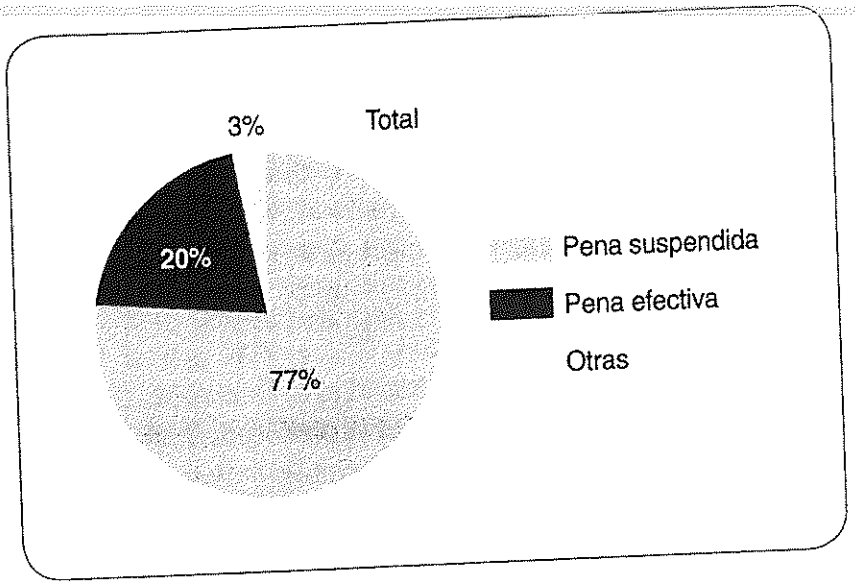
De todas ellas solo nos interesa examinar la consistencia de tres. Se trata de aquellas que resultan ser las más recurrentes en los sondeos de opinión y que, a la vez, resultan calificadas como las más comprometidas con la internalización masificada de la inseguridad ciudadana. En concreto, nos referimos a aquellos cuestionamientos que aluden a una alta tasa de penas privativas de libertad que se imponen con ejecución suspendida; a la constante aplicación de penas leves o benignas; y a la excarcelación frecuente de personas que fueron detenidas en condición de flagrancia o que tenían la condición de reincidentes o habituales. Cabe señalar que al menos las dos primeras tienen una conexión muy directa con la determinación judicial de la pena.

Por lo demás, desde una perspectiva psicosocial, filosófica o política, la conexión entre inseguridad ciudadana y efectividad de la sanción penal es plenamente compatible como lo ha destacado CORNELLI: "Los rituales penales se construyen en torno a los sentimientos que pretenden ordenar; las audiencias judiciales se estructuran de modo tal de permitir representar y evocar emociones como el respeto a la ley y el odio al criminal, que sirven para descargar elementos agresivos. Las instancias punitivas encuentran un lugar para expresarse en las vistas judiciales y el juicio penal asume un rol simbólico central en la contención del miedo y en la afirmación del orden"[24].

A nivel empírico, es importante destacar que los datos estadísticos apuntan a reconocer que las tres opciones críticas que hemos elegido para nuestro análisis son en gran medida fundadas. En efecto, ellas encuentran un respaldo empírico en diferentes fuentes cuantitativas. Es más, las propias estadísticas oficiales del Poder Judicial también las validan. Por ejemplo, en torno al volumen excesivo de penas privativas de libertad que son impuestas con carácter suspendido, así como a la recurrencia ilegal a penas leves o de extensión benigna, las fuentes judiciales consultadas registran los siguientes datos: *solo entre los meses de enero a noviembre de 2013 se pronunciaron en el país 58.513 condenas a penas privativas de libertad. Ahora bien, de ese total 44.889 condenas, esto es, alrededor del 77% de casos, lo fueron a penas suspendidas. Pero, además, esta información también indica que similar porcentaje de fallos condenatorios supuso la imposición de penas privativas de libertad con una extensión no superior a los 4 años.* Aunque cabe precisar también, que en ese periodo, se detectó un escaso 20%, equivalente a 12.060 condenas, donde la judicatura impuso penas privativas de libertad con cumplimiento efectivo, incluyendo 100 casos en los cuales la pena fue de cadena perpetua. Por consiguiente, las dos primeras disfunciones observadas resultan, preocupantemente, verificadas con las líneas de frecuencia descritas.

24 CORNELLI, *Miedo, criminalidad y orden*, cit., p. 328.

PREVALENCIA DE PERSONAS CONDENADAS A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD SUSPENDIDAS
(Enero - noviembre 2013 sobre un total de 58.513 condenados)



Pena	Total
Pena suspendida	24
Pena efectiva (incluye 100 condenas a cadena perpetua)	137
Otras (multas, prestación de servicios a la comunidad, etc.)	298

Fuente: Poder Judicial

Ahora bien, para examinar la tercera disfunción atribuida a la justicia penal nos remitiremos a los reportes estadísticos emitidos por el Instituto Nacional Penitenciario (INPE). En ellos también encontramos guarismos y porcentajes preocupantes sobre la excarcelación de reincidentes o habituales, así como de los liberados al poco tiempo de habérseles decretado prisión preventiva. En este último supuesto, podría tratarse de excesos jurisdiccionales recaídos en quienes son identificados en el argot penitenciario como **los PPG** o "**Presos por gusto**". Al respecto, las estadísticas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre la aplicación del Código Procesal Penal de 2004 señalan que entre julio de 2006 y setiembre de 2013 se formularon 21.846 requerimientos fiscales de prisión preventiva y que los jueces declaran fundados 17.913, lo que equivale al 82% del total. En ese contexto, el INPE informaba que solo en el mes de diciembre de 2013 fueron liberados 1671 personas y de las cuales 439, equivalentes al 31% de casos, tenían más de un ingreso carcelario. En consecuencia, la tercera crítica es también, en gran medida, corroborable.

PREVALENCIA DE PERSONAS LIBERADAS POR DISPOSICIONES JUDICIALES CON MÁS DE UN INGRESO CARCELARIO
(Solo en diciembre de 2013 sobre un total de 1671 reclusos)

Tipo de libertad	Total	Número de ingresos al penal										Total (R)	Total (R)
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	13		
Totales	**1671**	**1232**	**283**	**80**	**35**	**14**	**13**	**4**	**3**	**5**	**2**	**439**	**100%**
Comparecencia restringida	248	217	21	7	0	1	2	0	0	0	0	31	7%
Absolución	285	211	50	9	6	1	3	1	2	2	0	74	17%
Suspendida condicional	185	142	28	8	5	1	1	0	0	0	0	43	10%
Suspendida en ejecución	56	50	4	1	0	0	0	1	0	0	0	6	1%
Cese de medida de internamiento "comparecencia"	75	61	11	2	1	0	0	0	0	0	0	14	3%
Sobreseimiento	36	32	4	0	0	0	0	0	0	0	0	4	1%
Libertad inmediata	43	29	9	2	1	0	2	0	0	0	0	14	3%
Arresto domiciliario	39	31	7	0	0	1	0	0	0	0	0	8	2%
Otro tipo de libertad	232	163	48	14	4	1	2	0	0	0	0	69	15%
Pena cumplida con rendición	170	92	35	22	10	5	2	1	0	2	1	78	18%
Pena cumplida	164	94	43	10	8	4	1	1	1	1	1	70	16%
Semilibertad	103	86	15	2	0	0	0	0	0	0	0	17	4%
Libertación condicional	35	21	8	3	0	0	0	0	0	0	0	11	3%

Fuente: Unidad de Estadística - INPE

A partir, pues, de las constataciones realizadas, resulta razonable sostener la hipótesis de que a las agencias oficiales de prevención y control de la criminalidad, entre ellas el Poder Judicial, les corresponde una cuota sensible de responsabilidad en la internalización de las percepciones de inseguridad ciudadana y de ineficacia estatal para reprimir la delincuencia violenta y organizada. Esto es, que no vienen cumpliendo un rol decisivo en el control del delito, por lo que se demanda de ellas acciones idóneas para corregir su actual desempeño[25].

Sin embargo, no es posible soslayar de un análisis objetivo, los aportes e iniciativas que en los últimos siete años también ha promovido el Poder Judicial para revertir el alto grado de desconfianza social que lo afecta. Lo lamentable, es que aún la judicatura no ha logrado hacer conocer a la población tal actitud y prácticas proactivas. Y en este encubierto escenario están integradas importantes ***líneas de acción positivas***, que son compatibles con los programas oficiales y multisectoriales de control y represión de la criminalidad violenta u organizada. De ellas consideramos pertinente referirnos a las siguientes:

1. **La elaboración y remisión al Congreso de la República de un Proyecto de Ley que sirvió para la elaboración de la Ley N.º 30076 contra la inseguridad ciudadana.** Este documento reformuló e innovó normas penales, procesales, penitenciarias relativas a medidas socio-educativas de internación. Además, de este Proyecto surgió el nuevo modelo de determinación judicial de la pena que hará posible que, en adelante, toda pena que imponga un órgano jurisdiccional sea predecible, motivada y justa.

2. **Se han redactado múltiples Acuerdos Plenarios sobre aspectos controvertidos de las normas penales relacionadas con la criminalidad violenta y organizada**. Entre ellos cabe destacar los referentes a la configuración de reglas para la mejor aplicación de las disposiciones sobre reincidencia y habitualidad; así como la definición de criterios hermenéuticos para la correcta calificación jurídica de delitos complejos como el lavado de activos, el tráfico de drogas y la trata de personas. Merece especial atención el Acuerdo Plenario que definió pautas para la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas involucradas en la comisión o encubrimiento de delitos. Estas disposiciones han sido, luego, recogidas por la Ley N.º 30077 contra el Crimen Organizado que las incorporó al Código Penal como artículo 105º-A.

25 Cfr. VALDÉS DANCUART, Óscar, "Los retos en seguridad ciudadana", en *El Comercio*, Lima, 29 de junio de 2014, p. A-20; COSTA, Gino, "Sugerencias para una política de seguridad", en *El Comercio*, Lima, 28 de julio de 2014, p. A-11.

3. **Participación activa y directa en la formulación e implementación de propuestas estratégicas importantes, y multisectoriales contra la criminalidad e inseguridad ciudadana**. Entre estos lineamientos de políticas públicas cabe mencionar el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana; el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo; el Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal y el Plan Nacional de Política Criminal Priorizado sobre Delitos Patrimoniales. Asimismo, el Poder Judicial como integrante del Consejo Nacional de Política Criminal - CONPOC, ha sido el promotor y conductor fundamental de la creación del **Observatorio Nacional de la Criminalidad**, que será un órgano técnico que concentre información empírica y produzca inteligencia estratégica para adoptar las mejores decisiones de política criminal preventiva y represiva, de la criminalidad violenta y organizada.
4. **Intervención institucional en la formulación y redacción multisectorial de la Guía de Actuación Conjunta contra la Delincuencia y el Crimen Organizado**. Además, el Poder Judicial ha sido el primer sector que ha aprobado oficialmente este importante documento que permitirá una interoperactividad efectiva y eficaz en procedimientos de pesquisas y de investigación especial de la criminalidad.

Acciones positivas realizadas por el Poder Judicial contra la criminalidad y la inseguridad ciudadana

1. Elaboración de un proyecto de ley de reformas a los Códigos Penal, Procesal Penal, de Ejecución Penal y de Niños y Adolescentes que sirvió de base a la Ley N.º 30076.
2. Participación activa en el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana-CONASEC; en el Consejo Nacional de Política Criminal-CONAPOC y en la Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento de Terrorismo-CONTRALAFT.
3. Intervención institucional directa en la elaboración e implementación del Plan Nacional de Seguridad Ciudadana; Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo; el Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal; el Plan Nacional de Política Criminal Priorizado Específicamente en lo Relacionado a Delitos Patrimoniales.
4. Coordinación y conducción de la creación y operatividad del Observatorio Nacional de la Criminalidad.
5. Elaboración y aprobación de múltiples acuerdos plenarios sobre delitos y consecuencias jurídicas relacionados al control y represión de la criminalidad violenta y organizada.
6. Directivas de la Presidencia del Poder Judicial para la correcta aplicación de la pena, la suspensión de la ejecución de la pena y la concesión de beneficios penitenciarios.
7. Participación institucional en la elaboración de la Guía de Actuación Conjunta contra la Delincuencia y el Crimen Organizado.
8. Programas continuos de capacitación en determinación judicial de la pena y delitos de criminalidad organizada.

Es evidente, entonces, a partir de las medidas descritas, que el Poder Judicial ejercita un compromiso material con las políticas públicas que se diseñan para contrarrestar la presencia relevante de la criminalidad en el país. Por consiguiente, el Poder Judicial, al igual que los demás sectores integrantes del sistema penal, están obligados en la coyuntura actual a redoblar sus esfuerzos y hacerlos más perceptibles a la población, solo así les será posible atenuar la inocultable cuota de responsabilidad que se les suele atribuir en la configuración del estado de inseguridad ciudadana que vive la sociedad peruana. Sobre todo si recientes estadísticas del Poder Judicial, también registran datos relevantes en torno al número de condenas por delitos violentos y con aplicación de penas severas como la cadena perpetua, tal como se consigna en el cuadro siguiente.

Personas condenadas por delitos vinculados a la inseguridad ciudadana

Período	Enero - Diciembre 2013		Enero - Diciembre 2014	
Total general	**59.563**	**100%**	**15.284**	**100%**
Condenados por delitos contra el patrimonio sobre el total general	17.566	29%	4060	27%
Condenas a cadena perpetua sobre el total general	100	0,16%	22	0,03%

Fuente: Poder Judicial

Al respecto, las tareas inmediatas se vinculan, principalmente, con el desarrollo de programas conjuntos de capacitación intensiva que integren a jueces, fiscales y policías, a fin de asegurar una eficiente aplicación de las nuevas Leyes N.º 30076 y N.º 30077. Si bien se trata de una gran oportunidad que tienen las agencias del Sistema Penal de poder reconciliarse con la población y superar esa mala imagen de ser instituciones generadoras de inseguridad ciudadana, constituye también un gran reto. En efecto, la puesta en vigencia de la Ley N.º 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado coloca un escenario definitivo para el Estado y sus políticas públicas contra la delincuencia, y la inseguridad ciudadana. Su posicionamiento, pues, en este contexto, solo puede expresarse y explotarse, positivamente, como una práctica inteligente, eficiente y prudente. Esto es, como un planeamiento estratégico y operativo capaz de proyectar un mensaje claro de compromiso contra la criminalidad capaz de agotar, o cuando menos reducir la marcada indiferencia y desconfianza que hoy predominan en el colectivo nacional.

3. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y LA LEY N.° 30076

3.1. La persistencia de un viejo problema

La determinación judicial de la pena continúa siendo el principal problema teórico y práctico del derecho penal peruano[26]. En cuanto a lo primero, la doctrina nacional sigue ocupándose episódicamente de dicha materia a la vez que ensayando una dogmática deficiente y generalmente distorsionadora del marco legal vigente. Y, en cuanto a lo segundo, los operadores del sistema penal (jueces, fiscales y abogados) persisten en expresar, a través de sus decisiones, pretensiones y prácticas, un desconocimiento de la naturaleza, operatividad y efectos de las reglas penales que se aplican en este dominio. Esta crónica y disfuncional situación se remonta a la vigencia del Código Penal de 1924, el cual introdujo un modelo ecléctico de regulación del procedimiento judicial de aplicación de penas (artículos 50º y 51º) que se afianzó, luego, con las disposiciones pertinentes del Código Penal de 1991 (artículos 45º y 46º). Pero, además, en la actualidad también representa un recurrente problema psicosocial que, como se ha reseñado, coloca a las agencias del sistema penal en un contexto de deslegitimación social integrable a la etiología de la inseguridad ciudadana.

Todo parece indicar, pues, que los esfuerzos que hemos desplegado desde el año 2000 por promover un cambio de actitud en torno a la adecuada teorización y aplicación de las sanciones penales en el país no han logrado mayor impacto[27]. Similar destino han tenido también los diferentes Acuerdos Plenarios que hemos venido impulsando desde la Corte Suprema de Justicia de la República a partir de 2008[28]. En efecto, los defectos y malas prácticas en la graduación punitiva, persisten aún, con alta frecuencia, en los dictámenes fiscales así como en las sentencias judiciales que se pronuncian sobre la imposición formal y concreta de una pena para el autor o partícipe culpable de un delito.

Es, pues, en ese contexto, que con la promulgación de la Ley N.º 30076, del 19 de agosto de 2013, se ha introducido en nuestro sistema penal un nuevo marco normativo para regular el procedimiento de determinación judicial de la pena. Serán sus normas, reglas y esquemas los que comentaremos a

26 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Código Penal*, Palestra, Lima, 2011, pp. 59 y ss.

27 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pp. y ss.; PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal*, Idemsa, Lima, 2009, pp. 111 y ss.; HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA, *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Idemsa, Lima, 2011, T. II, pp. 325 y ss.

28 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Determinación judicial de la pena y Acuerdos Plenarios*, Idemsa, Lima, 2010, pp. 119 y ss.

continuación, con el renovado propósito de promover en la administración de justicia penal nacional, mejores registros en la aplicación de penas legales, justas, predecibles y, sobre todo, racionalmente justificadas[29].

3.2. Las fuentes legales

Cabe recordar que las reglas sobre aplicación de la pena no fueron objeto de modificaciones trascendentes durante todo el proceso de reforma del Código Penal de 1924, que comenzó en setiembre de 1984 y que culminó en abril de 1991 con la promulgación del Código Penal vigente[30]. Esto es, la reformulación de las normas sobre determinación judicial de la pena permaneció, por más de 80 años, como una tarea pendiente del legislador nacional. Esta apatía legislativa será superada, repentinamente, en el marco de un apresurado proceso de replanteo de las estrategias jurídicas contra la inseguridad ciudadana y que dará lugar a la promulgación de la Ley N.º 30076[31].

Sin embargo, las normas vinculadas a la determinación judicial de la pena, contenidas en la Ley N.º 30076, no surgieron de la improvisación. En realidad, ellas fueron estructurándose, paulatinamente, durante el desarrollo de un hasta ahora frustrado proceso de revisión integral del Código Penal de 1991 y que comenzó el 2004. Aquel año se hizo publicó un Anteproyecto de Reforma de la Parte General, que redactó una Comisión Especial Revisora del Código Penal y que promovió el Congreso de la República a través de la Ley N.º 27837 del 4 de octubre de 2002[32].

Este primer antecedente incluyó un modelo de origen colombiano (cfr. Código Penal colombiano del 2000, artículo 61º) basado en la configuración de un espacio punitivo general, o pena básica, que generaba, luego, en su interior, cuatro segmentos específicos entre los cuales el trabajo explorador y analítico de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes en el caso objeto de condena, llevarían al Juez a construir y decidir la pena concreta del condenado en uno de ellos (cfr. artículos 45º y 49º). Este esquema innovador e inédito para nuestra legislación penal ofrecía, pues, en principio, un evidente aporte sistemático a la vez que reducía razonablemente el espacio de arbitrio judicial. Pero, además, en el Anteproyecto 2004 se incluían, como ocurría, en el viejo Código Penal de 1863 de inspiración hispánica (cfr.

29 Con anterioridad esbozamos una primera aproximación al estudio de estas modificaciones en CANCHO ALARCÓN, Rafael E., *La imputación del delito y de la pena en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2014, pp. 75 y ss.

30 Cfr. artículo 70º del Proyecto de Código Penal de abril de 1986.

31 Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N.º 1627/2012-PJ, remitido al Congreso de la República por la Presidencia del Poder Judicial el 22 de octubre de 2012, p. 5 y ss.

32 Cfr. CHAMORRO BALVÍN, Alcides, *Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte General*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004.

artículos 9º y 10º), catálogos cerrados de circunstancias genéricas agravantes y atenuantes (cfr. artículos 46º y 47º). De esta manera se intentaba superar el modelo helvético, de estructura abierta e innominada, que generó una mala práctica fiscal y judicial, consistente en referirse en los dictámenes o sentencias solo al numeral que contenía el catálogo de circunstancias —artículo 51º del Código penal de 1924 y artículo 46º del Código Penal de 1991— sin precisar ni deslindar cuáles circunstancias estuvieron materialmente presentes o no en el hecho punible cometido. Así, por ejemplo, en una Ejecutoria Suprema del 16 de abril de 1968, los magistrados se limitaron a señalar que

> "[La] sanción penal debe aplicarse teniendo en cuenta el criterio que informa el artículo cincuenta y uno del Código Penal y que la finalidad de la punición no la constituye el delito sino el delincuente"[33].

Por su parte, en la Ejecutoria Suprema del 9 de diciembre de 1998 también se mencionó de modo general que

> "para los efectos de la imposición de la pena a los acusados (...) debe tenerse en cuenta sus condiciones personales, así como la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo, conforme a lo dispuesto por el artículo cuarenta y seis del Código Penal"[34].

En el artículo 49º del Anteproyecto de Código Penal de 2004 se regulaba el **"Ámbito de movilidad de individualización de la pena"** en los siguientes términos:

> "Para efectuar el proceso de individualización, el juez dividirá el ámbito punitivo de movilidad de la pena conminada para cada tipo en cuartos.
>
> 1º Si concurren circunstancias atenuantes o no concurren atenuantes ni agravantes, el juez solo podrá individualizar la pena dentro del primer cuarto sobre el extremo mínimo de la pena.
>
> 2º Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes se individualizará la pena dentro de los cuartos intermedios.
>
> 3º Si concurren circunstancias agravantes se individualizará la pena dentro del último cuarto por debajo del máximo de la pena"[35].

Sin embargo, la meridiana claridad de esta disposición resultaba oscurecida por las reglas operativas que definía el artículo 45º al que se sumilló como **"Proceso de individualización de la pena"** y cuyo texto legal era este:

33 Cfr. ESPINO PÉREZ, Julio D., *Código Penal*, 7ª ed., Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 79.

34 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999, pp. 293 y 294.

35 Cfr. CHAMORRO BALVÍN, *Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte General*, cit.

"Para determinar la pena aplicable, el juez debe atender a las siguientes etapas sucesivas:

1º Identificar la pena básica, la que está constituida por la sanción conminada. En el caso de penas alternativas el juez escogerá una de ellas.

2º Establecer la pena concreta atendiendo a las atenuantes señaladas en los artículos 13º, 14º, 15º, 16º, 21º y 25º, si fuera el caso.

3º Individualizar la pena, atendiendo a cada una de las circunstancias aplicables previstas en los artículos 46º, 47º y 48º.

(...)"[36].

Al margen de la equivocada designación como **atenuantes** que se otorgaba en el inciso 2º, a supuestos que técnicamente eran **causales de disminución de punibilidad** por omisión impropia, error vencible de prohibición, tentativa, eximentes imperfectas o complicidad secundaria, el citado texto legal regulaba una confusa secuencia de operaciones que tampoco fue esclarecida en los pasajes pertinentes de la Exposición de Motivos del Anteproyecto[37]. Al parecer lo que generó tan incoherente redacción, fue la notoria desinformación que evidenciaba el legislador nacional en torno a las complejas y singulares características del sistema colombiano que eligió como fuente, y donde la eficacia y oportunidad operativa de las reglas de dosificación punitiva en casos de tentativa o eximentes imperfectas, son muy diferentes de las previstas en la legislación peruana (cfr. artículos 27º, 30º y 32º.7 del Código Penal colombiano). En efecto, en el derecho penal colombiano tales causales de disminución de punibilidad determinan que el marco punitivo conminado para el delito cometido se reduzca en ambos extremos de la pena conminada y que luego el espacio de punibilidad rediseñado sirva para la búsqueda de la pena concreta[38]. Lamentablemente, este raro esquema de determinación judicial de la pena que planteó el Anteproyecto de Código Penal de 2004, alcanzó a formalizarse en el derecho penal militar. Es así que en el artículo 31º, del Decreto legislativo 1094 o Código Penal Militar Policial, y bajo la denominación de "**Parámetros y fundamentos para la individualización de la pena**", lo encontramos previsto del modo siguiente:

"1. Para la individualización de la pena, el juez deberá identificar la pena básica conminada, luego dividirá el ámbito punitivo de movili-

36 Cfr. CHAMORRO BALVÍN, *Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte General*, cit.

37 Ver CHAMORRO BALVÍN, *Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte General*, cit., p. 36, apartado 31 de la Introducción.

38 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comlibros, Bogotá, 2009, pp. 1092 y ss.

> dad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos intermedios y uno máximo.
>
> 2. El juez solo podrá actuar dentro del cuarto mínimo cuando existan únicamente circunstancias atenuantes; dentro de los cuartos intermedios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente existan circunstancias agravantes"

Una segunda fuente legal, ya más cercana al sistema elegido por la Ley N.º 30076, correspondió al Anteproyecto de Código Penal 2008-2010[39]. Este documento fue también resultado del trabajo colectivo de una Comisión Especial Revisora del Código Penal, patrocinada por la representación nacional y que fue constituida por Ley N.º 29153 del 15 de diciembre de 2007. Nos correspondió integrar dicha Comisión multisectorial en representación del Poder Judicial y proponer, justamente, las normas concernientes a la determinación judicial de la pena. Al respecto, las principales decisiones adoptadas partían de modificar el sistema configurado por el Anteproyecto 2004 y sustituirlo por un nuevo esquema operativo menos complejo y de articulado más coherente. Asimismo, afinar las disposiciones sobre agravantes y atenuantes genéricas así como las correspondientes a circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas (cfr. artículo 44º). Igualmente se acordó incluir un nuevo criterio de fundamentación y determinación que tomaba en cuenta el abuso de la posición de poder y privilegio social de la que era poseedor el autor del delito (cfr. artículo 43º.1).

El artículo 44º adoptó un esquema distinto para la determinación de la pena básica y de la pena concreta que fue denominado "**de los tercios**", en alusión a la disposición legal que mandaba al juez configurar tres segmentos operativos al interior de los límites de la pena básica y que serían el espacio punitivo de definición de la pena concreta. Esto último deberá hacerse siempre en función a la mayor o menor presencia en el caso *sub judice* de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas. El marco legal era el siguiente:

> "Toda condena deberá contener una fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.
>
> Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible, o modificatorias de la responsabilidad. El Juez determinará la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

39 Cfr. TORRES CARO, Carlos Alberto, *El nuevo Código Penal peruano*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011.

1. Identificará la pena básica o espacio punitivo de determinación a partir de la pena fijada en la ley para el delito.
2. Determinará la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Para ello, observará las reglas siguientes:
   a. Dividirá el espacio punitivo de la pena básica en tres partes.
   b. Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio inferior.
   c. Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio intermedio.
   d. Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio superior.
   3. Cuando concurran circunstancias atenuantes o agravantes cualificadas, la pena concreta se determinará de la manera siguiente:
   a. Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determinará por debajo del tercio inferior.
   b. Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determinará por encima del tercio superior.
   c. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determinará dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito".

La Exposición de Motivos destaca la utilidad de este modelo de determinación judicial de la pena en el siguiente pasaje:

> "Con relación a la determinación judicial de la pena, se construye un procedimiento más accesible a la judicatura y más predecible en sus resultados. Para ello se establecen catálogos de circunstancias agravantes y atenuantes, a la vez que se regulan reglas precisas para la individualización de la pena concreta. Un aspecto destacable en este dominio es la obligación legal de fundamentar el resultado punitivo que deberá realizar el órgano jurisdiccional; asimismo, se ha planteado también una idea que subyace en la experiencia jurídica cotidiana y es la de institucionalizar que el juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tendrá en cuenta los derechos de la víctima"[40].

40 Cfr. TORRES CARO, *El nuevo Código Penal peruano*, cit., p. 106.

Otra innovación importante que aportó el Anteproyecto 2008-2010 fue la inclusión de reglas de fundamentación y determinación judicial de consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas (cfr. artículo 110º) aunque les negó aun la condición de penas, calidad que ya les había concedido el derecho penal español[41]. En torno a esta incorporación legal, el legislador señaló:

> "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas adquieren autonomía sistemática al tratárseles en un título propio y como medidas aplicables a estos entes colectivos. Igualmente, se adiciona un artículo para establecer los criterios de fundamentación y determinación de las medidas que resulten aplicables al caso, con lo cual se supera una notable omisión del texto actualmente vigente del Código Penal que se limita a enunciar solamente cuales son".

Cabe señalar que esta propuesta del Anteproyecto 2008-2010 fue incorporada recientemente al Código Penal con la Ley N.º 30077 (cfr. artículo 105º-A).

La tercera fuente legal proviene en exclusiva del Poder Judicial y está ligada directamente con la promulgación de la Ley N.º 30076. Se trata de un Proyecto inicialmente redactado por una Comisión de Expertos que convocó el Poder Judicial y que fuera luego revisado por una Comisión de Jueces Supremos que tuve el honor de presidir. El documento final fue aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República[42] y remitido al Congreso Nacional el 22 de octubre de 2012[43]. En la Exposición de Motivos de esta propuesta legislativa se hizo hincapié en la problemática específica de la determinación judicial de la pena precisándose que "el Código Penal vigente no establece de manera precisa el procedimiento técnico que debe seguir el Juez Penal para la imposición de una sanción"[44].

El proyecto judicial fue determinante en la confección de la Ley N.º 30076 recibiendo muy pocas observaciones y modificaciones de parte de las Comi-

41 Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "*Societas delinquere potest*: la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 56, febrero, Lima, 2014, pp. 165 y ss.

42 Cfr. Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal y su Reglamento (Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N.º 116-2012-SP-CS-PJ), del 18 de octubre de 2012. Versión en línea: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/salaplena/..%5C..%5CCorteSuprema%5CSalaPlena%5CDocumentos%5CRA_116-2012-SP-CS-PJ.pdf>.

43 Cfr. Oficio N.º 6425-2012-SG-CS-PJ del 22 de octubre de 2012.

44 Cfr. Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal y su Reglamento (Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N.º 116-2012-SP-CS-PJ), del 18 de octubre de 2012, parágrafo 7.

siones y el Pleno Parlamentario que lo evaluaron y aprobaron sin mayores discusiones. Por consiguiente, cabe calificar a este instrumento como **la verdadera fuente legal** de la citada ley. En lo esencial, él planteaba modificar el artículo 46º del Código Penal e introducir en este un nuevo artículo signado con el numeral 45º-A. El primer cambio propuesto consistía en la configuración de un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes genéricas similar en contenidos al que consideraron los Anteproyectos 2004 y 2008-2010; esto es, conservando una clara influencia del derecho penal colombiano. Por su parte, la segunda propuesta reformista introducía también un procedimiento de determinación judicial de la pena que se estructuraba con la misma textura legal y con iguales reglas que las contenidas en el Anteproyecto de 2008-2010; es decir, las normas sugeridas por el Poder Judicial ratificaban la voluntad de introducir el modelo de los "tercios". Esto último era coherente en tanto las normas pertinentes del citado Anteproyecto le fueron también aportadas por el Representante del Poder Judicial (Dr. Víctor Prado Saldarriaga). Al respecto, la detallada Exposición de Motivos también daba cuenta precisa de esta importante conexión:

> "El Proyecto propone incorporar el artículo 45º-A **Individualización de la pena** al Código Penal, el que tiene su fuente legal en el artículo 44º del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal 2008-2009 y un antecedente inmediato en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2004, que en puridad reprodujo los criterios esbozados en el Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ del 18 de julio de 2008, y que la Resolución Administrativa N.º 311-2011-P-PJ del 2 de setiembre de 2011, se encargó de ratificar"[45].

Ahora bien, a diferencia del Anteproyecto de Código Penal 2008-2010 que detalló en su artículo 47º las circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas, considerando como representativa de estas últimas **a la leve afectación del bien jurídico producida por el delito,** el Proyecto del Poder Judicial no incluyó una disposición similar, limitándose, únicamente, a mantener, aunque con mejor redacción, los artículos 46º-B y 46º-C sobre reincidencia y habitualidad. Esta sensible omisión, que no fue advertida durante el trámite parlamentario que tuvo el Proyecto en el Congreso de la República, se trasladó a la Ley N.º 30076 y constituye, en la actualidad, una notoria deficiencia del nuevo marco legal de determinación de la pena que en el inciso 3 del artículo 45º-A alude a ***"circunstancias atenuantes privilegiadas"*** inexistentes, de momento, en el Código Penal o en las Leyes que integran el Derecho

45 Cfr. Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal y su Reglamento (Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N.º 116-2012-SP-CS-PJ), del 18 de octubre de 2012, parágrafo 18.

Penal accesorio o complementario nacional. A este nivel cabe reiterar que las disposiciones que en nuestra legislación punitiva aluden a la tentativa (artículo 16º-CP), la complicidad secundaria (artículo 25º, segundo párrafo CP) o la realización imperfecta de una causal de exención de responsabilidad penal (artículos 14º *in fine*, 21º y 22º-CP) no son atenuantes privilegiadas sino causales **de disminución de punibilidad con operatividad y eficacia diferente de aquellas.**

El texto del artículo 45º-A del Proyecto era el siguiente:

> "Toda condena deberá contener una fundamentación explicita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.
>
> Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.
>
> El Juez determinará la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:
>
> 1. Identificará la pena básica o espacio punitivo de determinación a partir de la pena fijada en la ley para el delito.
> 2. Determinará la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Para ello, observará las reglas siguientes:
>   a. Dividirá el espacio punitivo de la pena básica en tres partes.
>   b. Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio inferior.
>   c. Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio intermedio.
>   d. Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del tercio superior.
> 3. Cuando concurran circunstancias **atenuantes privilegiadas** o agravantes cualificadas, la pena concreta se determinará de la manera siguiente:
>   a. Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determinará por debajo del tercio superior;
>   b. Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determinará por encima del tercio superior; y

c. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determinará dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito"[46].

Ahora bien, el Proyecto del Poder Judicial del 2012 también consideró la inclusión de un nuevo artículo en el Código Penal, el 105º-A, destinado a identificar "Criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas". Pero, además, esta iniciativa judicial planteó, por primera vez en nuestra legislación penal fundamental, la responsabilidad penal y la aplicación de penas para la persona jurídica que se involucrara en un hecho punible, para lo cual propuso la modificación del artículo 105 del modo siguiente:

> "**Artículo 105º.- Responsabilidad penal de las personas jurídicas.-** Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho.
>
> Las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de sus gestores y órganos, ha podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control a tendidas las concretas situaciones del caso.
>
> El Juez aplicará según corresponda:
>
> 1. Pena de multa a la persona jurídica no menor de diez ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.
> 2. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de 5 años.
> 3. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
> 4. Suspensión de actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor a dos años.
> 5. Prohibición a la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

46 Cfr. Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal y su Reglamento (Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N.º 116-2012-SP-CS-PJ), del 18 de octubre de 2012, artículo 45º-A.

> La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.
>
> Cuando se aplique cualquiera de estas consecuencias jurídicas, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un periodo de dos años.
>
> El cambio de la razón social, la personería jurídica o la organización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.
>
> Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al estado, a las administraciones públicas, a los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de Derecho Público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía administrativa, o ejecuten políticas públicas, o presten servicio de interés económico en general"[47].

Lamentablemente, esta innovadora disposición penal no fue aprobada por el Congreso y quedó excluida de los alcances reformistas de la Ley N.º 30076.

3.3. El nuevo marco legal

La Ley N.º 30076 realizó una verdadera reforma de la normatividad referente a la determinación judicial de la pena contenida en el Código Penal de 1991. Como se declaraba en su extenso título, la finalidad político-criminal de sus modificaciones e innovaciones legales no era otra que "**combatir la inseguridad ciudadana**". Esto es, el legislador nacional consideraba que una estrategia instrumental importante, para realizar dicho objetivo, radicaba en mejorar los procedimientos técnicos y la práctica judicial de aplicación de las penas. En ese sentido también se expresaba la Exposición de Motivos del Proyecto Judicial de 2012:

> "La realidad criminal nacional nos muestra un panorama cada vez más violento. Los índices de la delincuencia se incrementan notablemente. Ello determina que se instalen o reformulen políticas públicas precisas en la agenda de los diferentes poderes del Estado, entre

47 Cfr. Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal y su Reglamento (Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N.º 116-2012-SP-CS-PJ), del 18 de octubre de 2012, artículo 105º.

ellas, la del Poder judicial, con el fin de hacer frente de una manera más eficaz a este problema social"[48].

Por lo demás, como se ha destacado anteriormente, en el plano psicosocial la colectividad nacional asimilaba como un factor promotor de la inseguridad ciudadana y del incremento de la criminalidad violenta y organizada en el país, la deficiente práctica que habían exhibido reiteradamente los órganos jurisdiccionales al momento de tomar decisiones punitivas y que rara vez compatibilizaba con los principios rectores de legalidad y de pena justa. En consecuencia, esta clase de reformas fueron recepcionadas favorablemente por su incuestionable pertinencia y oportunidad.

El nuevo marco legal que aportó la Ley N.º 30076 para la determinación judicial de la pena tenía la siguiente estructura y composición morfológica:

1. El **artículo 45º. 1** incorporaba como un presupuesto adicional para fundamentar y determinar la pena, que el agente al cometer el delito haya hecho "abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad".
2. El **artículo 45º-A** que diseñaba un procedimiento esquemático para construir la pena aplicable al autor o partícipe culpable del delito al cual el legislador denominó "individualización de la pena".
3. Finalmente, en el **artículo 46º** se incluyeron las "circunstancias de atenuación y agravación", las cuales fueron integradas en dos catálogos. El correspondiente al inciso 1 reunía ocho atenuantes genéricas y en el inciso 2 se agruparon 13 agravantes genéricas.

Este registro numérico de los cambios introducidos fue complementado con ligeras modificaciones ocurridas en los **artículos 46º-B y 46º-C** que regulaban las circunstancias agravantes cualificadas de *reincidencia* y *habitualidad.* Otros cambios conexos a las reglas de determinación de la pena, que también se aplicaron con la Ley N.º 30076, afectaron los alcances de las disposiciones sobre disminución punitiva por *responsabilidad restringida por la edad* del agente del **artículo 22º;** la extensión cualitativa y cuantitativa de la pena de *inhabilitación* configurada en los **artículos 36º y 38º** ; y los requisitos y reglas de conducta estipulados en las medidas alternativas a las penas privativas de libertad de régimen de prueba; esto es, de la *suspensión de la ejecución de la pena* normada en los **artículos 57º y 58º** y de la *reserva del fallo condenatorio* prevista en los **artículos 62º y 64º.** En torno a estas últimas normas legales, cabe resaltar que ellas integraron como innovadora regla de

48 Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal y su Reglamento (Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N.º 116-2012-SP-CS-PJ), Exposición de Motivos, parágrafo 1.

conducta, aplicable al régimen de prueba de ambas medidas, la *"Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol"* (cfr. artículos 58º.6 y 64º. 6 CP) dando así posibilidad legal para ensayar en nuestro país programas de **Justicia Penal Terapéutica,** similares a los que viene auspiciando desde hace algunos años la CICAD-OEA en varios países de la región como Chile, México o República Dominicana.

4. UNA NUEVA DOGMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Una consecuencia inmediata de la incorporación de un nuevo marco legal para la determinación judicial de la pena es, sin lugar a dudas, la necesidad teórica y práctica de construir también una nueva dogmática que ayude a la adecuada designación y aplicación de sus normas, categorías y procedimientos.

Especialmente en nuestro país cubrir este requerimiento epistemológico resulta pertinente e indispensable, ya que históricamente este ámbito ha permanecido ausente del interés técnico de los juristas y rodeado de múltiples conceptos prácticos incorrectos o distorsionados. Ejemplo de esta última deficiencia ha sido el de denominar y entender que **la confesión sincera, la tentativa o la complicidad secundaria son todas circunstancias atenuantes**; o interpretar, al pie de la letra, que si el legislador alude a los efectos punitivos de supuestos legales similares con un "el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal", como ocurre en el artículo 21º del Código Penal vigente, que trata de las **eximentes imperfectas**, la ley otorga al órgano jurisdiccional la absoluta facultad de, incluso, ignorar la presencia material de sus presupuestos y requisitos funcionales y, por tanto, no generar ningún efecto reductor de la punibilidad establecida.

No obstante, hay que reconocer que también en otros sistemas normativos, más complejos y mejor estudiados, como el español, la dogmática penal de la determinación de la pena no ha alcanzado aún un desarrollo equivalente al producido en torno al hecho punible. Al respecto, es muy válida la crítica formulada por SILVA SÁNCHEZ quien reconoce que siempre "la teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del cuánto de la pena dentro del marco legal se quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento"[49].

Ahora bien, entre nosotros este evidente estancamiento tiene diversa etiología. Sin embargo, en lo esencial, él se origina por la inidónea técnica legislativa empleada por el legislador para regular tan delicada actividad ju-

49 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 19, Lima, 2007, p. 468.

risdiccional. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Código Penal nacional, el cual en su redacción original anterior a la Ley N.º 30076, reguló una limitada, obscura y dispersa normatividad sobre la determinación judicial de la pena. Efectivamente, sus disposiciones al respecto se encontraban repartidas, cuando no confundidas, en artículos aislados de la Parte General, así como en asistemáticas normas de la parte especial. Es más, también coexistían reglas sobre la determinación judicial de la pena esparcidas en la legislación procesal penal vigente. Tal desorden legislativo, lamentablemente, motivó poco el razonamiento especializado de los penalistas nacionales que poco aportaron para intentar conectar y explicar dogmáticamente tan confuso y anómalo sistema normativo. En este contexto, además, algunos autores como CARO CORIA trasladaron complejos criterios de la dogmática alemana totalmente ajenos a la redacción y estructura normativa nacional, incrementando con ello la nebulosa teórica y práctica sobre la materia[50].

A todas esas falencias del sistema normativo se agregaron, también, desde el quehacer de los operadores de justicia, la arbitrariedad, desorientación y complejidad práctica, lo cual fue tornando incomprensibles para todo examen de argumentación los resultados punitivos declarados en una sentencia condenatoria.

De allí, pues, que la teoría de la determinación judicial de la pena debe ser elaborada con el rigor científico que demanda su relevante utilidad práctica, razón por la cual nos alarma el inusitado interés por analizar la nueva normatividad que aporta la Ley N.º 30076 a través de enfoques desinformados, carentes de soporte teórico solvente y que registran evidentes cuotas de improvisación y desconcierto. Como destaca BESIO HERNÁNDEZ,

> "La individualización judicial de la pena constituye un ámbito especialmente complejo y problemático del quehacer judicial, principalmente porque el legislador no provee de reglas específicas susceptibles de ser utilizadas por el juez de forma unívoca en la elección de la respuesta punitiva adecuada al delito y a su autor, sino que, más bien, este se encuentra enfrentado a un sinnúmero de problemas, que requieren de la resolución previa de otro sinnúmero de problemas (así la interpretación de los criterios legales de medición), que dependen, unos y otros, en buena medida de su particular visión del sistema penal (de, por ejemplo, la finalidad que se considere cabe atribuir al Derecho penal y a la pena). En consecuencia, nunca es claro cuál es la

50 Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos, "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano", en *Rondando al Código Procesal Penal*, Corte Superior de Cajamarca, Cajamarca, 2014, pp. 402 y ss.

cuantía de pena que debe corresponder al delito cometido ni tampoco cuál es la cantidad de pena adecuada a su autor"[51].

Por consiguiente, la actitud responsable del jurista en este dominio es la única garantía de que las reformas introducidas por la Ley N.º 30076 alcancen los resultados positivos que de ella se esperan. En tal sentido, en un proceso transitorio de asimilación de las disposiciones y procedimientos regulados por la nueva legislación, el ensayo hermenéutico y el desarrollo de múltiples enfoques, por lo demás, poco coherentes o distorsionados, por parte de la doctrina nacional, solo pueden promover confusión y malas prácticas, a la vez que generar temor y recelo en torno a la utilidad de las innovadoras reglas de medición de la pena. Todo lo contrario, lo que la actual coyuntura de asimilación normativa requiere, es un meditado esclarecimiento teórico que con solvente y compatible argumentación dogmática, facilite y haga viable entre los operadores de la justicia penal el uso práctico del nuevo marco legal.

De allí que resulten preocupantes, por ejemplo, los bien intencionados pero apresurados comentarios que se vienen formulando y publicando en torno a las nuevas fórmulas de determinación judicial de la pena. Por ejemplo, los realizados por ORÉ SOSA, quien califica como de origen colombiano al artículo 45º-A y citando a VELÁSQUEZ da una lectura sesgada e incorrecta a la operatividad de la disposición nacional o confunde causales de disminución de punibilidad como la tentativa o las eximentes imperfectas con atenuantes privilegiadas; es más, por las notorias limitaciones técnicas de su exégesis, concluye sin poder desarrollar un esquema operativo, y necesariamente diferente del diseñado en el artículo 45º-A, para la decisión de la pena en caso de la presencia de lo que denomina circunstancias "específicas" (¿?) o de agravantes cualificadas como la reincidencia[52].

Algo similar ocurre con los esfuerzos hermenéuticos realizados por PÁUCAR CHAPPA, quien utilizando alguno de nuestros conceptos operativos, pero no adaptándolos plenamente a la nueva regulación, construye complejos esquemas que terminan confundiendo las distintas clases de circunstancias y sus diferentes momentos operativos y efectos. De esta manera, este autor pretende aplicar el sistema de tercios también en casos hipotéticos de concurrencia de una *circunstancia agravante específica de primer nivel* con la que denomina *circunstancia genérica privilegiada establecida en el artículo 22º*, la que en realidad técnicamente es una causal de disminución de pena[53]. Más

51 BESIO HERNÁNDEZ, Martín, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 23.

52 Cfr. ORÉ SOSA, Eduardo, "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad: a propósito de las modificaciones operadas por la Ley N.º 30076", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 51, setiembre, Lima, 2013, pp. 11 y ss.

53 PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy, "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 51, setiembre, Lima, 2013, pp. 28 y ss.

complicado es el análisis que formula JIMÉNEZ NIÑO, quien en sus ejemplos y cuadros hace concurrir circunstancias de operatividad técnica incompatible y esboza, también, un sofisticado *iter* de ubicación de la pena concreta que preferimos transcribir:

> "El procedimiento para la individualización de la pena concreta se inicia con la ubicación de intervalo de pena (pena abstracta), luego se realizan las modificaciones ante la presencia de circunstancias privilegiadas o cualificadas, para finalmente dividir el intervalo obtenido en tercios, y ubicar la pena concreta de acuerdo a las circunstancias atenuantes o agravantes contenidas en el artículo 46º"[54].

Diferente, aunque no menos incierta, ha sido la postura adoptada por VILLA STEIN que, con la prudencia de un Juez Titular de la Corte Suprema, ha preferido en la última edición de su *Derecho penal. Parte general*, ignorar los relevantes cambios introducidos en las disposiciones sobre determinación judicial de la pena y limitarse a seguir analizando las normas ya derogadas del texto original del artículo 46º del Código Penal, colaborando, de esa manera, a mantener la nebulosa dogmática que existe en torno a dicha temática en vez de procurar esclarecer sus alcances[55].

Ahora bien, en recientes desarrollos operativos, que se vienen produciendo en dictámenes fiscales y sentencias judiciales, también se detecta desconcierto y prácticas que distorsionan los contenidos y propuestas del nuevo marco normativo. Por ejemplo, en el Dictamen de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal N.º 446-2014-MP-FN-1ª FSP, del 22 de mayo de 2014, se ensaya el siguiente esquema para la determinación de la pena en casos de conclusión anticipada de la audiencia o conformidad:

> "[Cuando] se produce la conformidad, el Tribunal está vinculado y obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita, así como de la pena solicitada. Desde esa perspectiva, el margen de valoración permitido al Tribunal resulta mínimo; verbigracia, la determinación de la pena —cuando sea cuestionada (no solo mediante recurso, sino antes de la instalación del juicio o antes de expedirse sentencia)— no tendrá como referencia inicial la pena abstracta mínima y máxima del tipo penal; sino, el nuevo intervalo estará condicionada a la pena solicitada por el representante del Ministerio Público [...]".

Al margen de que esta interpretación ya confunde los efectos y la oportunidad aplicativa de las reglas de reducción por bonificación procesal que

54 Cfr. JIMÉNEZ NIÑO, Sergio, "La determinación de la pena en la Ley N.º 30076: ¿de dónde parto?", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 51, setiembre, Lima, 2013, pp. 43 y ss.

55 Cfr . VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Ara, Lima, 2014, pp. 567 y ss.

operan en los casos de conformidad según el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, se utiliza luego en la determinación de la pena un procedimiento complejo que equivocadamente identifica la tentativa con una atenuante privilegiada así como agravantes genéricas con específicas y que, finalmente, produce un resultado punitivo incomprensible:

"i) La pena abstracta mínima y máxima aplicable a este proceso es de 12 a 15 años; sin embargo, advertimos una circunstancia atenuante privilegiada; esto es, la tentativa del delito de robo agravado; por lo que conforme al artículo 45º-A, numeral 3, literal a), la pena se determina por debajo del tercio inferior; es decir, por debajo de los 12 años de pena privativa de libertad.

ii) En el presente caso, consideramos que por efecto de la tentativa debe reducírsele 3 años de pena privativa de libertad, resultando 9 años de pena privativa de libertad; en ese sentido, el nuevo intervalo para determinar la pena concreta será de 9 a 12 años de pena privativa de libertad. Que, en el presente caso no opera la confesión sincera realizada regulada en el artículo 136º del Código de procedimientos Penales; puesto que, para su configuración se necesita que seas espontánea, inmediata y coadyuve a la investigación, lo que no sucede porque los acusados fueron intervenidos en flagrancia.

iii) Los intervalos aplicables en este caso son 9-10,10-11 y de 11-12; siendo el caso que, la pena deberá ser determinada en el intervalo 10-11, porque concurre tanto una circunstancia atenuante genérica (no registra antecedentes penales) como una circunstancia agravante genérica (la conducta fue desarrollada por dos personas y con arma blanca), resultando aplicable el artículo 45º-A, numeral 2, literal c); es decir, se determina dentro del tercio intermedio.

iv) En el presente caso, corresponde determinar la pena de... en 10 años de pena privativa de libertad, lo que constituye una pena proporcional al hecho realizado, debiendo disminuírsele 1 año y 4 meses por los efectos premiales de la conclusión anticipada del juzgamiento, resultando la pena final a imponérsele de 8 años y 6 meses de pena privativa de libertad (Dictamen de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal N.° 446-2014-MP-FN-1.ª FSP, del 22 de mayo de 2014)".

Frente a tal estado de cosas, corresponde, pues, iniciar desde aquí la edificación de un renovado andamiaje dogmático que permita a los operadores de la justicia penal nacional, familiarizarse con los conceptos propios de la nueva teoría de la determinación judicial de la pena, a fin de que puedan, luego, aplicar debidamente el articulado configurado para ese propósito práctico por la Ley N.º 30076. En coherencia con ello a continuación desarrollaremos una selección de conceptos y contenidos teóricos, cual **definición de términos**, que abarcará la noción, ubicación sistemática y normativa, así como la

oportunidad operativa y eficacia de tales herramientas conceptuales. Algunas de estas categorías ya las habíamos dado a conocer en anteriores publicaciones[56] y a través del Acuerdo N.º 1-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, que redactamos para la Corte Suprema Plenario de Justicia de la República en el marco del IV Pleno Jurisdiccional en lo Penal de 2008 (cfr. fundamentos jurídicos 6º al 9º). Otras, en cambio, serán objeto de una reformulación y cambio de sentido a fin de responder a las nuevas estructuras normativas que propone la legislación ahora vigente.

4.1. Determinación judicial de la pena

Señala FEIJOO SÁNCHEZ: "Si se asume que el delito es un injusto culpable y graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable"[57]. En efecto, la determinación judicial de la pena parte de un hecho histórico verificable judicialmente y al cual cabe adscribirle consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva en función a su magnitud y significado social o político criminal. Para ello, el órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento, él se pronuncia sobre la tipicidad o relevancia penal de la conducta atribuida al procesado **(juicio de subsunción)**. Luego, a la luz de la evidencia existente decide la inocencia o culpabilidad de este en base a los hechos probados **(declaración de certeza)**. Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal del imputado deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle como autor o partícipe de la infracción penal cometida **(individualización de la sanción)**.

La **determinación judicial de la pena** tiene, pues, relación con esta última decisión judicial. Su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de **individualización de sanciones penales.** Como señala VELÁSQUEZ, con su estudio dogmático solo "se persigue jalonar la elaboración de una teoría de la medición de la sanción que sea coherente con los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico, de tal manera que sea posible lograr la imposición de una sanción racional, proporcional y, como consecuencia, adecuada en cada caso de la vida real"[58].

Por consiguiente, pues, en términos concretos podríamos señalar que con la expresión *determinación judicial de la pena*, se alude a un procedimien-

56 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, cit., p. 95 y ss.; PRADO SALDARRIAGA, *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal*, cit., pp. 113 y ss.

57 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 23, Lima, 2008, p. 199.

58 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 1084 y 1085.

to técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y ejecutivo la sanción a imponer en el caso *sub judice*. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso. En la legislación y en la doctrina especializada, esta actividad judicial también recibe otras denominaciones como **aplicación de la pena, individualización judicial de la pena** o **dosificación de la pena.** Sin embargo, en todas ellas subyace el mismo concepto funcional y la misma utilidad práctica que RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE resume en los siguientes términos:

> "proceso por el que se transforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo del Código Penal, en la concreta pena correspondiente al responsable de un hecho delictivo, de acuerdo con la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales" [59].

4.2. Etapas operativas de la determinación judicial de la pena

Al ser la determinación judicial de la pena un procedimiento, ella se desarrolla a través de una secuencia de etapas y actos que debe cumplir el órgano jurisdiccional hasta llegar a un resultado punitivo. Como señala BESIO HERNÁNDEZ dicho procedimiento "se lleva a cabo a través de varios niveles o pasos sucesivos y concatenados los unos a los otros" [60]. Tradicionalmente se han señalado en la determinación judicial de la pena dos etapas operativas: **la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta.** Cada una de ellas tiene una finalidad y dinámica distinta a la vez que responden a la orientación político-criminal de dos principios rectores: **el principio de legalidad** que controla el ejercicio de la primera etapa (*El juez solo puede aplicar la pena en la forma y magnitud que le autoriza la ley*) y **el principio de pena justa** que limita el resultado de la segunda (*El juez solo puede imponer la pena que corresponde a las circunstancias concurrentes en el caso*).

4.3. La primera etapa de identificación de la pena básica

La identificación de la pena básica es el primer paso en el proceso de determinación judicial de la pena. A través de ella, el Juez hace una declaración formal y expresa sobre su autoridad punitiva y sobre la legitimidad de

59 RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las Reformas del Código Penal de 2003*, 2ª ed., Thompson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 87.

60 BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, cit., p. 23.

su ejercicio. Él debe precisar y comunicar desde su sentencia cuales son los límites legales de la pena o penas aplicables. Para ello el órgano jurisdiccional debe partir de la **penalidad o pena conminada** prevista en la ley para cada delito. Se trata entonces de configurar, en base a él, un **espacio punitivo o de punición** el cual siempre debe contar con dos extremos: uno mínimo o **límite inicial** y uno máximo o **límite final**. Veamos: si tomamos como ejemplo el delito de homicidio simple, tipificado y sancionado en el artículo 106º del Código Penal, la pena básica o pena aplicable tendría que tomar en cuenta la pena fijada en dicha norma y establecer en función a ella el espacio de punibilidad, el que estaría compuesto por un límite inicial o mínimo de seis años y un límite final o máximo de veinte años. Sin embargo, en aquellos otros delitos donde por defecto de técnica legislativa solo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites, sea el mínimo o el máximo, el juez debe de integrar el límite faltante en base a los que corresponden genéricamente para cada clase de pena y que aparecen regulados en la Parte General del Código Penal, al precisarse las características específicas de cada sanción punitiva. En la legislación peruana, por ejemplo, ello ocurre en no pocos casos como en el delito de asesinato tipificado por el artículo 108º y donde la pena privativa de libertad conminada solo registra un límite mínimo o inicial de 15 años. En tal supuesto, el juez para poder identificar la pena básica deberá recurrir a los límites genéricos que establece el artículo 29º que trata de las penas privativas de libertad. Según dicha disposición, el magistrado integrará el límite máximo o final faltante y que sería de 35 años.

4.4. La segunda etapa de individualización de la pena concreta

La individualización de la pena concreta es la segunda etapa del procedimiento de determinación judicial de la pena. A ella le corresponde alcanzar el **resultado punitivo o pena concreta** que deberá cumplir el autor culpable del delito y que será la que realice el *jus puniendi* del Estado en la sentencia condenatoria. La característica fundamental de esta estación es el desplazamiento que debe realizar el juez dentro del espacio punitivo prefijado como pena básica en la primera etapa. Se trata, por tanto, de un quehacer exploratorio y valorativo que realiza el órgano jurisdiccional al interior de la materia fáctica o suceso histórico del caso *sub judice*. A través de él la autoridad judicial va indagando, identificando y calificando la presencia de **circunstancias concurrentes en la realización del delito**. Es importante señalar que no se debe omitir la presencia de ninguna circunstancia, pues ello afectará siempre la validez de la pena concreta por no adecuarse a las exigencias del principio de pena justa.

4.5. Las mutaciones conceptuales de la pena

Durante el procedimiento de su determinación judicial la pena experimenta sucesivas mutaciones que le aportan denominaciones distintas. En un

primer momento es una penal legal o penalidad conminada. Luego se convierte en una extensión punitiva o pena básica. Y, finalmente, se transforma en un resultado punitivo, pena ya determinada o individualizada, y a la que se denomina pena concreta. Cabe anotar, que en más de una ocasión la penalidad conminada de los delitos en la legislación nacional está integrada por dos o más penas como **penas conjuntas,** ello ocurre en los casos de los delitos de receptación patrimonial que contempla pena privativa de libertad y multa (artículo 194º CP) y de tráfico ilícito de drogas que incluye pena privativa de libertad, multa e inhabilitación (artículo 296º CP, primer párrafo). En estos supuestos, la determinación judicial de la pena concreta debe abarcar la individualización de las diferentes penas que componen la penalidad conminada. Algo diferente debe ocurrir cuando la penalidad conminada se componga de dos **penas alternativas** como se observa en el delito de autoaborto donde se comprende pena privativa de libertad y de prestación de servicios a la comunidad (artículo 114º CP). Aquí, el procedimiento de determinación de la pena solo se aplicará sobre la pena elegida por el juez.

4.6. Las circunstancias

Una de las definiciones más claras e ideográficas es la aportada por ANTOLISEI, quien señalaba que "[c]ircunstancia del delito (*de cincum stat*) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura"[61].

Ellas adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (**antijuridicidad del hecho**); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (**culpabilidad del agente**). Las circunstancias permiten, pues, valorar si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe. Su función principal, por tanto, no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido. Como destacan los especialistas, se trata, sobre todo, de "instrumentos legales de medición de la pena"[62].

61 ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general,* Uteha, Buenos Aires, 1960, p. 319.

62 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *et al., Esquemas de Derecho penal. Parte general. Nueva edición actualizada según la LO 5/2010 de Reforma del Código Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 159.

Cuando las circunstancias promueven una penalidad conminada o pena concreta mayor se les denomina **agravantes** y cuando auspician una penalidad conminada o pena concreta menor son llamadas **atenuantes.**

Las circunstancias no deben confundirse con otras reglas que afectan la construcción o extensión de la pena básica o concreta como son las denominadas **causales de disminución o incremento de punibilidad** (eximentes imperfectas, la tentativa o la complicidad secundaria) y las **reglas de reducción punitiva por bonificación procesal** (confesión sincera, colaboración eficaz o terminación anticipada del proceso). Los rasgos de identidad, oportunidad operativa y eficacia los examinaremos más adelante. Por tanto, es incorrecta la calificación de circunstancia privilegiada que el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal de 2014 (Proyecto de Ley N.º 3491/2013-CR del 14 de mayo de 2014) otorga a la tentativa inacabada en su artículo 23º. 2:

> "En la tentativa inacabada el juez reduce la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal señalado para el hecho punible cometido. *La tentativa inacabada constituye circunstancia atenuante privilegiada*".

Las circunstancias en la doctrina y en la legislación comparada pueden ser objeto de varias clasificaciones. Sin embargo, atendiendo a las características de nuestra legislación penal, consideramos pertinente referirnos solo a tres clases de circunstancias:

1. Las circunstancias genéricas.
2. Las circunstancias específicas.
3. Las circunstancias cualificadas o privilegiadas.

4.7. Circunstancias genéricas

Son circunstancias genéricas las que se regulan en la Parte General del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. Esta clase de circunstancias solo permiten al Juez individualizar la pena concreta dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica.

Ahora bien, cuando se trata de **atenuantes genéricas** que identifican una menor antijuricidad del hecho o una menor culpabilidad de su autor, ellas producen como consecuencia una menor punibilidad o posibilidad de sanción del delito y van a determinar una pena concreta menor, la que siempre se ha se proyectar hacia el extremo inicial o mínimo de la pena básica. Por el contrario, si son **agravantes genéricas** que tienen el rol de indicar una mayor antijuricidad de la conducta o una mayor culpabilidad del autor, su eficacia se expresará también como una mayor punibilidad o posibilidad de sanción del delito, la cual se materializará en una pena concreta mayor que se dirigirá siempre hacia el extremo final o máximo de la pena básica.

Siguiendo la técnica legislativa de los códigos penales colombiano (cfr. artículos 55º y 58º) y español (cfr. artículos 21º y 22º), la Ley N.º 30076 ha reunido un detallado listado de circunstancias genéricas en el artículo 46º. En el primer inciso de dicho dispositivo se incluyen **ocho atenuantes** que son las siguientes:

a) La carencia de antecedentes penales.

b) El obrar por móviles nobles o altruistas.

c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables.

d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.

e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias.

f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.

g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad.

h) La edad del imputado en tanto que ella hubiese influido en la conducta punible.

Y en su inciso segundo, el citado numeral ha definido **trece agravantes** que citamos a continuación:

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos.

c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole.

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.

f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito.

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función.

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito.

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional.

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales.

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

4.8. Circunstancias específicas

Estas circunstancias **específicas** solo se regulan en la Parte Especial y a través de catálogos o párrafos adicionales que van conexos a determinados delitos. Esa es la condición de las circunstancias agravantes organizadas en el catálogo del artículo 189º y que guardan conexión funcional exclusivamente con el delito de robo (artículo 188º) o de aquellas que enumeran los artículos 297º y 298º que están consideradas para operar únicamente como agravantes o atenuantes del delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 296º, párrafo primero); pero también del párrafo segundo de los artículos 108º-B y 152º que consignan agravantes específicas para los delitos de feminicidio y secuestro, respectivamente.

Tienen también la calidad de circunstancias específicas las que acompañan a delitos tipificados en disposiciones legales reguladas fuera del Código Penal e integrantes del denominado derecho penal complementario o accesorio. Ese es el de las circunstancias contempladas por el artículo 10º de la Ley N.º 2008 sobre delitos aduaneros, por el artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 813 sobre delitos tributarios; y por el artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 1106 sobre delitos de lavado de activos. Sin embargo, no son circunstancias específicas las previstas en el artículo 22º de la Ley N.º 30077 contra el crimen organizado, pese a que así son erróneamente designadas en la sumilla que acompaña a dicha disposición en tanto estas no están adscritas a un delito específico sino que sirven para extender los marcos de punibilidad en casos de organizaciones criminales, función que solo corresponde a las circunstancias agravantes cualificadas que examinaremos luego.

La operatividad y eficacia de las circunstancias específicas, sean estas agravantes o atenuantes, son limitadas y se circunscriben exclusivamente a la determinación de la pena para tales ilícitos. En estos casos, además, la búsqueda de la pena concreta se hace al interior de los límites de una penalidad conminada que el legislador ha registrado expresamente para estos catálogos de circunstancias, los cuales pueden construirse por niveles o grados como se

aprecia en el caso del artículo 186º, donde se han configurado tres niveles de agravantes del delito de hurto, cada uno de los cuales está adscrito a una penalidad conminada propia, la cual opera como espacio punitivo o pena básica.

Ahora bien, cuando se trata de catálogos compuestos únicamente por **circunstancias agravantes específicas** de un mismo nivel, cada circunstancia representa un porcentaje cuantitativo del espacio punitivo o pena básica. Por tanto, la pena concreta debe resultar del total porcentual acumulado correspondiente a las agravantes detectadas en el caso, las cuales integrarán sus efectos partiendo del mínimo (que corresponde a la presencia de una sola agravante específica) hacia el extremo máximo (que representa la confluencia de todas las agravantes específicas del catálogo). En cambio, cuando se trate de catálogos compuestos solo por **circunstancias atenuantes específicas,** la operación destinada a la determinación de la pena concreta es inversa. Esto es, partiendo del límite máximo (una sola atenuante específica) se dirige la integración porcentual cuantitativa de las atenuantes identificadas hacia el extremo mínimo (que corresponde a la confluencia del total de atenuantes reguladas). En muy pocos casos el legislador incluye supuestos de agravantes y atenuantes específicas concurrentes, pero, cuando lo hace, les asigna una penalidad propia y compensada tal como se aprecia en el caso del artículo 298º *in fine* vinculado al delito de tráfico ilícito de drogas.

4.9. Circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas

Esta clase de circunstancias se distingue de las otras modalidades, porque su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada. Esto es, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el delito, configurando un nuevo marco de conminación penal. Efectivamente, si se trata de **circunstancias agravantes cualificadas** se produce una modificación ascendente que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo. Ejemplo de ello es la circunstancia cualificada de la reincidencia y que se encuentra regulada en el artículo 46º-B del Código Penal. En estos casos, la circunstancia aludida genera una modificación consistente en la asignación de un nuevo extremo máximo de la pena conminada y que será equivalente a *"una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal"*. Es decir, ahora la penalidad conminada, y en su momento la correspondiente pena básica, se extenderán hasta este nuevo máximo legal. También son circunstancias agravantes cualificadas las reguladas en los artículos 46º-A, 46º-C y 46º-D. Igualmente, las contenidas en el antes citado artículo 22º de la Ley N.º 30077 o Ley contra el Crimen Organizado.

En cambio, cuando concurre en el caso una **circunstancia atenuante privilegiada**, lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original y que será sustituido por uno nuevo e inferior. No existen, de momento, en la legislación vigente, circunstancias atenuantes privilegiadas. Sin embargo, en

el artículo 47º *ab initio* del Anteproyecto de Código Penal 2008-2010 se reguló como tal cuando "la afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve". En tal supuesto se debía considerar un nuevo mínimo legal "hasta una mitad por debajo del mínimo legal" original, fijado para el delito y que asumiría la condición de límite máximo.

Cabe señalar que no tienen la condición de atenuantes privilegiadas **las causales de disminución de punibilidad ni las de reducción punitiva por bonificación procesal**, ya que si bien posibilitan una penalidad por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica así como su oportunidad operativa son muy distintas (cfr. *infra* 4.12 y 4.13).

4.10. Circunstancias agravantes de diferente grado o nivel

Se identifica como tales a las circunstancias agravantes específicas que generan escalas punitivas diferentes y ascendentes entre sí. En la legislación penal nacional es frecuente la regulación de este tipo de circunstancias agravantes específicas, especialmente en el caso de delitos de relevante repercusión social como el secuestro, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en los artículos 152º, 189º y 297º se incluyen circunstancias agravantes específicas de hasta tres grados o niveles. En estos casos, las agravantes de segundo o tercer grado consignan escalas de penas conminadas más severas que las que se establecen para las otras agravantes de menor grado. En el caso del artículo 189º, por ejemplo, las agravantes de primer grado o nivel tienen como escala de penalidad conminada entre doce a 20 años de pena privativa de libertad; las agravantes de segundo grado o nivel, entre 20 y 30 años de pena privativa de libertad; y las de tercer grado o nivel tienen en su escala de penalidad conminada solo la pena de cadena perpetua.

4.11. Concurrencia de circunstancias

Como precisaba ANTOLISEI: "Aquí es necesario destacar que en un solo delito pueden concurrir varias circunstancias. Debe distinguirse al respecto el caso de que las circunstancias concurrentes sean homogéneas, esto es, todas agravantes o todas atenuantes, del supuesto en que las circunstancias sean heterogéneas, o sea, algunas agravantes y otras atenuantes"[63].

Es frecuente encontrar en un caso penal, sobre todo cuando este es complejo por identificarse en él una pluralidad de delitos o de agentes, la presencia conjunta de varias circunstancias de igual o distinta naturaleza y efectividad. Esta presencia múltiple de circunstancias configura lo que la doctrina denomina **concurrencia de circunstancias**. La determinación de la pena concreta, en estos supuestos, demanda una visualización analítica pero

63 ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 337.

integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el **Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente en su correspondiente dimensión, operatividad y eficacia.** Al respecto la doctrina tradicionalmente ha precisado que deben, por tanto, generarse "tantos aumentos o disminuciones de la pena cuantas sean las circunstancias concurrentes"[64]. Siendo así, todas las circunstancias presentes en el caso *sub judice* deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significaría, por ejemplo, que en casos de **concurrencia homogénea**, a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva, hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido.

Sin embargo, tratándose de una **concurrencia heterogénea** de circunstancias, esto es, frente a la coexistencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena también deberá reflejar ello. En la legislación y en la doctrina, se ha formulado, con relativo consenso, que una alternativa dogmática idónea y pertinente, para proyectar de modo razonable la plena eficacia en la definición punitiva de la concurrencia heterogénea de circunstancias, pasa por una exigencia de compensación racional entre los factores de aumento y disminución de la sanción penal. Esta opción fue recogida de modo general por el Código Penal peruano de 1863, de marcada influencia hispánica como ha destacado Hurtado Pozo[65]. En efecto, el artículo 61º señalaba al respecto lo siguiente:

> "Si concurren a un mismo tiempo circunstancias agravantes y atenuantes, las compensará el juez según su prudente juicio".

En la actualidad, el Código Penal de 1991 no contiene una regla similar. No obstante, los efectos de la compensación para estructurar la penalidad conminada, en casos de concurrencia de circunstancias específicas heterogéneas, se encuentra implícita en algunos artículos de la Parte Especial como el 109º *in fine* y 298º *in fine,* que tratan del denominado parricidio por emoción violenta y de las circunstancias atenuantes específicas del delito de tráfico ilícito de drogas.

En el derecho penal extranjero, la legislación española ha regulado históricamente sobre la compensación de modo expreso. Es así que en el Código Penal vigente, el artículo 66º.7 dispone que los jueces y tribunales "[c]uando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racional-

64 ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal. Parte general,* cit., p. 337.

65 Cfr. HURTADO POZO, José, *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, Cedys, Lima, 1979, pp. 42 y ss.

mente para la individualización de la pena". En torno a esta histórica regulación ibérica, GONZÁLEZ CUSSAC ha sostenido lo siguiente:

> "[Dicha] compensación deberá ajustarse a un correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia. Si esta compensación no fuere 'racional', no vemos impedimento alguno para que fuere susceptible de impugnarse en casación.
>
> En tales supuestos, el Tribunal está capacitado para recorrer toda la extensión de la pena, imponiéndola en el grado que estime oportuno según la compensación racional de unas y otras"[66].

Por su parte, BESIO HERNÁNDEZ, destacando la ausencia de un procedimiento legal que desarrolle el ejercicio racional de una compensación de circunstancias, y tomando como soporte de sus reflexiones las particularidades de la legislación española sobre la materia, postula como criterio a seguir la opción anulatoria de unas circunstancias sobre otras, concediendo mayor preponderancia para tales efectos a las circunstancias atenuantes sobre las agravantes. Según este autor, se debe entender, pues, "la operación de compensación como un sistema orientado a la anulación de agravantes por atenuantes, sobre la base de una denominada concepción de la función de la culpabilidad en la individualización de la pena y del mayor peso específico que —en general— tiene las atenuantes en comparación a las agravantes de responsabilidad criminal"[67].

Dado que la normatividad nacional tiene otras características, reglas y fines, estimamos pertinente aplicar una alternativa diferente de compensación que respetando la autonomía funcional de cada tipo de circunstancia dentro del espacio de punibilidad de la pena básica, defina la penalidad concreta en un ámbito intermedio entre los límites inicial y final de aquella. Esto, por lo demás, es lo que propone el literal b del artículo 45º-A introducido al Código Penal por la Ley N.º 30076. En efecto, dicha norma señala: "Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio".

Ahora bien, la eficacia de las circunstancias concurrentes quedará siempre limitada, en primer lugar, a que estas **tengan la misma naturaleza y eficacia operativa**. Esto es, solo puede haber concurrencia entre circunstancias genéricas o entre circunstancias específicas, sean estas agravantes o atenuantes. No cabe la concurrencia entre circunstancias genéricas y circunstancias específicas, pues son incompatibles.

66 GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1988, p. 222.

67 BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, cit., pp. 558 y ss.

En segundo lugar, también será imposible, por incompatibilidad basada en el *ne bis in idem*, la concurrencia de circunstancias **que se refieran al mismo indicador o factor de agravación o atenuación o que ya integren el tipo penal del delito**. Lo cual es claramente señalado en los dos incisos del artículo 46º donde se advierte que solo tienen eficacia las circunstancias "que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible". Por consiguiente, en estos casos, el juez deberá examinar que cada circunstancia concurrente se refiera siempre a un factor o indicador diferente y distinto de los componentes típicos del delito.

Un tercer problema de compatibilidad se refiere a la **concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel.** Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes específicas que tienen diferente grado y, por tanto, distinta escala de pena conminada. **En estos casos, la circunstancia de mayor grado absorberá a las de grado inferior.** Por consiguiente, la pena concreta se deberá determinar solo entre los límites de la penalidad conminada que corresponda a la escala punitiva de dicha agravante de mayor nivel. Si bien sobre este supuesto no existen reglas expresas en el Código Penal, el Acuerdo Plenario N.º 2-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República del 16 de noviembre de 2010, ha validado la aplicación del procedimiento que hemos descrito.

4.12. Causales de disminución o incremento de la punibilidad

Como se ha precisado anteriormente, las causales de disminución o incremento de punibilidad **no son circunstancias atenuantes o agravantes**. De allí que sean incorrectas las referencias a una eficacia atenuante para los casos de la omisión impropia o de los errores de prohibición vencibles que se consignan en los artículos 13º, 14º y 15º del Código Penal.

En efecto, las causales de disminución o incremento de punibilidad no son externas al delito como lo son las circunstancias, sino, por el contrario, intrínsecas a él como a su presencia plural (concursos de delitos); o la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad); o a su imperfecta realización material; así como al grado menor de intervención de las personas en su ejecución. De allí que el legislador aluda con frecuencia a que su efecto es "disminuir prudencialmente la pena" o "incrementarse esta" (cfr. artículos 16º, 21º y 48º del Código Penal) no atenuarla o agravarla. Similar consecuencia se consigna en el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal de 2014 al tratarse de la tentativa acabada en el artículo 23º. 3: "En la tentativa acabada el juez disminuye prudencialmente la pena, respecto de la que hubiese correspondido si se hubiese consumado". De allí, pues, que resulte inadecuada y dogmáticamente errada la referencia que formula el artículo 2º, inciso c) del Código Procesal Penal, vinculado al

principio de oportunidad. Según dicha norma: "Cuando conforme a las *circunstancias del hecho* y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren *los supuestos atenuantes de los artículos 14º, 15º, 16º, 18º, 21º, 22º, 25º* y 46º del Código Penal...".

En la legislación nacional y extranjera se otorga tal condición y eficacia a los siguientes casos:

- La tentativa
- Las eximentes imperfectas
- La complicidad secundaria
- El delito continuado y delito masa
- El concurso ideal de delitos
- El concurso real de delitos

Ahora bien, la justificación de sus efectos de disminución o incremento sobre la punibilidad guardan conexión directa con la observancia y eficacia formal y material del **principio de lesividad**. Esto es, si la pena conminada o penalidad expresan la valoración de la capacidad dañosa que tiene cada delito, su extensión deberá verse disminuida o incrementada cuando aquella sea menor (tentativa, complicidad secundaria) o se potencie (concurso ideal o real de delitos).

Cabe anotar que en el derecho penal comparado la presencia de estas causales de disminución o incremento de punibilidad dan lugar a la configuración nominal de escalas tasadas o porcentuales, pero siempre especiales, de punibilidad. Ese es el caso ya mencionado de la tentativa en el derecho penal colombiano[68] o de las eximentes imperfectas en el derecho penal español[69]. En cambio en la legislación peruana solo se alude a una disminución discrecional y razonable ("prudencialmente") de la penalidad conminada para el delito, pero que siempre deberá operar por debajo de su extremo inicial ("hasta límites inferiores al mínimo legal") y cuyo límite final será en principio la pena concreta que fije el órgano jurisdiccional de modo discrecional, pero observando la proporcionalidad adecuada al caso. Únicamente, en el caso del concurso real de delitos, el derecho penal nacional incluye un esquema propio de incremento de la punibilidad basado en el principio de acumulación (cfr. artículo 50º del Código Penal).

68 Según el artículo 27º del Código Penal colombiano: "incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta consumada".

69 Según el artículo 68º del Código Penal español: "los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley".

4.13. Reglas de reducción por bonificación procesal

Se trata de **premios o recompensas** que inciden en la pena concreta reduciendo porcentualmente su extensión. Se justifican por la eficacia motivadora que ejercen para generar efectos de abreviación de la actividad procesal que demanda el caso o de una conducta proactiva de colaboración con la administración de justicia que ejerce el autor o partícipe de un delito. Por consiguiente, su ubicación normativa se detecta siempre en los Códigos o normas procesales. En el derecho nacional y comparado tienen la condición de reglas de reducción o bonificación procesal los siguientes supuestos:

- La confesión sincera
- La terminación anticipada del proceso
- La colaboración eficaz
- La conclusión anticipada de la audiencia o conformidad

A diferencia de las circunstancias atenuantes o de las causales de disminución o incremento de punibilidad, las **reglas de reducción por bonificación procesal** no están vinculadas a juicios de valor propios del procedimiento de individualización de la pena ni a la verificación de defectos de estructura o realización del delito. Ellas tienen una operatividad más bien complementaria, final y de refinamiento del resultado punitivo y que se produce por imperio de la ley. El juez, por tanto, no valora ni razona sobre su eficacia, ya que simplemente la ejecuta cada vez que concurren los presupuestos legales que la definen o validan. Asimismo, la extensión del efecto premial sobre la pena concreta no puede exceder nunca el límite legal fijado (un sétimo, un tercio, etc.). Ello se observa, por ejemplo, en el caso de la terminación anticipada donde el artículo 471º del Código Procesal Penal se limita disponer lo siguiente: "El imputado que se acoja a este procedimiento *recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte*". Ahora bien, hay que destacar que la pena a reducir no es la pena conminada, ni la pena básica, ni mucho menos la que pudo postular como pretensión punitiva el Ministerio Público en su acusación, **se trata en exclusiva de una reducción sobre la pena concreta o resultado punitivo** obtenido luego de aplicar el procedimiento de determinación de la pena. De allí que resulte confusa y técnicamente incorrecta la redacción del artículo 161º del Código adjetivo que trata de los efectos de la confesión sincera. Efectivamente, la citada disposición señala: "El juez *puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal*, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160º". Algo mejor era la fórmula legal empleada por el párrafo segundo del artículo 136º del Código de Procedimientos Penales que precisaba al respecto: "La confesión sincera debidamente *comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal*, salvo que se trate de los delitos de secuestro y extorsión, previstos en los artículos 152º y 200º del Có-

digo Penal, respectivamente, *en cuyo caso no opera la reducción*". En ambos casos debe entenderse que la reducción operará siempre después de que se fije una pena concreta, aunque los alcances finales de la misma arrojen un resultado cuantitativo que sea inferior al mínimo de la pena conminada para el delito objeto de condena. Esto es trascendente, pues, como se ha señalado los efectos aludidos de la confesión sincera son reglas de reducción por bonificación procesal y no atenuantes genéricas ni mucho menos atenuantes privilegiadas.

Similar lectura y eficacia debe proyectarse sobre las reglas vinculadas a la colaboración eficaz que define el inciso 2 del artículo 474º del Código Procesal Penal. En dicha disposición nuevamente el lenguaje es inapropiado ya que alude a una "**disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal**..."

4.14. La pena concreta parcial

Denominamos de esta manera a la pena concreta o resultado punitivo que se obtuvo luego de la aplicación del procedimiento de determinación judicial, pero a la cual se deberá aplicar los efectos de una regla de reducción por bonificación procesal en los términos y alcances autorizados por la ley. En consecuencia, solo luego de cumplida dicha operación se obtendrá la pena concreta definitiva que deberá cumplir el condenado. Sobre la pena concreta parcial se pronunció implícitamente el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116 al analizar su operatividad en el procedimiento de terminación anticipada (cfr. fundamento jurídico 23).

Cabe señalar que un supuesto especial de pena concreta parcial, también se produce cuando se van determinando las penas concretas de cada delito integrante de un concurso real, sea este homogéneo o heterogéneo, y que solo después de su acumulación y validación conforme a lo establecido en el artículo 50º del Código Penal, darán lugar a la pena concreta definitiva. Así, por lo demás, también lo precisamos al redactar la parte sustantiva del Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República (ver fundamento jurídico 7).

4.15. Mínimo legal

Con esta denominación se identifica al extremo inicial de toda pena conminada o básica correspondiente a un determinado delito. Su principal utilidad es marcar el límite a partir del cual se debe producir la disminución o reducción de la pena. Tratándose de atenuantes privilegiadas (actualmente no reguladas en la legislación penal vigente), el mínimo legal también identifica el punto inicial del extremo inferior del espacio punitivo desde el cual operará el efecto atenuante en línea descendente. Ahora bien, no debe confundirse

el mínimo legal con el mínimo genérico que tiene cada pena en la Parte General como es el caso del previsto en el artículo 29º para las penas privativas de libertad temporales (dos días). El Código Penal de 1924 tenía al respecto una disposición expresa en el artículo 88º: "La disminución de la pena hasta límites inferiores al mínimum legal, se entiende respecto del tiempo previsto para el delito de que se trate, pero no del mínimum señalado para cada clase de pena que en ningún caso puede ser reducido".

4.16. Máximo legal

Se identifica como tal al límite final de la pena conminada para el delito cometido. Su principal utilidad es marcar el punto de inicio del efecto agravante que producen las circunstancias agravantes cualificadas y que se extenderá hacia la proporción fijada por la ley; por ejemplo, hasta una mitad por encima como lo regula el artículo 46º-B para la reincidencia: "La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el Juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal".

5. LOS ESQUEMAS OPERATIVOS

Un último aspecto que debemos abordar tiene un sentido fundamentalmente práctico. En efecto, nos referimos a la necesidad de construir esquemas operativos, que cual protocolos de actuación y gestión de casos permitan a los órganos jurisdiccionales utilizar de modo sistemático y homogéneo, las nuevas reglas y disposiciones sobre la determinación judicial de la pena que ha aportado la Ley N.º 30076. Al respecto, consideramos pertinente configurar seis esquemas operativos y que son los siguientes:

a. Esquema operativo para la determinación judicial de la pena con circunstancias genéricas.
b. Esquema operativo para la determinación judicial de la pena con circunstancias específicas.
c. Esquema operativo para la determinación judicial de la pena con circunstancias agravantes cualificadas.
d. Esquema operativo para los casos de causales de disminución de punibilidad.
e. Esquema operativo para los casos de reglas de reducción por bonificación procesal.
f. Esquema operativo para la determinación judicial de penas conjuntas.

Ahora bien, como regla general es importante precisar que todos estos esquemas operativos tienen una estructura propia y autónoma frente a los de-

más. Esto es, su secuencia y componentes no son intercambiables ni pueden mezclarse entre sí. El no observar en su aplicación al caso concreto esta singularidad ejecutiva puede afectar la función, los objetivos y los efectos que se les ha asignado, haciendo incompatible y distorsionada la debida motivación de su tránsito y resultados.

A continuación desarrollaremos la estructura y los pasos a seguir que corresponden a cada uno de los esquemas mencionados.

5.1. Primer esquema operativo: determinación judicial de la pena con circunstancias genéricas

Este esquema debe utilizarse únicamente para la determinación de la pena en el caso de delitos sin circunstancias agravantes o atenuantes específicas como el homicidio simple del artículo 106º del Código Penal.

En estos supuestos debe aplicarse lo estipulado en el artículo 45º-A, incisos 1 y 2.

El primer paso a seguir consiste en identificar la pena básica o espacio de punición que corresponde según el delito cometido, para lo cual se tiene que precisar o integrar (si no están previstos por la penalidad conminada) sus límites inicial (límite mínimo) y final (límite máximo). Usando como ejemplo un delito de homicidio simple, el espacio de punición quedaría demarcado entre 6 y 20 años de pena privativa de libertad. Luego, debe determinarse la progresión en años que contiene el espacio punitivo y que en el ejemplo utilizado sería de 14 años.

Un segundo paso implica multiplicar por doce los 14 años y obtener un producto en meses que sería de 168. Este último resultado será dividido entre 3 dando un cociente de 56 meses, y que será la constante cuantitativa que se utilice para fijar la extensión que corresponderá a cada uno de los tres segmentos o tercios que internamente delimitarán el espacio de punición. Siguiendo el ejemplo adoptado del homicidio, el primer segmento (tercio inferior) se extendería de 6 años hasta 10 años y 8 meses. El segundo segmento (tercio intermedio) abarcaría desde los 10 años y 8 meses hasta los 15 años y 4 meses. Finalmente, el tercer segmento (tercio superior) comprendería un espacio entre 15 años y 4 meses hasta 20 años. Cabe anotar que los límites máximos del primer y segundo segmento cumplen una doble función delimitadora al constituir también el límite mínimo de los espacios segundo y tercero, respectivamente.

El tercer paso comprende la búsqueda y señalamiento de las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas que concurren en el delito cometido. Para ello es menester tener como referencia fáctica y jurídica los listados o catálogos circunstanciales consignados en los incisos 1 (ocho circunstancias atenuantes) y 2 (trece circunstancias agravantes) del artículo 46º. Luego, se

debe ubicar la pena concreta en el tercio que corresponda según la presencia singular o plural de circunstancias y la calidad atenuante o agravante que estas tengan.

Ahora bien, es importante precisar que el valor cuantitativo de cada circunstancia (en años, meses o días de pena privativa de libertad) puede lograrse dividiendo la extensión del espacio inicial o tercio inferior entre 8, si son atenuantes genéricas. Por ejemplo en el homicidio simple cada atenuante genérica equivale a 7 meses. Igual operación, pero en base a la extensión del tercio superior, y con un divisor de 13, se hará para determinar la equivalencia de cada circunstancia agravantes genérica. Así, en nuestro ejemplo del homicidio, a cada agravante genérica corresponderá un valor cuantitativo de aproximadamente 4 meses con 9 días.

5.2. Segundo esquema operativo: determinación judicial de la pena con circunstancias específicas

En caso de circunstancias atenuantes o agravantes específicas como las previstas en el artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 1106 sobre el delito de lavado de activos, el esquema operativo a aplicar se desarrolla del modo siguiente:

El primer paso es reconocer el espacio punitivo o pena básica que viene predeterminado por la ley y suele encabezar el catálogo de **circunstancias agravantes específicas** con frases como "La pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa", que utiliza el párrafo primero del citado artículo 4º. El segundo paso es identificar en el caso las circunstancias agravantes concurrentes usando como referencia los supuestos regulados y que en el caso del ejemplo normativo que estamos utilizando son tres (condición especial del agente; calidad de integrante de una organización criminal de quien comete el delito; valor superior a 500 UIT de los activos objeto del delito). Y el tercer paso es ascender en función al número de agravantes específicas detectadas desde el límite inicial o mínimo del espacio punitivo (en el ejemplo desde diez años de pena privativa de libertad y trescientos sesenta días multa) hacia el límite final o máximo (que según el ejemplo es veinte años de pena privativa de libertad y setecientos treinta días multa).

Ahora bien, cada circunstancia agravante específica tendrá un valor cuantitativo que será equivalente al cociente de dividir la extensión del espacio punitivo (en años de privación de libertad y días multa conforme al señalado por el primer párrafo del artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 1106) entre el número total de agravantes específicas (tres en el ejemplo citado).

Tratándose de **circunstancias atenuantes específicas** la operación a seguir es similar. En tal sentido, primero se toma como espacio punitivo o

pena básica el fijado por la ley para el catálogo circunstancial que en el ejemplo del delito de lavado de activos se precisa en los siguientes términos: "La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa". Luego se identifica en el caso las circunstancias atenuantes específicas según las reguladas legalmente y que en el ejemplo usado, conforme a lo establecido por el párrafo sexto del artículo 4º, son dos (valor no superior a 5 UIT de los activos objeto del delito y formas de cooperación eficaz con las autoridades). Finalmente, se empieza a descender desde el límite final o máximo del espacio punitivo (según ejemplo seis años y ciento diez días multa) hacia su límite inicial o mínimo (en el ejemplo cuatro años y ochenta días multa), conforme al número de circunstancias atenuantes específicas encontradas.

Igualmente, es posible cuantificar el valor de cada atenuante específica dividiendo la extensión del espacio punitivo (para el ejemplo tanto en años de privación de libertad como en días multa) entre el número de estas que consigna el catálogo circunstancial (dos en el ejemplo aplicado).

5.3. Tercer esquema operativo: determinación judicial de la pena con circunstancias agravantes cualificadas

Cuando en un caso concurran circunstancias agravantes cualificadas los pasos a seguir para la determinación de la pena concreta comienzan con la identificación del máximo de la pena conminada para el tipo de delito cometido. Este extremo marcará un nuevo **mínimo a partir del cual se deberá extender un nuevo máximo** aplicando hasta donde corresponda la escala porcentual que la ley autoriza. Así, por ejemplo, en el artículo 46º-B, segundo párrafo, sobre la eficacia de la agravante cualificada de la reincidencia, se dispone que ese nuevo máximo se configurará aumentando la penalidad "hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal". Por consiguiente, si se trata de un delito de homicidio simple donde según el artículo 106º el máximo de penalidad conminada es 20 años de pena privativa de libertad, la concurrencia de una agravante cualificada de reincidencia determinará que sobre ese límite (ahora mínimo) se construya un nuevo límite máximo en 30 años que representa la mitad de aquel (10 años).

En este nuevo marco de penalidad conminada (con un mínimo de 20 y un máximo de 30 años de pena privativa de libertad), el órgano jurisdiccional deberá proceder, luego, a identificar la pena básica y la pena concreta que correspondan aplicando el mismo esquema operativo diseñado por el artículo 45º-A, inciso 1 y 2 y utilizando los catálogos de circunstancias atenuantes y agravantes genéricas regulados en el artículo 46º. Esto es, siguiendo las mismas pautas que ya hemos enunciado al describir nuestro primer esquema operativo. Por tanto, el mayor número de atenuantes o agravantes genéricas que se detecten, o la presencia de ambas, orientará la pena concreta hacia el

tercio inferior, intermedio o superior del nuevo marco punitivo construido que operará como pena básica.

Ahora bien, en la agravante cualificada de la habitualidad regulada en el artículo 46º-C, se aplicará el mismo esquema reseñado con las variantes que fija la ley para la extensión del nuevo máximo ("un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal").

Cabe anotar, finalmente, que los artículos 46º-B y 46º-C que nos sirven de ejemplo, también contemplan situaciones especiales para los casos de delitos graves, indulto, etc. y donde los estándares de aumento de la penalidad conminada son diferentes (dos tercios o una mitad). En estos supuestos, el órgano jurisdiccional aplicará el esquema descrito en la escala pertinente. Algo similar ocurrirá ante la presencia de las circunstancias agravantes cualificadas reguladas por los artículos 45º-A y 45º-D, que fijan como límite de la extensión punitiva del nuevo máximo legal o de la pena concreta 35 años.

5.4. Cuarto esquema operativo: casos de causales de disminución de punibilidad

Este esquema solo comprende dos operaciones. La primera se concreta a ubicar la posibilidad punitiva siempre en un punto inmediato inferior al que corresponde al límite mínimo de la penalidad conminada para el delito correspondiente. Ello debido a que dicho mínimo legal identifica el límite menor de punibilidad que fija la ley para un delito perfectamente realizado (consumado o sin la concurrencia de causales plenas o imperfectas de exención de responsabilidad como las reguladas por los artículos 20º, 21º o 22º del Código Penal) así como para su autor, coautor, autor mediato o partícipes punitivamente equivalentes (condición que atribuyen los artículos 24º y 25º *ab initio* al instigador y al cómplice primario, respectivamente). El segundo paso a seguir implica una degradación punitiva, **siempre en línea descendente**, la que tendrá como único límite la proporcionalidad de una lectura razonable y prudente del suceso fáctico, de sus dimensiones antijurídicas (por ejemplo tentativa inacabada o acabada u omisión impropia), así como de los niveles de intervención de las personas implicadas. Se trata, entonces, de aplicar una escala discrecional que el juez recorrerá a su libre, pero razonable arbitrio y que debe alcanzar una justificación solvente del resultado punitivo como principal garantía de representar una pena justa.

5.5. Quinto esquema operativo: casos de reglas de reducción por bonificación procesal

Formalmente este es el más sencillo de los esquemas operativos, ya que solo requiere ejecutar una simple operación aritmética consistente en aplicar sobre la pena concreta parcial, o resultado punitivo obtenido del proceso pre-

vio de determinación judicial de la pena, el porcentaje de reducción cuantitativa que fija la ley. Por ejemplo, si el resultado punitivo o pena concreta parcial para el condenado por un delito de estafa fue de seis años de pena privativa de libertad, pero el procesado se acogió al procedimiento especial de terminación anticipada del proceso, se le deberá aplicar conforme a lo autorizado por el artículo 471º del Código Procesal Penal, la bonificación procesal de una reducción equivalente a "una sexta parte" de dicha pena concreta parcial y que cuantitativamente es de un año de privación de libertad. En consecuencia, pues, la pena concreta definitiva que se fijará en la sentencia y que deberá cumplir el condenado será de cinco años de pena privativa de libertad.

5.6. Sexto esquema operativo: determinación judicial de penas conjuntas

Este esquema adicional se aplica solo cuando los delitos cometidos por el procesado tienen una penalidad compuesta por dos o más penas principales. Dado que el Juez, en estos casos, debe imponer todas las penas concretas en base a las mismas circunstancias concurrentes, sus estándares y resultados de punición para cada clase de pena tienen que ser los mismos o cuando menos poder ser equiparables. Un caso frecuente en la praxis judicial es el que se presenta en los delitos de tráfico ilícito de drogas (artículo 296º) con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas (artículo 297º). Para este supuesto delictivo, la ley regula una penalidad conjunta compuesta por tres clases de penas: **pena privativa de libertad** no menor de quince ni mayor de veinticinco años; **multa** no menor de ciento ochenta ni mayor de trescientos sesenta y cinco días-multa; e **inhabilitación** no menor de seis meses ni mayor de diez años (según reforma introducida en el artículo 38º del Código Penal por la Ley N.º 30076). Y el procedimiento a seguir para la determinación de la pena en este tipo de delitos será el siguiente: Primero el juez determinará la extensión de la pena concreta privativa de libertad, entre el mínimo y máximo de la penalidad conminada, los que delimitarán, a su vez, la pena básica o espacio de punición. La pena concreta surgirá de la eficacia punitiva que corresponda al número de circunstancias agravantes concurrentes. Luego, en segundo lugar, el Juez procederá a identificar una extensión equivalente para las otras dos penas conjuntas, de multa e inhabilitación, en sus respectivos espacios punitivos. Para este último efecto el órgano jurisdiccional podrá aplicar la operación aritmética de **regla de tres simple**. Una reciente Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria, del 8 de setiembre de 2014, recaída en el Recurso de Nulidad N.º 3864-2013, procedente de Junín, ha validado, con efecto vinculante, este criterio operativo (Cfr. considerandos sexto a noveno).

6. UN PROBLEMA ADICIONAL Y UNA ALTERNATIVA DE *LEGE FERENDA*

Ahora bien, un problema especial que debemos atender dogmáticamente, surge en aquellos casos donde la conducta antijurídica que ejecuta el agente se materializa como tentativa de un delito para el cual la ley tiene reguladas circunstancias agravantes específicas. Este es el caso, muy frecuente en el quehacer práctico, de una tentativa de delito de robo donde intervino una pluralidad de agentes y que se ejecutó a mano armada, pero donde no se alcanzó el apoderamiento de bienes total o parcialmente ajenos. Aquí la aplicación de una pena concreta solo por debajo del mínimo legal de doce años de privación de libertad, que es el establecido en la pena conminada para el catálogo de circunstancias agravantes específicas del delito de robo, por el primer párrafo del artículo 189º del Código Penal, no generaría una pena coherente y justa. En efecto, si se procediera de esa manera la pena aplicable al caso sería mucho mayor que la regulada en el artículo 188º para el robo consumado (no menor de tres ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad). No hay, de momento, en nuestro sistema penal, una solución legal ni jurisprudencial que permitan superar tal desarmonía punitiva. En todo caso, el principio rector aplicable precisa que **no pueden existir circunstancias sin un delito previo y perfecto**. Al respecto, es pertinente recordar lo sostenido por ANTOLISEI:

> "Circunstancia del delito (*de circum stat*) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura. Por ello se distingue la circunstancia de los elementos esenciales, que son indispensables para la existencia del delito. Mientras la falta de un elemento esencial hace que un hecho no pueda considerarse delito, la ausencia de una circunstancia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito. La circunstancia puede existir o no, sin que el delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual"[70].

Por tales razones, en un contexto general, la tentativa, que implica que el delito de robo que hemos mencionado en el ejemplo citado no se materializó, anularía la presencia y efectividad de cualquier circunstancia concurrente por no ser su naturaleza jurídica compatible con la de aquellas, sean estas genéricas o específicas. Esto es, porque al ser la tentativa una causal de disminución de punibilidad, no puede concurrir ni mezclar su eficacia punitiva con la que corresponde a las circunstancias que solo operan sobre delitos consumados. Por consiguiente, la pena que correspondería imponer, en el mismo ejemplo que hemos venido examinando, tendría que fijarse siempre, "prudencialmente" por debajo del mínimo legal del delito que en el caso del

70 Antolisei, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 319.

robo es de tres años, concurran o no circunstancias agravantes específicas. Esta alternativa dogmática, si bien resulta formalmente coherente, no satisface, a plenitud, con su resultado punitivo posible (una pena siempre inferior a tres años), la equidad punitiva material que demanda la gravedad objetiva del caso. Un razonamiento similar parece derivarse de la solución que, con carácter de excepción y en base al derecho penal italiano, propuso ANTOLISEI para estos casos. Según dicho autor, cabe en estos supuestos especiales aceptar una especie de **tentativa con agravantes**, pero que se configurarían, admitirían o rechazarían según la condición acabada o inacabada de esta:

> "Si se considera que una circunstancia debe hallarse presente en el momento en que el reo actúa y poderse referir a su conducta para que pueda serle imputada, la solución del problema no presenta dificultades. Puede, por tanto, afirmarse que todas las circunstancias perjudican o favorecen al autor de la tentativa, excluidas aquellas que consisten en una actividad *que tampoco en parte ha sido puesta en ejecución y las que por su naturaleza presuponen necesariamente la acaecida consumación del delito.* En consecuencia, en el caso frecuente de que un hurto haya sido interrumpido por la presencia de los agentes de la fuerza pública, mientras el autor estaba fracturando la puerta del edificio, responderá este de tentativa de hurto agravado conforme al número 2º del artículo 625 del Código Penal. Por el contrario, no se aplicará la agravante del número 1 del mismo artículo si la interrupción de la operación delictiva ha sucedido antes de que el ladrón se haya introducido en la habitación ajena"[71].

Al respecto, pues, salvando las notables diferencias que existen entre los márgenes de punibilidad de los delitos patrimoniales en el derecho nacional y en la legislación italiana (Cfr. Estándar de penas privativas de libertad reguladas para el delito de hurto y sus circunstancias agravantes específicas en los artículos 624º y 625º del Código Penal italiano), especialmente por el efecto desmedido de la continua sobrecriminalización aplicada a las agravantes del robo, se podría plantear de *lege ferenda* que se construya normativamente, solo para los supuestos de tentativa acabada, como la denominada ***frustración,*** una penalidad equiparable a la prevista para el delito consumado. Esta reforma legal haría posible un resultado punitivo más equitativo y coherente con la presencia material, y objetiva de circunstancias agravantes específicas en los casos de tentativa. Esto es, permitiría además, en alguna medida, compensar los distintos efectos punitivos de ambas. Cabe recordar que en el pasado, el Código Penal de 1924 adoptó también una alternativa similar en el párrafo segundo del artículo 97º:

71 ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 366.

"En los casos en que la ley prescriba otras penas (no la de internamiento) para el delito consumado, *el juez podrá a su juicio aplicarlas en la misma medida para reprimir la tentativa* o podrá reducirlas de un tercio a la *mitad, según la modalidad del hecho y las condiciones del culpable cuando este hubiera puesto de su parte todo lo necesario para la consumación, no realizada* por circunstancias accidentales".

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Luego de un detallado análisis del nuevo modelo de determinación judicial de la pena, introducido por la Ley N.º 30076, cabe concluir que él ofrece importantes ventajas al quehacer operativo de los administradores de la justicia penal. En efecto, no solo les aporta una metodología menos compleja sino que, también, promueve una praxis coherente y ordenada para la búsqueda del resultado punitivo. Esto último, además, permite un control más estricto, técnico y social de la génesis, recorrido y justificación de la producción de una pena concreta.

Por consiguiente, es de anhelar que la adecuada aplicación de las innovadoras normas sobre determinación judicial de la pena, acerquen a los operadores jurisdiccionales a una plena realización de los principios de legalidad y pena justa, a la vez que generalice un modelo de sentencias condenatorias que sea también más comprensible en sus resultados para el condenado, su defensa y la sociedad. Si todo ello se alcanza, en un futuro inmediato, se habrá producido, realmente, una verdadera reforma en la justicia penal peruana.

BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Uteha, Buenos Aires, 1960.

BESIO HERNÁNDEZ, Martín, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, Dykinson. Madrid, 2014.

CANCHO ALARCÓN, Rafael E., *La imputación del delito y de la pena en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2014.

CARO CORIA, Dino Carlos, "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano", en *Rondando al Código Procesal Penal*, Corte Superior de Cajamarca, Cajamarca, 2014.

CHAMORRO BALVÍN, Alcides, *Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte General*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004.

CHAPARRO, Hernán, "La ciudad y los perros", en *La República*, Lima, 1 de junio de 2014.

CORNELLI, Roberto, *Miedo, criminalidad y orden*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO-CAF, *Por una América Latina más segura: una nueva perspectiva para prevenir y controlar el delito*, CAF-RED, Bogotá, 2014.

COSTA, Gino, "La paradoja latinoamericana", en *El Comercio*, Lima, 3 de marzo de 2014, p. A-13.

COSTA, Gino, "Sugerencias para una política de seguridad", en *El Comercio*, Lima, 28 de julio de 2014, p. A-11.

DAMMERT, Lucía, "La inseguridad en América latina: el desafío de la voluntad política", en *La República*, Lima, 19 de enero de 2014, p. 7.

DAMMERT, Lucía, "La percepción de inseguridad: ¿manipulación política?", en *La República*, Lima, 26 de enero de 2014, p. 11.

Encuesta CADE Ejecutivos 2014 realizada por Ipsos Apoyo sobre 700 empresarios. Ver cuadros alusivos en *La República*, Lima, 15 de noviembre de 2014, p. 5.

Encuesta GFK. Encuesta Nacional Urbana de Mayo de 2014. Resultados del Estudio de Opinión preparado por GFK.

ESPINO PÉREZ, Julio D., *Código Penal*, 7ª ed., Cultural Cuzco, Lima, 1988.

Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N.º 1627/2012-PJ, remitido al Congreso de la República por la Presidencia del Poder Judicial el 22 de octubre de 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 23, Lima, 2008.

FERRERO COSTA, Raúl, "Poderes del Estado ¿cuestionados?", en *El Comercio*, Lima, 7 de julio de 2014, p. A-25.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa y Fátima PÉREZ JIMÉNEZ, *Seguridad ciudadana y actividades policiales*, Observatorio de la Delincuencia en Andalucía, Málaga, 2005.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1988.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *et al.*, *Esquemas de Derecho penal. Parte general. Nueva edición actualizada según la LO 5/2010 de Reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

HURTADO POZO, José, *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, Cedys, Lima, 1979.

HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA, *Manual de derecho penal. Parte general*, T. II, 4ª ed., Idemsa, Lima, 2011.

IDL, *Seguridad ciudadana. Informe Anual 2013. Crisis política, temores y acciones de esperanza*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013, pp. 11 y ss.

JIMÉNEZ NIÑO, Sergio, "La determinación de la pena en la Ley N.º 30076: ¿de dónde parto?", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 51, setiembre, Lima, 2013.

KESSLER, Gabriel, *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

LA REDACCIÓN, "Los problemas de la región en la lupa", en *El Comercio*, Lima, 2 de noviembre de 2003, p. A-4.

ORÉ SOSA, Eduardo, "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad: a propósito de las modificaciones operadas por la Ley N.º 30076", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 51, setiembre, Lima, 2013.

PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy, "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 51, setiembre, Lima, 2013.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal*, Idemsa, Lima, 2009.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Determinación judicial de la pena y Acuerdos Plenarios*, Idemsa, Lima, 2010.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Código Penal*, Palestra, Lima, 2011.

Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal y su Reglamento (Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N.º 116-2012-SP-CS-PJ), del 18 de octubre de 2012. Versión en línea: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/salaplena/..%5C..%5CCorteSuprema%5CSalaPlena%5CDocumentos%5CRA_116-2012-SP-CS-PJ.pdf>.

RICO, José María y Laura CHINCHILLA, *Seguridad ciudadana en América Latina*, Siglo XXI, México D. F., 2002.

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las Reformas del Código Penal de 2003*, 2ª ed., Thompson-Aranzadi, Navarra, 2005.

SALAZAR, Federico, "El problema es la impunidad", en *El Comercio*, Lima, 30 de marzo de 2013, p. A-6.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 19, Lima, 2007.

TORRES CARO, Carlos Alberto, *El nuevo Código Penal peruano*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011.

TOWNSEND K., Augusto, "Lo que implica la inseguridad", en *El Comercio*, Lima, 19 de mayo de 2014, Suplemento *Día 1*, p. 2.

VALDÉS DANCUART, Óscar, "Los retos en seguridad ciudadana", en *El Comercio*, Lima, 29 de junio de 2014, p. A-20.

VALLAS T., Fabián, "Informe del PNUD busca las raíces de la violencia criminal que afecta América Latina", en *El Peruano*, Lima, 2 de enero de 2014.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comlibros, Bogotá, 2009.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Ara, Lima, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, 3ª ed., Planeta, Buenos Aires, 2012.

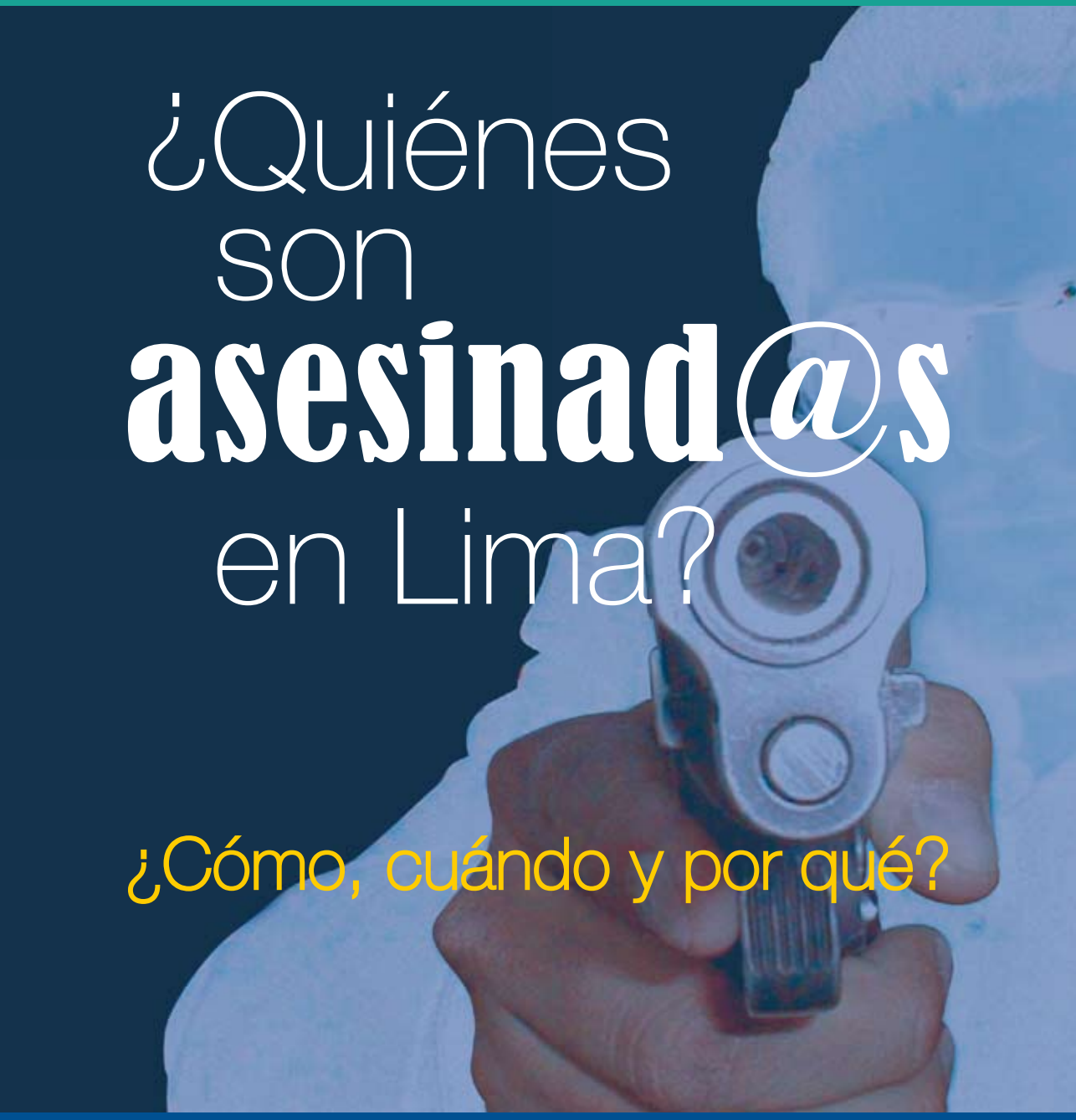
ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "*Societas delinquere potest*: la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 56, febrero, Lima, 2014.

UNIDAD II
DERECHO PENAL MATERIAL

- ✓ **Gushiken, Alfonso y otros.** ¿Quiénes son asesinados en Lima? ¿Cómo, cuándo y por qué? Ciudad Nuestra, Lima, 2010.

Alfonso Cushiken / Gino Costa
Carlos Romero / Catherine Privat

¿Quiénes son asesinad@s en Lima?



¿Cómo, cuándo y por qué?

CIUDAD NUESTRA

ALFONSO GUSHIKEN (Lima, 1962)
Profesor asociado de la Facultad de Salud Pública y Administración de la Universidad Peruana Cayetano Heredia y consultor internacional en sistemas de información sobre eventos violentos. Diseñó el Observatorio del Crimen y la Violencia del Perú, que aún no ha sido puesto en práctica. Es médico por Cayetano Heredia, magíster en Salud Pública, con énfasis en salud mental, y magíster en Ciencias Sociales por la Universidad de Antioquia, Colombia.
agushiken@upch.edu.pe

GINO COSTA (Lima, 1956)
Presidente de Ciudad Nuestra y consultor en seguridad pública. Ha sido ministro del Interior, presidente del Instituto Nacional Penitenciario, defensor adjunto para los derechos humanos de la Defensoría del Pueblo y funcionario de las Naciones Unidas. Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Ph. D. en Historia Contemporánea por la Universidad de Cambridge, Inglaterra.
ginocosta@ciudadnuestra.org

CARLOS ROMERO (Huacho, 1978)
Investigador de Ciudad Nuestra en seguridad y convivencia ciudadana. Ha sido secretario permanente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y defensor adjunto de la Defensoría del Policía del Ministerio del Interior. También ha sido miembro de la Unidad de Investigaciones Especiales de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, y asesor del presidente del Instituto Nacional Penitenciario. Es abogado por la Universidad de San Martín de Porres y egresado de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
cromero@ciudadnuestra.org

CATHERINE PRIVAT (Lima, 1982)
Investigadora de los laboratorios de Fisiología de Adaptación a la Altura y de Investigación y Desarrollo de la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Es coordinadora general del VIII Congreso Mundial de Medicina y Fisiología de Altura que se realizará en agosto del 2010 en Arequipa. Ha sido becaria del proyecto Alfa-Unión Europea en fisiología de altura. Es bióloga y cursa una maestría en Epidemiología Clínica y Métodos Cuantitativos en la misma casa de estudios.
catherine.privat@upch.pe

Alfonso Gushiken / Gino Costa
Carlos Romero / Catherine Privat

¿Quiénes son asesinad@s en Lima?

¿Cómo, cuándo y por qué?

CIUDAD NUESTRA

¿Quiénes son asesinad@s en Lima? ¿Cómo, cuándo y por qué?

© Alfonso Gushiken, Gino Costa, Carlos Romero y Catherine Privat

Ciudad Nuestra
José Pardo 138-1202, Miraflores, Lima
Telefax: 243-6377
www.ciudadnuestra.org

Cuidado de la edición: Rocío Moscoso
Diseño y diagramación: Francisco Borjas

Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio sin permiso expreso de los autores.

El presente trabajo se realizó gracias al apoyo de la Foundation Open Society Institute (ZUG) y de Tinker Foundation.

Primera edición, febrero del 2010
Impreso en el Perú
500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2010-02945
ISBN: 978-612-45390-2-2

[Índice]

	Agradecimientos	11
	Introducción	13
CAPÍTULO 1	¿Quiénes son las víctimas?	23
CAPÍTULO 2	¿Cuándo fueron asesinadas?	35
CAPÍTULO 3	¿Dónde fueron asesinadas?	39
CAPÍTULO 4	¿Cómo fueron asesinadas?	43
CAPÍTULO 5	Conclusiones y recomendaciones	63
	Bibliografía	75
	Anexo	81

[Índice de gráficos]

Gráfico 1		Homicidios por 100.000 habitantes, Perú y Lima, 1986-2009	15
Gráfico 2		Homicidios por 100.000 habitantes, ciudades de América Latina, 2007	16
Gráfico 3		Total de homicidios e investigaciones concluidas por la División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP en Lima Metropolitana, 2000-2008	18
Gráfico 4		Sexo de las víctimas, Lima Metropolitana, 2000-2008	24
Gráfico 5		Sexo de las víctimas por años, Lima Metropolitana, 2000-2008	24
Gráfico 6		Edad de las víctimas, Lima Metropolitana, 2000-2008	26
Gráfico 7		Edad y sexo de las víctimas, Lima Metropolitana, 2000-2008	27
Gráfico 8		Grupo etario de las víctimas por años, Lima Metropolitana, 2000-2008	28
Gráfico 9		Nacionalidad de las víctimas, Lima Metropolitana, 2000-2008	30
Gráfico 10		Nacionalidad de las víctimas por períodos, Lima Metropolitana, 2000-2008	30
Gráfico 11		Grado de instrucción de las víctimas, Lima Metropolitana, 2000-2008	31

Gráfico 12 | Ocupación de las víctimas, Lima Metropolitana, 2000-2008 31

Gráfico 13 | Víctimas por pertenencia a grupo vulnerable, Lima Metropolitana, 2000-2008 33

Gráfico 14 | Víctimas con antecedentes policiales, Lima Metropolitana, 2000-2008 33

Gráfico 15 | Consumo de alcohol por parte de las víctimas, Lima Metropolitana, 2000-2008 34

Gráfico 16 | Consumo de drogas por parte de las víctimas, Lima Metropolitana, 2000-2008 34

Gráfico 17 | Mes en que se produjo el homicidio, Lima Metropolitana, 2000-2008 35

Gráfico 18 | Día de la semana en que se produjo el homicidio, Lima Metropolitana, 2000-2008 37

Gráfico 19 | Hora del homicidio, Lima Metropolitana, 2000-2008 38

Gráfico 20 | Hora del homicidio por períodos, Lima Metropolitana, 2000-2008 38

Gráfico 21 | Escenario del homicidio, Lima Metropolitana, 2000-2008 40

Gráfico 22 | Principales escenarios del homicidio por períodos, Lima Metropolitana, 2000-2008 41

Gráfico 23 | Homicidios según victimario, Lima Metropolitana, 2000-2008 44

Gráfico 24 | Móvil probable, Lima Metropolitana, 2000-2008 48

Gráfico 25 | Móvil probable por años, Lima Metropolitana, 2000-2008 50

Gráfico 26 | Mecanismo causal, Lima Metropolitana, 2000-2008 55

Gráfico 27 | Mecanismo causal por años, Lima Metropolitana, 2000-2008 56

[Índice de cuadros]

Cuadro 1 | Relación del homicida con la víctima y día de ocurrencia, Lima Metropolitana, 2000-2008 46

Cuadro 2 | Relación del homicida con la víctima y hora de ocurrencia, Lima Metropolitana 2000-2008 46

Cuadro 3 | Relación del móvil homicida con el sexo de la víctima, Lima Metropolitana 2000-2008 50

Cuadro 4 | Relación del móvil homicida con la edad de la víctima, Lima Metropolitana 2000-2008 52

Cuadro 5 | Relación del móvil homicida con el consumo de alcohol y drogas por la víctima, solo en los casos en que existe información, Lima Metropolitana 2000-2008 52

Cuadro 6 | Relación del homicida con la víctima y móvil, Lima Metropolitana, 2000-2008 54

Cuadro 7 | Relación del homicida con la víctima y arma utilizada, Lima Metropolitana 2000-2008 57

Cuadro 8 | Relación entre el arma utilizada y la edad de la víctima, Lima Metropolitana, 2000-2008 58

Cuadro 9 | Relación entre el arma utilizada y el móvil homicida, Lima Metropolitana 2000-2008 60

[Agradecimientos]

Al general PNP (r) Remigio Hernani Meloni, ex ministro del Interior, quien autorizó que se nos brindaran las facilidades para trabajar en los archivos de homicidios de la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional.

Al general PNP Eusebio Félix Murga, ex director de Investigación Criminal, y al coronel PNP Miguel Canlla Oré, jefe de la División de Investigación de Homicidios, quienes facilitaron la investigación de campo.

A los médicos epidemiólogos Luis Huicho y Jaime Miranda, de la Universidad Peruana Cayetano Heredia, por su apoyo en el diseño de la investigación y por sus comentarios al borrador de este estudio.

A nuestros amigos colombianos Hugo Acero, Luz Forero, Sonia Cardona y Robinsson Caicedo, quienes hicieron aportes al diseño de la ficha y contribuyeron con valiosa información.

A Jenny Pontón y Liza Zúñiga, colegas de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) de Ecuador y Chile, respectivamente, por su siempre atenta disposición.

A Rocío Moscoso y Francisco Borjas, por la corrección de estilo y la edición de este libro.

Al Open Society Institute, sin cuyo apoyo y financiamiento no habría sido posible realizar este trabajo, y a la Tinker Foundation, por su apoyo institucional.

Los autores

[Introducción]

La violencia es la forma extrema en la que los individuos o los colectivos intentan resolver sus conflictos; y el homicidio, su modo de expresión suprema. Se calcula que, en el 2000, 1,6 millones de personas perdieron la vida en todo el mundo como producto de la violencia, lo que representa una tasa de casi 28,8 por 100.000 (Krug y colaboradores 2002: 10); en la actualidad, la violencia constituye una de las principales causas de muerte. Aproximadamente la mitad de estos fallecimientos se debieron a suicidios; casi una tercera parte, a homicidios; y alrededor de una quinta parte, a conflictos armados.

En 1996, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que la violencia es un problema fundamental de salud pública, y señaló que, además, está creciendo en todo el mundo.[1] Al reconocer a la violencia como tal y considerarla objeto de intervención, la OMS enfatizó que es posible prevenirla y disminuir sus efectos usando las medidas adoptadas para enfrentar otros problemas de salud pública.

1 OMS. Resolución WHA49.25 de la 49.ª Asamblea Mundial de la Salud (citado en Krug y colaboradores 2002: 10).

Una de las estrategias más eficaces que se emplean en el campo de la salud para identificar la magnitud de la violencia y orientar el diseño de las acciones de prevención y control de esta consiste en analizar la información de las muertes violentas —en particular, de los homicidios— ocurridas en el ámbito local.

Si bien en el Perú los niveles de violencia —al menos de la expresada en tasa de homicidios— se encuentran distantes de los registrados en los países más violentos de la región, también es cierto que estos superan a los de otros países y que el fenómeno se está incrementando. Así, Argentina, Chile, Costa Rica y Uruguay tienen tasas de mortalidad inferiores que la tasa global de 8,8 homicidios por 100.000 habitantes, mientras que el Perú, Ecuador, Paraguay, Panamá, Nicaragua y República Dominicana tienen tasas moderadas, es decir, por encima y hasta dos veces la tasa global —de 8,8 a 17,6 por 100.000—. Por otra parte, Brasil, México, Colombia, El Salvador, Honduras, Guatemala y Venezuela presentan tasas de mortalidad que superan el doble de la tasa global.

En el Perú, al igual que en lo que era el departamento de Lima,[2] la tasa de homicidios descendió rápidamente, luego de alcanzar su pico en 1993, en pleno conflicto armado interno. En ese año, la tasa nacional de homicidios fue de 17,2 por 100.000 habitantes, mientras que en Lima fue de 40,5. Durante los seis años siguientes, la tasa descendió vertiginosamente hasta alcanzar, en 1999, 5,1 y 4,0 —la tercera y la décima parte de su valor—, respectivamente. La tasa continuó decreciendo, aunque paulatinamente, hasta el 2002, año en el que alcanzó valores de 4,2 para el país y de 2,4 para Lima. Sin embargo, de ahí en adelante, según los datos de la Policía Nacional del Perú (PNP), ambas tasas se han incrementado de manera importante, llegando a situarse en el 2007 en 10,3 y 9,2, respectivamente. Cuando este trabajo se encontraba en la etapa de edición final, la Policía dio a conocer las cifras de homicidios para el 2008 y el 2009; según

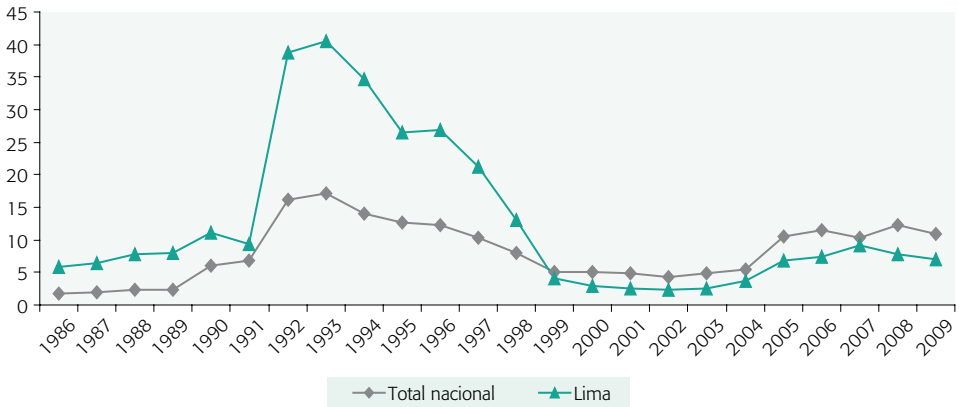
2 Incluía Lima Metropolitana, hoy región Lima, y la actual región Lima Provincias. Desafortunadamente, la Policía no cuenta con información desagregada para cada una de ellas.

esta información, el número de homicidios siguió subiendo a nivel nacional, pero descendió en Lima. En efecto: el último año, la tasa nacional se ubicó en 10,9; y la de Lima, en 7,0.

[Gráfico 1]

Homicidios por 100.000 habitantes

Perú y Lima,* 1986-2009



Fuente: Estado Mayor General de la Policía Nacional del Perú
Elaboración: Ciudad Nuestra
* Ex departamento de Lima, que incluía a Lima Metropolitana, hoy región Lima, y a la actual región Lima Provincias.

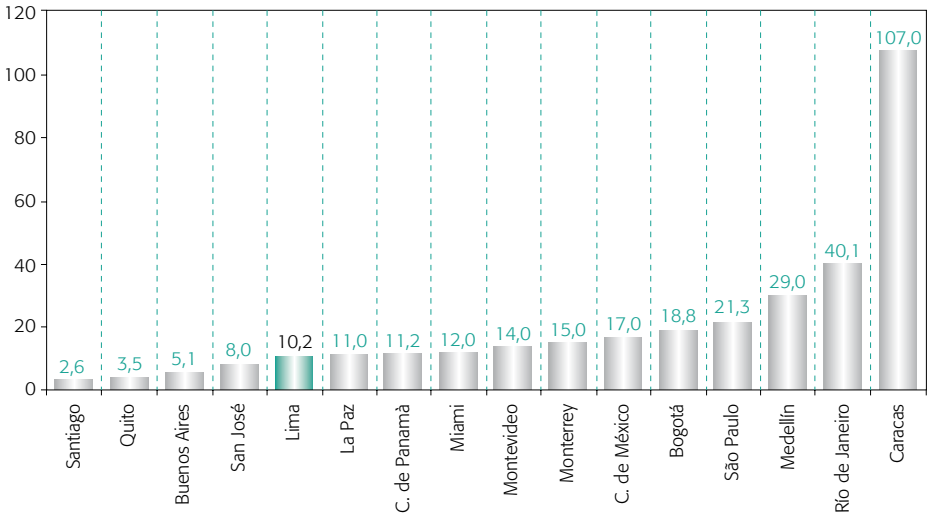
En términos comparativos, a Lima le ocurre algo parecido que al país: su tasa de homicidios por 100.000 habitantes dista de aquella que tienen ciudades como Caracas, Río de Janeiro, Medellín y Saõ Paulo, que más que duplican la tasa global. Por otro lado, la tasa limeña también es mayor que las de otras ciudades como Santiago, Quito, Buenos Aires y San José, que tienen tasas inferiores que la global.[3]

3 Existe una pequeña diferencia entre la tasa por 100.000 habitantes para el 2007 que presenta el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana basándose en información de la PNP (9,2), y la que ofrece la Cámara de Comercio de Bogotá (10,2). No obstante, se trata de una diferencia menor, que no modifica sustancialmente la ubicación de Lima entre las ciudades latinoamericanas.

[Gráfico 2]

Homicidios por 100.000 habitantes

Ciudades de América Latina, 2007



Fuente: «Cierre de brechas de competitividad de Bogotá en el contexto de América Latina 2006-2008», *América Economía Intelligence 2008*, Dirección de Estudios e Investigaciones, Cámara de Comercio de Bogotá.

A pesar de la magnitud del problema, de su incremento y de los efectos que tiene tanto en la vida del conjunto de la sociedad como en los esfuerzos por desarrollarse que realiza el Perú, no existe un sistema unificado de información sobre los eventos violentos —y sobre los homicidios en particular— que permita conocer las dinámicas del fenómeno y, sobre esa base, orientar la toma de decisiones para buscar soluciones.[4]

En ese contexto, este estudio busca caracterizar los homicidios ocurridos en Lima Metropolitana en los últimos nueve años, entre

4 No solo se carece de un sistema unificado de información, sino que la información delictiva disponible es particularmente pobre y contradictoria. Esto es así incluso en los datos referidos a homicidios, que constituyen los hechos criminales más fáciles de medir. Sobre las dificultades que enfrentamos en esta materia en América Latina, véase Dammert y colaboradores (2008).

el 2000 y el 2008, en función de las características de las víctimas, las variables de tiempo y lugar de ocurrencia, y las circunstancias de los hechos.

Con este estudio, Ciudad Nuestra quiere contribuir a explicar la dinámica de la violencia en la ciudad de Lima, construir preguntas, formular hipótesis sobre sus derroteros y determinantes, elaborar propuestas de solución, y poner de relieve la importancia que tiene la información para formular políticas públicas de control y prevención del crimen y la violencia en la ciudad.

***

En lo que se refiere a los aspectos metodológicos, este libro presenta los resultados de un estudio descriptivo retrospectivo de las muertes por homicidio que ocurrieron en Lima Metropolitana entre los años 2000 y 2008. Se incluyeron, para tal fin, todos los casos de homicidio que ocurrieron entre el 1 de enero del 2000 y el 31 de diciembre del 2008, y cuyas investigaciones —llevadas a cabo por la División de Investigación de Homicidios de la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional del Perú (DIRINCRI PNP)— habían finalizado al 30 de junio del 2009, los que sumaron 1.002. Se excluyeron de la muestra los homicidios ocurridos en Lima durante el mismo período que fueron investigados por las Divisiones de Investigación Criminal (DIVINCRI) desconcentradas en Lima y Callao de la DIRINCRI, así como por las comisarías y otras unidades de la VII Dirección Territorial de Policía (DIRTEPOL). Tampoco fueron incluidos en la muestra los suicidios, las muertes por accidentes de tránsito y otras muertes violentas no intencionales, así como los casos de heridos que fallecieron con posterioridad a la fecha de la lesión.

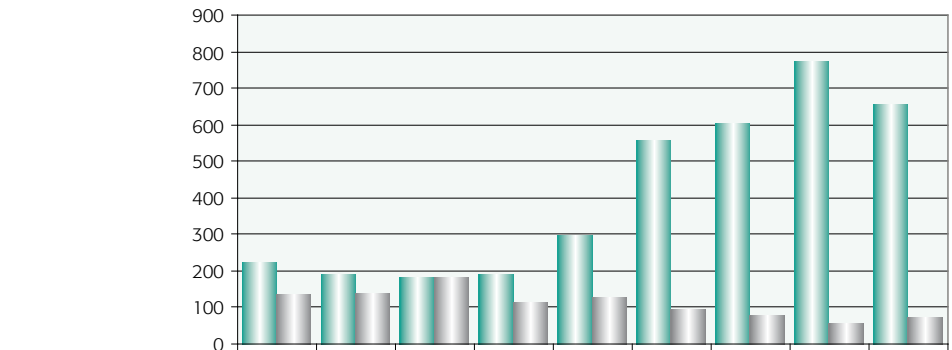
La muestra estudiada no incluye, pues, todos los homicidios ocurridos en Lima durante el período señalado, sino tan solo una parte de estos: aquellos que fueron investigados por la División

de Investigación de Homicidios. Para todo el período, la muestra representa 27,2% del total de homicidios ocurridos en Lima.[5] Sin embargo, entre el 2000 y el 2004 llegó a representar 64,0% del total, pero a partir del 2005, el peso relativo de los homicidios investigados por la División se redujo significativamente, y solo llegó a representar 11,7% de todos los homicidios ocurridos en Lima entre ese año y el 2008. El año en el que se investigó el mayor número de casos fue el 2002, con 185, mientras que el año en que se realizaron menos investigaciones fue el 2007, con 57.

[Gráfico 3]

Total de homicidios e investigaciones concluidas por la División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP

en Lima Metropolitana, 2000-2008



	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Lima total	224	192	185	192	298	557	603	774	655
Investigados por DIRINCRI	136	138	185	115	125	95	77	57	74

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

La reducción del número de investigaciones durante la segunda mitad del período estudiado da cuenta, más que de una contracción de la incidencia de homicidios —que, por el contrario, se

5 Este porcentaje es, incluso, mayor, pues la información con que la Policía cuenta para Lima incluye también los homicidios ocurridos para Lima Provincias, cuya población representa 11% del total de la población de la capital.

incrementaron—, de una descentralización de las investigaciones sobre estos. Este proceso siguió varias etapas. Primero, a partir del 2003, se relanzaron las DIVINCRI, que habían sido desactivadas en el 2001. Segundo, en el 2007 se profundizó la descentralización: se desactivaron las DIVINCRI y se crearon unidades de investigación criminal en cada una de las 29 flamantes jefaturas distritales de la VII DIRTEPOL (Costa, Briceño y Romero 2008). Tercero, a fines del 2008 se desactivaron las jefaturas distritales, y sus unidades de investigación criminal se transformaron en 29 jefaturas, que pasaron a depender directamente de la DIRINCRI.

Aunque se trata de una muestra nada desdeñable, no es representativa del universo, pues solo incluye los casos investigados por la unidad élite de la Policía. Sin embargo, con las reservas del caso, el estudio nos permite aproximarnos a las características de la violencia en Lima y destaca la importancia que tiene la información para formular políticas de prevención y control.

***

La ficha de recojo de información incluyó variables sociodemográficas relacionadas con la víctima, así como variables temporales, espaciales y referidas a las circunstancias en las que se produjeron los homicidios; entre estas últimas se pueden mencionar el mecanismo causal y los móviles consignados por los funcionarios que tuvieron a su cargo la investigación (anexo 1). Cada una de estas variables fue definida de manera operativa al inicio del proyecto, y validada mediante una consulta con expertos.[6]

6 Los expertos consultados fueron los médicos epidemiólogos Luis Huicho y Jaime Miranda, catedráticos e investigadores de la Universidad Peruana Cayetano Heredia; la trabajadora social Sonia Cardona, del Instituto de Investigaciones y Desarrollo en Prevención de Violencia y Promoción de la Convivencia Social (CISALVA) de la Universidad del Valle, Cali, Colombia; y la médica epidemióloga Luz Forero, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y jefa del Centro de Referencia Nacional sobre Violencia de Colombia.

Las variables relativas a la víctima fueron nombre, edad, sexo, grado de instrucción, distrito de residencia, ocupación, pertenencia a algún grupo especial de riesgo y consumo de alcohol o droga en el momento del evento que ocasionó su muerte. Del siniestro se registraron la fecha y hora de ocurrencia, el distrito y el escenario del crimen, el número de víctimas fatales que se produjeron, el mecanismo causal de la muerte, la relación de la víctima con el agresor y el móvil de la agresión.

Con relación a este último factor, cabe precisar que se entiende por violencia interpersonal aquella que se produce entre individuos que no guardan parentesco, y que pueden haberse conocido o no antes del conflicto —generalmente circunstancial— que derivó en una pelea o riña.

En cambio, por violencia intrafamiliar se entiende la que se produce sobre todo entre los miembros de la familia o de la pareja, y que, por lo general —aunque no siempre—, sucede en el hogar. En este tipo de violencia se incluyen el maltrato infantil, la violencia contra la pareja y el maltrato a las personas mayores.

El crimen organizado comprende las actividades delictivas que desarrollan, con fines de lucro, colectividades organizadas o bandas que muestran gran capacidad tanto para planificar sus acciones como para operar a gran escala. Entre estas se pueden mencionar las relacionadas con el tráfico de drogas o de armas, la trata de personas, el secuestro y el robo a gran escala.

En contraposición con esta categoría, el delito común o «simple» es aquel que comete un individuo —o, en todo caso, un grupo— que no cuenta con una organización ni con objetivos claros y específicos. Estas personas delinquen con la finalidad de obtener dinero y gastarlo de inmediato. Este tipo de violencia abarca los robos a transeúntes, y los de autopartes y viviendas.

Por pandillaje se entienden los actos delictivos —sobre todo contra la vida, el cuerpo, la salud y el patrimonio— cometidos por grupos, generalmente de adolescentes y jóvenes, que buscan ejercer el control y defender sus espacios territoriales, así como dirimir el poder con otras pandillas rivales.

Finalmente, el homicidio culposo es aquel que se comete por negligencia, imprudencia o impericia en el ejercicio de la profesión, ocupación o industria.

Esta ficha se puso a prueba mediante un piloto que comprendió 80 investigaciones realizadas en diferentes años.[7] Sobre esta base, se hicieron algunos pequeños ajustes a la ficha, básicamente referidos a las posibles categorías de respuesta.

La recolección de información estuvo a cargo de una investigadora que cuenta con experiencia en epidemiología clínica,[8] lo que contribuyó a asegurar el manejo riguroso de los datos. El control de calidad de la información fue realizado por los autores de manera continua durante todo el proceso de recolección. Para la sistematización de los datos, se aplicó el programa Microsoft Excel® 2007.

Una vez que los datos se registraron, se realizó un análisis descriptivo, univariado y bivariado, para determinar la distribución general de las características de los eventos, información que se presenta en los gráficos y cuadros. Durante el análisis y la presentación de los datos, se tuvo especial cuidado en describir la tendencia en el tiempo, con el fin de facilitarle al lector la comprensión de cómo han evolucionado los hechos violentos a lo largo de los últimos años.

7 El piloto estuvo a cargo de Jorge Machicado, médico de la Universidad Peruana Cayetano Heredia.
8 Catherine Privat, bióloga de la Universidad Peruana Cayetano Heredia.

[Capítulo I]

¿Quiénes son las víctimas?

El 80,5% de las víctimas fueron hombres, es decir, cuatro de cada cinco víctimas. Esta proporción ha mantenido valores constantes —alrededor de 80,0%— durante el período de estudio, siendo sus valores máximos 85,3% el 2000 y 74,8% el 2003. Esta proporción es similar a la que existe en el mundo según Krug y colaboradores (2002), donde 77,0% de las víctimas de homicidio son hombres (gráficos 4 y 5).

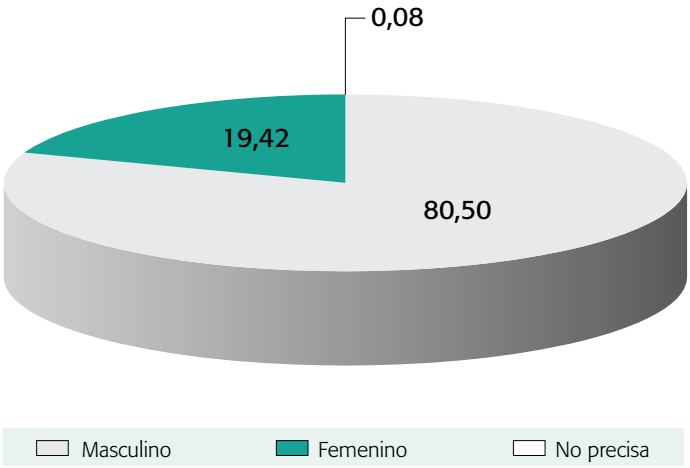
Con relación a la edad, el grupo que presenta el mayor número de víctimas identificadas es el constituido por los adultos mayores de 29 años (58,2%), seguido por los grupos de jóvenes de 18 a 29 años (34,38%), de adolescentes (4,0%) y de menores de 10 años (3,61%).

Distribuidos en grupos etarios por rangos de 10 años, se observa que los grupos de 20-29 y 30-39 años son los que más víctimas aportan —con 29,99% y 26,32%, respectivamente—, seguidos por el grupo de 40-49 años (17,66%). Cabe señalar que la población de 20-29 años constituye 29,4% de la población total de Lima, mientras que la de 30-39 años representa 14,4%; y la de 40-49 años, 11,1% (INEI 2001). De modo que si el alto porcentaje del rango 20-29 años corresponde

[Gráfico 4]

Sexo de las víctimas

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)

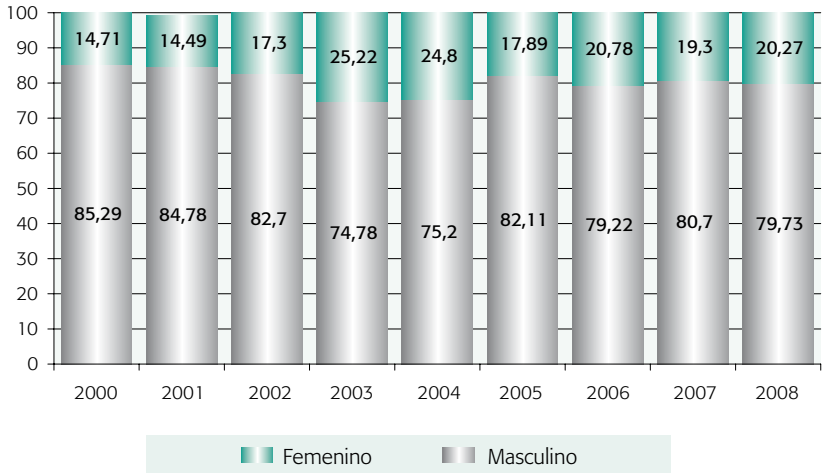


Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Gráfico 5]

Sexo de las víctimas por años

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

a su mayor peso en la composición poblacional, los rangos restantes —sobre todo el de 30-39 años— presentan porcentajes superiores.

En lo que atañe al rango de 20-39 años, esta distribución es similar a la que presentan Brasil y Colombia, y ciudades como Saõ Paulo (Borlina 1999). En Brasil, el año 2003, los rangos de edad con mayor número de homicidios fueron los de 20-29 años (40% del total), 30-39 años (22%) y 15-19 años (16%) (Soares y colaboradores 2007).

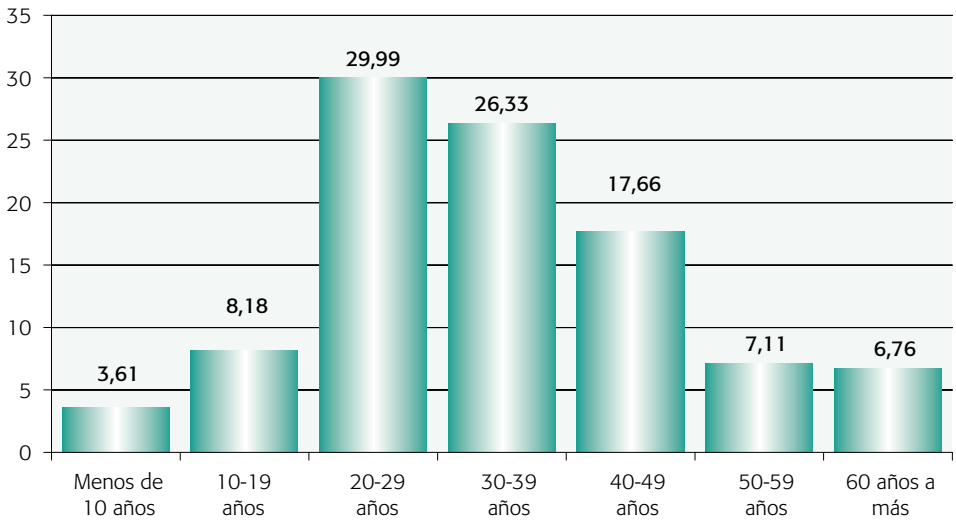
Aunque en relación con Colombia disponemos de información con rangos etarios diferentes, vale la pena hacer la comparación. El grupo de 25-34 años representa 31,7% de los homicidios ocurridos entre el 2003 y el 2008, mientras que el grupo de 15-24 años representa 28,9%; y el de 35-44 años, 18,7% (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses 2003-2008). En Medellín (Cardona y colaboradores 2005), 77,4% de los homicidios ocurridos entre 1990 y 2002 corresponden a personas menores de 35 años; 47,4% de las víctimas tenían entre 15 y 24 años; y 28,3%, entre 25 y 34 años.

De lo anterior se puede concluir que el peso ponderado del grupo etario de 10-19 años entre las víctimas de homicidios ocurridos en Lima en el período 2000-2008 es notoriamente inferior que el alcanzado en Brasil, Colombia y, seguramente, Centroamérica. Según los resultados de este estudio, en Lima, las víctimas de 10-19 años constituyen 8,18% del total, mientras que los menores de 10 años suman 3,6%. En el otro extremo, las personas de 50-59 años constituyen 7,1% de las víctimas; y los mayores de 60 años, 6,76%.

[Gráfico 6]

Edad de las víctimas

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



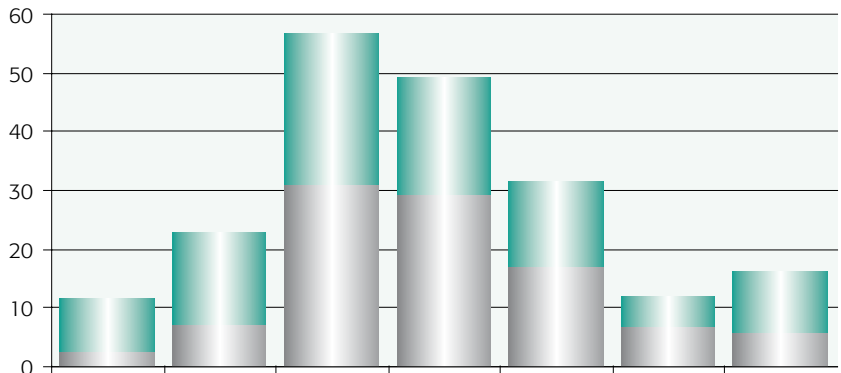
Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

Sin embargo, cuando se analiza la distribución según el sexo de la víctima, la configuración cambia, sobre todo en el grupo de las mujeres, en el que aumenta el peso relativo de las niñas y adolescentes, que llega a 9,1% y 15,7%, respectivamente. En el caso de las mujeres de 60 a más años, asciende a 10,6%, mientras que en el de los demás rangos de edad disminuye con relación al promedio. En otras palabras, entre las mujeres, que tienen una menor participación como víctimas en las muertes por homicidio, el fenómeno tiende a concentrarse en determinados rangos de edad menos que en el caso de los hombres.

[Gráfico 7]

Edad y sexo de las víctimas

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



	Menos de 10	10-19 años	20-29 años	30-39 años	40-49 años	50-59 años	60 años a más
Femenino	9,09	15,66	25,76	19,7	14,14	5,05	10,61
Masculino	2,38	7,26	31,07	29,29	17,14	7,02	5,83

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

Sobre la base de los registros tomados, se observa que la participación porcentual de los dos rangos —de 20-29 años y de 30-39 años— muestra una tendencia ligeramente decreciente; mientras, el grupo de 40-49 años presentó una tendencia al incremento durante la segunda mitad del período, a partir del 2004, año en el que pasó de 13,7%, en promedio (período 2000-2003), a 20,83% (período 2004-2008).

Aunque con porcentajes menores —7,1% en promedio—, otro grupo que muestra una tendencia ascendente en la distribución de muertes por homicidio es el de 50-59 años: de representar 5,74% de las muertes en el período 2000-2002, subió a 9,24% entre el 2006 y el 2008. El grupo de personas mayores de 60 años también presentó una tendencia al incremento durante la segunda mitad del período:

de concentrar 5,11% de las víctimas entre el 2000 y el 2003, aumentó a 8,06% entre el 2004 y el 2008.

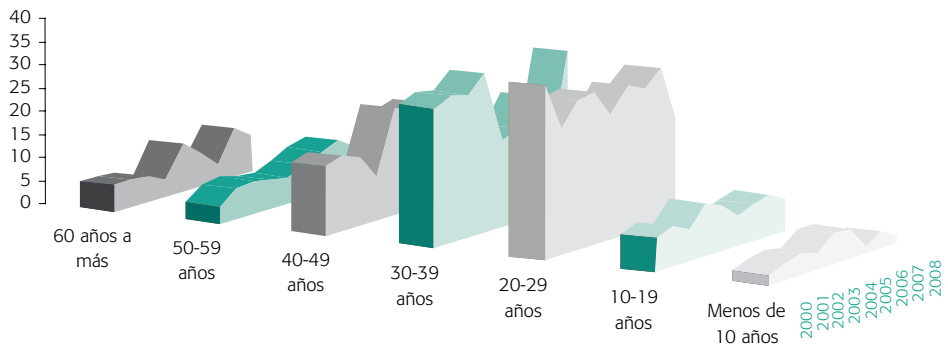
En los casos de niños menores de 10 años y adolescentes —10-19 años—, su participación entre las víctimas de homicidio se ha mantenido constante, alrededor de 3,6% y 8,18%, respectivamente, con picos esporádicos en algún año.

Estas tendencias, crecientes en los rangos de mayor edad —mayores de 40 años—, decrecientes en los jóvenes —20-39 años— y constantes en el rango de 10-19 años, resultan contradictorias con las encontradas en las series de otros países, en las que el rango de 15-49 años, correspondiente a los adolescentes y adultos jóvenes, es el que tiende a aumentar, mientras que el rango de los adultos mayores disminuye.

[Gráfico 8]

Grupo etario de las víctimas por años

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

La gran mayoría de las personas asesinadas eran peruanas (95,9%); solo 3,14% eran extranjeras. Sin embargo, al realizar el análisis en función del tiempo, se observa un incremento del porcentaje de extranjeros durante el último trienio. De representar alrededor

de 1,8% de los homicidios ocurridos entre el 2000 y el 2005, este grupo subió a casi 6,0% entre el 2006 y el 2008. Al respecto, una posibilidad sujeta a comprobación es que este aumento se relacione con disputas y ajustes de cuentas entre bandas de narcotraficantes. Como es de conocimiento público, durante los últimos cinco años se ha incrementado la presencia de carteles mexicanos en el Perú; según International Crisis Group (2008),[9] estos carteles, junto con los colombianos, controlan las principales operaciones de exportación de cocaína en el país (gráficos 9 y 10).

Esta hipótesis se ve fortalecida con el incremento de los homicidios cometidos por sicarios, que pasaron de 5,26% el 2005 a 8,11% el 2008.

Otros datos sobre las víctimas aportan poco para identificar patrones o factores asociados al riesgo de muerte por homicidio en Lima. En casi 60% de los casos, no se cuenta con información sobre el grado de instrucción de la persona asesinada. En los casos en los que este dato sí aparece, se observa que más de 80% tenían estudios de secundaria o superior.

Los grupos ocupacionales[10] que aportan con el mayor porcentaje de las muertes son los delincuentes (20,04%) y los independientes (16,22%). Los restantes representan porcentajes menores, no significativos. El predominio de los delincuentes entre las víctimas

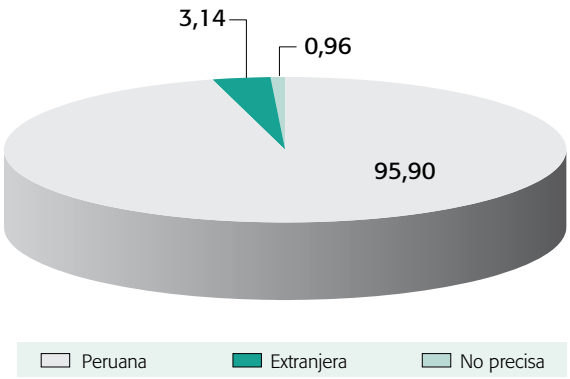
9 Según el portal de noticias Perú.com, entre julio del 2006 —año en el que el magistrado Hernán Saturno Vergara, quien procesaba a varios miembros del cartel de Tijuana, fue asesinado por un sicario— y abril del 2009 se han producido, por lo menos, 16 homicidios cometidos por sicarios; de estos, 5 ocurrieron los cuatro primeros meses del 2009. Entre el 2007 y el 2008, de acuerdo con Noticieros Televisa, por lo menos siete ciudadanos mexicanos fueron asesinados por sicarios en el Perú. No obstante, ni todos los asesinados por sicarios son mexicanos ni todos los sicarios son de esa nacionalidad. Incluso, en los últimos años, la prensa ha dado cuenta de asesinatos por sicarios por móviles distintos del ajuste de cuentas entre narcotraficantes.

10 La ficha de recojo de información contiene una sección para especificar la profesión u ocupación de la víctima, sin definirlas. No obstante, antes de iniciarse el trabajo de campo, la investigadora responsable desarrolló una categorización que incluye las siguientes variables: obrero, empleado, estudiante, profesional, ambulante, comerciante, delincuente, vigilante particular, jubilado, ama de casa, policía o militar, e independiente. Esta última categoría corresponde a una persona que carece de empleo estable y que, para sobrevivir, realiza diversas actividades, que no incluyen el comercio ambulatorio.

[Gráfico 9]

Nacionalidad de las víctimas

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)

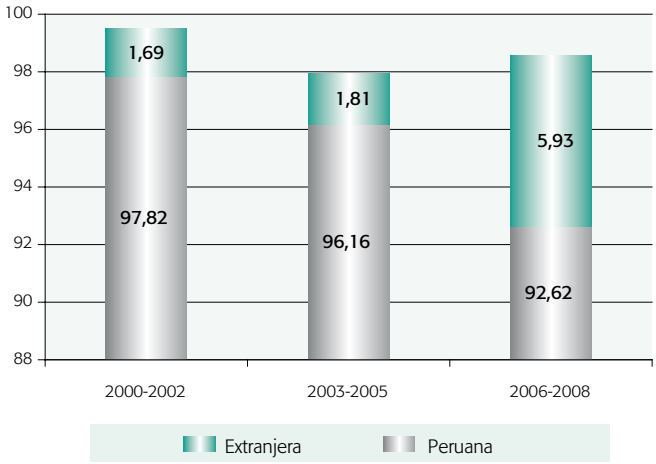


Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Gráfico 10]

Nacionalidad de las víctimas por períodos

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



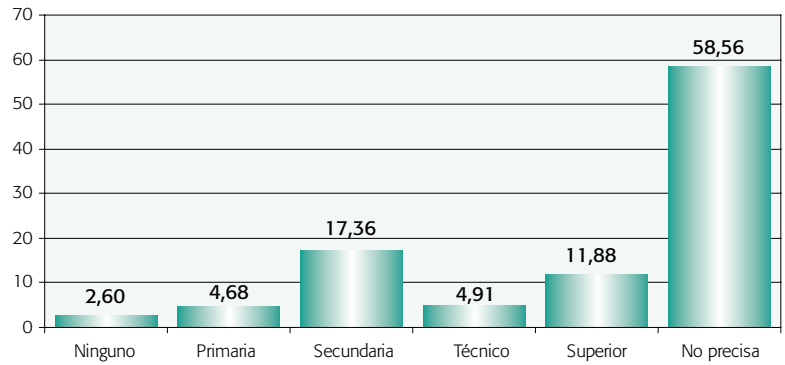
Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

se puede explicar por su estilo de vida y sus actividades al margen de la ley. En el caso de los independientes, su presencia, probablemente, refleje el peso relativo de esta ocupación en el conjunto de la población, por el alto grado de informalidad económica que tiene la sociedad limeña (gráficos 10 y 11).

[Gráfico 11]

Grado de instrucción de las víctimas

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)

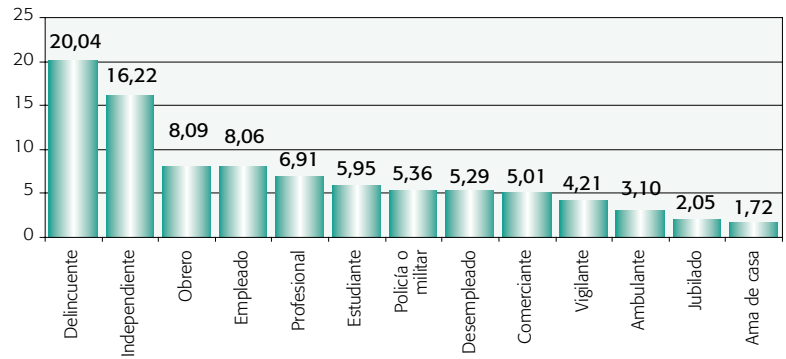


Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Gráfico 12]

Ocupación de las víctimas

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

Dos terceras partes de las víctimas (65,68%) no pertenecían a ningún grupo considerado vulnerable; es decir, eran personas comunes y corrientes. Los grupos que tienen mayor peso ponderado en el total de las muertes son delincuentes comunes (10.94%), reclusos-ex reclusos (5,94%) y pirañitas-indigentes-drogadictos (5,34%). Los homosexuales[11] y los trabajadores sexuales de ambos sexos constituyen 3,83% de las víctimas, cifra ligeramente superior que la de los pandilleros, que representan 3,34%. Estos pesos relativos se han mantenido constantes en el tiempo.

Las cifras señaladas se ven corroboradas por las referidas a los antecedentes policiales de las víctimas. Mientras que se desconoce la información sobre una tercera parte de ellas, en relación con las dos terceras partes restantes cabe señalar que 77,88% no tenían antecedentes (gráficos 13 y 14).

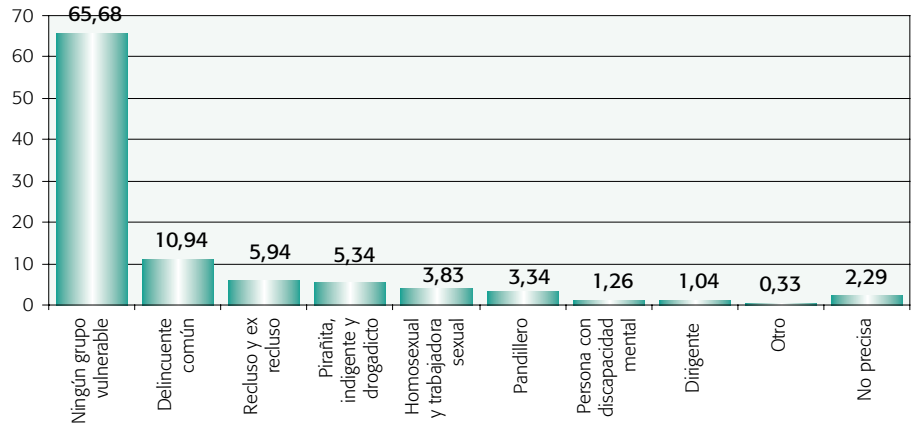
Lamentablemente, para más de la mitad de las víctimas no existe información sobre el consumo de alcohol y de drogas al momento de la muerte. En 52,61% de los casos, no se disponía de información sobre el consumo de alcohol; y en 56,98%, el dato que faltaba era el referente a drogas. En los casos en los que sí hay información, solo la cuarta parte de las víctimas habían consumido alcohol (24,22%) y un porcentaje aún menor (5,9%) estaban bajo el efecto de las drogas. Sin embargo, cabe señalar que en una proporción importante de estos casos, la información se obtuvo por declaración de terceros en el curso de las investigaciones, y no mediante un análisis de la sangre; esto revela la mala calidad de la información (gráficos 15 y 16).

11 Se incluye como grupo vulnerable a los homosexuales por cuanto podrían ser objeto de violencia homicida por grupos o personas homofóbicas, intolerantes a opciones sexuales distintas.

[Gráfico 13]

Víctimas por pertenencia a grupo vulnerable

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)

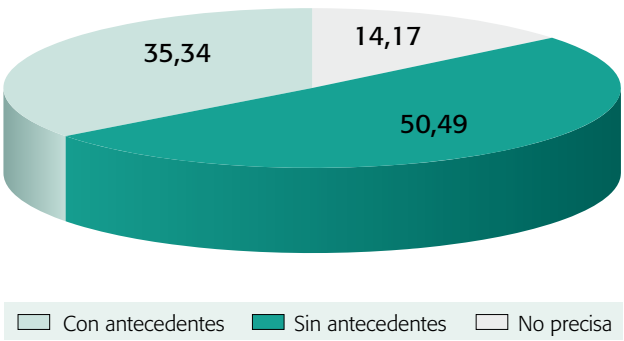


Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Gráfico 14]

Víctimas con antecedentes policiales

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)

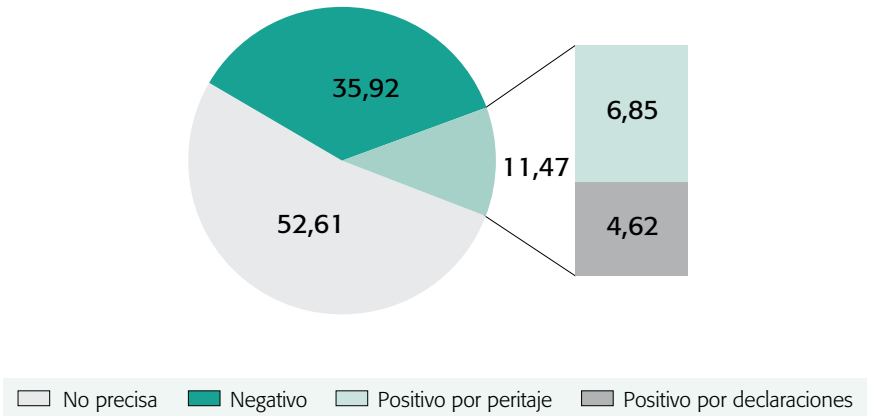


Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Gráfico 15]

Consumo de alcohol por parte de las víctimas

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)

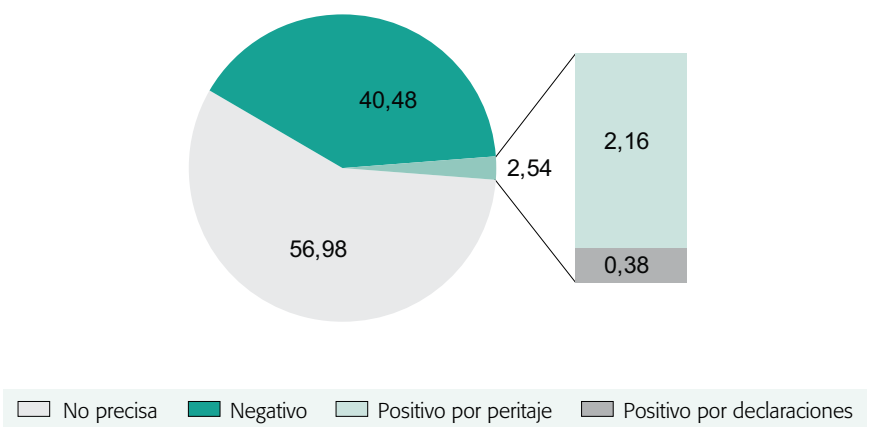


Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Gráfico 16]

Consumo de drogas por parte de las víctimas

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Capítulo 2]

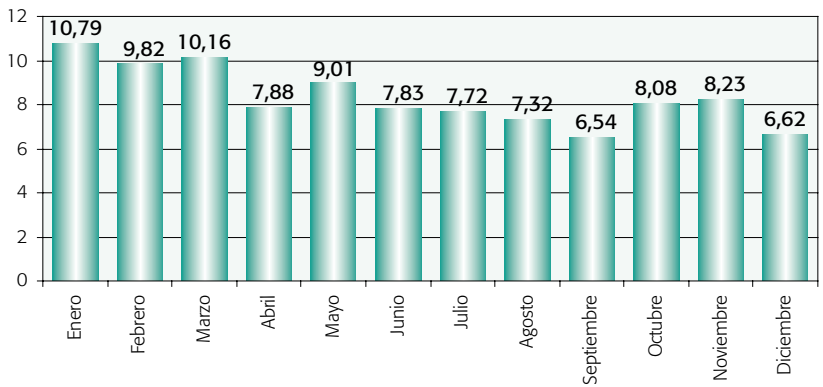
¿Cuándo fueron asesinadas?

Otra característica importante de los homicidios es la estacionalidad. Se verifica que no hay una diferencia muy marcada en el peso de los meses del año, que oscila entre 6% y 11%. Sin embargo, sí se percibe un mayor número de homicidios entre enero y marzo, y un menor número en septiembre y en diciembre.

[Gráfico 17]

Mes en que se produjo el homicidio

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



Fuente: División de Investigación de Homicidios de la Dirincri PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

El comportamiento de la distribución por años se muestra variable, con incrementos y reducciones en los aportes porcentuales de cada mes. Solo los meses de enero, febrero y marzo, sobre todo en la segunda mitad del período, presentan una tendencia constante a concentrar las mayores frecuencias —por encima de 10%—. También diciembre mantiene rangos constantes, inferiores que los de los demás meses —entre 5% y 7%—, con picos esporádicos en algunos años.

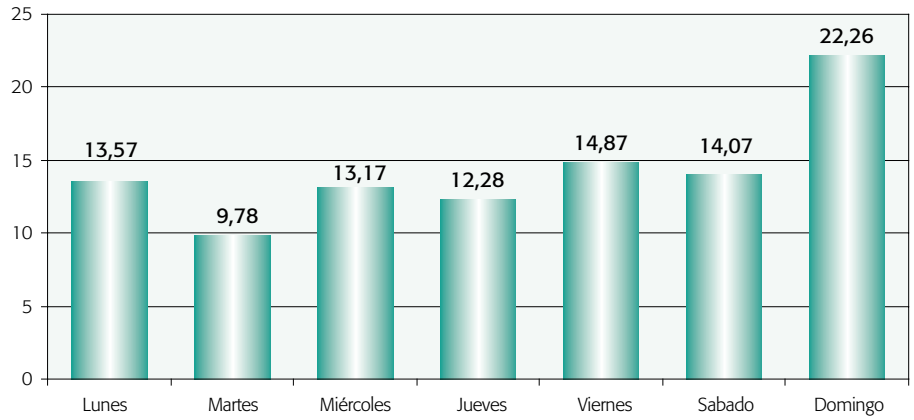
Es necesario corroborar estos resultados con un estudio representativo del universo de homicidios. Sin embargo, de verificarse las tendencias identificadas, estas darían cuenta de un comportamiento que responde a dinámicas locales. Así por ejemplo, en Medellín y Cali no se observó tendencia estacional alguna en los homicidios, aunque en esta última ciudad diciembre presentó el mayor valor acumulado entre 1993 y 1998 (Concha-Eastman y colaboradores 2002). En Saõ Paulo (Borlina 1999), la mayor parte de los homicidios ocurren en el transcurso de los dos últimos meses del año y, a partir de febrero, su frecuencia tiende a disminuir hasta mayo.

Respecto al patrón de comportamiento según días y horas de ocurrencia, se observó que la mayor frecuencia de homicidios se presenta los domingos (22,26%); y la menor, los martes (9,78%). La distribución entre los demás días es, en general, homogénea (entre 13,2% y 14,9%). Este es un comportamiento constante durante los diferentes años del estudio. Es el mismo patrón reportado por los estudios de Medellín, Cali y Saõ Paulo, en los que la frecuencia de las muertes se incrementa los sábados y domingos.

[Gráfico 18]

Día de la semana en que se produjo el homicidio

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



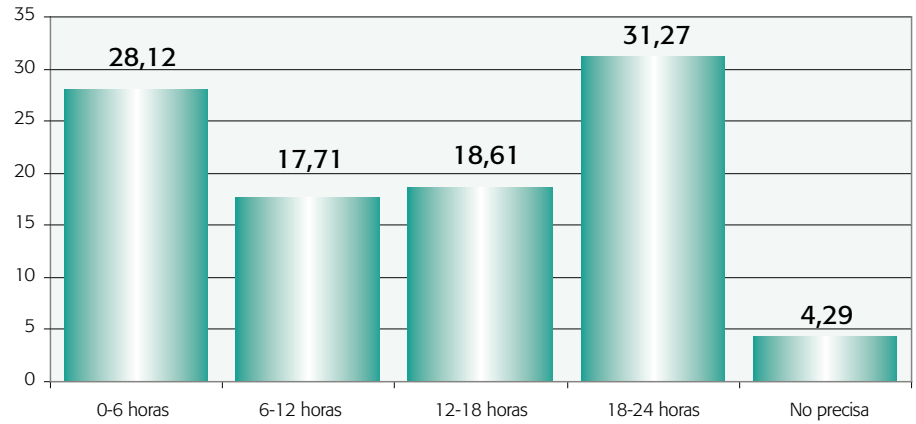
Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

La mayoría de homicidios ocurrieron durante la noche (59,39%): 31,27%, entre las 18:00 y las 24:00 horas; y 28,12%, entre las 0:00 y las 6:00 horas. Sin embargo, el análisis comparativo por años, aunque muestra cierta variabilidad, revela una tendencia a homogeneizar la distribución entre las 0:00 y las 18:00 horas, tendencia que se afirma desde el 2004. El rango entre las 18:00 y las 0:00 mantiene su peso sobre 30%. Esta tendencia, homogénea en los días de semana —salvo el domingo— y tendiente a homogeneizar las horas del día y a disminuir la frecuencia de los asesinatos en horas de la madrugada, pareciera esbozar un patrón en el cual pierde peso la relación entre los homicidios y «la juerga». La relativamente baja presencia de consumo de alcohol y drogas en las víctimas poco antes de la agresión parece corroborar esta tendencia (gráficos 19 y 20).

[Gráfico 19]

Hora del homicidio

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)

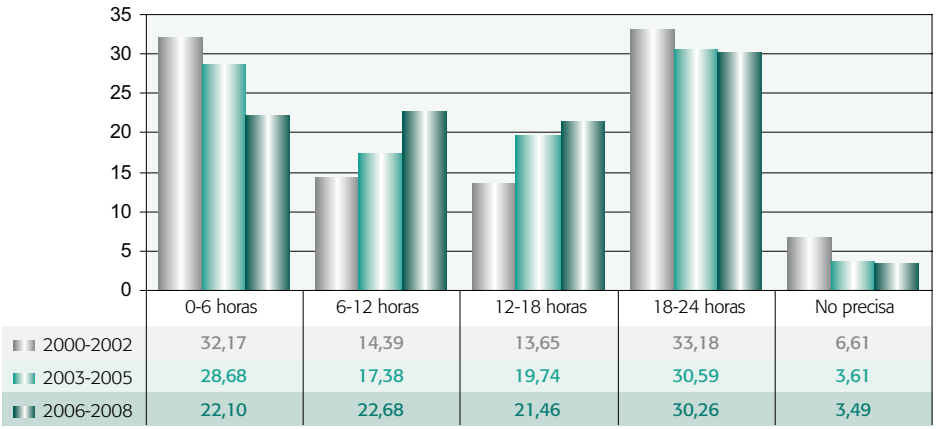


Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Gráfico 20]

Hora del homicidio por perídos

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



	0-6 horas	6-12 horas	12-18 horas	18-24 horas	No precisa
2000-2002	32,17	14,39	13,65	33,18	6,61
2003-2005	28,68	17,38	19,74	30,59	3,61
2006-2008	22,10	22,68	21,46	30,26	3,49

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Capítulo 3]

¿Dónde fueron asesinadas?

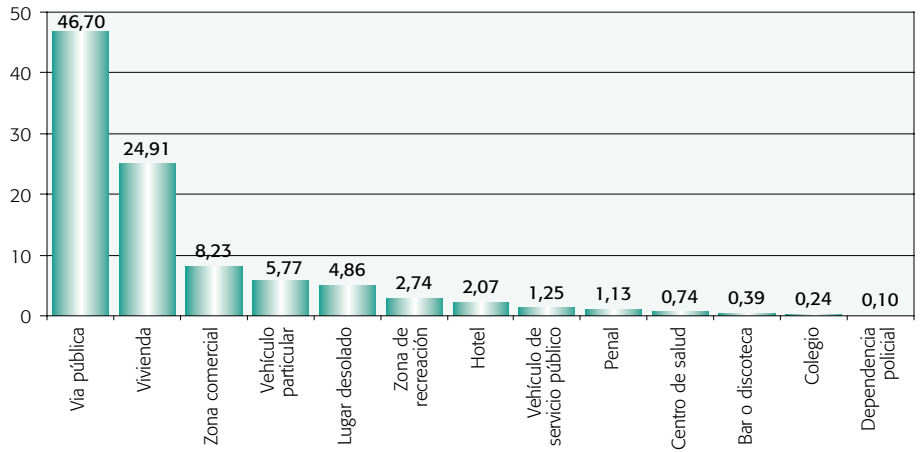
Si se relaciona el distrito en el que asesinaron a la víctima con aquel en el que vivía, se encuentra que en 50,43% de los casos el hecho ocurrió en el mismo distrito; y en 49,57% de los casos, en otro.

Casi la mitad de los homicidios (46,7%) ocurrieron en la vía pública; y la cuarta parte (24,91%), en la vivienda. Ambos espacios constituyen los principales escenarios de los homicidios. Les siguen, en orden de frecuencia, las zonas comerciales (8,23%), los vehículos particulares (5,77%), los lugares desolados (4,86%) y las zonas de recreación (2,74%); es decir, lugares que conforman el espacio público. A este corresponde —sumando los casos ocurridos en la vía pública, en lugares desolados, en vehículos, en bares y en otros sitios de diversión— 70% de los hechos, mientras que el espacio privado —sumando las viviendas y los hostales y hoteles— concentra 27%. Los escenarios institucionales —penales, dependencias policiales, centros de salud, colegios— constituyen 2,21%.

[Gráfico 21]

Escenario del homicidio

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



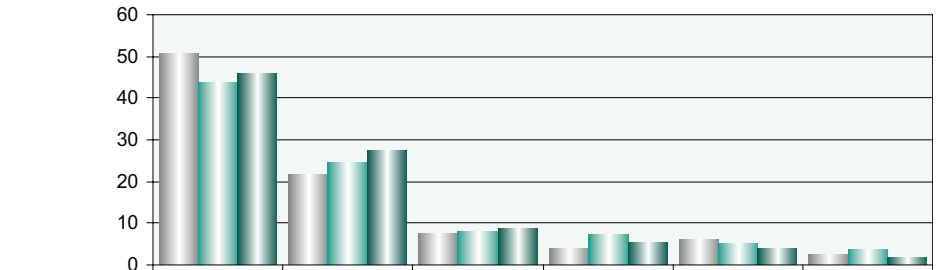
Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

La distribución de los homicidios según el escenario muestra gran variabilidad a través del tiempo, con incrementos y reducciones importantes en su peso año tras año. Agrupando los datos por trienios, parece esbozarse cierta tendencia a la disminución de la vivienda y las zonas comerciales como escenarios de los homicidios, mientras más bien se incrementa la importancia de los lugares desolados y la vía pública. Resulta notoria, en cambio, la reducción de las muertes cometidas en instituciones. Durante los últimos tres años, no hubo una sola investigación de homicidios en instituciones; en los colegios no se realizó ninguna desde el 2001, mientras que en dependencias policiales solamente se llevó a cabo una investigación en el 2003.

[Gráfico 22]

Principales escenarios del homicidio por períodos

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



	Vía pública	Vivienda	Zona comercial	Vehículo particular	Lugar desolado	Zona de recreación
2000-2002	50,55	21,83	7,48	4,11	6,29	2,49
2003-2005	43,82	24,53	7,90	7,14	5,07	3,69
2006-2008	46,07	27,44	8,50	5,57	4,10	1,63

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Capítulo 4]

¿Cómo fueron asesinadas?

Con relación a las circunstancias de los hechos, el primer aspecto que se debe observar es el número de víctimas y la tendencia que ha seguido esta variable. En general, en 86,79% de los casos investigados existe una sola víctima, mientras que en 4,21% murieron dos personas y en 1,49% los fallecidos fueron tres o más.

Esta distribución ha sido muy cambiante en los diversos años del estudio, con incrementos y reducciones importantes entre un año y otro, de modo que no se logra perfilar una tendencia clara en el comportamiento de esta variable. Entre el 2001 y el 2003, el porcentaje de casos con más de una víctima subió de 2,9% a 7,8%; volvió a bajar en los tres años siguientes, del 2003 al 2006, a 1,3%; y, luego, entre el 2006 y el 2008, subió hasta 12,1%, el porcentaje más alto alcanzado. Al respecto, cabe preguntarse si este último incremento responde a un aumento de los homicidios múltiples o se debe a que la División adoptó esta categoría como criterio de selección de los casos investigados.

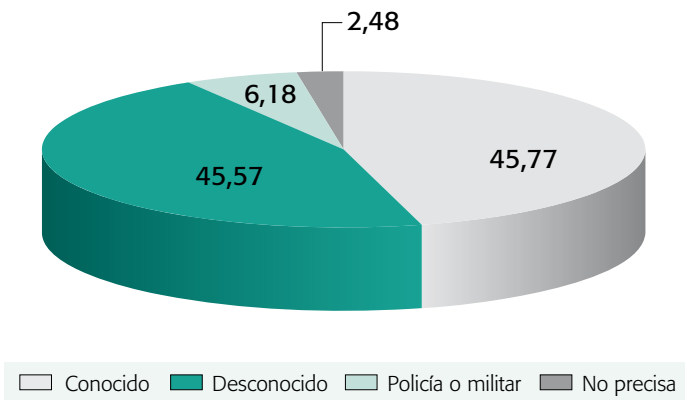
Sobre el presunto homicida, en la mayoría de los casos (97,5%) se pudo determinar su relación con la víctima. En 45,77%, se trataba de

una persona conocida, mientras que en 45,57% era un desconocido. El 6,18% de las muertes restantes fueron cometidas por agentes de las fuerzas de orden.

[Gráfico 23]

Homicidios según victimario

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

En la categoría de conocidos se encuentran los familiares y los que no lo son. El 19,24% de los homicidios fueron cometidos por un familiar; el caso más frecuente en esta categoría es que el asesino sea la pareja (12,23%), seguido por el padre o la madre (2,96%), y los hijos (0,82%). «Otros familiares» constituyeron 3,24% de los casos investigados, mientras que otras personas del entorno de la víctima representaron 26,53%.

Son porcentajes altos (45,77%), casi el doble que los hallados en Medellín (Cardona y colaboradores 2005) y Cali (Concha-Eastman y colaboradores 2002), donde la víctima conocía al homicida en 20% a 25% del total de casos en los que este último fue identificado. En estos casos, las parejas representaron alrededor de 3%; y otros familiares, cerca de 5%.

En la categoría de desconocidos, 24,89% fueron delincuentes comunes. Los desconocidos a secas representaron 7,35%, en tanto que los sicarios fueron los victimarios en 4,87% de los casos, seguidos muy de cerca por los pandilleros, con 4,44%.

Esta distribución, sin embargo, adquiere características diferentes según el sexo de la víctima. En los casos en los que ella era una mujer, 75,25% de los homicidios fueron cometidos por personas de su entorno, entre las que destaca la pareja —que concentra 39,39% de los casos—, mientras que otros familiares constituyen 15,15%.[12] Cuando la víctima era un hombre, la proporción se invierte: 60% de las sindicaciones recaen en personas desconocidas; y 37,1%, en personas de su entorno. Las dos categorías de victimarios más frecuentes son los delincuentes comunes (28,2%) y los conocidos (26,65%). La pareja, en estos casos, es responsable de 5,64% de los eventos.

La misma inversión se observa en las series de otros países, como Colombia (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses 2002-2009). Cabe señalar que estas distribuciones han permanecido estables durante los nueve años estudiados, aunque con subidas y bajadas anuales.

Al estudiar el comportamiento de los homicidios según si el supuesto agresor era una persona conocida o desconocida por la víctima, se observa que, respecto a las características de tiempo, los homicidios cometidos por conocidos ocurren con mayor frecuencia los domingos —casi la cuarta parte— y tienden a distribuirse de manera más homogénea entre los diferentes rangos horarios: entre los períodos 2000-2002 y 2006-2008, los rangos diurnos —de 6:00 a 12:00 horas y de 12:00 a 18:00 horas— incrementaron su peso de

12 Estas cifras coinciden con las del Ministerio Público, según las cuales, entre septiembre del 2008 y junio del 2009, 35,9% de las mujeres víctimas de un homicidio murieron en manos de su pareja o ex pareja hombre (Villanueva 2009: 27). Asimismo, de acuerdo con el Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, durante los primeros ocho meses del 2009, los feminicidios ocurridos en Lima representaron 39% del total nacional.

17,62% y 14,51% a 25,89% y 20,54%, respectivamente. Mientras que el rango de 0:00 a 6:00 horas disminuyó de 36,27% en el período 2000-2002 a 21,43% en el período 2006-2008, el de 18:00 a 24:00 horas se mantuvo alrededor de 25% durante los tres períodos. Asimismo, se observa una tendencia al incremento de la frecuencia los miércoles: los casos ocurridos en estos días aumentaron de 10,88% en el período 2000-2002 a 14,84% en el período 2003-2005 y a 16,96% en el período 2006-2008. Está pendiente investigar cuál es la razón de este incremento (cuadro 1).

Con relación a los homicidios cometidos por desconocidos, los días que concentran la mayor parte de los eventos son los domingos (19,96%), los viernes (16,71%) y los sábados (15,3%). Aquí también se observa un proceso de homogeneización de las frecuencias entre los rangos horarios: el rango de 0:00-6:00 horas, que entre el 2000 y el

[Cuadro 1]
Relación del homicida con la víctima y día de ocurrencia
Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)

Día	Conocido			
	2000-2002	2003-2005	2006-2008	Total
Lunes	17,10	11,61	8,04	12,25
Martes	9,84	12,26	10,71	10,94
Miércoles	10,88	14,84	16,96	14,23
Jueves	11,92	13,55	9,82	11,76
Viernes	11,40	14,84	10,71	12,32
Sábado	12,44	14,19	14,29	13,64
Domingo	26,42	18,71	29,46	24,87
	100,00	100,00	100,00	100,00

[Cuadro 2]
Relación del homicida con la víctima y hora de ocurrencia
Lima Metropolitana 2000-2008 (%)

Hora	Conocido			
	2000-2002	2003-2005	2006-2008	Total
0-6	36,27	30,97	21,43	29,56
6-12	17,62	18,06	25,89	20,52
12-18	14,51	17,42	20,54	17,49
18-24	25,91	27,74	25,00	26,22
No precisa	5,70	5,81	7,14	6,22
	100,00	100,00	100,00	100,00

2002 concentraba 28,57% de los casos, redujo su peso a 22,83% entre el 2006-2008. Los rangos entre las 6:00-18:00 horas incrementaron sus porcentajes de alrededor de 12% entre el 2000-2002 a alrededor de 20% entre el 2006-2008. Solo el rango de 18:00-24:00 horas, que había reducido su peso —partió de 39,85% en el 2000-2002—, mantuvo su nivel alrededor de 33%. En ambos casos, esta redistribución podría indicar una tendencia a que los fenómenos violentos se expandan al conjunto de la vida social y no se restrinjan a ciertos márgenes horarios y de actividad, dinámica que conviene investigar.

Llama la atención que en el grupo de homicidios en los que la víctima conocía a su victimario, el porcentaje de eventos sin información sobre la hora de ocurrencia ha venido aumentando a lo largo del tiempo; en cambio, en los casos en los que el victimario era un desconocido, este porcentaje ha tendido a disminuir (cuadro 2).

Desconocido			
2000-2002	2003-2005	2006-2008	Total
12,78	15,68	13,39	13,95
11,28	5,95	7,87	8,37
10,90	15,14	14,96	13,67
11,65	11,89	12,60	12,05
17,67	15,14	17,32	16,71
13,91	17,84	14,17	15,31
21,80	18,38	19,69	19,96
100,00	100,00	100,00	100,00

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la Dirincri PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

Desconocido			
2000-2002	2003-2005	2006-2008	Total
28,57	27,03	22,83	26,14
12,41	17,84	19,69	16,64
11,65	19,46	20,47	17,20
39,85	32,97	33,86	35,56
7,52	2,70	3,15	4,46
100,00	100,00	100,00	100,00

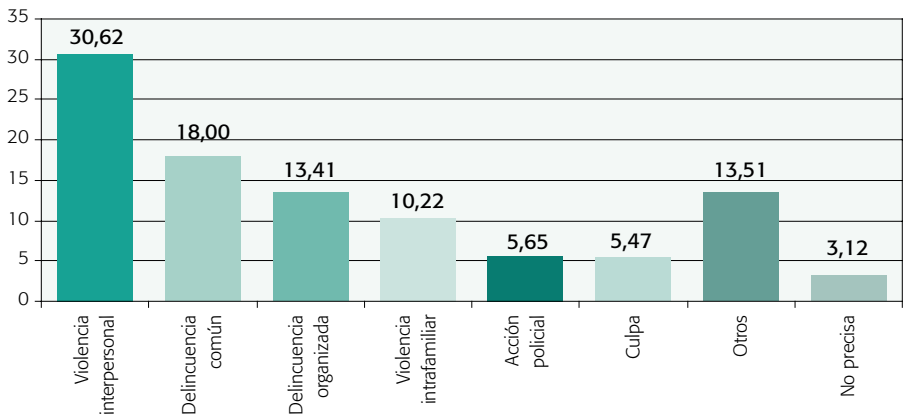
Fuente: División de Investigación de Homicidios de la Dirincri PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

En cuanto al móvil del crimen, este pudo ser determinado en 96,88% de los casos. El móvil más frecuente, de lejos, fue la violencia interpersonal —riñas y peleas—, que representó 30,62% de los casos. En segundo lugar se ubican los actos de delincuencia común, que fueron causa de 18,0% de las muertes, seguidos por la delincuencia organizada (13,41%) y la violencia intrafamiliar (10,22%). Recién en quinto lugar aparece la acción policial como causa de 5,65% del total de muertes, seguida del homicidio culposo, con 5,47%. Otros móviles, entre los que se encuentra el pandillaje (3,94%), constituyen 13,51% del total de casos.[13] Es interesante notar que si se suman los casos de violencia personal e intrafamiliar (40,84%), por un lado, y

[Gráfico 24]

Móvil probable

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

13 De acuerdo con la encuesta anual del Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima sobre seguridad ciudadana en la capital realizada en el 2009, el pandillaje es el principal problema de seguridad para un 41,6% de los encuestados, seguido del consumo de drogas (20,6%), los robos en la calle (19,8%), los robos en viviendas (5,8%), las violaciones (4,8%) y los homicidios (3,3%), entre otros. Por lo menos en relación con el delito de homicidio, llama la atención la falta de correspondencia entre la responsabilidad de las pandillas y la percepción ciudadana sobre su peligrosidad en general.

los de delincuencia común y de crimen organizado (31,41%), por el otro, tenemos que los primeros son más numerosos, lo que significa que la delincuencia no es la principal causa de los homicidios.

La distribución por años muestra una relativa estabilidad, con subidas y bajadas dentro de rangos relativamente discretos. En el caso de la violencia interpersonal, se observa una ligera reducción en la segunda mitad del período. Entre el 2000 y el 2003, representaba alrededor de 31% de los casos, mientras que entre el 2004 y el 2008 —excepto en el 2006, que aumentó a 49,4%—, se mantuvo alrededor de 25%.

En cambio, la delincuencia común y la organizada se mantuvieron constantes durante todo el período de estudio. Sumadas, representaron entre 29% y 35% de los homicidios, según el año, excepto en el 2003 —que disminuyeron a 22,6%— y en el 2008 —que se incrementaron a 38,7%—.

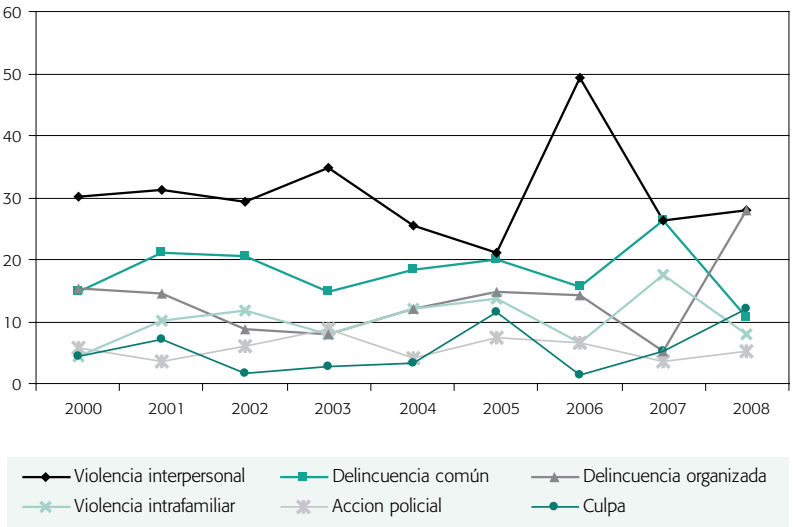
La violencia intrafamiliar muestra un comportamiento más variable: fluctúa entre valores de alrededor de 12,0% y 7,5% —salvo en el 2000 y el 2007, años en los que los valores fueron 4,4% y 17,5%, respectivamente—, pero en forma errática, sin esbozar una tendencia. Los móviles «acción policial» y «homicidio culposo» muestran, también, un comportamiento variable, con reducciones y subidas constantes de un año a otro (gráfico 25).

Esta variable, sin embargo, se comporta de manera diferente según el sexo y la edad de la víctima. Si bien la violencia interpersonal y la delincuencia común son móviles que tienen una importancia similar en los homicidios de hombres y mujeres —alrededor de 30% y 18%, respectivamente—, la violencia intrafamiliar adquiere un mayor protagonismo en los homicidios de mujeres comparados con los de hombres. En efecto, es causa de más de la cuarta parte (26,3%) de los homicidios de mujeres, mientras que llega apenas a 5,8% en los homicidios de hombres.

[Gráfico 25]

Móvil probable por años

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

En cambio, la delincuencia organizada y el pandillaje son móviles con peso relativo mayor en los casos de homicidios de varones. La delincuencia organizada explica 15,3% de las muertes de hombres y solo 6,1% de las muertes de mujeres, en tanto que el pandillaje es causa de 5,2% de los homicidios de varones, y llega apenas a 0,5%

[Cuadro 3]

Relación del móvil homicida con el sexo de la víctima

Lima Metropolitana 2000-2008 (%)

	Violencia interpersonal	Violencia intrafamiliar	Delincuencia común
Masculino	28,25	5,84	19,31
Femenino	32,32	26,26	16,16

en el caso de las mujeres. Es probable que las muertes producidas por pandilleros sean el resultado de enfrentamientos entre ellos (cuadro 3).

La violencia interpersonal es el móvil de mayor importancia en los homicidios de personas de 10 a 39 años; es la causa de una tercera parte de estas muertes. En los rangos siguientes, su peso relativo disminuye progresivamente, pero no baja del segundo lugar. La violencia intrafamiliar es el principal móvil en los homicidios de menores de 10 años: explica casi las tres quintas partes (57,89%) de estos eventos. En los demás rangos etarios, mantiene porcentajes entre 6,5% y 8,7%, con un ligero aumento en el rango de más de 60 años.

La delincuencia, tanto común como organizada, muestra un incremento progresivo a medida que se avanza en edad. Así, la delincuencia común es el principal móvil de los homicidios de personas mayores de 50 años —39% en el rango de 50-59 años y casi la mitad en mayores de 60 años—. La delincuencia organizada aumenta su peso hasta el rango de 40-49 años, en el que es el móvil de la cuarta parte de los eventos. Luego su participación disminuye a 20,3% en el rango de 50-59 años, y a 12,86% en mayores de 60 años. El pandillaje como causa de homicidios es un fenómeno fundamentalmente juvenil: afecta en forma casi exclusiva a adolescentes (10-19 años) y a adultos jóvenes (20-29 años), rangos en los que es causa, respectivamente, de 15,2% y 9,0% de los homicidios. Este dato ratifica lo afirmado al respecto (cuadro 4).

Delincuencia organizada	Pandillaje	Otro	Total
15,26	5,24	26,10	100,00
6,06	0,51	18,69	100,00

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la Dirincri PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Cuadro 4]

Relación del móvil homicida con la edad de la víctima

Lima Metropolitana 2000-2008 (%)

	Violencia interpersonal	Violencia intrafamiliar	Delincuencia común
0-9 años	10,53	57,89	2,63
10-19 años	32,61	6,52	7,61
20-29 años	34,29	8,01	14,10
30-39 años	32,28	6,67	17,89
40-49 años	26,16	8,72	18,02
50-59 años	20,29	8,70	39,13
60 años a más	12,86	10,00	48,57

Solo en 47,4% de los homicidios hay información sobre el consumo de alcohol por parte de la víctima, en tanto que en 43% de los casos hay información sobre el consumo de drogas. Tomando en cuenta este universo, la violencia interpersonal es la que registra los mayores porcentajes de consumo de alcohol y de drogas por parte de la víctima, con 48,0% y 11,6%, respectivamente. Esto apunta a señalar la importancia de estos factores como desencadenantes de riñas y peleas.

[Cuadro 5]

Relación del móvil homicida con el consumo de alcohol y drogas por la víctima, solo en los casos en que existe información

Lima Metropolitana 2000-2008 (%)

	Violencia interpersonal	Violencia intrafamiliar	Delincuencia común
Alcohol	48,03	19,67	11,83
Drogas	11,57	0,00	3,96

Delincuencia organizada	Pandillaje	Otro	Total
2,63	0,00	26,32	100,00
2,17	15,22	35,87	100,00
8,65	8,97	25,96	100,00
14,39	0,35	28,42	100,00
25,00	0,58	21,51	100,00
20,29	1,45	10,14	100,00
12,86	0,00	15,71	100,00

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

Otras situaciones en las que se encuentra una frecuencia alta de consumo de alcohol en las víctimas son los homicidios ocurridos en enfrentamientos entre pandillas (39,1%) y, en menor medida, en los causados por violencia intrafamiliar (19,7%). Sin embargo, también en los demás móviles se documenta el consumo de alcohol en porcentajes no desdeñables —entre 11,8% y 15,5%— y de drogas —5,6% en muertes por delincuencia organizada y 4,0% por delincuencia común— (cuadro 5).

Delincuencia organizada	Pandillaje	Otro
13,64	39,13	15,56
5,56	0,00	3,54

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

Analizando el comportamiento de esta variable en función de si la víctima conocía o no a su agresor, se aprecian situaciones sumamente diferentes. En los casos en que la víctima conocía al agresor (45,77%), la violencia interpersonal fue el móvil de casi la mitad de los homicidios, seguida por la violencia intrafamiliar en una quinta parte. Estos dos móviles explican más de las dos terceras partes de las muertes ocasionadas por personas del entorno de la víctima. Otros móviles menos importantes en este grupo son la delincuencia común y el homicidio culposo. Todos ellos han mantenido, a lo largo del tiempo, un comportamiento estable o con variaciones alrededor de estos porcentajes.

Cuando el agresor fue una persona desconocida (45,57%), el principal móvil estuvo relacionado con la delincuencia en sus dos modalidades —común y organizada—; este móvil constituyó la mitad de los casos. Le siguen en importancia la violencia interpersonal, la acción policial, el pandillaje y la defensa propia. El comportamiento de estas categorías a lo largo del tiempo se mantuvo estable.

[Cuadro 6]

Relación del homicida con la víctima y móvil

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)

Móvil	Conocido	Desconocido
Violencia interpersonal	47,63	14,38
Violencia intrafamiliar	20,73	0,85
Delincuencia común	13,12	22,91
Delincuencia organizada	2,35	23,36
Pandillaje	0,00	7,69
Acción policial	0,22	9,68
Culpa	11,36	4,41
Defensa propia	0,17	6,73
Otro	2,58	5,68
No precisa	1,85	4,32
Total	100,00	100,00

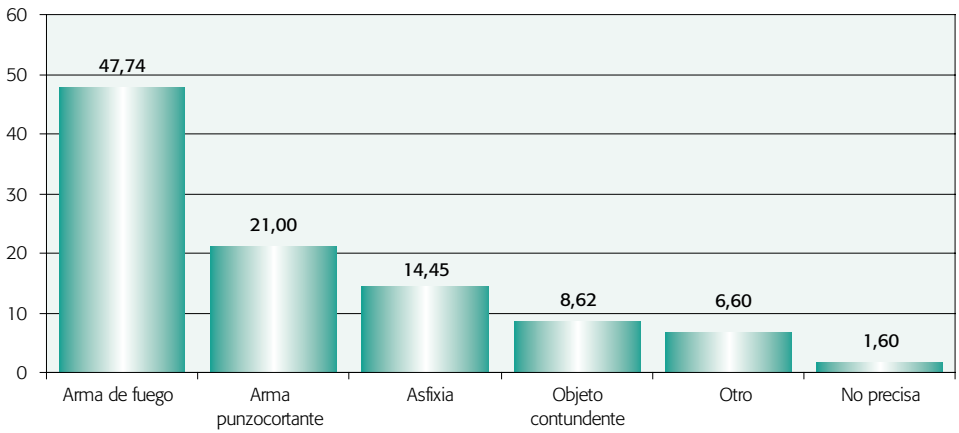
Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

El mecanismo causal de la muerte fue identificado en 98,44% de los casos. El más empleado, en casi la mitad de los eventos investigados (47,74%), fue el proyectil de arma de fuego. En segundo lugar se ubican las armas punzocortantes, que constituyeron el mecanismo causal en 21,0% de las muertes. Les siguen la asfixia y el golpe con objetos contundentes, los cuales representan 14,45% y 8,62% de los casos, respectivamente.

[Gráfico 26]

Mecanismo causal

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

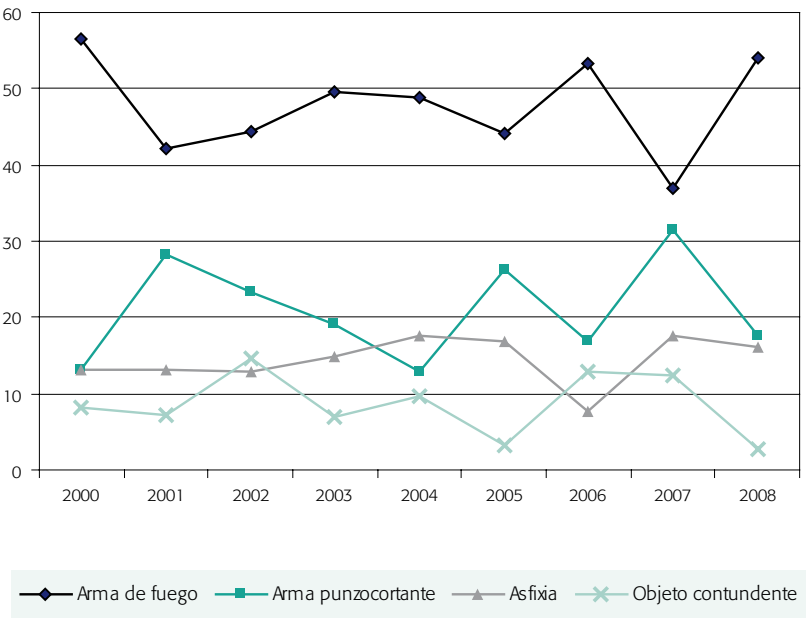
Las curvas del gráfico 27 muestran un comportamiento variable a lo largo del tiempo, con subidas y bajadas constantes de un año a otro. Sin embargo, en términos generales, mantienen una tendencia estable, que en el caso de las armas de fuego y los objetos contundentes presentan una pendiente ligeramente descendiente, en tanto que en las armas blancas y la asfixia la pendiente se muestra ligeramente ascendente. Esta tendencia es más clara en la asfixia; en esta modalidad, se observa un ligero incremento durante la segunda

mitad del período. Si entre el 2000 y el 2003 fue la causa de 13,5% de las muertes, entre el 2004 y el 2008 lo fue de 17,1%, si obviamos el 2006, año en el que abarcó apenas 7,8%.

[Gráfico 27]

Mecanismo causal por años

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)



Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

Estos porcentajes y tendencias presentan diferencias importantes respecto a las observadas en las series de otras ciudades, donde la proporción de los homicidios cometidos con armas de fuego supera el 80%. Es el caso de Medellín (Cardona y colaboradores 2005), donde 88,6% de los homicidios ocurridos entre 1990 y el 2002 fueron por proyectil de arma de fuego. También el de Cali (Concha-Eastman y colaboradores 2002) —donde el peso del arma

de fuego con relación a las demás armas no dejó de aumentar entre 1993 y 1998— y, en general, de Colombia (Tourinho y Dos Santos 2005), donde fue el mecanismo empleado en 82,6% de las muertes ocurridas entre el 2000 y el 2008, aunque desde el 2002 este tipo de muerte viene experimentando una reducción sostenida (de 86,25% a 78,7%). Este patrón se repite en Brasil, donde en todas las capitales de estado la proporción de homicidios por armas de fuego excede 50%, y en 10 de 13 de estas, supera 70% (Soares y colaboradores 2007; y Azevedo 2008).

Cuando el victimario es una persona del entorno de la víctima, los principales mecanismos empleados son los instrumentos punzocortantes y el arma de fuego —cada uno abarca la cuarta parte de los eventos: 26,9% y 25,9% respectivamente—, seguidos por asfixia (19,4%) y golpes con objetos contundentes (14,7%). En cambio, cuando el victimario es un desconocido, el mecanismo predominante es, de lejos, el arma de fuego (65,65%), seguido por los instrumentos punzocortantes (14,93%) y la asfixia (10,3%).

[Cuadro 7]

Relación del homicida con la víctima y arma utilizada

Lima Metropolitana, 2000-2008 (%)

Arma o mecanismo	Conocido	Desconocido
Proyectil de arma de fuego	25,88	65,65
Punzocortante	26,86	14,93
Asfixia	19,38	10,32
Golpe con objeto contundente	14,71	4,45
Veneno	4,53	0,93
Otro	4,94	0,57
Múltiple	1,72	1,33
No precisa	1,97	1,82
Total	100,00	100,00

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

Cuando la víctima era un hombre, el arma de fuego fue el mecanismo empleado en más de la mitad de los casos (53,0%), seguido de lejos por los instrumentos punzocortantes, que abarcan la quinta parte de los eventos (21,6%). La cuarta parte restante se distribuye entre asfixia, golpes con objetos contundentes y envenenamiento. Cuando la víctima era una mujer, el arma de fuego, como mecanismo causal, disminuyó a la cuarta parte de los casos (25,0%); y el instrumento punzocortante, a 15,5%. La mayor parte de los casos (60,0%) se deben a otros mecanismos: estrangulamiento, envenenamiento o golpe con objeto contundente.

El arma de fuego constituye el principal mecanismo causal de los homicidios cuyas víctimas tenían de 20-49 años, pues explica más de la mitad de estos eventos. En el rango de 10-19 años, es causa de más de la tercera parte de las muertes (37,0%), porcentaje preocupante y que amerita mayor investigación para comprender las circunstancias e identificar las tendencias en el uso de armas de fuego en los homicidios de adolescentes. En los casos de homicidio de personas mayores de 50 años, el arma de fuego también mantiene un porcentaje significativo, superior a 20,0%, como causa de muerte (cuadro 8).

[Cuadro 8]

Relación entre el arma utilizada y la edad de la víctima

Lima Metropolitana 2000-2008 (%)

Arma	0-9 años	10-19 años	20-29 años
Proyectil de arma de fuego	7,69	36,96	51,60
Punzocortante	2,56	30,43	24,68
Otro	89,74	32,61	23,72
Total	100,00	100,00	100,00

Los instrumentos punzocortantes son el segundo mecanismo causal en importancia para los homicidios cuyas víctimas tenían entre 20 y 49 años. En los rangos de 10-19 años y 50-59 años, estos valores aumentan a 30,4% y 39,1%, respectivamente, desplazando de su predominio a las armas de fuego. Sin embargo, en los extremos del ciclo vital, son los otros mecanismos los que adquieren preponderancia sobre las armas de fuego y las punzocortantes (cuadro 9).

Es probable que esta distribución obedezca a los móviles que estuvieron en juego en el homicidio. En los casos en que el móvil fue violencia intrafamiliar, los objetos punzocortantes causaron poco menos de la tercera parte de los homicidios (29,7%); y las armas de fuego, 22,8%. El resto, casi la mitad (47,5%), fueron causados por otros mecanismos. En la violencia interpersonal, el peso relativo de las distintas armas utilizadas se equipara: cada una de estas es responsable por más o menos la tercera parte de estas muertes.

La delincuencia común y la organizada tienen comportamientos marcadamente diferenciados. Los delincuentes comunes utili–zaron armas de fuego en 4 de cada 10 homicidios (43,8%),

30-39 años	40-49 años	50-59 años	60 años a más
56,14	52,91	21,74	24,29
16,49	19,77	39,13	12,86
27,37	27,33	39,13	62,86
100,00	100,00	100,00	100,00

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la Dirincri PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

instrumentos cortopunzantes en 16%, y otros mecanismos —como el estrangulamiento y el golpe con objetos contundentes— en el 40% restante. En cambio, la mayoría de homicidios perpetrados por criminales organizados (82%) fueron cometidos con armas de fuego.

En casi la mitad de las muertes ocasionadas por pandillas se utilizaron instrumentos punzocortantes; en 38%, armas de fuego; y solo en 13,3%, otros mecanismos. La proporción elevada de muertes por proyectil de arma de fuego debe ser motivo de preocupación y seguimiento, por cuanto es un dato que quizá dé cuenta de cierta transformación del fenómeno de la violencia juvenil, de la dinámica del enfrentamiento entre pandillas, y del mayor uso y acceso a este tipo de armas.

[Cuadro 9]

Relación entre el arma utilizada y el móvil homicida

Lima Metropolitana 2000-2008 (%)

Arma	Violencia interpersonal	Violencia intrafamiliar
Proyectil de arma de fuego	34,22	22,77
Punzocortante	36,88	29,70
Otra	28,90	47,52
Total	100,00	100,00

Delincuencia común	Delincuencia organizada	Pandillaje	Otro
43,81	82,14	37,78	58,98
15,98	2,14	48,89	5,86
40,21	15,71	13,33	35,16
100,00	100,00	100,00	100,00

Fuente: División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI PNP
Elaboración: Ciudad Nuestra

[Capítulo 5]

Conclusiones y recomendaciones

El homicidio es la muerte intencional de una persona por otra. Representa, por tanto, la máxima expresión de violencia y es el indicador más importante para medir la intensidad de este fenómeno en una sociedad. Como es más probable que se lleve un registro de todas las personas asesinadas que, por ejemplo, se contabilice a las víctimas de robos o agresiones, el homicidio constituye, además, el indicador más utilizado para comparar los grados de violencia entre ciudades, países y regiones.

El indicador por excelencia para medir este delito es el número de homicidios por cada 100.000 habitantes. En el caso del Perú, existen dos fuentes principales que aportan los datos para dicha medición: la PNP y el Ministerio Público. Hay que señalar que, usualmente, las cifras de ambas instituciones difieren. Para este estudio, se ha trabajado con información proporcionada por la PNP. De acuerdo con esta, la evolución de la tasa de homicidios por 100.000 habitantes ha sido bastante curiosa a lo largo de las dos últimas décadas.

Así, hasta fines de la década de 1980 —la década de la violencia terrorista en el Perú—, la tasa en el ámbito nacional fue menor que 5, y luego subió abruptamente hasta alcanzar 17 en 1993. Desde entonces, la tasa cayó de manera sostenida hasta llegar a menos de 3 el 2002, para volver a subir a alrededor de 10 en los últimos tres años.

Simultáneamente, la tasa en Lima osciló entre 5 y 10 durante la década de 1980, para subir abruptamente hasta alcanzar 40 en 1993, año en el que empezó a caer hasta llegar a confluir con el promedio nacional —debajo de 5— entre 1999 y el 2004. A partir de ese año, se ha observado un incremento importante hasta llegar el 2007, al igual que la tasa nacional; en los dos últimos años, se observó un ligero descenso, pues la tasa llegó a 7.

No es el propósito de este estudio explicar esta evolución. Llama la atención, sí, que las tasas nacional y capitalina hayan sido más altas en la década de 1990 que en la década de la violencia terrorista. También llama la atención que la tasa capitalina fuera superior a la nacional durante la década de 1980, cuando la violencia terrorista se concentró en el interior del país. Finalmente, es bueno tener en cuenta que desde el 2004 en adelante, hay una tendencia ascendente y confluyente entre ambas tasas. El 2007, ambas se encontraban justo en el límite entre una tasa moderada y lo que la OMS califica como epidemia.

Las tasas nacional y capitalina sirven como telón de fondo de este estudio. Son útiles, también, para compararnos con otros países de América Latina y el Caribe, la segunda región con las tasas más altas de homicidios en el mundo, después del África subsahariana. En efecto, mientras África subsahariana tiene una tasa de 29 por 100.000 habitantes, la de América Latina y el Caribe es 28. En el otro extremo de la tabla se encuentran Europa occidental y central, con 2; Oceanía, con 3; y América del Norte, con 7 (Banco Interamericano de Desarrollo 2009).

En el marco de la región, el Perú se encuentra en la mitad de la tabla, casi una tercera parte por debajo del promedio regional de 28 y ligeramente por encima del promedio global de 8,8. Países como Argentina, Chile, Costa Rica y Uruguay tienen tasas inferiores, mientras que Brasil, México, Colombia, El Salvador, Honduras, Guatemala y Venezuela superan el doble de la tasa global.

En el 2007, Lima también se encontraba en la mitad de la tabla, con alrededor de 10, por encima de Santiago, Quito, Buenos Aires y San José, pero muy lejos de Caracas, que presenta la tasa más alta —107 homicidios por 100.000 habitantes—, seguida de Río (40), Medellín (29) y Saõ Paulo (21).

Los resultados del estudio muestran las posibilidades que la implementación y el uso de los sistemas de información abren en la generación de evidencias útiles para orientar las acciones y políticas públicas en materia de control y prevención del crimen y la violencia. El estudio de los homicidios mediante un conjunto de variables —tiempo, lugar, circunstancias de los hechos y características de las víctimas— ha permitido, entre otros logros, identificar que los crímenes son el resultado y la expresión de diversos fenómenos, que se distribuyen y comportan de manera diferenciada dependiendo del sexo y la edad de la víctima, y se configuran alrededor de los móviles que los motivan y de sus autores. También ha permitido establecer que son fenómenos en movimiento, en transformación a lo largo del tiempo, y que, por lo tanto, es indispensable monitorearlos continuamente.

El hecho de que no exista un sistema que centralice la información de los homicidios —y, por ende, de que no se pueda establecer el universo y definir una muestra lo suficientemente representativa de los eventos— limita la posibilidad de extrapolar los resultados al conjunto de la población. En tal sentido, constituye una barrera importante no solo para la actividad investigativa, sino también para la aproximación al diagnóstico, el establecimiento de prioridades, el diseño de estrategias, la toma de decisiones y la evaluación de su impacto.

No obstante lo anterior, este estudio tiene una gran importancia por ser el primero en su género en el Perú. Hay que destacar que el esfuerzo ha sido posible gracias a que los autores hemos podido acceder a las investigaciones llevadas a cabo por la División de Investigación de Homicidios de la DIRINCRI, unidad élite de la PNP.

Al diseñar el estudio, los autores supusimos que todas las investigaciones sobre homicidios en Lima se encontrarían en los archivos de la DIRINCRI; pero no fue así, pues esta cuenta con otros órganos desconcentrados, que manejan sus propios archivos. En esta situación, los recursos disponibles solo permitieron revisar los archivos de esta unidad. La muestra estudiada representa 27,2% de los homicidios ocurridos en la capital entre el 2000 y el 2008. Para el período que va entre el 2000 y el 2004, se ha cubierto 64%, mientras que entre el 2005 y el 2008 solo ha sido posible cubrir 11,7%. No obstante, de una comparación detallada de las cifras por trienios es posible concluir que, en todas las categorías estudiadas, las tendencias de los dos primeros trienios coinciden, grosso modo, con las cifras para el último.

A continuación, los principales hallazgos:

1. A diferencia de lo que podría pensarse, la delincuencia —común u organizada— no es la principal perpetradora de los homicidios en Lima, aunque su responsabilidad no es desdeñable (31%). La principal fuente de violencia homicida es la suma de las violencias interpersonal e intrafamiliar (41%). Recordemos que la primera es la que surge en el contexto de peleas y riñas; y la segunda, la que ocurre en un hogar o entre sus miembros.

2. Casi la mitad de los homicidios son perpetrados por personas a quienes la víctima conocía y con las cuales mantenía algún tipo de relación. Esta cercanía está presente, habitualmente, en el contexto de la violencia interpersonal e intrafamiliar. Esto

significa que, en una proporción muy importante, la violencia que mata en Lima Metropolitana se origina en el ámbito privado. El dato abre un interrogante acerca de la calidad de nuestros vínculos sociales y de nuestras relaciones con familiares, amigos y vecinos. Contra lo que podría pensarse, la amenaza no proviene mayoritariamente de afuera, de «el otro» —en tanto extraño o desconocido—, sino de lo cercano, lo próximo, lo íntimo.

3. Esto es particularmente dramático en el caso de las mujeres, que son víctimas de la quinta parte del total de homicidios: tres de cada cuatro mujeres fueron asesinadas por personas conocidas, y en 40% de los casos el asesino era su propia pareja.

   Es interesante notar que solo en la cuarta parte de los homicidios de mujeres se usó un arma de fuego, mientras que el promedio para todo el universo es de alrededor de 50%. Una interpretación posible es que los homicidios contra las mujeres son, al parecer, más el resultado de un exceso de formas cotidianas de violencia que de la determinación de acabar con sus vidas. Si esto fuera así, de ninguna manera constituiría un atenuante; por el contrario, sería una expresión de lo extendida que está todavía la violencia contra la mujer en el contexto de las relaciones de pareja, debido a la subsistencia de una cultura machista profundamente arraigada (Ramos 2006).

4. El estudio también llama la atención sobre otras víctimas de la violencia intrafamiliar: los menores de 10 años y los mayores de 60, segmentos altamente vulnerables.

5. Es lamentable que en más de la mitad de los casos de homicidio no exista información sobre si la víctima había consumido alcohol o drogas. En muchos de los casos en los que sí se cuenta con el dato, este se obtuvo de las declaraciones de los testigos y, en una proporción menor, de los exámenes de sangre

practicados a la víctima. La información disponible da cuenta de que la mitad de las víctimas de la violencia interpersonal y la quinta parte de las que perecieron por violencia intrafamiliar se encontraban bajo los efectos del alcohol en el momento en que fueron asesinadas. Es posible presuponer que una parte importante de estos homicidios ocurrieran en contextos marcados por el consumo excesivo de alcohol.

6. A diferencia de lo que ocurre en otros países de la región, el estudio arroja el dato de que los jóvenes tienen un peso relativo menor en el fenómeno homicida. Es más: durante el último trienio, el grupo etario de 20 a 39 años redujo ligeramente su peso relativo, mientras que los mayores de 40 años lo aumentaron. Es también interesante notar que las personas que murieron por acción de las pandillas fueron, principalmente, adolescentes y adultos jóvenes. Por esta razón, esta fuente de violencia homicida, que representa 4,44% del total de homicidios durante el período, se incrementa a 15,00% entre los adolescentes y a 9,00% entre los adultos jóvenes. Cabe señalar que entre las víctimas de la violencia relacionada con las pandillas acerca de las cuales se cuenta con información sobre consumo de alcohol, dos de cada cinco se encontraban bajo sus efectos.

Si bien las punzocortantes son las principales armas utilizadas por las pandillas para cometer homicidios, llama la atención que en 38% de los casos se hayan empleado armas de fuego. Es muy preocupante que esta cifra sea tan elevada, porque da cuenta de un creciente uso de las armas de fuego por parte de las pandillas. Considerando los constantes enfrentamientos entre estas, el fácil acceso a las armas de fuego podría contribuir a la intensificación de la violencia y al incremento de los homicidios.

7. A diferencia de otras ciudades de la región, en donde el uso de las armas de fuego es responsable de 80% o más de los homicidios, en Lima esta cifra se ubica alrededor de 50%. Hay

que impedir que este indicador se incremente, pues si ello ocurriera, lo más probable sería que la tasa de homicidios se disparara, en la medida en que las armas de fuego incrementan el número de desenlaces fatales.

Los delincuentes son quienes más recurren a este tipo de armas. En efecto, fueron utilizadas en 82% de los homicidios cometidos por criminales organizados y en 44% de los cometidos por delincuentes comunes; su incidencia fue mucho menor en los homicidios por violencia interpersonal (34%) y por violencia intrafamiliar (23%).

Es posible concluir que la tasa relativamente baja de homicidios por armas de fuego esté asociada con la limitada expansión de su porte y uso entre la población limeña.

8. Se ha observado una creciente proporción de extranjeros entre las víctimas de homicidios; nos referimos sobre todo al último trienio, en el que esta cifra subió a 6,00%, frente al 1,80% y 1,70% del segundo y del primer trienio, respectivamente. El cruce de esta información con la que aportan los medios de comunicación social parece apuntar a un creciente enfrentamiento entre organizaciones de narcotraficantes que realizan ajustes de cuentas. Como se sabe, los responsables de las grandes exportaciones de cocaína son los carteles extranjeros. En otros escenarios, el típico ajuste de cuentas entre estas organizaciones se realiza a través de sicarios, personas contratadas para matar.

   No obstante, la información de la que disponemos no permite concluir en forma categórica que el sicariato se haya incrementado durante los últimos años. En efecto, para el primer trienio, este tipo de homicidios ascendió a 4,19%; para el segundo trienio, subió a 4,29%; y para el tercero, a 4,87%. Hay, pues, una cierta estabilidad en el indicador, con una muy

leve tendencia ascendente. Cabe recalcar, sin embargo, que los homicidios cometidos por sicarios entre el 2005 y el 2008 arrojan un incremento mucho más pronunciado —de 5,26% a 8,11%—; esta cifra no se expresa en el promedio del último trienio porque la División de Investigación de Homicidios no investigó ni un solo caso de sicariato en el 2007, lo que redujo significativamente este indicador.

Por último, señalamos nuestras principales recomendaciones:

1. En la medida en que la principal fuente homicida es la violencia interpersonal, cabría diseñar servicios municipales de solución alternativa de conflictos. En Bogotá, por ejemplo, la Alcaldía Mayor, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, ha creado Casas de la Justicia donde se agrupan los servicios judiciales, de defensa a las víctimas, y de mediación y conciliación. Un esfuerzo nacional en la misma dirección es el que ha iniciado el Ministerio de Justicia, con la creación de la primera casa de este tipo en Chumbivilcas, Cusco, que también comprende un Centro de Emergencia Mujer (CEM). Los municipios distritales con mayor incidencia homicida en Lima deberían tomar la iniciativa en ofrecer estos servicios.

2. La violencia intrafamiliar, sobre todo contra la mujer, requiere especial atención por parte de las autoridades.[14] Es preciso fortalecer y multiplicar los CEM, las casas de refugio y las comisarías de la familia, tarea a la que deben sumarse los municipios de Lima para garantizar su presencia en cada distrito. Este despliegue debe ir acompañado por un mayor esfuerzo de las autoridades fiscales y judiciales para garantizar que se apliquen medidas de protección a la mujer maltratada;

14 Cabe resaltar los meritorios esfuerzos que vienen llevando a cabo el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público y el Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. Ambos cuentan con observatorios especializados sobre feminicidio y son una fuente de información y análisis imprescindible para el diseño de políticas públicas en esta materia, con la que no se contaba hasta hace tan solo unos años.

de esta manera, no solo se prevendría la perpetuación de la violencia, sino también que, eventualmente, los maltratos acaben en un homicidio.

3. Es necesario garantizar que en el curso de las investigaciones de los homicidios, obligatoriamente se apliquen pruebas de dopaje para determinar si las víctimas y los presuntos victimarios consumieron alcohol o drogas antes del hecho. Este dato, fundamental para las investigaciones, lo es también para los estudios epidemiológicos sobre las causas de los homicidios, pues contribuye a identificar los principales factores de riesgo. Si se carece de información precisa sobre estos últimos, es imposible diseñar políticas públicas adecuadas.

   Adicionalmente, es preciso redoblar los esfuerzos para desalentar el consumo de drogas y el consumo excesivo de alcohol. Hay que recordar que ciudades como Bogotá y Cali redujeron significativamente el número de homicidios y accidentes de tránsito gracias a, entre otros factores, las efectivas medidas de control de la venta de alcohol que aplicaron (Martin y Ceballos 2004 y Costa 2007).

4. Es urgente frenar la violencia entre las pandillas y hacer un esfuerzo especial por evitar que sus miembros accedan a las armas de fuego. Ello implica un mayor control y una sofisticada labor policial de investigación que lleve a desarticular las principales pandillas, tarea que debe complementarse con diversos programas municipales de prevención, apoyados por el gobierno central y los gobiernos regionales.

   Entre este tipo de experiencias, cabe destacar dos muy prometedoras. La primera, la de justicia juvenil restaurativa, cuyo propósito es rehabilitar en libertad a los adolescentes que han cometido infracciones leves. A este respecto, sería muy conveniente que los municipios de Lima —sobre todo

los de aquellos distritos donde la violencia juvenil está más extendida— tomen la iniciativa de replicar los pilotos que la Fiscalía de la Nación, con el apoyo de las organizaciones no gubernamentales Tierra de hombres y Encuentros Casa de la Juventud, están realizando en El Agustino, Lima, y en Chiclayo. Lo mismo debería hacerse con la experiencia de la asociación Martin Luther King, de El Agustino, que sumando el aporte de organizaciones religiosas y de la sociedad civil, ofrece oportunidades de desarrollo a los jóvenes involucrados en pandillas (Costa y Romero 2009). En el 2009, ambas experiencias recibieron el Premio a las Mejores Prácticas en Seguridad Ciudadana, organizado por Ciudadanos al Día y auspiciado por Ciudad Nuestra (Costa, Romero y Moscoso 2010).

5. El empeño por controlar el uso de armas de fuego no debe limitarse únicamente al ámbito de las pandillas. Es necesario desplegar un mayor esfuerzo policial para requisar las armas que se encuentran ilegalmente en manos de la ciudadanía, y también desarrollar políticas tendientes a desalentar y limitar el porte y el uso de armas. Al respecto, es fundamental el trabajo coordinado que están realizando la PNP y la Dirección General de Control de Servicios de Seguridad, Control de Armas, Munición y Explosivos (DICSCAMEC), encargada de llevar el registro y autorizar el uso de armas de fuego. Asimismo, se deben redoblar las acciones de inteligencia para desbaratar las redes que trafican con armas.

6. Como ya se ha señalado, después de las violencias interpersonal e intrafamiliar, la segunda fuente más importante de homicidios en Lima es la delincuencia —la común y la organizada—. Esta última es, además, la más peligrosa, porque hace un mayor uso de armas de fuego. Mantener un constante esfuerzo de desactivación de los grupos organizados es fundamental, pues su incidencia en los niveles de violencia en general es muy importante.

Especial atención hay que prestar a la posible multiplicación de los homicidios cometidos por sicarios. Para ello, sería muy útil constituir equipos de investigación, fiscal y policial, que desarrollen una persecución estratégica del delito. El propósito de estos equipos no debería ser exclusivamente detener a los responsables del crimen, sino también establecer los patrones de comportamiento criminal e identificar a sus máximos responsables.

7. Finalmente, es imprescindible mejorar la capacidad de producir información y análisis sobre los homicidios en Lima. Solo así será posible diseñar políticas de prevención y control adecuadas; si no se conoce el problema, es imposible enfrentarlo.

El punto de partida podría ser la creación de una mesa de trabajo integrada por las distintas instancias policiales que cuentan con información sobre la materia, el Ministerio Público —incluyendo al Instituto de Medicina Legal—, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, y el Ministerio de Salud. Si esta mesa se reuniera mensualmente, las instituciones participantes podrían intercambiar información y dar cuenta de los homicidios cometidos, sus víctimas, los presuntos victimarios, y dónde, cuándo y cómo ocurrieron los hechos. La convocatoria la debería hacer el Alcalde metropolitano de Lima, como Presidente del Comité de Seguridad Ciudadana de la capital.

Este debería ser el primer paso en el camino de constituir un observatorio metropolitano de seguridad ciudadana.

[Bibliografía]

Azevedo, Elida; Stela Nazareth, Fernanda de Souza, Luciano Barros, Michelle da Silva, Thais Pereira y Cristiane Stefenon

2008 «Mortalidade por homicidios em Município da Região Sul do Brasil, 1996 a 2005». *Revista Brasileira de Epidemiología*, Vol. 11, N.º 3, pp. 431-441.

Banco Interamericano de Desarrollo

2009 *Marco de referencia para la acción en el área de seguridad y convivencia ciudadana.* Washington D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Barradas, Rita; Manoel Sampaio y José Cássio

1999 «Tendência temporal da mortalidade por homicídios na cidade de São Paulo, Brasil, 1979-1994». *Cadernos de Saúde Pública*, Vol. 15, N.º 4, pp. 711-718.

Borlina, Paulo

1999 «Vinte anos de homicídios no estado de São Paulo». *São Paulo em Perspectiva*, Vol. 13, N.º 4, pp. 121-129.

Briceño-León, Roberto; Andrés Villaveces y Alberto Concha-Eastman
2008 «Understanding the Uneven Distribution of the Incidence of Homicide in Latin America». *International Journal of Epidemiology*, Vol. 37, pp. 751-757.

Cardona, Doris; Enrique Peláez, Tirza Aidar, Bruno Ribotta y María Franci Álvarez
2008 «Mortalidad por causas externas en tres ciudades latinoamericanas: Córdoba (Argentina), Campinas (Brasil) y Medellín (Colombia), 1980-2005». *Rev. Bras. Est. Pop.*, Vol. 25, N.º 2, pp. 335-352.

Cardona, Marleny; Héctor Iván García, Carlos Alberto Giraldo, María Victoria López, Clara Mercedes Suárez, Diana Carolina Corcho, Carlos Hernán Posada y María Nubia Flórez
2005 «Homicidios en Medellín, Colombia, entre 1990 y 2002: actores, móviles y circunstancias». *Cadernos de Saúde Pública*, Vol. 21, N.º 3; pp. 840-851.

Carvalho, M. L.
2003 «A trajetória dos homicídios no Estado de Pernambuco: uma abordagem epidemiológica nas duas últimas décadas do século XX». Tese do grau de Doutor em Ciências/Saúde Pública. Recife: Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional De Saúde Pública, Centro De Pesquisas Aggeu Magalhães.

Concha-Eastman, Alberto; Victoria Espitia, Rafael Espinosa y Rodrigo Guerrero
2002 «La epidemiología de los homicidios en Cali, 1993-1998: seis años de un modelo poblacional». *Revista Panamericana de Salud Pública*, Vol. 12, N.º 4, pp. 230-239.

Costa, Gino
2007 *La ventana rota y otras formas de luchar contra el crimen. Tres estrategias, dos soluciones, un camino*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Costa, Gino y Carlos Romero (editores)
2009 *¿Qué hacer con las pandillas?* Lima: Ciudad Nuestra.

Costa, Gino; Carlos Romero y Rocío Moscoso
2010 *¿Quién la hace en seguridad ciudadana?* Lima: Ciudad Nuestra.

Costa, Gino; Juan Briceño y Carlos Romero
2008 *La Policía que Lima necesita.* Lima: Ciudad Nuestra.

Dammert, Lucía; Felipe Ruz y Felipe Salazar
2008 *¿Políticas de seguridad a ciegas? Desafíos para la construcción de sistemas de información en América Latina.* Santiago de Chile: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Chile.

Gómez-Restrepo, Carlos
2003 «Homicidio y lesiones infligidas intencionalmente por otra persona. Colombia 1973-1996». *Revista Colombiana de Psiquiatría*, Vol. 32, N.º 3, pp. 223-236.

Instituto Nacional de Estadística e Informática
2001 *Encuesta demográfica y de salud familiar 2000.* Departamento de Lima-Callao. Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses
2009 *Forensis 2001. Datos para la vida. Herramienta para la interpretación, intervención y prevención del hecho violento en Colombia.* Bogotá.
2008 *Forensis 2002. Datos para la vida. Herramienta para la interpretación, intervención y prevención del hecho violento en Colombia.* Bogotá.
2007 *Forensis 2003. Datos para la vida. Herramienta para la interpretación, intervención y prevención del hecho violento en Colombia.* Bogotá.
2006 *Forensis 2004. Datos para la vida. Herramienta para la interpretación, intervención y prevención del hecho violento en Colombia.* Bogotá.

2005 *Forensis 2005. Datos para la vida. Herramienta para la interpretación, intervención y prevención del hecho violento en Colombia.* Bogotá.

2004 *Forensis 2006. Datos para la vida. Herramienta para la interpretación, intervención y prevención del hecho violento en Colombia.* Bogotá.

2003 *Forensis 2007. Datos para la vida. Herramienta para la interpretación, intervención y prevención del hecho violento en Colombia.* Bogotá.

2002 *Forensis 2008. Datos para la vida. Herramienta para la interpretación, intervención y prevención del hecho violento en Colombia.* Bogotá.

International Crisis Group

2008 «Latin American Drugs I: Losing the Fight». *Latin America Report* N.° 25. Bogotá- Bruselas: International Crisis Group.

Konno, Elizabeth; Thais Aidar, Selma Maffei y Tirza Aidar

2009 «Tendência da mortalidade por homicídios no Estado do Paraná, segundo Regionais de Saúde, 1979 a 2005». *Revista Brasileira de Epidemiología*, Vol. 12, N.º 2, pp. 1-12.

Krug, Etienne; Linda Dahlberg, James Mercy, Anthony Zwi y Rafael Lozano (editores)

2002 *World Report on Violence and Health*. Geneva: World Health Organization.

Martin, Gerard y Miguel Ceballos

2004 *Bogotá: anatomía de una transformación. Políticas de seguridad ciudadana 1995-2003*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Auspiciado por la Alcaldía Mayor de Bogotá, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Usaid) y la Universidad de Georgetown-Programa Colombia.

Monteiro, Mónica; Renato Assunção y Marcelo Ottoni

2003 «Comparação de dados sobre homicídios entre dois sistemas de informação, Minas Gerais. Data Comparison on Homicide deaths

Between two Information Systems, Brazil». *Revista de Saúde Pública*, Vol. 37, N.º 2, pp. 168-176.

PINHEIRO, Vilma y María Helena PRADO

2000 «Mortalidade violenta no Município de São Paulo nos últimos 40 anos». *Revista Brasilerira de Epidemiología,* Vol. 3, N.º 1-3, pp. 50-69.

PINHEIRO, Vilma; Tulio KAHNB y María Helena PRADO

2005 «Informações sobre homicídios e sua integração com o setor saúde e segurança pública». *Revista de Saúde Pública*, Vol. 39, N.º 4, pp. 627-633.

POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

2010 *Anuario estadístico 2009.* Lima: Estado Mayor General.
2009 *Anuario estadístico 2008.* Lima: Estado Mayor General.
2008 *Anuario estadístico 2007.* Lima: Estado Mayor General.
2007 *Anuario estadístico 2006.* Lima: Estado Mayor General.
2006 *Anuario estadístico 2005.* Lima: Estado Mayor General.
2005 *Anuario estadístico 2004.* Lima: Estado Mayor General.
2004 *Anuario estadístico 2003.* Lima: Estado Mayor General.
2003 *Anuario estadístico 2002.* Lima: Estado Mayor General.
2002 *Anuario estadístico 2001.* Lima: Estado Mayor General.
2001 *Anuario estadístico 2000.* Lima: Estado Mayor General.

RAMOS, Miguel

2006 *Masculinidades y violencia conyugal: experiencias de vida de los hombres de sectores populares de Lima y Cusco.* Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia.

SÁNCHEZ, Ricardo; Paola TEJADA y Jorge MARTÍNEZ

2005 «Comportamiento de las muertes violentas en Bogotá, 1997-2003». *Revista de Salud Pública*, Vol. 7, N.º 3, pp. 254-267.

SOARES, A. M.; M. F. M. SOUZA, C. GAZAL-CARVALHO, D. C. MALTA, A. P. ALENCAR, M. M. A. SILVA y O. L. MORAIS NETO

2007 «Análise da mortalidade por homicídios no Brasil». *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Vol. 16, N.º 1, pp. 7-18.

TOURINHO, María Fernanda y Patricia Carla DOS SANTOS

2005 «Mortalidade por homicídios no Brasil na década de 90: o papel das armas de fogo». *Revista de Saúde Pública*, Vol. 39, N.º 1, pp. 58-66.

VEGA-LÓPEZ, María Fernanda; Guillermo GONZÁLEZ-PÉREZ, Armando MUÑOZ, Ana VALLE, Carlos CABRERA y Pedro QUINTERO-VEGA

2003 «Variaciones regionales de la mortalidad por homicidios en Jalisco, México». *Cadernos de Saúde Pública*, Vol. 19, N.º 2, pp. 613-623.

VILLANUEVA, Rocío

2009 *Homicidio y feminicidio en el Perú. Setiembre 2008-junio 2009.* Lima: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.

[Anexo]

CIUDAD NUESTRA

Ficha N.° .....
Fecha: .....
Hora: .....
Responsable: .....

Ficha de recojo de información
Homicidios en Lima Metropolitana investigados por la Dirección de Investigación Criminal PNP

	Variable		Respuesta		Instrucciones
	Información sobre la víctima				
1	**Sexo**	1.1	Masculino		
		1.2	Femenino		
2	**Edad**				
3	**Estado civil**	3.1	Soltero(a)		
		3.2	Casado(a)		
		3.3	Viudo(a)		
		3.4	Divorciado(a)		
		3.5	Conviviente		
4	**Grado de instrucción**	4.1	Primaria		Se elige una opción aunque el grado escogido no se haya concluido
		4.2	Secundaria		
		4.3	Técnico		
		4.4	Superior		
5	**Lugar de residencia**	5.1	Distrito		
		5.2	Urbanización / barrio / asentamiento humano		
6	**Profesión-ocupación**				Precisar la profesión, ocupación o labor que desempeñaba
7	**Pertenencia a un grupo vulnerable**	7.1	Dirigente político / sindical / cívico		Si fuera necesario, se puede elegir más de una opción. Si la víctima no pertenecía a ningún grupo vulnerable, marcar 7.9
		7.2	Indigente/ «pirañita» / drogadicto		
		7.3	Homosexual / travesti / prostituta		
		7.4	Recluso / ex recluso		
		7.5	Pandillero		
		7.6	Con discapacidad física		
		7.7	Con enfermedad mental		
		7.8	Otro (especificar)		
		7.9	Ninguno de los anteriores		
8	**Antecedentes policiales**				Precisar el o los delitos por los que fue investigada anteriormente
9	**Consumo de alcohol o droga**	9.1	Nivel de alcohol en la sangre (mg%)		Precisar el porcentaje o la cantidad que señala el protocolo de autopsia (necrospia)
		9.2	Nivel de droga en la sangre (+/-)		
10	**Relación con el agresor, donde el agresor era...**	10.1	Pareja/ ex pareja		
		10.2	Padre / madre, padrastro / madrasta		
		10.3	Hijo(a) / Hijastro(a)		
		10.4	Otro familiar (hermano, tío, primo, sobrino, etc.)		
		10.5	Conocido (amigo, vecino, etc.)		
		10.6	Delincuente común		
		10.7	Sicario		
		10.8	Miembro de pandilla		
		10.9	Agente del Estado		
		10.10	Desconocido		
		10.11	Otro (especificar):		
		10.12	Sin información		

CIUDAD NUESTRA

Ficha de recojo de información Homicidios en Lima Metropolitana investigados por la Dirección de Investigación Criminal PNP					
Variable		Respuesta			Instrucciones
Información sobre el hecho					
1	Fecha	Precisar día/ mes/ año			Precisar día de la semana
2	Hora	Precisar hora y minutos			
3	Lugar	3,1	Distrito:		
		3,2	Urbanización/ Barrio/ Asentamiento Humano:		
4	Escenario	4,1	Vía pública		Elegir una de las opciones. Si fuera necesario, precisar en el espacio en blanco
		4,2	Zona comercial y de servicios		
		4,3	Zona de deporte y recreación		
		4,4	Bar/ discoteca/ night club		
		4,5	Campo abierto/ lugar desolado/ casa abandonada		
		4,6	Vehículo de servicio público		
		4,7	Vehículo particular		
		4,8	Vivienda		
		4,9	Institución residencial (albergue)		
		4,10	Establecimiento penitenciario		
		4,11	Cuartel		
		4,12	Dependencia policial		
		4,13	Centro de salud		
		4,14	Institución educativa		
		4,15	Otro (especifique):		
		4,16	Sin información		
		Precisar:			
5	Número de víctimas fatales en el mismo hecho				Indicar número incluyendo a la víctima de esta ficha
6	Circunstancia de la agresión (móvil del agresor)	9,1	Violencia interpersonal (pelea / riña)		Si el robo / asalto / atraco es cometido por una banda se considera delincuencia organizada
		9,2	Violencia intrafamiliar		
		9,3	Delincuencia común (robo / asalto / atraco, etc.)		
		9,4	Delincuencia organizada (narcotráfico, trata de personas, secuestro, bandas, etc.)		
		9,5	Terrorismo		
		9,6	Pandillaje		
		9,7	Linchamiento		
		9,8	Protesta social		
		9,9	Acción policial		
		9,10	Acción de las Fuerzas Armadas		
		9,11	Culposo (precisar si es por negligencia médica, accidente de tránsito u otro)		
		9,12	Otro (especifique):		
		9,13	Sin información		
7	Medio empleado	10,1	Arma de fuego		
		10,2	Arma blanca		
		10,3	Objeto contundente		
		10,4	Explosivo		
		10,5	Veneno / sustancia tóxica		
		10,6	Estrangulamiento / asfixia		
		10,7	Otro (especifique):		
		10,8	Sin información		

Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
FRANCISCO BORJAS MANCO
Calle Jaén 263, Barranco • Teléfono: 247-0287
Febrero del 2010

Publicaciones de Ciudad Nuestra

- **¿Le ganan las calles a la Policía?**
  Gino Costa y Carlos Romero, en prensa

- **Quién la hace en seguridad ciudadana**
  Gino Costa, Carlos Romero y Rocío Moscoso, 2010

- **¿Qué hacer con las pandillas?**
  Gino Costa y Carlos Romero (editores), 2009

- **Asociación Martin Luther King. Una experiencia de trabajo con las pandillas de El Agustino**
  José Ignacio Mantecón Sancho, *Padre Chiqui*, 2008

- **La Policía que Lima necesita**
  Gino Costa, Juan Briceño y Carlos Romero, 2008

- **La percepción de los alcaldes y los jefes policiales sobre los comités de seguridad ciudadana de Lima Metropolitana**
  Gino Costa, Enrique Yépez y Carlos Romero, 2008



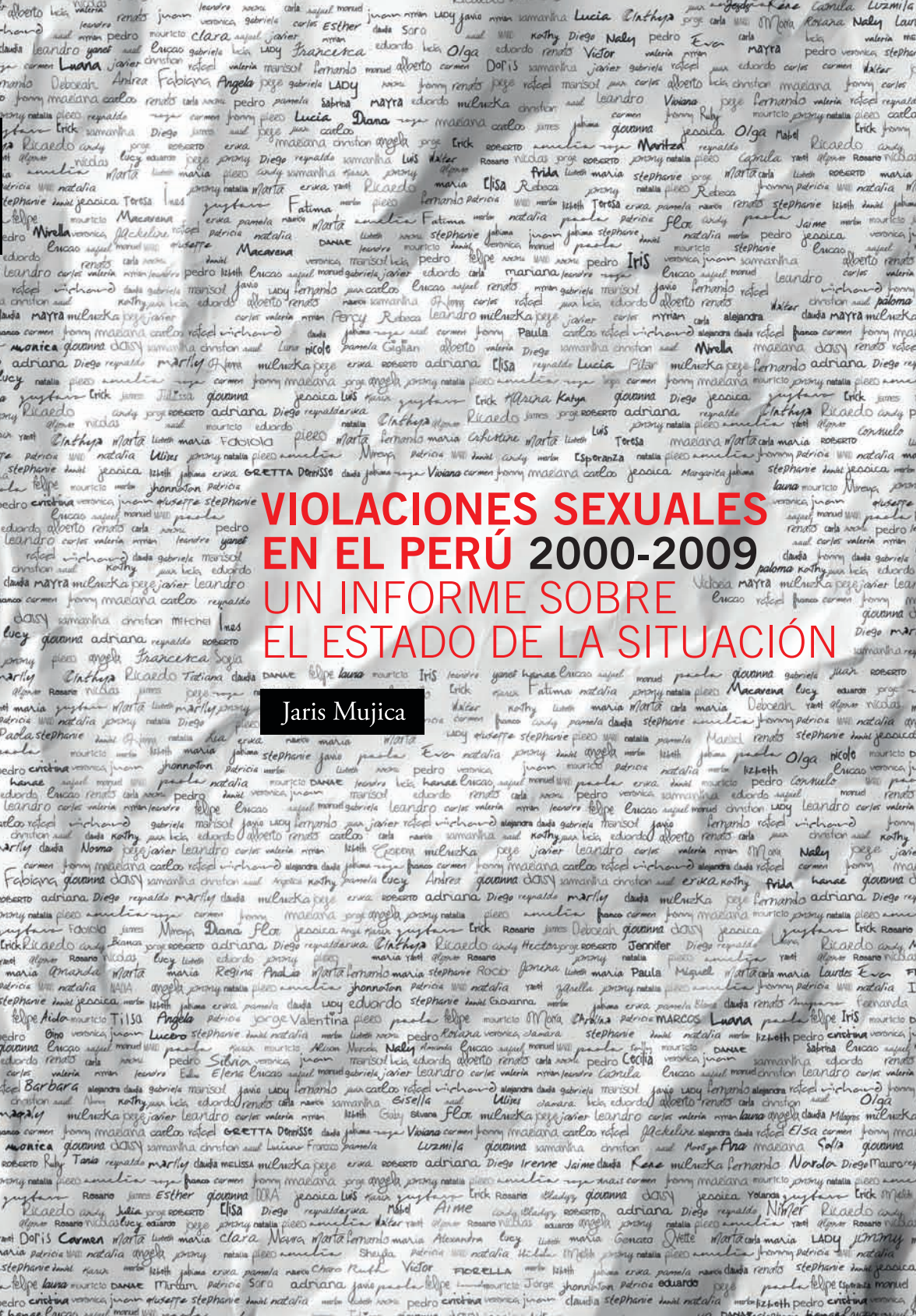
OPEN SOCIETY INSTITUTE
(ZUG)

ISBN: 978-612-45390-2-2



UNIDAD II
DERECHO PENAL MATERIAL

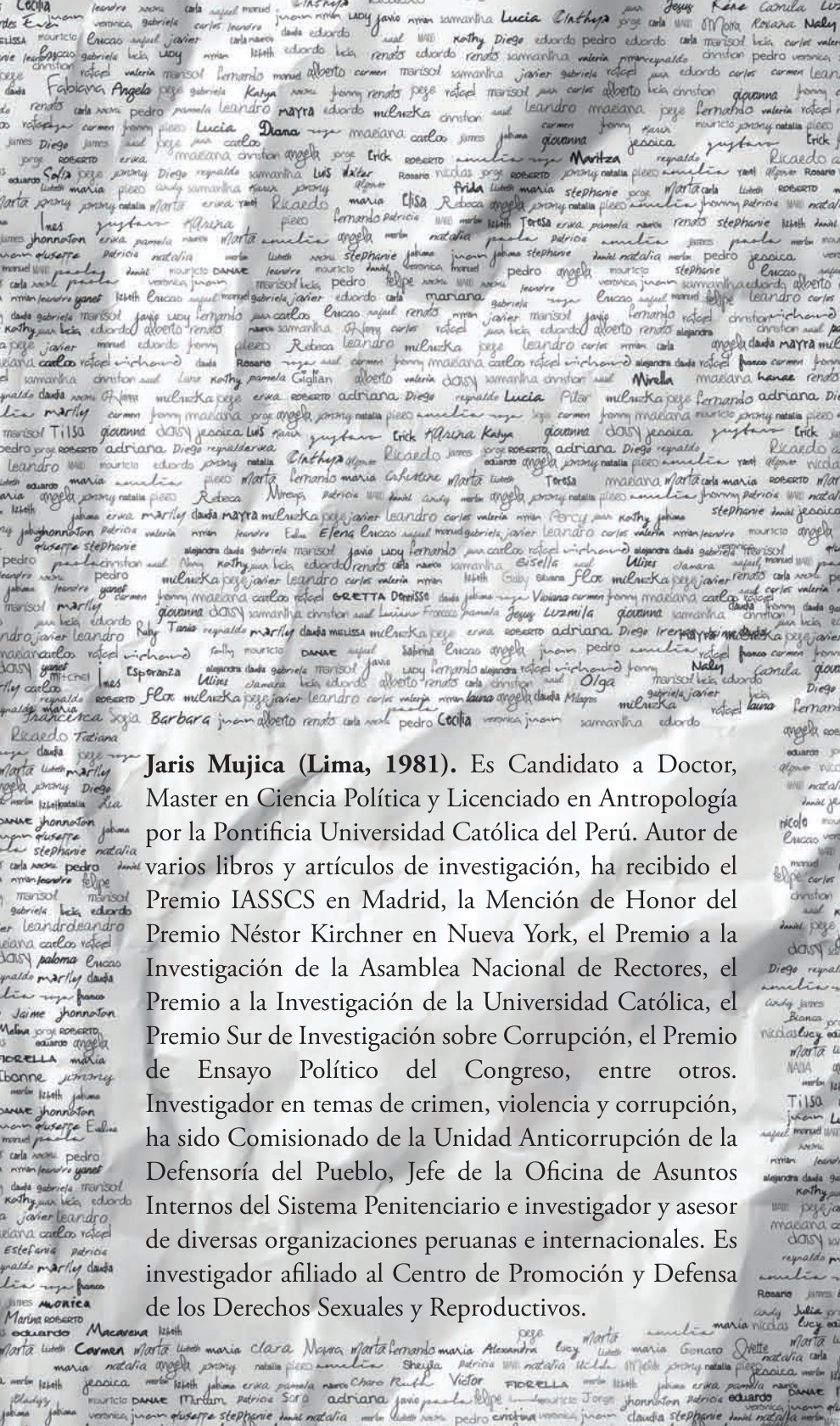
- ✓ **Mujica, Jaris**. Violaciones sexuales en el Perú 200-2009: Un informe sobre el estado de la situación. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), 2011, Lima. http://www.unfpa.org.pe/publicaciones/publicacionesperu/PROMSEX-Violaciones-Sexuales-Peru-2000-2009.pdf



VIOLACIONES SEXUALES EN EL PERÚ 2000-2009

UN INFORME SOBRE EL ESTADO DE LA SITUACIÓN

Jaris Mujica



Jaris Mujica (Lima, 1981). Es Candidato a Doctor, Master en Ciencia Política y Licenciado en Antropología por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de varios libros y artículos de investigación, ha recibido el Premio IASSCS en Madrid, la Mención de Honor del Premio Néstor Kirchner en Nueva York, el Premio a la Investigación de la Asamblea Nacional de Rectores, el Premio a la Investigación de la Universidad Católica, el Premio Sur de Investigación sobre Corrupción, el Premio de Ensayo Político del Congreso, entre otros. Investigador en temas de crimen, violencia y corrupción, ha sido Comisionado de la Unidad Anticorrupción de la Defensoría del Pueblo, Jefe de la Oficina de Asuntos Internos del Sistema Penitenciario e investigador y asesor de diversas organizaciones peruanas e internacionales. Es investigador afiliado al Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

VIOLACIONES SEXUALES EN EL PERÚ 2000-2009
UN INFORME SOBRE EL ESTADO DE LA SITUACIÓN

Jaris Mujica

PROMSEX
Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos

Para levantar con los libros los árboles caídos por el rayo de la violencia

Violaciones sexuales en el Perú 2000-2009
Un informe sobre el estado de la situación

© Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX)
Av. José Pardo 601, Oficina 604,
Miraflores, Lima 18 - Perú
Teléfono: (511) 447 8668 Fax: (511) 243 0460
www.promsex.org

Corrección de estilo:
Soledad Cevallos

Portada, diseño y diagramación:
Julissa Soriano y Daniela Juárez

Fotografía:
iStockphoto.com © t_kimura

Impresión:
Lettera Gráfica
Jr. Emilio Althaus Nº 460 Lince T: 471-0700 F: 471-6164

Hecho depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº : 2011-13829
ISBN: 978-612-4106-09-5

Primera edición, Noviembre 2011
Lima - Perú

Derechos reservados
Impreso en el Perú

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de UNFPA, ONU MUJERES y AJWS.

Me violaron como cinco veces… cada vez que me violó lloré hasta dormirme, nadie me escuchaba, a nadie quería ver, tenía miedo.

(Laura, 23 años)

Tenía siete años cuando me violaba, me tocaba, me violaba… Mi propio tío, en mi casa… Yo no le dije nada a mi mamá porque tenía miedo, porque me dijo él que me iba a matar si le decía a alguien (…) Aprendí a denunciar después y al comienzo no me hicieron caso, pero ya cuando crecí me atreví a denunciar.

(Gabriela, 25 años)

Entraba despacito en mi cuarto, que dormíamos mi hermana y yo, despacito algunas veces cuando no estaba mi mamá y nos abusaba… nos tocaba, hasta que nos violaba… Mi mamá descubrió y lo denunció a la comisaría, pero ya no hicieron nada. (…) Vino a amenazarnos, pero ya no sabemos nada.

(Hilda, 14 años).

No puedo borrar de mi mente, no sé cómo reponerme, aunque he ido al psicólogo a la terapia. Me malogró la vida, tengo vergüenza de contarle, porque va a creer que soy maricón… Me quiero vengar, pero no sé qué hacer. Me malogró la vida.

(Marlon, 19 años)

Estaba regresando a mi casa y me agarró, salió como de la nada (…) Me pegó, me tiró al piso, inconsciente, me dejó privada. Me violó, me robó, me pegó, me dejó la boca rota (…) Era del barrio, sabíamos quién era, fumón, pero nunca quiso agarrarlo la Policía, igual presenté mi denuncia.

(Flor, 32 años)

Desde chiquita me pegaba, me tocaba así, me manoseaba… después me violaba… hasta que un día le dije a mi mamá, y ella lo botó de la casa a mi padrastro, a su relación (…) Nunca lo denunciamos.

(Carmen, 21 años)

Me violó tres veces, pero no me pegaba… Me decía que era normal, pero que no le dijera a mi mamá, porque era secreto (…) y que si le decía mataba a mi hermanita. Me amenazaba siempre. Mi mamá lo denunció cuando lo encontró manoseando a mi hermanita y ahí le conté todo.

(María, 16 años)

Índice

Consideraciones preliminares 11

I. La situación de la investigación sobre violaciones sexuales en el Perú 15
   1. La transformación del tipo penal de violación sexual 17
   2. El consentimiento, el uso de la fuerza, la penetración 25
   3. Los avances en la investigación sobre violaciones sexuales 31
   4. Las violaciones sexuales como un problema de seguridad 40

II. El panorama de las denuncias por violación sexual en el Perú 47
   1. Panorama comparado de las denuncias por violación sexual en América Latina 49
   2. En qué instituciones se denuncian las violaciones sexuales 54
   3. La cantidad de denuncias sobre violación sexual en el Perú 61
   4. Los detenidos e inculpados por violación sexual 69

III. El sexo y la edad de las víctimas en las denuncias por violación sexual en el Perú 73
   1. El sexo de las víctimas en las denuncias por violación 75
   2. Sobre la edad de las víctimas en las denuncias 77
   3. Las principales víctimas: mujeres menores de 18 años 80

IV. El estado de la víctima post-violación y su relación con el victimario 85
1. Los vínculos previos entre el victimario y la víctima de violación sexual 87
2. El tipo de relación con el victimario 90
3. Sobre el número de perpetradores en una violación sexual 95
4. El uso de la violencia y el estado de la víctima 97

Consideraciones finales 109

Bibliografía 119

Consideraciones preliminares

Las violaciones sexuales son un delito frecuente en América Latina. El Perú es uno de los países con más altas tasas de denuncias por violaciones sexuales de la región y en donde la violencia sexual es un fenómeno extendido en todos los sectores económicos, grupos de edad y espacios urbanos y rurales. Sin embargo, las investigaciones en torno al fenómeno de las violaciones sexuales han sido escasas. Si bien en la primera década del siglo XXI ha crecido la atención en los problemas de seguridad ciudadana, la violencia sexual en general y las violaciones sexuales en particular, han recibido una atención periférica por parte de las instituciones del Estado y por gran parte de la sociedad civil y los medios de comunicación.

No son delitos "espectaculares" y, por ello, suelen estar lejos de los titulares de los diarios; no son fruto del crimen organizado y, por ello, no tienen unidades especializadas de combate y persecución. Son delitos que atacan la libertad de las personas en su vida más intima y, la mayor parte de las veces, no son denunciados. A pesar de eso, el volumen de las denuncias ubica al Perú entre los países con más altas tasas de violaciones sexuales del continente y revelan la precariedad de la situación y la violencia extendida en nuestro país.

Este informe tiene como objetivo organizar la información pública existente y disponible sobre las violaciones sexuales en el Perú durante la década 2000-2009, para elaborar un estado de la situación de la investigación sobre el fenómeno. Por eso, no se ha producido información nueva ni se ha realizado trabajo de campo, sino más bien, se

ha recopilado la data disponible y pública de las instituciones del Estado y de la sociedad civil a través de herramientas de registro de archivo. Ello ha implicado reorganizar la información Estatal, pues aparece dispersa, fragmentada y muchas veces con problemas metodológicos y de archivo (se ha encontrado en la búsqueda información repetida, datos incompletos, documentos incompletos, documentos cuya versión final no fue publicada, bases de datos que repiten la información de años anteriores, documentos y bases de datos extraviados o borrados por las instituciones, bases de datos virtuales dañados, archivos físicos en descomposición, ilegibles o deteriorados, etcétera).

Así, el objetivo es puntual, y se debe considerar que las afirmaciones que se hacen responden estrictamente a aquello que la información pública permite. Se debe considerar que, dado el objetivo del trabajo (establecer un estado de la cuestión), el corpus de los datos y la información obedecen a una síntesis de lo ya escrito y publicado sobre el tema y no a ideas novedosas. Por ello, finalmente, el texto muestra sustancialmente datos y tiene la función de ser un resumen concreto sobre la situación del fenómeno, no un material de investigación profundo ni una descripción densa.

Las violaciones sexuales no son un fenómeno nuevo en el escenario de los delitos y en el panorama de la inseguridad en el Perú, pero el registro sistemático de la Policía, el Ministerio Público y de Medicina Legal es relativamente reciente. No existen bases de datos rigurosas ni archivo público sistemático sobre el fenómeno hasta la década de 1990, pero los datos han sido organizados y publicados a nivel nacional recién desde la segunda mitad de esa década. Recién en el siglo XXI, la información empieza a producirse y organizarse de manera sistemática desde las instituciones del Estado, gracias a la expansión de los sistemas virtuales de archivo y a la demanda internacional de información sobre el delito y la inseguridad. Así, el documento recoge la información de la primera década que puede rastrearse de manera organizada y que es accesible a la ciudadanía, y recoge las variables principales de clasificación que utiliza la Policía.

El informe se divide en cuatro secciones que componen un núcleo de información. La primera muestra una síntesis de las investigaciones de los últimos diez años en el tema de violaciones sexuales en el Perú, la evolución del tipo penal y los problemas que esta figura tiene. La segunda sección se dirige a mostrar el panorama general de las denuncias por violación sexual efectuadas ante la Policía Nacional en la década 2000-2009, haciendo una comparación con las tasas de otros países de la región. La tercera sección estudia las características generales de las víctimas en las denuncias policiales. Finalmente, la cuarta sección muestra la relación de las víctimas con los victimarios y el estado en que las víctimas fueron encontradas. Una sección con consideraciones finales cierra el documento.

A pesar de las limitaciones de información, el estado de la cuestión muestra la precariedad de la situación del país respecto a este fenómeno, la alta tasa de ocurrencia del delito respecto del continente y la vulnerabilidad de las mujeres y los menores de edad, principales víctimas de este delito. La situación no ha cambiado mucho en los últimos diez años y ello evidencia las severas dificultades de las instituciones del Estado para prevenir, combatir y sancionar la violencia sexual, así como la vulnerabilidad de las víctimas y las condiciones de inseguridad en la vida cotidiana de nuestras ciudades.

El recojo de información, la sistematización y la compilación bibliográfica han sido posibles gracias a la ayuda de Beatriz Ramírez, Melissa Gamarra, Soledad Arriagada, María Grazia Ruiz Pasapera y Emilio Salcedo, que han colaborado en diferentes etapas de la elaboración de este informe entre diciembre de 2010 y mayo de 2011. Asimismo, la colaboración de la División de Estadística de la Policía Nacional, Medicina Legal y del Ministerio Público ha sido de gran ayuda para poder ordenar los datos sobre el tema. Por otro lado, la ayuda y lectoría rigurosa de Gino Costa y del evaluador de Ciudad Nuestra han sido de mucha importancia para precisar varios datos del informe.

La función de este documento es informar de manera sintética a la sociedad civil y a las autoridades del Estado sobre la situación de las

denuncias por violaciones sexuales en el Perú y dar cuenta de la extensión de un fenómeno que es recogido parcialmente por los medios de comunicación y trabajado tangencialmente por los estudios en seguridad ciudadana. El volumen de las cifras y las características de los casos muestran un fenómeno que agrieta desde adentro nuestras sociedades, exhibe en sus víctimas la brutal cotidianeidad de la violencia y recuerda el largo camino que queda por recorrer en la construcción de un país más justo.

Capítulo I

La situación de la investigación sobre violaciones sexuales en el Perú

I. La situación de la investigación sobre violaciones sexuales en el Perú

1. La transformación del tipo penal de la violación sexual

La categoría "violación sexual" aparece dentro de la de "violencia sexual". Esta refiere a un amplio conjunto de situaciones en las que se vulnera la "libertad sexual" o la "integridad sexual" de una persona. La violencia sexual implica una acción en la que una o más personas ejercen sobre otra "comentarios", "insinuaciones" o "acciones" "para consumar" o "intentar el acto sexual" (actos que pueden darse en diferentes espacios de la vida cotidiana y contextos de guerra, invasión o violencia política). En un intento por construir un concepto amplio, la Organización Panamericana de la Salud define "violencia sexual" como:

> Todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo (Organización Panamericana de la Salud 2005:161).

Este amplio sentido de violencia sexual incluye al delito de "violación sexual", cuya definición varía según los códigos penales y las perspectivas teóricas, así como el énfasis en sus elementos "constitutivos" como la *fuerza*, el *consentimiento* o la *penetración*. Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda definió las violaciones sexuales como:

> El acto sexual no consentido, actos que pueden incluir la inserción de objetos o el uso de ciertos orificios corporales que no sean considerados como sexuales (International Criminal Tribunal from Rwanda 1998: párrafos 596-597).

La violación sexual incluye para la mirada normativa penal la "penetración" forzada físicamente, sea por vía vaginal, anal u oral, ya sea del "miembro viril", otras partes corporales o un objeto (Organización Panamericana de la Salud 2005: 161). De acuerdo a esto, la violación sexual podría ser cometida por varones o mujeres y el sujeto pasivo serían tanto varones, mujeres, niños, niñas y adolescentes. La violación sexual puede ser perpetrada por el "cónyuge", "concubino", "enamorado", "desconocido", persona que mantenga algún vínculo de autoridad con la víctima, etcétera. En esa línea, en el Perú, la violación sexual, cuya conducta base se encuentra tipificada en el artículo 170 del Código Penal, se define de la siguiente manera:

> El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (Código Penal de 1991: Artículo 170).

Pero la legislación sobre el tema, centro de las definiciones operativas del sistema de justicia, no ha sido siempre precisa. En el Perú, la transformación de este tipo penal ha implicado diversos procesos y redefiniciones que no han terminado y que muestran la historia de un complejo fenómeno, atravesado por prejuicios y contradicciones.

En la primera mitad del siglo XIX, tras el periodo de Independencia, el primer proyecto de Código Penal (el Proyecto de Código

Vidaurre) tenía ya una sección dedicada a los delitos sexuales, con el título "Violencia hecha a las mujeres" (Vidaurre 1828). Aquí, la preocupación central era la protección de "la virginidad de las mujeres", y el delito se determinaba según el que "*violenta a la que es virgen*" (Hurtado 2001: 341; Vidaurre 1828: Ley 1). Incluso las penas se podían atenuar "si la mujer era viuda" (Vidaurre 1828: Ley 5), si se trataba de una "mujer soltera que no era virgen" (Vidaurre 1828: Ley 7) y "en el caso de esclavas no se considera acto sexual" (Vidaurre 1828: Ley 12), ya que el esclavo y la esclava eran considerados cosas.

Como castigo al delito, se imponía al sujeto activo (el perpetrador) que "contrajera nupcias" con el sujeto pasivo de la acción (la víctima). Si la víctima no aceptaba o el victimario se rehusaba, se obligaba al victimario "al pago de la cuarta parte de su haber" (en el caso en que el victimario careciese de ingresos económicos, se le obligaría a trabajar en obras públicas por el tiempo que la víctima permaneciera soltera). La sanción era considerada agravada "si la mujer ofendida era casada" (Hurtado 2991: 343; Vidaurre: Ley 11).

Tres décadas después, en 1859, el segundo Proyecto de Código Penal contempla la figura delictiva de "Acceso carnal de mujer", incluyendo los casos en los que "se encuentre privada de sus sentidos" (inciso 1) y cuando hay una "mujer casada que cree que el delincuente es su esposo" (inciso 3); esta última figura delictiva es equivalente al estupro cometido contra la mujer que ha sido engañada con promesas de matrimonio y supera los 18 años de edad (inciso 4, Hurtado 2001: 344). El Proyecto de Código de 1859 sigue la propuesta del Proyecto Vidaurre en proteger la virginidad de manera expresa (Artículo 324), pero se diferencia de este en que impone mayor pena a los sujetos activos que mantienen algún vínculo con la víctima -"ascendientes", "guardadores", "maestros" o cualquier persona que mantiene "posición de autoridad"- (Artículo 323 del Proyecto de 1859). Este Proyecto incorpora también el Artículo 321, "sobre la sanción complementaria a la pena por los delitos de violación, estupro o rapto de doncella", en la cual se obliga al sujeto activo a la "manutención de los hijos nacidos

como consecuencia al acceso carnal con la víctima". En el "rapto de doncella menor de 21 años" de edad "que fuera ejecutada con violencia hacia los padres o hacia la mujer", si es que el autor-victimario se casaba con la víctima era "eximido de cualquier pena".

Posteriormente, en el Código Penal de 1863, se encuentran los delitos de violación, estupro, rapto y otros (Título II), delitos en los que el bien jurídico protegido es el "honor sexual" de la víctima (Hurtado 2001: 345). El tipo base del delito de violación sanciona la violación de una mujer "por medio de la fuerza" o "por uso de narcóticos", así como la "violación de virgen impúber" (incluso cuando hay "acceso carnal con su consentimiento") o "mujer casada que le hicieron creer que el sujeto activo era el marido" (Artículo 269). Además, se castiga "el que viole a virgen entre 12 a 21 años de edad" (Artículo 270); siendo una forma agravada del delito el "cometido por persona que ejerza algún tipo de autoridad en la víctima" (Artículo 271).

El Código de 1863 mantiene la "virginidad" y la "honestidad" de las mujeres casadas o viudas como un "valor" central (Artículo 278) y es la "violación de la virginidad" la que determina las penas más altas a imponerse. Por ejemplo, quien rapta a alguna de esas mujeres recibía una pena de cárcel en quinto grado, mientras que en la violación de "otra clase de mujer", la pena sería de tercer grado (Artículo 273). Al igual que en el Proyecto de 1859, el sujeto activo se encuentra obligado a entregar una "proporción de sus facultades" (solo en los casos de mujer violada fuera soltera o viuda), así como a mantener a la prole (Artículo 276). En el caso de que el victimario se hubiese casado con la víctima (con su expreso consentimiento), podría dejársele exento de pena (Artículo 277).

En el Código Penal de 1924 se pueden ver grandes cambios en comparación a los Proyectos y al Código anterior. En la Sección III de "Delitos contra las buenas costumbres", se ubicaba el Título I de los "Delitos contra la libertad sexual", en el que se marca un cambio frente al bien jurídico protegido, que pasó de ser solamente el "honor sexual" a sumársele la "libertad sexual" (Bramont-Arias & Bramont-Arias Torres 1995: 381; Peña Cabrera 2007: 21). Por libertad sexual se entendía

"la libertad de toda persona de disponer de su propio cuerpo en las relaciones sexuales"; para ello se debía respetar los límites que el derecho marcaba y "la costumbre social". Así, el "honor sexual" se entendió como i) el "honor subjetivo" que era la estimación y respeto por la propia dignidad; y ii) el "honor objetivo" que era la buena reputación que toda persona tenía frente a la sociedad (Bramont-Arias 1990: 9-12).

Además, hay un cambio en el tipo base que protege la libertad sexual (aunque no en los términos que hoy se entienden), cambio que "respeta" que la mujer soltera mantenga relaciones sexuales, aunque mantiene la "irreprochabilidad de la conducta" como un valor importante. Entre las conductas del tipo base se exige que el sujeto activo del delito de violación use "la violencia o amenaza grave sobre la víctima" para poder perpetrar la acción delictiva (Artículo 196). En este código se reconoce como conducta agravante que el sujeto activo de la acción coloque a la víctima en "estado de inconsciencia" o la "imposibilidad de resistir"[1] (Artículo 197). Por otro lado, a diferencia del Código anterior, el Código de 1924 separa las figuras de violación sexual y seducción (Artículo 201), en donde se sancionaba a la persona que seduce a la "mujer de conducta irreprochable" entre los 16 a 21 años de edad.

Pero lo más relevante de este código es que se excluye toda referencia a la virginidad de la mujer y a su estado civil. El Código Penal de 1924 no hace distinción entre mujer *soltera virgen*, mujer *soltera no virgen*, *casada* o *viuda*, por lo tanto, se concibe que toda mujer en general era potencialmente víctima de violación y ni la "virginidad" ni la "honestidad" eran más elementos determinantes (al menos en la formalidad

[1] En los siguientes años, los legisladores agravarían las penas si el sujeto pasivo era una menor de edad. Así, el Decreto Ley N° 17388, del 25 de enero de 1969, declara la pena de muerte por la comisión de los delitos de rapto y contra el honor sexual de los niños menores de 7 años. Esta norma ha quedado fuera del ordenamiento jurídico vigente según el Artículo 2 de la Ley N° 29477 del 18 de diciembre de 2009. Por otro lado, el Decreto Ley N° 18968, del 22 de setiembre de 1971, declara la aplicación de la pena de muerte en caso de delitos de traición a la patria y delitos en agravio de menores, en especial si la víctima resulta muerta. Finalmente, el Decreto Ley N° 20583, del 10 de abril de 1974, mediante el cual se modifican los artículos 199, 200, 201 y 205 del Código Penal, amplía la aplicación de la pena de muerte por violación sexual o "contra natura" que afecte a menores entre 7 a 14 años de edad.

jurídica). Sin embargo, para entonces, todavía "la violación entendida como tal debe darse fuera del matrimonio" (Hurtado 2001: 349-350) y, por lo tanto, "no existía jurídicamente en la esfera de la sociedad conyugal" (incluso cuando se empleaba la violencia para acceder al acto sexual).

A finales del siglo XX, la legislación en temas de violación sexual se hace más precisa. En 1991, se publicó el actual Código Penal cuyo Capítulo IX "Violación de la libertad sexual" se ubica en el Título IV, "Delitos contra la Libertad". En el capítulo IX, se hace una clara diferencia entre delitos de violación sexual a mayores de edad, violación sexual perpetrada a menores de edad y seducción.[2]

Los bienes jurídicos protegidos en este tipo de delitos son "la libertad sexual" y la "intangibilidad sexual". Por el primero se entiende "el derecho que tiene toda persona de autodeterminarse sexualmente y de rechazar la intromisión de dicha esfera a terceras personas cuando no medie consentimiento" (Peña Cabrera 2007: 21-22). Es decir, cada persona mayor de 18 años (que es la edad en la cual se adquiere la capacidad de ejercer sus derechos civiles, según el Artículo 42 del Código Civil) puede ejercer la actividad sexual en libertad (Díez Ripollés 1985: 23 y 29; Bustos Ramírez 1991: 114).

Ahora bien, con "intangibilidad sexual" o "indemnidad sexual", la referencia es al bien jurídico que protege a los menores de edad o "incapaces",[3] pues son sujetos que no pueden "determinarse

---

[2] Esta figura delictiva fue reconocida por el texto original del Código Penal, pero ha quedado tácitamente derogada de conformidad al Acta de sesión plenaria del pleno jurisdiccional distrital penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en septiembre de 2006, pues la Ley N° 28704 (que modifica diferentes Artículos del Código Penal) modificaba el Artículo 173, incluyendo el inciso tercero donde se señala como violación presunta el acto sexual ocurrido con menores entre 14 y menos de 18 años de edad. Así, dejaría de tener sentido un artículo de seducción y toda relación sexual con menores de 18 años se considera violación. Sin embargo, posteriormente se ha difundido un acuerdo de Sesión Plenaria en el que se vuelve a cuestionar la modificación y se regresaría a la forma original de la Ley.

[3] De acuerdo al derecho civil, existen dos tipos de incapacidad, que son la absoluta y la relativa: a) *Incapaces absolutos*, son los menores de 16 años, los que se encuentren privados de discernimiento (por cualquier causa) o los sordomudos, ciego-sordos y los ciego-mudos que no puedan manifestar su voluntad, de acuerdo al Artículo 43 del Código Civil. b) *Incapaces relativos*, son los menores entre 16 a 18 años, "retardados mentales", alguien que tuviera alguna enfermedad mental que le impide expresar su voluntad, "los pródigos", "los que incurren en mala gestión", "ebrios habituales" o quienes tienen "pena que lleva anexa la interdicción civil", de acuerdo al Artículo 44 del Código Civil.

sexualmente" porque aún no tienen "libertad sexual". Lo que se trata de resguardar es el "desarrollo normal de la sexualidad" manteniéndola "libre de la intromisión de terceros" (Peña Cabrera 2007: 23; Muñoz Conde 1993: 383-384).

Lo importante de estas definiciones y, de sobremanera, la definición de "libertad sexual" en el Código Penal de 1991, es que el sujeto activo (el victimario) puede ser cualquier persona, un desconocido, un familiar (incluso el esposo o esposa) o alguien que mantiene nexos de autoridad con la víctima. Y al mismo tiempo, se amplía la lista de sujetos pasivos (víctimas) a cualquier persona, sumando a las "mujeres casadas" y "prostitutas" (excluidas en el Código anterior de la lista de sujetos pasivos posibles).

Pero este Código ha sufrido diversas modificaciones desde su publicación, en especial en el Capítulo de Delitos Sexuales, pues a pesar de los cambios, las definiciones iniciales resultaron insuficientes frente a las formas de violación que se registraban y a los avances de la investigación criminológica y criminalística.

Primero, el tipo base (Artículo 170) contemplaba solamente el acto sexual o "análogo" "por medio de violencia o grave amenaza". El agravante de este tipo es la violación perpetrada por dos sujetos o más, o cuando se produce a mano armada. La pena por la comisión de este delito era de 3 a 6 años de pena privativa de libertad y, en la forma agravada, de 4 a 12 años. Pero la Ley N° 26293 (del 14 de febrero de 1994) amplía la pena de 4 a 8 años y, en la forma agravada, de 8 a 15 años.

Segundo, hay una modificatoria importante de dicho Artículo (el 8 de junio de 2004), en la que se especifica por cuál vía se dan los "accesos carnales" (vaginal, anal, oral u otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por vía vaginal y anal), en donde la penetración con el pene en la vagina (la figura coital) o ano no es la única posibilidad para determinar violación.

Tercero, en las formas agravadas se agregan las situaciones donde el victimario tiene una posición de autoridad frente a la víctima y se encuentre ejecutando sus funciones (si pertenecía a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Serenazgo, vigilancia privada o Policía Municipal).

Entre los otros casos de agravantes están: el que la víctima se encuentre entre 14 a 18 años de edad o que el victimario sea portador de alguna "enfermedad grave" de transmisión sexual. La pena se mantiene igual en el tipo base, mientras que a las conductas agravantes se agrega a la pena la "inhabilitación de ejercer cargo". Finalmente, en la modificatoria de la Ley N° 28704 (del 5 de abril de 2006) se agregó como agravante cuando la víctima y el victimario mantienen una relación proveniente de un contrato de locación de servicios y relaciones laborales (posteriormente se le agregó la relación con "la empleada del hogar", por la Ley N° 28963, del 24 de enero de 2007). Se añadió también la relación de maestro o auxiliar de educación del centro educativo de la víctima, y en esta última modificatoria se eliminó el inciso que se refería a los menores entre 14 a 18 años de edad. Las penas impuestas por el tipo base nuevamente refieren a 6 a 8 años de pena y para el caso de los agravantes de 12 a 18 años, más la inhabilitación correspondiente.

Cuarto, el Artículo 173 también tuvo modificaciones relevantes. Este tipifica la violación de menores de edad, ya que en el texto original se protegía a los menores de 14 años en grupos de 0 a 7, de 7 a 10 y de 10 a 14 años. Las penas impuestas dependían del grupo de edad al que se estaba protegiendo, siendo el grupo "más protegido" el de 0 a 7 años de edad. En las modificaciones de la Ley N° 26293, el Decreto Legislativo N° 896 (con arreglo de la Ley N° 26950), Ley N° 27472 y Ley N° 27507 se observa que las penas fueron incrementadas, luego disminuidas y luego nuevamente incrementadas (llegando a la cadena perpetua por los delitos cometidos a menores entre 0 a 7 años). De acuerdo a la Ley N° 28251, se modificó la conducta delictiva sumándole las vías por las cuales se comete violación, manteniéndose la pena de cadena perpetua para violadores de menores de 0 a 7 años.

Quinto, la Ley N° 28704 modifica los grupos de edad de 0 a 10 años, 10 a 14 años y de 14 a 18 años. Las penas impuestas fueron de cadena perpetua, de 30 a 35 años y de 25 a 30 años respectivamente.

En el caso de que el victimario tuviera alguna posición de autoridad fuera familiar de la víctima, se le condenaría a cadena perpetua.[4]

Entonces, es claro que hay modificaciones y una transformación del tipo penal en los últimos dos siglos, cuyos cambios marcan relevancia central en el i) "bien jurídico tutelado" y ii) en "la ampliación del tipo penal para incorporar conductas diferentes al coito". Asimismo, es evidente la importancia de iii) la eliminación de la exención de pena por matrimonio posterior; iv) la eliminación de la discriminación en la descripción del sujeto pasivo del delito, y v) la introducción de las relaciones de poder, dependencia y parentesco como agravantes (Ramírez 2011: 3; Lemaitre 2008: 582-583). Aun así, la situación actual del Código Penal peruano y los avances en la legislación sobre el tema implican diversos debates y problemas para definir, tipificar e investigar las violaciones sexuales.

2. El consentimiento, el uso de la fuerza, la penetración[5]

En la mayor parte de códigos penales, la violación sexual implica un criterio central: la penetración. Así, se diferencia la *violencia sexual* (que se refiere a un amplio inventario de conductas de contenido sexual) de la *violación sexual* (que requiere la penetración para entrar en el tipo penal). En amplio sentido, los elementos que permiten determinar la existencia de un delito contra la libertad sexual implican: i) la presencia de algún tipo de penetración (en el caso de las violaciones) y otros

[4] De acuerdo al Artículo 2 de la Ley N° 28704, publicada el 5 abril de 2006, no procede el indulto ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en dicho Artículo. Asimismo, de acuerdo con el Artículo 3 de la Ley N° 28704, publicada el 5 abril de 2006, los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por el delito previsto en dicho Artículo.

[5] Esta sección ha sido construida con la asesoría de Beatriz Ramírez y sobre los aportes de Ramírez 2011: 2-6, 9-10. Ramírez es responsable del Área de Incidencia Jurídica y Legislativa del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

elementos que varían según los sistemas penales y sus codificaciones; ii) la presencia de fuerza o amenazas para la perpetración del acto; iii) el consentimiento de la víctima: si este consentimiento fue inválido o no se dio (Díez Repollés 2001: 58-61).

Ahora, el *consentimiento*, el *uso de la fuerza* y la *penetración* son elementos importantes, pero no siempre necesarios al mismo tiempo respecto al fenómeno de la violación sexual. En efecto, más allá de las definiciones del actual Código Penal peruano, la criminología comparada muestra un fenómeno más complejo.

Por ejemplo, en el actual Código Penal Español, el primer criterio para determinar el tipo de violación de la libertad sexual gira en torno a la presencia o no de violencia o intimidación (Ramírez 2011: 3-5). El título dedicado a los "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" se divide en dos capítulos dedicados a) a las *agresiones sexuales* (aquellas en las que existe violencia o intimidación) y b) a los *abusos sexuales* (aquellos comportamientos de contenidos sexuales en los que no se hace uso de violencia ni intimidación). En cada uno de estos tipos se diferencia entre conductas sexuales que no implican algún tipo de penetración y otras que sí implican penetración (violaciones sexuales), en donde las penas se agravan. Es decir, hay a) *agresiones sexuales i) sin penetración* y ii) *con penetración* (violaciones) y b) *abusos sexuales i) sin penetración* y ii) *con penetración* (violaciones).

¿Qué es lo importante de aquello? Pues que en el Código Español, como en otros, la violencia y la intimidación (la ausencia del consentimiento o el consentimiento viciado) no determinan o niegan la violación; en otras palabras, "puede haber violación sexual con violencia o intimidación, o sin violencia o intimidación, pero con la ausencia de consentimiento o consentimiento viciado" (Ramírez 2011: 6). Esto último implica que cuando no hay violencia o intimidación "se analice si el consentimiento era inválido (como cuando hay prevalimiento por superioridad, aprovechamiento de una situación de necesidad o de vulnerabilidad, así como cuando la víctima carece de capacidad para comprender el sentido y la trascendencia de su decisión" (Ramírez 2011: 6).

En el Código Penal peruano la situación es diferente. Los delitos contra la libertad sexual se clasifican primero de acuerdo a si a) hay penetración (*violación sexual*) o b) no hay penetración *(actos contra el pudor)*. En las *violaciones sexuales,* el delito tiene agravantes cuando i) se realizan con fuerza o grave amenaza, ii) cuando se haya puesto en estado de inconciencia a la víctima o tenga imposibilidad de resistir, iii) cuando la víctima sufre anomalías, iv) cuando la víctima es menor de edad y v) cuando la víctima está detenida, recluida o interna. En los *actos contra el pudor* hay agravante cuando se realizan con i) fuerza o grave amenaza o ii) cuando la víctima es menor de 14 años.

"Ambos tipos presuponen la existencia de fuerza o grave amenaza y solo se consideran algunas excepciones, supuestos taxativos en los que se exonera de estos elementos" (Ramírez 2011: 4): a) cuando se haya puesto a la víctima en estado de inconciencia o en la incapacidad de resistir, b) cuando la víctima sufre una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o se halle en incapacidad de resistir, c) cuando la víctima sea menor de edad, d) cuando se aprovecha de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia respecto de una víctima que esté en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida, recluida o interna.

Esto muestra un problema. ¿Qué conductas quedan fuera del sistema en el Derecho Penal peruano? "Los actos de violencia sexual en los que, incluso con existencia de penetración, no medie fuerza o una grave amenaza (y que no encajen en los supuestos de excepción)" (Ramírez 2011: 5-6). En este sentido, el criterio de la ausencia de consentimiento o el consentimiento viciado no tienen relevancia central. *Podría considerarse atípico cuando hay un acto de violencia sexual con penetración en el que no se expresa el libre consentimiento.*

Así, el consentimiento y el uso de la fuerza son elementos que pueden aparecer con evidencia criminalística en una violación sexual, pero no siempre son elementos necesarios como objetos concretos del registro material. Por ello, en diversos lugares se han ensayado definiciones más amplias para pensar estos elementos. El Estatuto de la

Corte Penal Internacional (International Criminal Court 2011a) define, por ejemplo, la violación como modalidad de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, en la que (además de los elementos que consideran la violación como parte de un ataque generalizado, guerra o enfrentamiento sistemático contra una población civil) se consideran dos elementos fundamentales:

> a) Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo (International Criminal Court 2011a: 8, la traducción es mía).
>
> b) Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de uso de la fuerza o coacción, como aquella causada por temor a la violencia, intimidación, detención, opresión sicológica o abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o que la invasión se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento [se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a su edad] (International Criminal Court 2011a: 8, la traducción es mía).

La consideración de estos elementos muestra la apertura en las codificaciones penales internacionales para estudiar (y juzgar) las violaciones sexuales más allá de la existencia de la "fuerza, intimidación o grave amenaza". Se consideran, por ejemplo, "acciones en las que ha mediado la coacción, entendida esta de forma amplia (de modo que se incluye el temor a la potencialidad de la violencia y el abuso de poder)". Así, el asunto del consentimiento también resulta un tema de redefinición y discusión. Incluso, en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (International Criminal Court 2011b) se hace precisiones sobre el tema, considerando en sus reglas:

> Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual
>
> a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el

> aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
>
> b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
>
> c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
>
> d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo (International Criminal Court 2011b: 47).
> Regla 71. Prueba de otro comportamiento sexual
>
> Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo (International Criminal Court 2011b: 47).

¿Qué implican estos debates y transformaciones de la investigación criminológica y las definiciones penales? Pues repensar aquello que está siendo protegido por el derecho penal. En efecto, si la penetración es el elemento que diferencia la violación sexual de otras formas de violencia sexual, queda claro que hasta hace poco tiempo se asumía solamente la penetración de "un pene en una vagina". Es en los últimos años que se ha repensado el tema, y la violación ya no se refiere solamente a la penetración del pene en la vagina, sino que ahora puede implicar objetos diferentes al cuerpo. Ello implica también entender que no es un asunto unidireccional de un varón hacia una mujer. Empero, esto marca también "la concentración de la definición en un criterio físico-corporal que diferencia el tipo penal" (Ramírez 2011: 9) y demarca el estudio del comportamiento criminal.

Así, algunas miradas cuestionan si lo más importante de una violación sea la penetración (Hercovich 2000: 303; Díez Repollés 2001: 81), pues se sugiere que "esta atención desplaza el énfasis de la violación como ejercicio de poder que resta libertad" (Ramírez 2011: 10). Esta idea tiene

una conclusión relevante, pues indica que si el bien jurídico afectado es la libertad, podría en ocasiones incluir la "rendición de lo corporal" que "se valora como lo más viable de ser entregado, como una estrategia de resistencia de las víctimas de una violación" (Ramírez 2011: 10).

De este modo, toma forma la crítica al criterio de consentimiento como elemento fundamental del tipo penal. Pues la crítica principal es que se presupone que las víctimas tienen siempre una capacidad de decidir involucrarse o no en un acto sexual y, por lo tanto, se asume que el consentimiento es también la ausencia de una prueba material (criminalística) de la resistencia física o la inexistencia de la fuerza física evidente del agresor (Di Corleto 2010: 16-17; Estrich 2010: 75-80; Lemaitre 2008: 581).

¿Qué debería entenderse como ausencia de consentimiento? Para algunas posiciones teóricas, "la sola expresión verbal de negativa, el silencio y la *aceptación* sin libertad por un entorno de amenaza, engaño o fraude deberían estar contemplados" (Ramírez 2011: 10; Estrich 2010: 73-75). Así, una manera de entender el consentimiento plantea que "este debe ir aparejado de una comprensión acerca de la diversidad de posibles respuestas de las víctimas" (Ramírez 2011: 6) en las cuales "no todas las respuestas son de desvalimiento y pasividad" (Hercovich 2000: 303, 306-307). Se plantea asociar la idea del consentimiento a la ausencia de libre consenso, de libre acuerdo de ambas partes, poniendo énfasis en el impacto emocional producido en las víctimas y haciendo que sea la perspectiva de las víctimas desde la que se interprete su propia conducta (Hercovich 2000: 310-311).

Si para muchos códigos penales "la ausencia de consentimiento se determina por la resistencia física de la víctima, queda implícito (más allá de las excepciones de cada código) que la fuerza es un criterio relevante en la violación" (Ramírez 2011: 10). Aparece la pregunta: ¿qué tipo de fuerza es relevante en la aplicación judicial del tipo penal y en el recojo de prueba criminalística? El problema es que, en muchos casos, la fuerza prohibida "depende de la valoración que el juez haga respecto de la respuesta de la víctima, es decir, de acuerdo a la resistencia física (en

una pelea, lucha o confrontación física)" (Ramírez 2011: 6). De esta manera, en muchos procesos judiciales se busca indicadores como el "forcejeo físico" antes o "durante el acto sexual como parte del estándar de resistencia de la víctima para protegerse de la violación" -penetración- (Estrich 2010: 68-70, 77-78). El problema es que la medición de la fuerza, en estos términos, desvía la atención del poder ejercido -manifestado a través de la coacción, amenaza, fraude, violencia física, etcétera-.

Es el poder y no necesariamente la fuerza física el que es relevante en los casos de violación (Ramírez 2011: 6), ya que mediante este acomodo teórico se pueden comprender casos en los que la víctima no reacciona debido a que el perpetrador creó una circunstancia que la inmovilizó por temor (Estrich 2010: 71) y en donde, *no oponer resistencia física es una estrategia razonable o una reacción psicológica ante el posible daño*. Esto es importante, considerando que el bien jurídico protegido no es, desde el siglo XIX, la "virginidad" o el "honor", sino la "libertad" de las personas (De Vicente 2001: 85).

3. Los avances en la investigación sobre violaciones sexuales

Si el tipo penal se ha transformado y los debates sobre el fenómeno se han abierto en muchas partes del mundo, ¿cuál es la situación de la investigación sobre violaciones sexuales en el Perú? Si bien el tema aparece cada cierto tiempo como un asunto relevante en las coyunturas políticas, no necesariamente es un tema investigado en abundancia y con datos profundos y precisos. Es claro que hay problemas de medición del fenómeno debido, en parte, a la importante cifra oscura (casos que no se denuncian y la escasez de estudios de estimación estadística) (Güezmes, Palomino & Ramos 2002). Es claro también que es un tema complejo, debido a lo doloroso de la situación para las víctimas y

a la negativa de proporcionar información por parte de los victimarios (León & Stahr 1995). Así, si bien hay avances considerables en otras partes del mundo en la investigación de las violaciones, tanto desde las perspectivas de la antropología y psicología forense (Rosenfeld & Penrod 2011; Savino & Turvey 2011; Bartol 2008), la investigación jurídica (Corcoy 2006; Straka & Montminy 2006; Cocker 2004; Buzawa & Buzawa 2003), la victimología y la atención de la víctima (Novak 2005; McDermott & Garófalo 2004; Hoyle & Sanders 2000), la investigación del comportamiento criminal (Larrauri 2007; Echeburúa & Guerricaecheverría 2005; Beristain 2002), y la sociología de la violencia sexual y el trabajo de estudios estadísticos sobre victimización (Hikal 2011; Naciones Unidas 2003), hay cierta precariedad en los países andinos en general y en el Perú en particular.

En el Perú, la investigación en torno a las violaciones sexuales ha tenido tres áreas de concentración. Por un lado, la investigación en torno a las violaciones sexuales durante el periodo de violencia política (Instituto de Defensa Legal 2010; Portal Farfán 2008; Moreyra 2007; Loli 2007; Pedersen 2007; Mantilla 2003; Comisión de la Verdad y Reconciliación 2003, entre otros). Por otro lado, los estudios normativos y jurídicos en torno a las violaciones, reconociendo los debates sobre la tipificación y las mejoras de normas (Ramírez & Guerra 2008; Peña Cabrera 2007; Donayre 2007; Hurtado Pozo 2001; Díez Ripollés 2001; Taylor Navas 2001; San Martín 2001; Castillo 2001; Caro Coria 2000; Dador 1997; Demus 1996, entre otros varios estudios). Finalmente, hay concentración en los estudios de casos sobre víctimas de violencia sexual y estudios de diagnóstico sobre la situación de la violencia sexual y de género (Guerrero 2006; Yepes 2004; entre otros). Sin embargo, y más allá de la existencia de estos trabajos, es más escaso aún el material arbitrado por un comité científico, hay mucha literatura gris sobre el tema (no indexada o no arbitrada) y gran cantidad de manifiestos, declaraciones y publicaciones de divulgación periodística.

Aun así, el contexto de la investigación sobre violaciones sexuales está dispuesto sobre un nodo: el trabajo de la Comisión de la Verdad

y Reconciliación (2003), que ha marcado un punto de inflexión en el estudio de la violencia sexual en general y de las violaciones sexuales en particular. El capítulo dirigido a estos temas en su Informe Final (2003, Tomo VI) refiere un estudio sobre la cantidad de denuncias y víctimas de violación durante el conflicto armado interno, muestra el tipo de agresores, casos emblemáticos (Llusita, Manta y Vilca, etcétera), y recomendaciones sobre el tratamiento y reparación de las víctimas (2003, Tomo VI: 383-384). Este trabajo resulta importante, no solamente por el despliegue del trabajo de organización de información disgregada, sino por la elaboración y consolidación de protocolos de entrevista a las víctimas y para la investigación de casos de violación (Instituto de Defensa Legal 2010), y la recopilación de gran parte de la literatura sobre el tema que había estado diseminada hasta entonces.

Las denuncias y testimonios de las víctimas que fueron recolectados por la Comisión de la Verdad han logrado identificar 538 violaciones sexuales, de las cuales se responsabiliza de 449 violaciones a los agentes del Estado (miembros del Ejército, de la Marina de Guerra y de las Fuerzas Policiales), Comités de Autodefensa y paramilitares; 61 violaciones fueron adjudicadas al Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL); 8 violaciones adjudicadas al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) y en 20 violaciones no se pudo establecer al victimario o su pertenencia a una agrupación (Comisión de la Verdad y Reconciliación 2003, Tomo VI: 296-340; Instituto de Defensa Legal 2010: 9-39). Sin embargo, hay que considerar que en la base de datos de la Comisión de la Verdad aparecen registradas 7,426 mujeres víctimas de desapariciones forzadas, detenciones, torturas y ejecuciones extrajudiciales, en donde es probable que un porcentaje de estas también haya sido víctima de violaciones sexuales (Instituto de Defensa Legal 2010: 25).

Lo que muestra el informe de la Comisión de la Verdad es una situación de conflicto armado en donde las violaciones sexuales han sido utilizadas como "un arma de guerra" o "un arma de terror" (Comisión de la Verdad y Reconciliación 2003, Tomo VI: 267), concepto que ha

sido tomado de la investigación sobre violaciones sexuales en Haití, Ruanda, Burundi y la ex Yugoslavia (Inter-American Commission on Human Rights 1994; European Court of Human Rights 1997). Esto ha marcado dos líneas relevantes de estudio sobre el fenómeno. Por un lado, la investigación que escruta los documentos y bases de datos de la Comisión de la Verdad y amplía el concepto "violación como arma de guerra". Por otro lado, están los trabajos que se concentran en el estudio sobre las violaciones sexuales (y la violencia sexual en ese periodo), ampliando el concepto de la "violación como arma de guerra" a la idea de un "cuerpo como campo de batalla". Eso ha marcado un campo relevante de estudios sobre el cuerpo (sobre todo de las mujeres) y la violencia, y a la Comisión de la Verdad y Reconciliación como una fuente importante de información sobre el tema. Pero, al mismo tiempo, ha generado la concentración de la atención en el contexto de conflicto armado y la escasa cantidad y profundidad de investigaciones fuera de ese contexto.

Además de la importancia política y el reconocimiento de la violación de derechos humanos, la Comisión de la Verdad fue importante pues permitió generar evidencias y visibilidad a las víctimas de violaciones sexuales. Sin embargo, es importante entender que las violaciones sexuales son un fenómeno que existía antes y que existe después del periodo de violencia política y que i) aun con la profunda e importante recopilación de casos de la Comisión de la Verdad, es evidente una cifra oscura, no denunciada y no recogida por las autoridades responsables; por lo tanto, la cifra que se presenta es conservadora respecto a la probable cantidad de casos. ii) Actualmente no hay modo de comparar si los casos registrados por la Comisión de la Verdad representan un incremento respecto de las décadas anteriores al conflicto armado, pues los registros son inexistentes o fragmentarios, no hay información pública sistematizada sobre el tema y los archivos no existen; iii) el fenómeno ha continuado después del periodo documentado por la Comisión de la Verdad y, a pesar de la importancia y brutalidad de estos delitos, la labor de documentación se ha retrotraído después del Informe Final del año 2003.

Entonces, ¿qué tipo de investigaciones se han producido y con qué se cuenta? Como hemos indicado, hay también una línea de trabajo en torno a los elementos normativos de la violación sexual, que refieren al estudio jurídico y a la construcción de casuística especializada. En los últimos años, los debates en torno al tipo penal (ver las secciones anteriores) y la necesidad de reformular pasajes del Código Penal en el tema de la violencia sexual y las violaciones permitieron diversos trabajos en torno a la precisión del tratamiento jurídico de las víctimas y de las penas a los victimarios (por ejemplo, se puede ver los trabajos de Peña Cabrera 2007; Donayre 2007; Hurtado Pozo 2001; San Martín 2001; Castillo 2001; Caro Coria 2000). Por su naturaleza y objetivos, estos estudios no han producido datos de campo, y no hay una preocupación por la cuantificación, sistematización de casos o estudio criminalístico aplicado del fenómeno. Así, a pesar de la importancia del tema, son pocos los trabajos jurídicos con los que se cuenta y la concentración se refiere al tratamiento del tipo penal de las violaciones sexuales y al estudio comparado de las legislaciones latinoamericanas y española.

Las conclusiones de los estudios jurídicos sobre el tipo penal de las violaciones sexuales varían, pero se dividen en dos grandes conglomerados. Un debate en torno al tipo penal y la importancia de la penetración y la violencia física reconocible en la pericia criminalística como elementos fundamentales del tipo penal, y una posición que indica que se trata de un tema importante, pero no necesario ni suficiente y que, por lo tanto, puede y debe ser retirado de la codificación. Por otro lado, hay un debate en torno a las penas que se les debe dar a los violadores, sobre todo en la primera década del siglo XXI. La aparición mediática de diversos casos de violación entre parientes consanguíneos (padre a hija, tío a sobrina, etcétera) generó un gran interés en el tema y la propuesta de diversos actores políticos de incrementar las penas. Esto se logró en la década pasada después de un largo debate y argumentación a favor y en contra. La conclusión de estos debates ha marcado una consecuencia clara en la vida cotidiana: la tipificación sigue teniendo a la violencia física como un elemento importante de la violación

(Ramírez & Guerra 2008; San Martín 2001; Caro Coria 2000), y hay un severo aumento de las penas para los victimarios.

Por otro lado, entre la investigación de las violaciones ocurridas durante el conflicto armado interno y aquellos debates en el ámbito jurídico sobre la tipificación y las penas a los violadores, aparece de manera continua una preocupación del movimiento de mujeres, el movimiento feminista y las organizaciones de derechos humanos. De este campo se ha derivado una importante producción del activismo en campañas y estrategias de sensibilización sobre el tema (hay abundante material de difusión, folletos, encartes y campañas concentradas en la difusión de derechos de las mujeres). Hay un número importante de documentos declarativos sobre la importancia de combatir la violencia contra las mujeres y las violaciones sexuales, artículos de divulgación en torno al estudio de medios de comunicación y algunas reflexiones y ensayos sobre el enfoque de género y el derecho feminista en el tema. Y si bien el número de las investigaciones es relativamente pequeño, hay importantes y pioneros trabajos que han resultado de este campo (Bermúdez 2008; Güezmes, Palomino & Ramos 2002; Tamayo 2000; León & Stahr 1995; Siles Vallejos 1995; Rosas 1990, entre otros).

Lo mismo sucede, en amplio sentido, en las ciencias sociales, cuyo trabajo ha estado concentrado en el estudio de casos específicos, pero sin un trabajo sistemático acerca de la dinámica del fenómeno, la cuantificación de casos, el estudio cualitativo de patrones de conducta, el tipo de tratamiento, etcétera. Este panorama, sin embargo, implica también investigaciones profundas, como el "estudio multicéntrico" de la Organización Mundial de la Salud sobre la violencia de pareja y la salud de las mujeres (Güezmes, Palomino & Ramos 2002). La recolección de información sobre la magnitud y prevalencia de la violencia física y las violaciones sexuales aparece como un tema fundamental, en un estudio llevado a cabo con una metodología rigurosa para recoger información sobre el tema y en perspectiva comparada con otros países de la región.

Así, hay dos constataciones sobre el estado de la situación de la investigación en violaciones sexuales en el Perú: primero, el interés en el estudio y legislación sobre las violaciones sexuales aparece claramente en las últimas décadas del siglo XX y en los primeros años del siglo XXI. Segundo, la información ha sido precaria y, más allá de los datos oficiales que se publican cada año (de la última década), pero de manera disgregada de la Policía, Fiscalía, Medicina Legal y Centros de Emergencia Mujer, no hay información nueva sobre el tema.

¿Qué tipo de estudios ha producido el Estado al respecto? En el año 2000, aparece el primer reporte oficial de la década sobre violencia sexual que incluye el tema de las violaciones sexuales. El Informe N° 21 de la Defensoría del Pueblo tomaba la posta con este informe, después de un tiempo de demandas de estudios y mejora de la legislación en el tema por parte del movimiento de mujeres y las organizaciones de derechos humanos. El informe organiza las quejas que la Defensoría recibió, entre octubre de 1996 y julio de 1997, por parte de víctimas de violencia sexual y sus familiares, por el trato recibido durante el reconocimiento médico en el Instituto de Medicina Legal, con el objetivo de tener una aproximación sobre el tipo de respuesta que el Estado ofrece a la víctima. Se hace un estudio de los problemas de Medicina Legal y recomendaciones para mejorar el trato de las víctimas de este delito (Defensoría del Pueblo 2000).

Desde el año 2004, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Mimdes) inicia una serie de estudios y publicaciones sobre la violencia sexual (dentro de la línea del Programa Contra la Violencia Familiar y Sexual), en cierta medida, debido a la demanda del movimiento de mujeres y víctimas de la violencia, pero también a una demanda internacional de tratamiento de este fenómeno, que aparece severamente en América Latina.

Los trabajos del Ministerio de la Mujer se concentran en tres tipos de publicaciones. Por un lado, aquellas que estudian la experiencia de las víctimas de violencia sexual y violencia familiar y doméstica a mujeres (Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social 2004), a niños y niñas (Bardales & Huallpa 2005) desde una mirada cualitativa; estudios

que tienen como objetivo no solamente ilustrar sino "construir líneas de base" para determinar la situación de la violencia (Bardales & Huallpa 2005; 2009); y un tipo de estudios de síntesis que se plantean para hacer un estado de la situación sobre las investigaciones sobre violencia familiar y sexual en la primera mitad de la década (Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social 2006). En la misma línea, si bien el área médica ha contribuido en el tema con algunos datos relevantes, y a pesar de que no hay un gran volumen de estudios, hay un aporte sobre todo en el manejo y estandarización de protocolos de atención a víctimas y procedimientos forenses (Instituto de Medicina Legal 2006).

El reciente interés por investigar en torno a la violencia sexual desde el Estado es parte de una tendencia de apertura a los estudios sobre seguridad, victimización y violencia en América Latina (Duce 2010: 225-227) y muestra un avance en el trabajo, aunque también diversos problemas. Por un lado, el trabajo en el tema no ha tenido un interés concentrado en el fenómeno de las violaciones, que se ha tocado de manera tangencial dentro del conglomerado "violencia sexual y violencia de género". Por otro lado, los datos disponibles son fragmentarios, y si bien la información cualitativa ha implicado trabajo de campo, se ha tratado sustancialmente del recojo de material de archivo y con casos individuales. La información con la que se ha trabajado es la que proviene de la Policía, Medicina Legal y con los datos de la Encuesta Nacional de Salud.

¿De dónde viene la información sobre violaciones sexuales en el Perú? Es una evidencia, después del resumen del estado del trabajo académico sobre el tema, que no hay sistematicidad en la producción de datos (lo que no quiere decir que no se hayan construido lecturas serias y rigurosas). Pero si la academia no ha tenido un eje de trabajo permanente e interés en el tema ¿de dónde vienen la información y los datos? Durante los últimos 20 años, la Policía Nacional ha trabajado en un intento de sistematizar la información de las denuncias que recibe, y esa ha constituido la fuente de datos para muchas de las investigaciones precedentes (y para este informe). Sin embargo, la profundidad, rigor

y calidad de la información policial es importante, pero no suficiente para el trabajo de construcción de bases de datos (como veremos después), pero es, al mismo tiempo, la fuente de información más relevante sobre el tema.

Además, existen datos proporcionados por el Instituto de Medicina Legal (respecto a los exámenes de ginecología y sexología a supuestas víctimas de violación), pero se trata de un trabajo de sistematización reciente y que ha cambiado en precisión y modo de exposición de la información en los últimos cinco años. Finalmente, el "Observatorio de la Criminalidad" del Ministerio Público, que desde 2009 organiza la información con la que cuenta la Fiscalía, emite diversos tipos de reportes sobre los delitos que trata, sin embargo, hasta el año 2010, ninguno especializado en violaciones sexuales.

¿Cuál es la situación de la investigación sobre violaciones sexuales en el Perú? Pues se trata de una situación embrionaria a pesar de los importantes trabajos que hay. Embrionaria debido a la situación concreta: i) La poca precisión de las bases de datos públicas que existen sobre el tema que, además de tener problemas en la clasificación de data, son relativamente recientes y con una gran cifra oscura. ii) La academia y la sociedad civil no han producido otras bases de datos o información de manera continua (en parte debido a la escasez de financiamiento para estos temas). Los importantes e interesantes estudios que existen no parecen obedecer a una línea de investigación especializada. iii) Las investigaciones realizadas por las oficinas del Estado son escasas y no han producido bases de datos especializadas. Hay un intento importante de construir líneas de base, pero no sobre el tema de las violaciones sexuales de manera específica. iv) La investigación que se ha producido tiende a no pasar por comités científicos (ni a publicarse en medios indexados o arbitrados), por lo que su calidad, precisión y rigor no siempre son evaluados. v) La amplia literatura de divulgación, declaraciones, opiniones y ensayos sobre el tema tienden a sostenerse en percepciones, prejuicios o en la misma información periodística que parece incorporar esos prejuicios.

¿Qué consecuencias trae esta situación? Por un lado, la dispersión de la información y la ausencia de continuidad de las investigaciones. Por otro lado, eso hace que haya temas fundamentales del trabajo criminológico que no se estén estudiando y sobre los que no hay información: no hay investigación *sistemática* sobre victimarios, patrones de acción, patrones de conducta y situación de las violaciones. Finalmente, esta situación produce la ausencia de métodos de trabajo comunes, tanto en la investigación académica sobre el tema, como en el registro de casos, construcción de bases de datos e investigación criminal. Ahora, la situación de la investigación en el tema tiene avances interesantes, pero también vacíos. ¿Cuál es la situación del tratamiento concreto de los casos de violaciones sexuales y de las víctimas? ¿Y cuál es la situación de la violencia sexual en el Perú?

4. Las violaciones sexuales como un problema de seguridad

La criminalidad es uno de los fenómenos más importantes en el Perú y en la región andina, en donde las crecientes cifras de delincuencia común y organizada generan una amplia sensación de inseguridad. En el año 2005, se efectuaron 152,516 denuncias por actos delictivos, actos que para el final de la década aumentaron a 160,848 denuncias (correspondientes al año 2009). Un gran número de las denuncias se refieren a delitos perpetrados contra el patrimonio, pero se ha visto el incremento de delitos como asaltos en la vía pública, pandillaje, robo de vehículos y autopartes, micro-comercialización de drogas, violencia familiar y violaciones sexuales (Policía Nacional del Perú 2009: 28). Asimismo, en el año 2009, se han registrado 215,865 faltas, que sumadas a la cifra de delitos, muestran un volumen considerable de acciones que ponen en riesgo la seguridad ciudadana.

Durante el año 2009, se reportaron 108,062 denuncias en delitos contra el patrimonio (hurto, robo, apropiación ilícita, estafa, extorsión, daños y delitos informáticos, etcétera), que representan el 67% de las denuncias de ese año (Policía Nacional del Perú 2009: 24). El 12.7% de las denuncias son sobre delitos contra la vida, cuerpo y salud (homicidio, lesiones y exposición al peligro, etcétera). Los delitos contra la seguridad pública representan el 7% de las denuncias de 2009 (tráfico ilícito de drogas, micro-comercialización de drogas, tenencia ilegal de armas, peligro común, medios de transporte y comunicaciones y contra la seguridad pública). Finalmente, los delitos contra la libertad, en los que se encuentran las violaciones sexuales, implican el 6.5% de los delitos registrados el 2009 (violación a la libertad personal, violación de la intimidad, violación de domicilio, violación del secreto de las comunicaciones, violación del secreto profesional, violación de reunión, violación de la libertad de trabajo, violación a la libertad de expresión, violación a la libertad sexual, proxenetismo, ofensas contra el pudor). Lo importante es que las violaciones contra la libertad sexual representan el 4.2% del total de los delitos cometidos en el año 2009 y que se refieren a 6,751 denuncias por violaciones sexuales perpetradas a niños, niñas, adolescentes, varones y mujeres.

Sin embargo, es claro que las bases de datos de este tipo de delito no reflejan las cifras reales debido a que existe un alto porcentaje de casos que no son reportados ("cifra oscura"), "porque las mujeres se niegan a hacerlo por vergüenza, o miedo a no ser creídas o las culpen de la situación o sean re-victimizadas en el proceso" (Organización Panamericana de la Salud 2004: 163). Así, por ejemplo, en un estudio de victimización en el Perú, solo el 32% de los ciudadanos indicó que había hecho una denuncia después de ser víctima de un delito, mientras el 68% indicó que no la había hecho (Instituto de Opinión Pública de la Universidad Católica 2010: 13), por lo que es evidente que solamente un porcentaje pequeño de los delitos y faltas perpetrados contra las personas son denunciados.

La prevalencia de la violencia sexual (en particular contra las mujeres) marca una situación estructural en donde se evidencia la situación de vulnerabilidad de las mujeres. La violencia familiar, en donde las víctimas tienden a ser mujeres, niños y niñas, aparece como un fenómeno recurrente que genera un halo de violencia que permite pensar en cifras considerablemente más altas de violaciones y otras formas de vulneración de derechos. En el año 2009, la Policía recibió 95,749 denuncias por violencia familiar (Policía Nacional del Perú 2009: 251). De las denuncias presentadas, el 90% las víctimas fueron mujeres y el 10% fueron varones (2009: 252). Del total de esas denuncias, 55,294 fueron por violencia física. Es decir, en el 57.75% (2009: 254) de las denuncias totales una víctima denunció haber sido agredida a través de "bofetadas, puñetazos, estrangulación y patadas, golpes con algún objeto, porras, látigos, uso del fuego o de ácidos para causar dolor" (Flora Tristán & Amnistía Internacional 2005: 11).

Si bien las cifras de violaciones sexuales han sido relativamente similares en la última década (con incrementos en algunos años), y si bien se trata de un problema sistemático que afecta sobre todo a las mujeres (en todos los sectores sociales y regiones del país), el carácter "no público" de las violaciones sexuales y la "espectacularidad" de otros crímenes han generado que la atención y la percepción sobre este delito sea menor a la que correspondería.

De este modo, en el año 2008, el 59% de la población mencionó a las violaciones, abusos o acosos sexuales como uno de los peligros importantes y un riesgo de la seguridad ciudadana (Instituto de Opinión Pública de la Universidad Católica 2008: 2). También se reconoce que la violencia callejera (con 46%) y los asaltos con armas (con 39%) son temas preocupantes en la agenda de seguridad. Sin embargo, en julio de 2010, los problemas a los que hicieron referencia los ciudadanos cuando pensaban en inseguridad ciudadana fueron: robo al paso de bolso, cartera y celular (con 65%); atraco (con violencia o amenaza) y asaltos con armas (con 53%); y robo en vivienda o local (con 45%). Los delitos como las violaciones, abusos o acosos sexuales pasaron de

ser la preocupación más importante a un quinto lugar de preocupación -el 18% de los encuestados dijo que se trataba de un problema o un riesgo relevante- (Instituto de Opinión Pública de la Universidad Católica 2010: 6).

En este contexto, es evidente que las violaciones son un problema extendido en el país, a pesar de que no siempre son consideradas en los imaginarios y no siempre son denunciadas. Aun así, a pesar de la precaria situación de seguridad y de la evidencia de miles de casos de violaciones sexuales, existen diversos problemas de tratamiento de las víctimas. Entre los problemas identificados en el tratamiento del delito y en la protección y atención de las víctimas en América Latina se pueden considerar:

- Los retrasos injustificados por parte de las instancias encargadas de la investigación de los hechos para realizar las diligencias necesarias debido a la percepción de estos casos como no prioritarios.
- Los vacíos en las diligencias, como la no realización de pruebas claves para identificar a los responsables, el énfasis en la prueba física (como la determinación de la integridad del himen) y testimonial, la escasa credibilidad que se da a las aseveraciones de las víctimas y el tratamiento inadecuado a ellas y sus familiares.
- La revictimización por la reiteración en la toma de declaraciones de la víctima en condiciones que no respetan su privacidad.
- La falta de idoneidad del personal del sistema de justicia que está impregnado de patrones socioculturales discriminatorios que repercuten en la efectividad de la sanción contra la violencia hacia las mujeres.
- La ausencia de instancias de administración de justicia en zonas rurales, pobres y marginadas.
- La falta de instancia de acompañamiento legal para las víctimas a lo largo del proceso (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007: 52-84).

Sobre los problemas procesales en casos de violación sexual, existe un sentido común de trabajo (Sarmiento 2009; Ramírez & Guerra 2008; Fuentes 2001; 2000; San Martín 2001; 2000). Se ha establecido y estudiado diversos problemas, tanto en el recojo de pruebas como en el procedimiento de denuncia, el procedimiento fiscal y los procesos de juicio. Así, en el tema de la violación sexual "no solo es importante

considerar el ámbito formal legal, sino también la dimensión instrumental del Derecho que se plasma, por ejemplo, en la exigencia judicial de determinados comportamientos de las mujeres para la sanción de conductas de violencia sexual contra ellas" (De Vicente 2001: 88 referida por Ramírez 2011: 10).

En una definición amplia del Derecho, que implica más que su parte formal-normativa y que incluye su parte estructural (aquel que los órganos del sistema le dan en la aplicación e interpretación de las normas) y su componente político-cultural (Facio 1999: 108-116 referida por Ramírez 2011: 10), es posible identificar varios problemas, que van desde los prejuicios instalados en los operadores de justicia, como las deficiencias de interpretación. Entre estos asuntos, uno de los obstáculos procesales cobra relevancia: la clasificación entre violaciones "tradicionales" y no "tradicionales" (Ramírez 2011: 11; Estrich 2010: 60-61): las primeras son aquellas en las que hay uso claro de la fuerza y las segundas aquellas en las que no. Es en las primeras en las que "el sistema de justicia tiene menores restricciones para condenar a los agresores, mientras que en el segundo modo aparecen dificultades para interpretar las pruebas, las circunstancias y del propio tipo penal" (Ramírez 2011: 9).

Otro elemento importante es el dilema entre la "acción pública" y la "acción privada" en los delitos de violación sexual (Ramírez 2011: 10). Dentro del conjunto de reformas legales de los años noventa, en América Latina existió la tendencia del cambio de los delitos sexuales a delitos de acción pública (Lemaitre 2008: 583). De este modo, se logró que la violación sexual, considerada un delito de acción privada y que reflejaba el bien jurídico tutelado del "honor", se convirtiera en un delito de acción pública en donde se vulnera "la libertad" (Caro 2001: 148-152; De Vicente 2001: 97-99; Fuentes 2001: 276-285; San Martín 2001: 306-310; Montoya 2000: 259-269). Sin embargo, es también cierto que esa nueva situación ha abonado en la "revictimización secundaria, intrínseca al proceso de investigación, en donde existe una tensión entre la necesidad de proteger la autonomía de las víctimas

y evitar que se les ocasione males mayores" (Ramírez 2011: 10). Esto supone repensar a las víctimas en el proceso como sujetos del mismo, y no como objetos de prueba.

La consideración de la víctima es importante, pues las transformaciones en la legislación han estado dirigidas en gran medida a mejorar la labor de los jueces y fiscales para el estudio y tipificación de los delitos, sin embargo, la víctima ha sido muchas veces olvidada. Esto genera elementos de discusión en torno a: i) La posibilidad y facilidad de establecer una denuncia por violación, los lugares autorizados para recibir denuncias, las distancias físicas a recorrer para realizar la denuncia, los horarios y costos de la atención. ii) La estabilización y atención de la víctima de violación sexual, que tiene que pasar por diversos procedimientos burocráticos antes de recibir atención médica debido a que solamente Medicina Legal puede recoger oficialmente pruebas médicas de violaciones sexuales (de manera que una víctima que acude o es estabilizada en otro centro de salud puede "borrar" pruebas del delito para las autoridades competentes, o se establece como un elemento de contraprueba a la violación sexual). iii) El kit de atención en violaciones sexuales no está disponible en los hospitales públicos, y está solamente a disposición de medicina legal que tiene pocas sedes en cada ciudad respecto a la cantidad de habitantes.

Las violaciones sexuales han sido un mecanismo de control de los vencidos y una de las formas de violencia más extendida en guerras, invasiones y en la convivencia durante la formación de ciudades (Nerin 2010: 386). Son un delito frecuente y sistemático que tiene como víctimas principales a la población de mujeres; las violaciones sexuales han sido un mecanismo recurrente de sometimiento y una práctica delictiva común en nuestros países. Lo que queda ahora es determinar la situación actual del fenómeno en el Perú según los datos disponibles.

Capítulo II

Un panorama general de las denuncias por violación sexual en el Perú

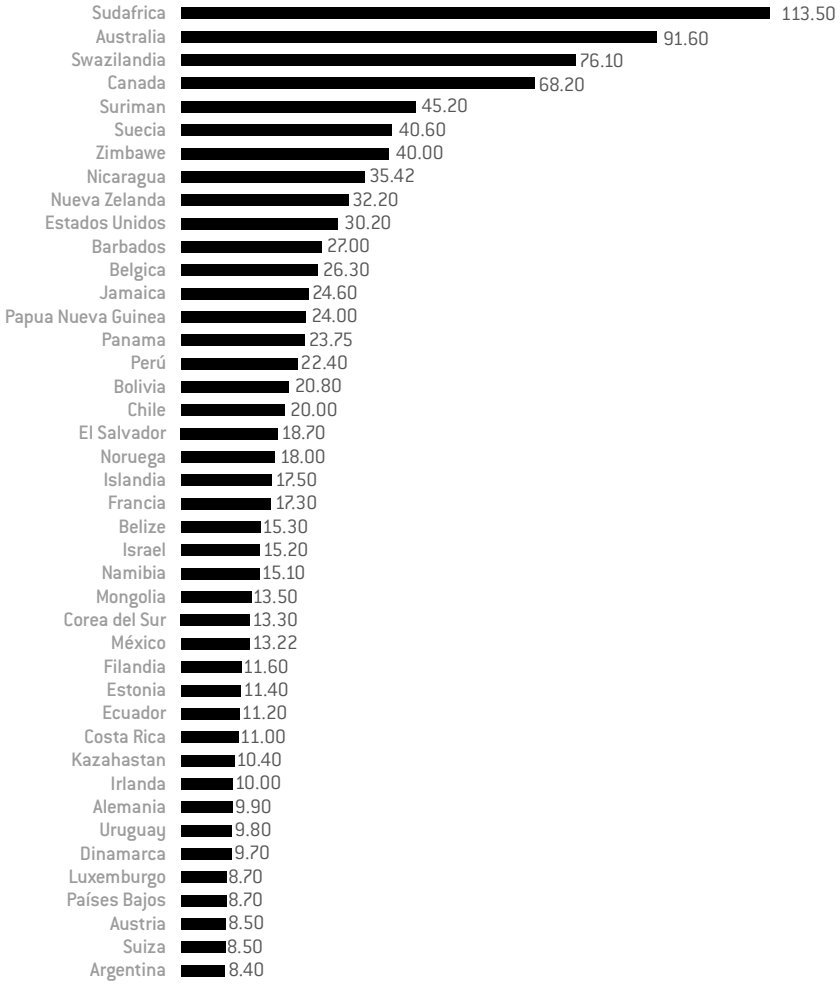
II. Un panorama general de las denuncias por violación sexual en el Perú

1. El panorama de las denuncias por violación sexual en el Perú

El fenómeno de la violación sexual es un tema importante y grave en América Latina. Sin embargo, los datos al respecto son dispersos y no siempre refieren a información pública actualizada. En cada país, las denuncias de violación sexual son atendidas por dependencias diversas, y no todos los países en América del Sur, América Central y el Caribe llevan un registro estadístico anual de las denuncias. En algunos casos, la información es recogida por el departamento de policía de cada país o por sus institutos de medicina legal, los que construyen la estadística sobre las víctimas y sobre los exámenes periciales que realizan. Lo mismo sucede en otras partes del mundo, en donde las cifras no siempre están actualizadas, no siempre se reportan periódicamente y siempre tienen una gran cifra de casos no registrados.

GRÁFICO 1

Países con mayor tasa de denuncias por violaciones sexuales por 100,000 habitantes



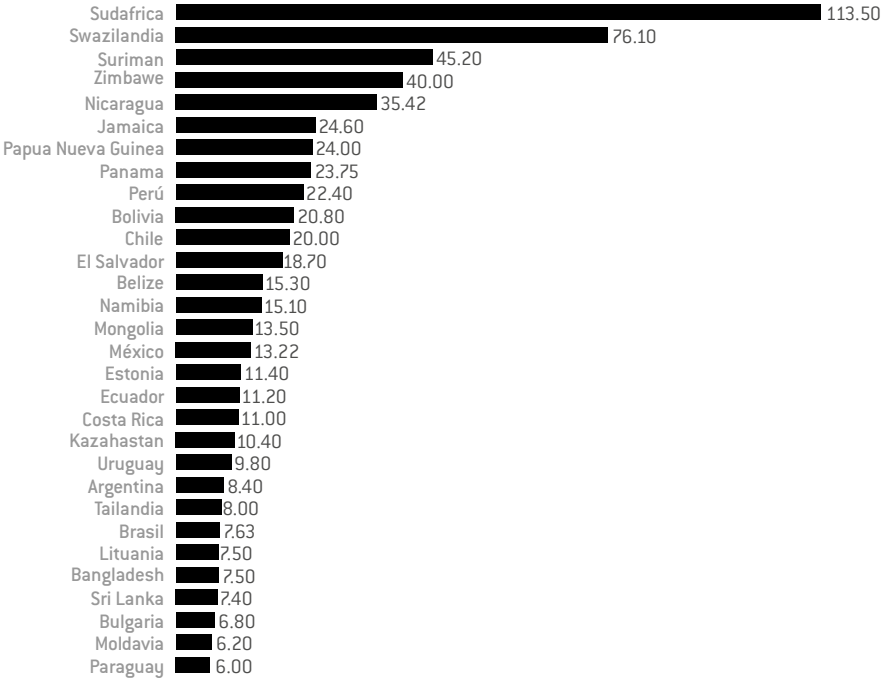
Elaboración propia
Fuente: Observatorio de Seguridad de la OEA, European Institute for Crime Prevention and Control, UNODC.
Según los datos públicos más recientes: 2009 (Jamaica, Perú, México y Uruguay), 2008 (Argentina, Bolivia, Chile y Nicaragua), 2004 (Swazilandia, Surinam, Islandia, Francia, Israel), 2003 (Australia), 2002 (Sudáfrica, Namibia y Luxemburgo), 2000 (Papua Nueva Guinea), y el resto de países corresponde al año 2006.

Según la información pública disponible, el país con más alta tasa de denuncias por violaciones sexuales del mundo es Sudáfrica, que registró una tasa de 113.5 por cada 100,000 habitantes (UNODC 2010: 26). En este listado, Perú aparece en el puesto 16 del mundo. Sin embargo, sorprende que en el listado aparezcan países como Australia, Canadá, Suecia, Bélgica y otros con altos niveles de desarrollo, y que estos países reporten tasas de violación tan altas en comparación al resto. Sin embargo, este dato implica al menos dos consideraciones: i) El mayor número de denuncias no implica necesariamente una mayor cantidad de violaciones sexuales o mayor gravedad del problema; esto se debe a que la información se refiere a los casos denunciados y en muchos países en donde la estadística es precaria o en donde no hay mecanismos precisos de recojo y sistematización de información, hay también una gran cifra oscura (lo no denunciado). ii) En países en donde hay menor situación de pobreza y en donde se muestra mayor cercanía a los estándares de desarrollo humano, la mayor cantidad de denuncias no se debe necesariamente a la mayor cantidad de violaciones (en comparación al resto de países), sino posiblemente a mayor la capacidad de demanda y denuncia de los ciudadanos (como en el caso de los países mencionados).

¿Qué refleja el gráfico anterior? Por un lado, las altas cifras de violación sexual que existen en el mundo, pero también y, en gran medida, la gran capacidad de denuncia que existe en los países "desarrollados". Por lo tanto, la comparación de estos datos requiere un corte que compare estos datos según las regiones que componen los países y los contextos de desarrollo humano, lo que permite ver con menor imprecisión la situación del fenómeno. Así, es posible indicar que en países con un "muy alto" Índice de Desarrollo Humano mantenido en el tiempo, la tasa responde a datos más precisos del fenómeno debido a la mayor capacidad de denuncia de la ciudadanía. Del mismo modo, en países con Índices de Desarrollo Humano menores, las tasas implican una mayor cifra oscura. De esta manera, si comparamos solamente los países que tienen un similar Índice de Desarrollo Humano que el Perú, las cifras cambian, y la posición relativa del país se moviliza:

GRÁFICO 2

Tasa de denuncias por violación sexual por 100,000 habitantes en países con Índice de Desarrollo Humano similar o menor al del Perú

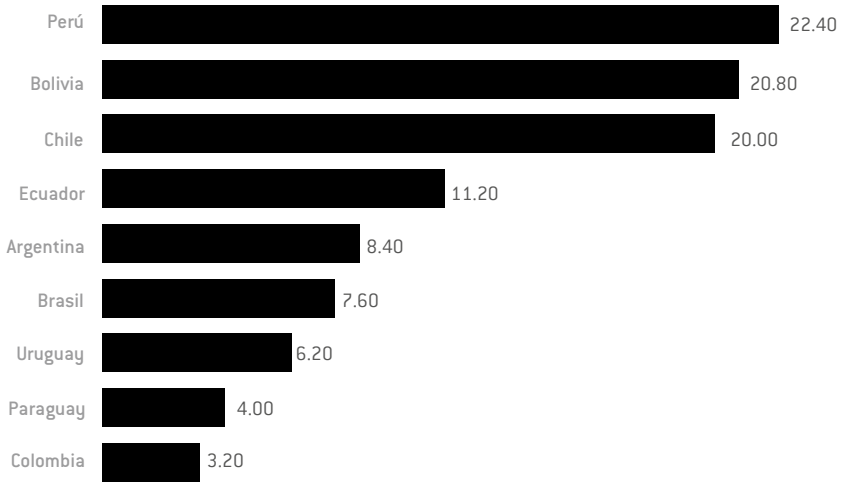


Elaboración propia
Fuente: Observatorio de Seguridad de la OEA, European Institute for Crime Prevention and Control, UNODC, PNUD

Del puesto 16 de los países comparados, Perú pasa a la posición 9 con una de las más altas tasas de violación sexual entre los "países en desarrollo" del mundo. En el gráfico anterior, se evidencia que solamente Surinam, Nicaragua y Jamaica tienen tasas mayores a Perú en América Latina. Pero si el corte se hace para América del Sur, se hace evidente la alta tasa de denuncias del Perú, la más alta de la región.

GRÁFICO 3

Tasa de denuncias por violación sexual por 100,000 habitantes en países de América del Sur*



Elaboración propia
Fuente: Observatorio de Seguridad de la OEA
* Las cifras corresponden a los años 2009 (Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay), 2008 (Argentina, Bolivia y Chile), 2006 (Ecuador), 2005 (Brasil), Venezuela no registra datos.

Los gráficos anteriores reflejan la situación relativa del Perú en la región y en el mundo y ponen en evidencia la precariedad de la situación respecto a las violaciones sexuales (Güezmes, Palomino & Ramos 2002). Si bien el trabajo de comparación de cifras requiere un análisis más refinado de los contextos específicos de cada país del mundo, y el desarrollo de los mecanismos de denuncia no es equivalente en cada región (lo que dificulta la comparación rigurosa de la situación), es claro que hay un severo problema respecto a este delito.

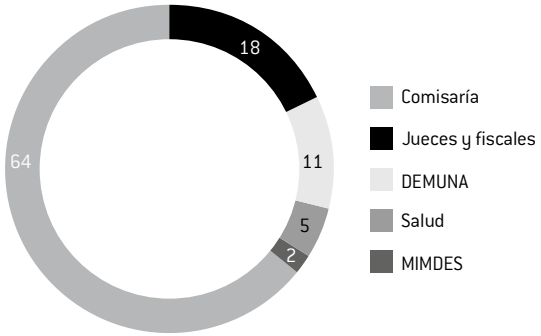
2. En qué instituciones se denuncian las violaciones sexuales

La medición de las cifras de denuncias por violación sexual no siempre aparece de manera consistente en cada país. Esto se debe a que hay varias instituciones que emiten datos diferentes, puesto que participan de diversos momentos del circuito de denuncia y tratamiento de los casos de violaciones. En el Perú, instituciones como la Policía Nacional, los Centros de Emergencia Mujer del Ministerio de la Mujer, el Instituto de Medicina Legal y el Ministerio Público registran denuncias y pericias llevadas a cabo en diferentes momentos (y, en muchas ocasiones, un mismo caso es registrado nuevamente en cada institución).

¿Cuáles son las cifras que se deben considerar? Todas las cifras tienen una función dentro del proceso de registro o dentro del circuito jurisdiccional, sin embargo, hemos optado por analizar aquellas que registra la Policía Nacional, por varias razones. Primero, la Policía recibe el número más alto de denuncias en comparación con las otras instituciones; esto se debe a la cantidad de Comisarías en el país (en comparación a las Fiscalías, Centros de Emergencia Mujer o establecimientos de Medicina Legal). En las circunstancias actuales, la Policía constituye la instancia más cercana, conocida y accesible para efectuar una denuncia (a pesar de los problemas que tiene). Esto se evidencia en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 4

Instituciones a las que acudieron en busca de ayuda las mujeres de 15 a 49 años de edad víctimas de la violencia familiar en el Perú, 2004-2009 (%)



Fuente: Costa & Romero 2011: 69

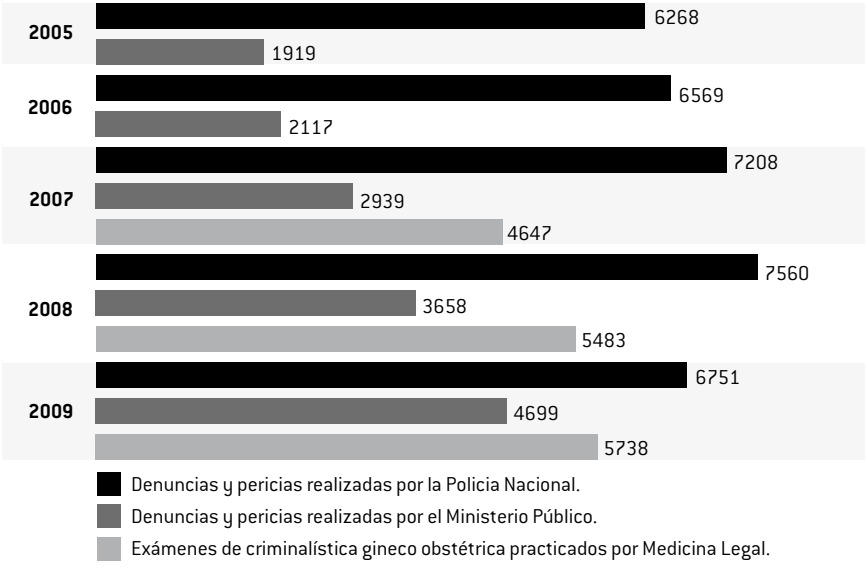
Segundo, si bien la apertura de los Centros de Emergencia Mujer (CEM) ha implicado un avance en el registro amigable y en el acompañamiento de las víctimas de violación (y otros actos de violencia), los 114 Centros de Emergencia que había en el país hasta fines de 2010 (Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social 2011) son considerablemente inferiores en número y capacidad de registro, respecto de las más de 1,200 comisarías que existen (Defensoría del Pueblo 2010). Por otro lado, es recurrente que las denuncias que son registradas en los Centros de Emergencia Mujer sean también registradas en la Policía Nacional, y en menor medida directamente en Medicina Legal y en la Fiscalía.

Tercero, las cifras que registra Medicina Legal corresponden a los exámenes de gineco-obstetricia y sexología, que son las requeridas por la pericia médico-judicial para los casos de violación sexual. Debe considerarse, sin embargo, que para que se practiquen estos exámenes sin costo, las víctimas de violación sexual deben haber hecho la denuncia ante la Policía o en el Ministerio Público, en donde se les debe entregar una copia de la denuncia y una orden para la atención en Medicina Legal. Es evidente que

si los exámenes se producen a partir de una orden de la Policía o la Fiscalía, las cifras de Medicina legal estén incluidas en las anteriores. Ahora bien, el asunto es que la cantidad de exámenes en Medicina Legal es inferior en número a las denuncias presentadas en la Policía Nacional, en gran medida debido a que después de haber hecho la denuncia en una Comisaría, muchas personas no asisten a los exámenes (y los casos no llegan al proceso judicial). Sin embargo, el número anual de exámenes gineco-obstétricos efectuados por Medicina Legal es muchas veces mayor a las denuncias registradas en la Fiscalía, lo que corrobora que la mayor parte de las denuncias se hacen inicialmente ante la Policía (y muchas veces no continúan en el circuito jurisdiccional de la denuncia).

GRÁFICO 5

Número de denuncias de violación de la libertad sexual recibidas por la Policía Nacional, los Centros de Emergencia Mujer y el Ministerio Público entre 2005 y 2009

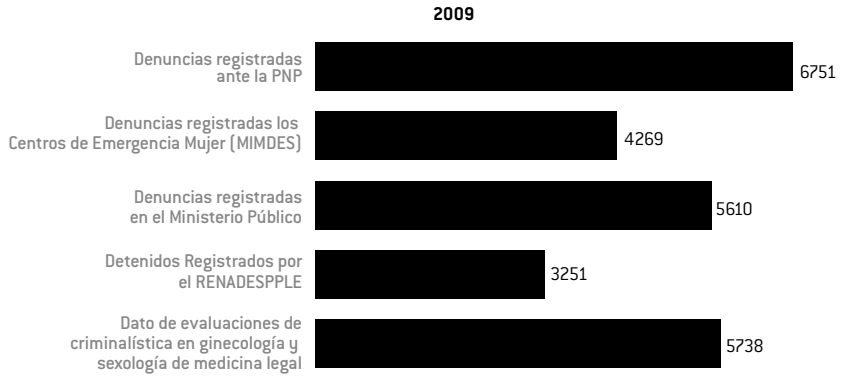


Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú, Ministerio Publico, Medicina Legal.

Finalmente, es claro dentro del circuito que los ciudadanos y ciudadanas pueden acudir directamente al Ministerio Público a establecer sus denuncias; sin embargo, esto que resulta claro dentro del circuito formal y para aquellos que conocen el sistema, no es un conocimiento común entre los ciudadanos. Así, las denuncias de diversos delitos y, en este caso, de la violación sexual, tienden a llegar al Ministerio Publico después de haber pasado por la Policía Nacional o por los Centros de Emergencia Mujer (o por ambos). En parte debido al desconocimiento de los ciudadanos, a la cercanía física de las comisarías, a la distancia de las Fiscalías y la compleja burocracia del proceso. Eso explica que las denuncias que registra el Ministerio Público sean considerablemente menores que aquellas registradas en la Policía, y que incluso sean muchas veces menores a la cantidad de exámenes practicados por Medicina Legal. Por otro lado, es importante considerar que una vez hecha la denuncia a la Policía, esta está obligada a poner en conocimiento del hecho al Ministerio Público. Por ende, la menor cifra de denuncias registradas puede deberse también a que no existan medios probatorios suficientes que relacionen a la persona acusada con los hechos criminales (por lo que no todas las denuncias realizadas en las Comisarías serán valoradas como tales y un número de los exámenes practicados en Medicina Legal pueden resultar negativos). Veamos un ejemplo en el siguiente gráfico, que muestra una comparación de las cantidades de denuncias, detenidos o exámenes practicados según cada institución en el año 2009:

GRÁFICO 6

Número de denuncias de violación sexual registradas por la Policía Nacional, Centros de Emergencia de la Mujer, Ministerio Público y número de detenidos en el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de la Libertad efectiva (RENADESPPLE).



Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú, Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Ministerio Público, RENADESPPLE y Medicina Legal.

El gráfico evidencia el argumento que se ha señalado. Hay una diferencia considerable entre los datos consignados por cada institución. Ello muestra que el circuito tiene varias posibilidades de entrada, pero que hay una concentración en la Policía Nacional. Entonces, es evidente que la Policía es la que registra el universo más amplio de denuncias y registra los casos que en su mayoría vienen o irán a otras instancias. Es una suerte de pivote de las denuncias por violación del sistema jurisdiccional, las evaluaciones médicas y las instituciones locales de asistencia.

Así, las cifras aparecen en *minuendo*, y la Policía es la institución que más denuncias registra. Los Centros de Emergencia Mujer registran denuncias que tienden a llegar también a la Policía y a la Fiscalía (pero a esta en menor cantidad que a la primera). De las denuncias

que llegan a Policía, solo un porcentaje llega al circuito jurisdiccional, puesto que las víctimas renuncian a continuar el proceso, por la alta burocracia del sistema, por temor o por los costos económicos y logísticos que hay que invertir para llevar adelante un proceso judicial. Eso explica por qué solo un pequeño porcentaje de las denuncias que llegan a la Policía y aquellas que son trabajadas por la Fiscalía tienen una sentencia efectiva y condena en prisión. Por otro lado, los exámenes practicados en Medicina Legal suman una mayor cantidad que las denuncias en Fiscalía. Esto se explica debido a que muchos de estos exámenes se practican por orden de la Policía y sin pasar por Fiscalía, y que después de haber sido practicados, las personas denunciantes renuncian a continuar el proceso en el Sistema de Justicia.

De este modo, la Policía cumple una función importante en la registro de los datos. Por un lado, para muchos casos cumple una función de pivote entre los Centros de Emergencia Mujer y las instancias jurisdiccionales. Por otro lado, cumple la función de pivote en las denuncias de los ciudadanos hacia la Fiscalía (pues a pesar de que los ciudadanos podrían ir directamente a la Fiscalía, hacen antes la denuncia en la Policía). Finalmente, es, la mayor parte de las veces, el pivote entre el ciudadano y Medicina Legal. Debe entenderse que esto no le quita importancia ni funciones a ninguna de las instancias y mecanismos de denuncia, pues cada una cumple funciones relevantes y diferentes en este proceso, pero permite construir un argumento razonable para dirigirse a la cifra de la Policía como aquella más relevante entre los datos existentes.

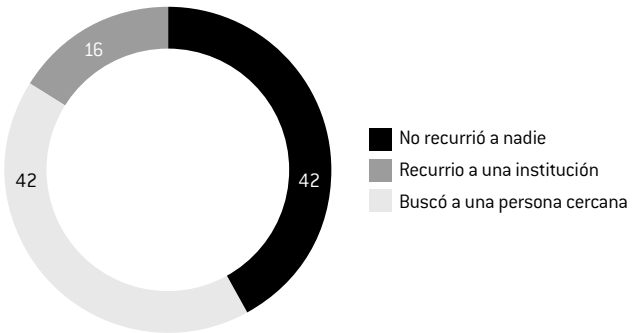
De todos modos, hay que considerar que en la cifra de la Policía escapan aquellas denuncias que i) llegan a los Centros de Emergencia Mujer y que van directamente a la Fiscalía y ii) aquellas denuncias que llegan directamente a la Fiscalía sin mediar otra institución. Sin embargo, debido a los elementos anteriores, es posible pensar que las dos posibilidades anteriores implican solo un número menor de casos (lo que debe ser corroborado con una metodología de contraste de registros, aunque no se tiene acceso público a los datos desagregados

de cada institución, lo que dificulta el trabajo de determinación del número total de denunciantes en todas las instancias).

Aun así, es fundamental considerar que las cifras que presentan las instituciones del Estado son parciales, pues hay una gran cantidad de personas que no denuncian los delitos de los que son víctimas o testigos. En el caso de las violaciones sexuales, este problema genera una gran "cifra oscura", que no permite la medición precisa del fenómeno y que recuerda que los datos mostrados son solamente de un grupo pequeño de casos. Aunque no se trata estrictamente de violaciones, el siguiente gráfico evidencia que solamente el 16% de las víctimas de violencia familiar entre 2004 y 2009 hicieron la denuncia ante una institución del Estado. Este fenómeno alerta sobre la situación de las denuncias sobre violaciones sexuales y permite pensar en una considerable cifra oscura.

GRÁFICO 7

Búsqueda de ayuda por parte de las mujeres de 15 a 49 años de edad víctimas de violencia familiar en el Perú, 2004-2009 (%)



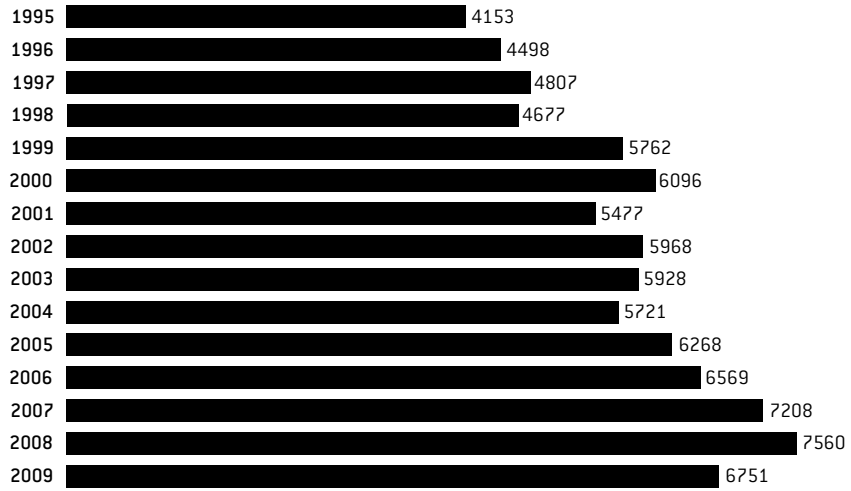
Fuente: Costa & Romero 2011: 68

3. La cantidad de denuncias sobre violación sexual en el Perú

A pesar de los casos no denunciados, aquello que sí se registra evidencia una situación compleja. En los últimos 15 años, los delitos de violación de la libertad sexual han representado cada año entre el 2.3% y el 5% de todas las denuncias de delitos a nivel nacional. Las tasas siguen estando entre las más altas de la región (ver las dos secciones anteriores) y las cifras se incrementan considerablemente en los últimos años. Así, el gráfico siguiente muestra la continuidad del crecimiento de la cifra de denuncias por violaciones sexuales. A pesar de que en los años 1998, 2001, 2004 y 2009 hubo ciertas bajas en la cifra total anual, el resto de los años la cifra se muestra en incremento constante.

GRÁFICO 8

Número de denuncias de delitos de violación de la libertad sexual en el Perú entre 1995 y 2009

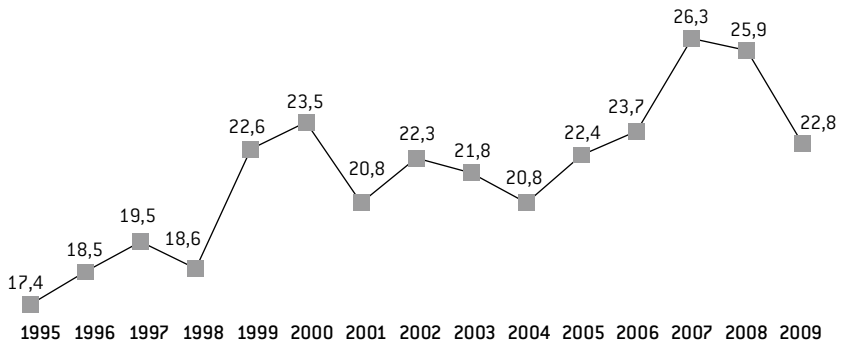


Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

En el año 2009, se denunciaron entre 18 y 19 violaciones al día, que distan de las 11 violaciones que se denunciaron diariamente en el año 1995. Las víctimas potenciales de este tipo de delito son las poblaciones vulnerables como las mujeres, adolescentes, niñas y niños (las denuncias de violación de varones son escasas en comparación a aquellas). Del mismo modo que la cantidad de casos, la tasa de violaciones sexuales ha tenido un incremento de casi 5 puntos entre 1995 y 2009, y durante la primera década del siglo XXI ha mantenido cierta constancia al crecimiento. Esto quiere decir que hay más denuncias por violaciones y permite pensar que: i) hay un incremento constante de la cantidad de delitos de violación por cada 100 mil habitantes y que ii) hay mayores y mejores posibilidades de establecer una denuncia policial que en la década anterior.

GRÁFICO 9

Tasa de denuncias de delitos de la violación de la libertad sexual en el Perú por cada 100,000 habitantes entre 1995 y 2009[6]



Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú, Instituto Nacional de Estadística e Informática

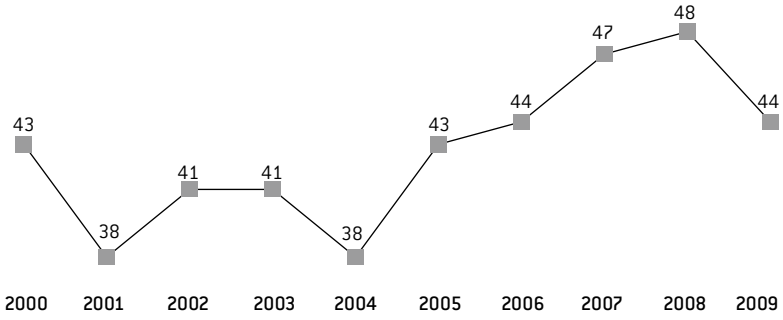
[6] Se ha empleado la misma metodología que emplea la OEA para el cálculo de la tasa de casos sentenciados de violación (Organización de Estados Americanos 2010). La fórmula empleada es: TDV = (NDV/PT) x 100,000 habitantes. En donde TDV = Tasa de denuncia de delitos de violación a la libertad sexual; NDV = número total de denuncias de delitos de violación a la libertad sexual reportadas a la PNP en el año; PT = población total del año.

Como se ve en el gráfico anterior, la tasa de delitos de violación sexual ha seguido una tendencia similar al de la cantidad de denuncias presentadas ante las comisarías locales (y los años 1998, 2001, 2004 y 2009 son los años con menor tasa de delitos de violación sexual, a pesar del crecimiento poblacional). En el año 1995, existía una tasa de 17.4 denuncias de delitos de violación por cada 100 mil habitantes, cifra que fue incrementándose en los años posteriores, para bajar en 1998. Pese a esa disminución, la tasa del año 1998 sigue siendo superior a la reportada en el año 1995. La tasa más alta de los últimos 15 años se registró en el año 2007, con 26.3 denuncias por cada 100 mil habitantes. Esto representa casi nueve puntos de diferencia respecto al año 1995 y tres puntos respecto al año 2000.

Ahora bien, es importante entender que la tasa general del país debe luego precisarse, pues a pesar de la magnitud y extensión del fenómeno de las violaciones sexuales, es evidente que la mayor parte de las víctimas son mujeres (ver la siguiente sección). Eso hace necesario determinar una cifra que permita comprender la cantidad de mujeres que realizan denuncias por violación sexual respecto a la cantidad de mujeres que hay en el país. Si se hace este cálculo, la cifra crece considerablemente respecto a la cifra general y muestra las condiciones de vulnerabilidad a las que las mujeres se enfrentan y la precariedad de las condiciones de seguridad y violencia.

GRÁFICO 10

Tasa de violación de la libertad sexual por cada 100,000 mujeres en el Perú entre los años 2000 y 2009



Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú, Instituto Nacional de Estadística e Informática

Es importante entender estas cifras en el contexto específico en el que fueron producidas y lo que representan. De esta manera, hay que considerar que: i) no se puede inferir que hay más violaciones que antes, puesto que lo que se está estudiando son las denuncias y no las violaciones mismas; ii) se puede afirmar que sí hay más denuncias, lo que puede deberse al aumento de casos, pero también y sobre todo a la mejora de las condiciones para la denuncia, la expansión de la red de comisarías tras el fin de la violencia política en el país y la ampliación de los mecanismos de denuncia ciudadana; iii) se puede afirmar que en estas condiciones el Perú sigue teniendo una de las tasas más altas de denuncias por violación sexual de la región. Pero si esta es la situación general, ¿cuál es la situación en cada región del país? La siguiente tabla muestra los datos de la cantidad de violaciones sexuales denunciadas en cada región durante la década.

TABLA 1

Número total de denuncias por delitos de violación a la libertad sexual por cada región del Perú entre los años 2000 y 2009

Región	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Amazonas	165	130	117	70	92	93	77	156	87	124	**1,111**
Ancash	307	127	124	181	192	146	189	377	267	281	**2,191**
Apurímac	32	48	63	66	48	56	73	136	121	132	**775**
Arequipa	246	-	412	362	399	418	420	527	579	444	**3,807**
Ayacucho	81	119	114	143	104	64	148	144	174	181	**1,272**
Cajamarca	255	232	159	190	175	155	116	189	244	181	**1,896**
Cuzco	232	299	263	280	135	254	225	311	350	369	**2,718**
Huancavelica	34	21	17	19	11	23	11	-	6	7	**149**
Huánuco	194	127	193	122	103	104	70	108	83	90	**1,194**
Ica	165	141	137	146	145	258	181	197	241	263	**1,874**
Junín	280	319	329	322	340	366	265	173	203	221	**2,818**
La Libertad	417	393	382	322	288	344	337	232	174	177	**3,066**
Lambayeque	312	246	196	245	247	233	272	285	386	244	**2,666**
Lima	2,005	1,956	2,231	2,164	2,312	2,549	2,816	2,908	2,947	2,509	**24,397**
Callao	193	277	139	202	193	264	216	328	324	283	**2,419**
Loreto	156	104	138	143	172	215	308	285	381	279	**2,181**
Madre de Dios	34	80	46	33	64	66	42	25	28	10	**428**
Moquegua	36	55	42	43	50	76	35	51	40	44	**472**
Pasco	22	38	15	22	25	19	8	11	10	16	**186**
Piura	197	200	217	224	182	218	223	254	201	217	**2,133**
Puno	93	57	44	79	39	50	89	132	126	103	**812**
San Martín	211	137	205	198	135	111	199	101	265	210	**1,772**
Tacna	128	127	161	137	66	19	35	33	109	144	**959**
Tumbes	70	45	49	26	37	41	32	40	51	50	**441**
Ucayali	231	199	175	188	167	126	182	205	163	172	**1,808**
Total	**6,096**	**5,477**	**5,968**	**5,927**	**5,721**	**6,268**	**6,569**	**7,208**	**7,560**	**6,751**	**63,545**

Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

En los últimos diez años, se han presentado 63,545 denuncias por violación de la libertad sexual. Es evidente que Lima es la región del país que más denuncias concentra por el gran peso demográfico que tiene respecto al resto del país. Lima es la región que mayor número de denuncias reportó en los últimos 10 años, alcanzando el 38.4% del total, seguido por el departamento de Arequipa que obtuvo el 6% de las denuncias. Los departamentos con menor número de denuncias son Huancavelica con 0.23% de las denuncias totales de los últimos 10 años, siendo su pico más alto el del año 2000 con 34 denuncias, llegando a cero en el año 2007. El segundo departamento con menor número de denuncias es Pasco, con 0.29% del total de la década, que a diferencia de Huancavelica muestra una tendencia variable debido a que muestra ligeros incrementos de un año a otro para luego decaer.

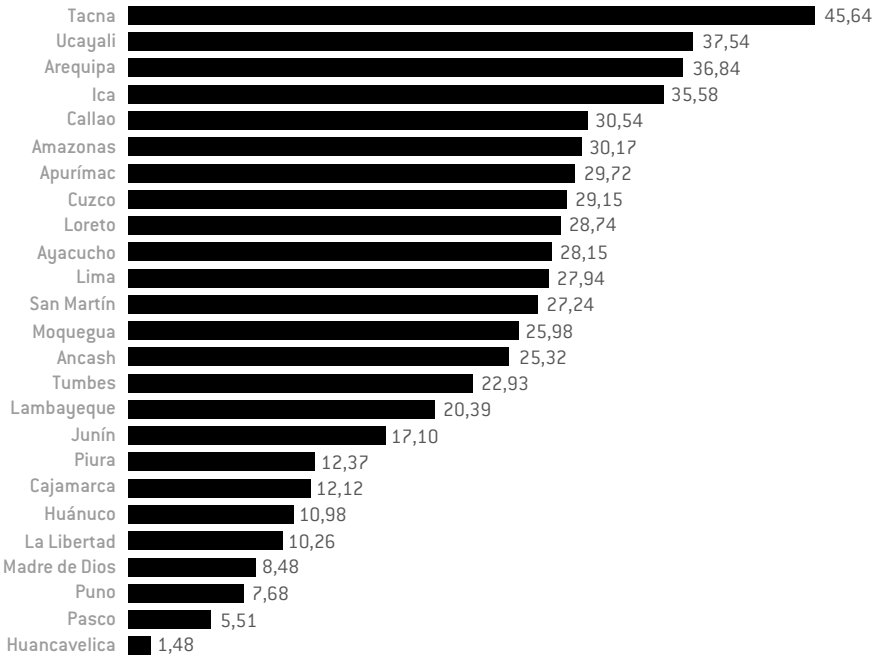
Así como en las cifras generales, debe quedar claro que la abundancia o poca cantidad de denuncias en estos contextos no se debe necesariamente a que ocurran menos violaciones en los lugares que menos denuncias se registra, sino más bien a que las posibilidades de denuncias sean menores, que la ciudadanía no esté fortalecida o que haya impedimentos económicos, lingüísticos, de desplazamiento, etcétera, para poder realizar la denuncia. Por lo tanto, la ausencia de denuncias no significa ausencia de delitos, sino, por el contrario, puede significar severos problemas para establecer denuncias y para el seguimiento del debido proceso. Por ejemplo, en Huancavelica no se registran denuncias el año 2007, pero es evidente que hubo violaciones sexuales no denunciadas. Lo mismo en Madre de Dios, en donde se denunciaron solamente 10 violaciones sexuales en el año 2009.

En el año 2009, el departamento de Lima representaba el 37.2% del total de las denuncias interpuestas a nivel nacional; seguido por el departamento de Arequipa con el 6.6%. Como se observa, el año 2009 ha seguido la tendencia del volumen de denuncias según el peso demográfico de los últimos años, ya que aún persiste la gran diferencia entre las denuncias presentadas en el departamento de Lima con respecto a Arequipa y al resto del país. Entre los departamentos con menor

número de denuncias a nivel nacional en el año 2009, se encuentran Huancavelica y Madre de Dios con 0.10% y 0.15% respectivamente. Estas cifras, sin embargo, requieren ser descritas a través de la medición de las tasas que representan, para evitar que el peso demográfico genere un sesgo de representación. Así, en el año 2009, las tasas de denuncias de violaciones sexuales por regiones fue la siguiente:

GRÁFICO 11

Tasa de denuncias por violaciones sexuales por 100,000 habitantes por cada Región del Perú en el año 2009



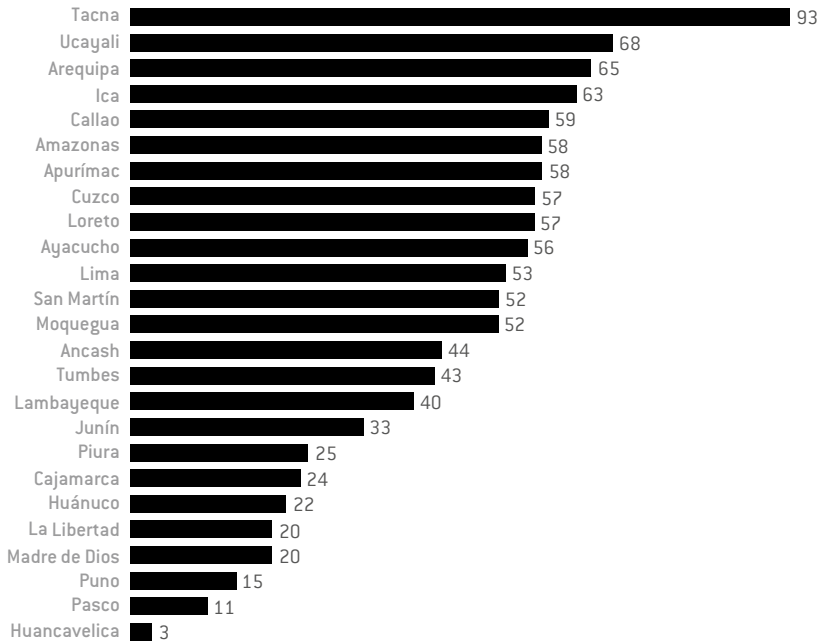
Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú, INEI

El gráfico anterior muestra que, según los datos de denuncias por violación sexual del año 2009, Tacna (45.64), Ucayali (37.54), Arequipa (36.84) e Ica (35.58) son las regiones con las tasas más altas de denuncias por violación sexual del país; mientras que Pasco (5.51) y Huancavelica (1.48) son los departamentos que tienen las menores tasas de denuncias.

Finalmente, cuando se hace la comparación de las tasas de cada región respecto a las mujeres, las cifras se incrementan considerablemente. Es evidente que el desbalance de las denuncias presentadas en las que la víctima es una mujer y aquellas en la que la víctima es un varón generan que la tasa de violaciones sexuales por cada 100,000 mujeres sea en muchas regiones del país el doble que la tasa general.

GRÁFICO 12

Tasa de de denuncias por violación de la libertad sexual en el Perú por 100,000 mujeres en el Perú en el 2009



Fuente: Costa & Romero 2011: 71

¿Qué permite indicar esta situación? Muestra un contexto que permite dos lecturas complementarias. Por un lado, que en muchas de las regiones con mayor índice de desarrollo humano y de crecimiento económico de los últimos años las cifras de violaciones sexuales aumentan. Ello podría indicar que el desarrollo económico aumenta los delitos, pero también que el desarrollo económico genera mayores y mejores condiciones para la denuncia (estas posibilidades no son excluyentes). Por otro lado, se evidencia que en muchas regiones de menor desarrollo humano, más pobreza extendida y brechas económicas las denuncias son menores. Esta situación genera un desbalance del total de los casos denunciados y muestra la importancia de estudios de estimación de la cifra oscura.

4. Los detenidos e inculpados por violación sexual

Entre el año 2000 y 2009, se produjeron 63,545 denuncias por violaciones sexuales ante la Policía, pero solamente el 76.2% fueron evaluadas ante la Fiscalía correspondiente (ello puede deberse a que no se encontraron indicios suficientes que demostraran la acusación de la víctima o que no se llegó a "individualizar" a quienes cometieron el delito).[7] De las denuncias efectuadas por comisión del delito de violación de la libertad sexual ante la Policía, solamente el 62% ha implicado la detención del presunto perpetrador (lo que indica que en este porcentaje de casos han existido suficientes medios de prueba que señalan como autor de la comisión del delito a la persona denunciada

[7] Para el año 2009, el Ministerio Público contabilizó 1,012 fiscalías operativas a nivel nacional (1 Fiscalía de la Nación, 5 Fiscalías Supremas, 191 Fiscalías Superiores y 815 Fiscalías Provinciales). De estas Fiscalías, el 17.4% se encuentran ubicadas en el departamento de Lima (Ministerio Público 2009: 13). De las 815 Fiscalías provinciales, el 35.7% son penales; en ellas se reciben las denuncias por delitos contra la libertad sexual que se dieron en la Policía Nacional del Perú o en la Fiscalía de turno.

(Artículo 135° del Código Procesal Penal).[8] La tabla siguiente muestra las cantidades de detenidos por cada año y región del país durante la década pasada:

TABLA 2

Número de detenidos por la Policía Nacional por la supuesta comisión del delito de violación sexual entre el 2000 y 2009

Región	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Amazonas	82	78	72	24	50	61	30	41	54	38	**530**
Ancash	244	88	83	102	109	83	285	239	283	107	**1,623**
Apurímac	38	41	32	20	20	31	34	55	33	32	**336**
Arequipa	121	113	147	148	138	162	92	126	118	88	**1,253**
Ayacucho	70	94	57	70	56	45	60	67	56	42	**617**
Cajamarca	120	126	88	89	57	60	55	113	142	123	**973**
Cuzco	166	211	206	197	95	183	202	242	313	321	**2,136**
Huancavelica	32	17	16	10	4	5	3	.	5	13	**105**
Huánuco	117	101	151	82	42	54	53	87	62	53	**802**
Ica	102	61	61	63	77	89	81	99	109	80	**822**
Junín	228	264	254	219	218	228	164	81	125	103	**1,884**
La Libertad	171	99	127	106	94	145	137	100	95	74	**1,148**
Lambayeque	106	128	107	140	84	117	92	223	278	406	**1,681**
Lima	1,135	1,052	1,029	649	572	581	696	775	868	834	**8,191**
Callao*	-	-	-	54	59	72	77	118	130	83	**593**
Loreto	77	61	87	86	81	92	125	86	110	134	**939**
Madre de Dios	32	56	37	25	61	52	43	39	57	18	**420**
Moquegua	26	25	20	14	11	12	6	11	12	5	**142**
Pasco	56	28	23	9	11	8	4	10	3	6	**158**
Piura	117	118	131	138	145	116	82	105	109	142	**1,203**
Puno	39	27	18	59	25	21	47	73	72	54	**435**
San Martín	158	144	144	165	99	105	137	128	273	156	**1,509**
Tacna	80	74	74	50	29	37	61	31	57	48	**541**
Tumbes	35	30	17	21	17	23	21	20	20	14	**218**
Ucayali	106	142	122	104	87	45	67	69	49	99	**890**
Total	**3,458**	**3,178**	**3,103**	**2,644**	**2,241**	**2,427**	**2,654**	**2,938**	**3,433**	**3,073**	**29,149**

Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú
*Entre los años 2000 y 2002 las cifras del Callao estaban incorporadas en las de Lima.

[8] El Código Procesal Penal utilizado es el del Decreto Legislativo N° 638, del 27 de abril de 1991. No se emplea el Nuevo Código Procesal Penal porque aún no es vigente en Lima para delitos ordinarios como el de violación sexual, sino solo para casos de corrupción.

En la última década, se detuvo a 29,149 personas inculpadas por el delito de violación sexual, lo que representa el 5.2% de las detenciones reportadas a nivel nacional en ese periodo (las detenciones registradas por este delito oscilan entre 4.3% a 5.7% de las detenciones totales registradas por cada año del periodo estudiado).

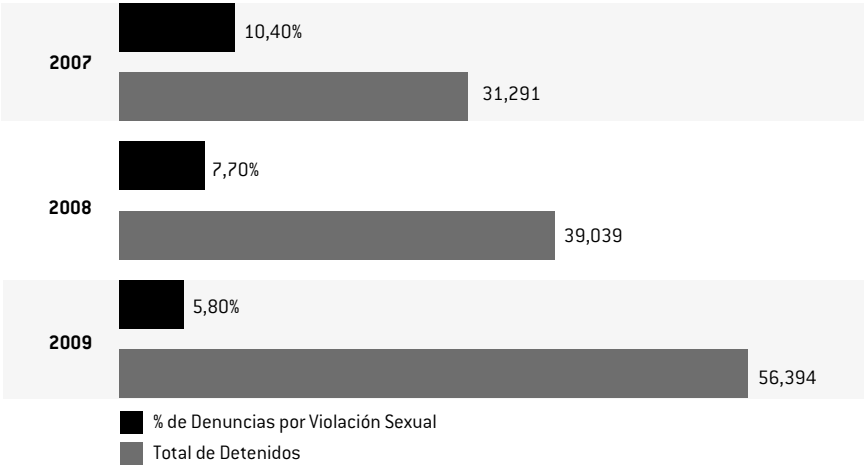
Lima es el departamento que muestra mayor número de detenciones por violación sexual, alcanzando el 28.1% de las detenciones de la década 2000-2009 (una vez más, es evidente que esto se debe al peso demográfico de la capital), seguido por Cusco que registra 7.3%. Los departamentos con menor número de detenidos por la presunta comisión de este delito en los diez años anteriores son Moquegua y Pasco, ambos con 0.5% de las detenciones del total de aquellas efectuadas por violaciones sexuales en la década.

De acuerdo al Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa a la Libertad Efectiva (RENADESPPLE), en el año 2010 se detuvo a 2,910 personas por la presunta comisión del delito de violación sexual, lo cual representa el 4.6% del total de detenidos de ese año.

Ahora bien, en los últimos tres años, se evidencia que el porcentaje de detenidos por la comisión del delito de violación sexual se ha ido reduciendo. Por ejemplo, en el año 2007, el 10.4% del total de detenidos del país fueron detenidos por violación sexual (lo que representa 3,249 detenciones). Sin embargo, en los años siguientes, el porcentaje anual y el número total de detenidos por violaciones sexuales disminuyó (ello por el incremento de detenidos en otro tipo de delitos, sobre todo patrimoniales; por las dificultades para procesar y capturar a los presuntos violadores y por la disminución del volumen de denuncias).

GRÁFICO 13

Porcentaje de la población detenida por delito de violación sexual respecto al total de detenidos en el Perú entre los años 2007 y 2009



Elaboración propia
Fuente: Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa a la Libertad Efectiva (RENADESPPLE)

Capítulo III

El sexo y la edad de las víctimas de violación sexual en el Perú

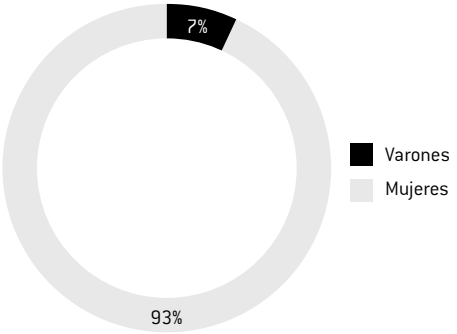
III. El sexo y la edad de las víctimas de violación sexual en el Perú

1. El sexo de las víctimas en las denuncias por violación

Es una tendencia que las víctimas de violación sexual sean, en considerable mayor número, las mujeres. Tanto en situación de conflicto o invasión, como en la vida cotidiana de las ciudades modernas, esta tendencia se ha mantenido. Así, no es extraño que en el 93% de las denuncias por violación sexual recibidas por la Policía Nacional entre el año 2000 y el 2009, la víctima sea una mujer, lo que equivale a 58,874 denuncias. Solamente el 7% del total de la década (4,661) son denuncias que tienen como víctima a un varón. Es evidente que la mayor cantidad de víctimas de las violaciones sexuales son las mujeres.

GRÁFICO 14

Porcentaje según sexo de las víctimas en las denuncias por violación de la libertad sexual en el Perú entre 2000 y 2009



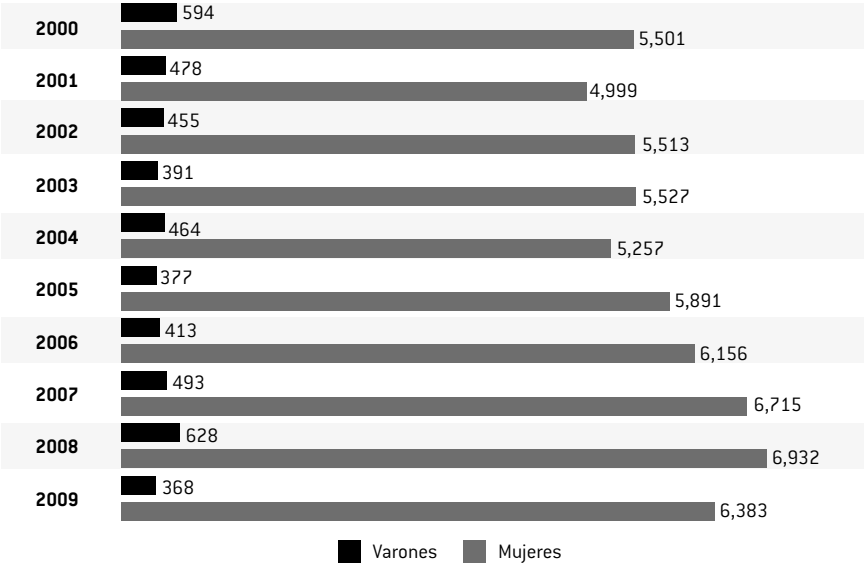
Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

La distribución porcentual por sexo de la víctima durante cada año no difiere mucho del total de la década. Así, en el año 2009, el 94.6% de las denuncias a nivel nacional tienen como víctima a una mujer, mientras que las víctimas varones son solamente el 5.4% restante, lo que mantiene la tendencia de los años anteriores (incluso de 2001, que fue el año en el que se registraron más denuncias de varones víctimas de violación sexual, con 8.7% del total de ese año).

De este modo, en cada año de la década el porcentaje de mujeres que ha denunciado haber sido víctima de violación sexual fue siempre mayor del 90% de las denuncias totales, mientras que el porcentaje de varones nunca superó el 10% del total anual. La distancia entre las cifras evidencia la situación de vulnerabilidad de las mujeres respecto a este delito. Al mismo tiempo, permite pensar que no se trata solamente de la ausencia de denuncia de los varones víctimas de violación. La comparación de la cantidad de denuncias por año que implica una víctima varón o mujer muestra la radical distancia numérica:

GRÁFICO 15

Número de víctimas en las denuncias por violación de la libertad sexual por sexo en el Perú entre 2000 y 2009



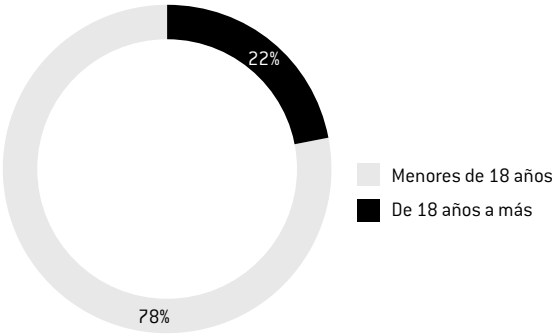
Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

2. Sobre la edad de las víctimas

Si bien la mayor parte de las denuncias implican una víctima mujer, esas denuncias concentran a las víctimas en un rango de edad menor a los 18 años, de manera que las principales víctimas de violación sexual, según las denuncias que registra la Policía Nacional, son las mujeres menores de edad.

GRÁFICO 16

Porcentaje según grupo de edad de las víctimas en las denuncias de violación de la libertad sexual en el Perú entre 2000 y 2009

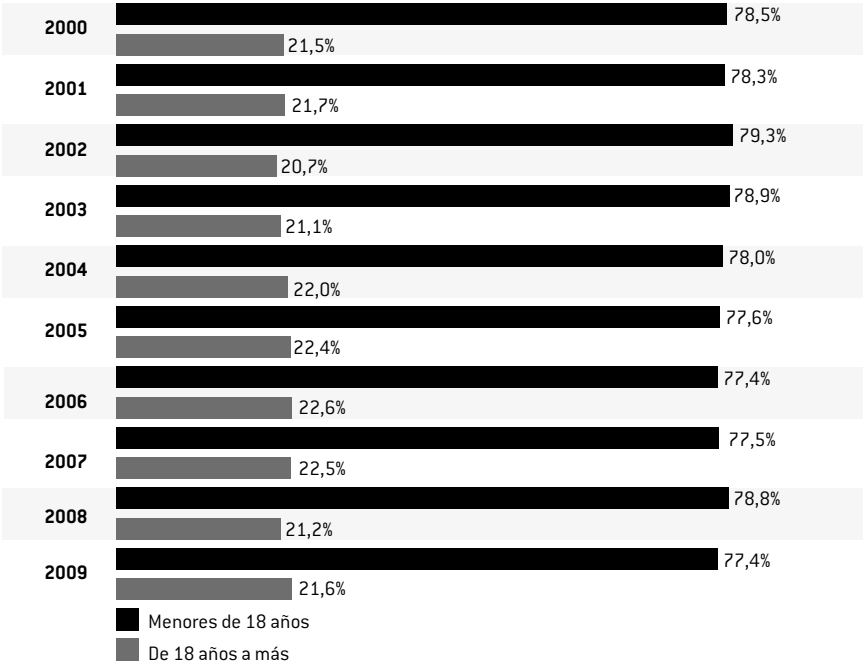


Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

Según los datos del gráfico anterior, es evidente que las personas entre 0 y menos de 18 años tienden a ser las víctimas de las violaciones sexuales. Así, en la primera década de este siglo, las víctimas menores de 18 años alcanzaron el 78% del total de las denuncias (49,659), y solo el 22% de las víctimas fue mayor de 18 años (lo que equivale a 13,876 denuncias). En esa década, el 84% de las víctimas varones eran menores de edad, y solamente el 16% eran mayores. En el caso de las mujeres, el 78% eran menores de edad y el 22% a mayores de 18 años. Los porcentajes generales por cada año pueden verse en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 17

Porcentajes de los grupos de edad de las víctimas en las denuncias por violación a la libertad sexual en el Perú entre 2000 y 2009



Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

Las columnas comparadas permiten observar la distribución de las proporciones de víctimas menores y mayores de edad en cada año. Es evidente que, en todos los años, las víctimas menores de edad constituyen más del 75% del total de víctimas de violación de la libertad sexual denunciadas a la Policía. Así, es también una evidencia que las mujeres en general, las mujeres menores de edad y los varones menores de edad son el grupo más afectado por las violaciones sexuales.

3. Las principales víctimas: mujeres menores de 18 años

De cada 5 víctimas mujeres de violación, 4 son menores de edad y, del mismo modo, de cada 5 víctimas varones, 4 son menores de edad. Hay que considerar, sin embargo, que en las denuncias presentadas a la Policía, las víctimas mujeres son considerablemente más numerosas que los varones. Si bien el porcentaje de mujeres menores de edad es menor al de los varones en la proporción de cada grupo (78% y 85% respectivamente), la cifra real de la población de mujeres menores de edad víctimas de violación es ampliamente superior a la de varones, pues el 78% representa 45,736 víctimas mujeres menores de edad en la década. Los datos más precisos pueden verse en el siguiente cuadro según sexo y rangos de edad:

TABLA 3

Número de víctimas en las denuncias por violación de la libertad sexual por grupo de edad en el Perú entre 2000 y 2009

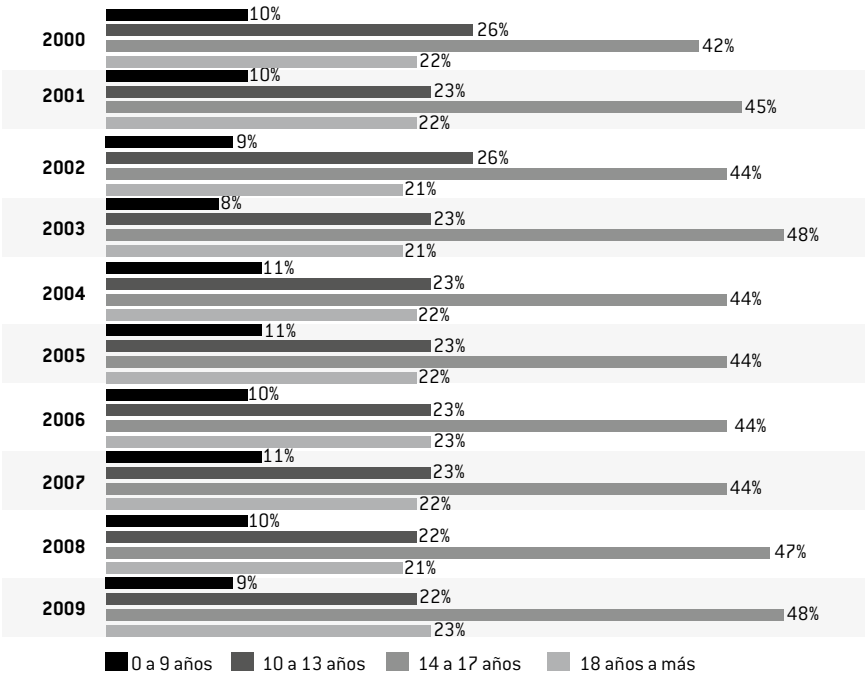
	0 a 9 años		10 a 13 años		14 a 17 años		18 a más	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
2000	137	485	185	1,426	199	2,354	73	1,237
2001	112	430	127	1,169	162	2,288	77	1,112
2002	108	415	119	1,448	144	2,501	84	1,149
2003	92	397	100	1,268	131	2,688	78	1,174
2004	124	484	89	1,217	172	2,374	79	1,182
2005	134	614	99	1,436	75	2,504	69	1,337
2006	151	539	102	1,420	101	2,774	59	1,423
2007	182	579	130	1,578	124	2,995	57	1,563
2008	200	586	138	1,512	200	3,324	90	1,510
2009	92	497	91	1,429	113	3,006	72	1,451

Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

Estos datos muestran cifras que concentran a las víctimas, por cada año de la década, en las mujeres menores de edad. El grupo de personas mayores de edad es considerablemente inferior al de menores, y dentro de este grupo la concentración está en el rango que va de los 14 a los 17 años. El gráfico de distribución porcentual siguiente permite observar que, en cada periodo anual, las víctimas mayores de edad de ambos sexos constituyen menos de la quinta parte del total de víctimas en las denuncias anuales.

GRÁFICO 18

Porcentajes según los rangos de edad de las víctimas en las denuncias por violación sexual en el Perú entre 2000 y 2009



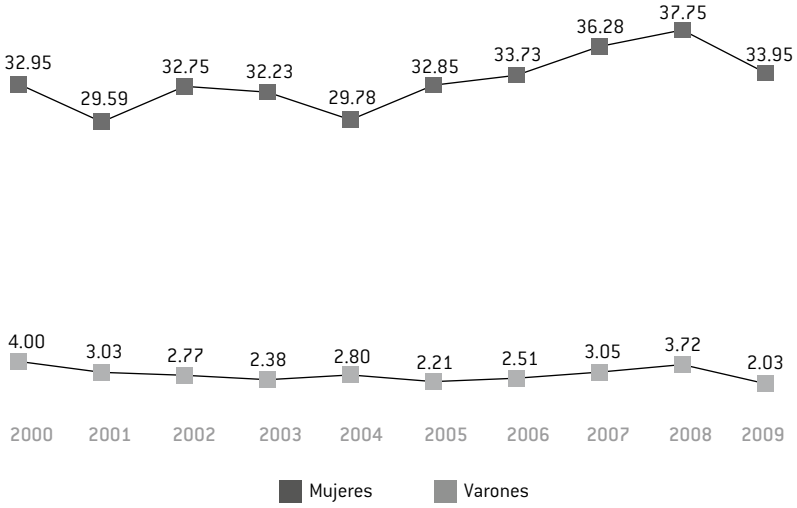
Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

Alrededor del 10% de las víctimas son menores de edad entre los 0 y 9 años, alrededor del 25% entre los 10 y 13 años, y alrededor del 45% entre 14 y 17 años. La concentración en estos grupos de edad es evidente durante toda la década y las variaciones no han sido radicales en los años que la componen. Esto permite pensar dos cosas: por un lado, que hay una alta victimización de las personas menores de edad por su condición de vulnerabilidad, dificultad para resistirse a las agresiones y por la posibilidad de manipulación. Por otro lado, es evidente, en la mayoría de los casos, que las denuncias efectuadas en las que las víctimas son menores de edad no son hechas por ellos mismos, sino por una tercera persona. ¿Quién es este tercero denunciante? Pues normalmente un familiar consanguíneo que da cuenta del hecho a la Policía.

Ahora bien, que la denuncia de violaciones sexuales de menores de edad sea hecha por un tercero (familiar por lo general) muestra que i) el hecho ha tenido que ser descubierto por un tercero y, por lo tanto, no siempre es la primera vez que se ha cometido el delito con la misma víctima. Ello permite pensar que las víctimas menores de edad tienden a sufrir varias violaciones y agresiones antes de la denuncia presentada. ii) Que normalmente el agresor en el caso de las víctimas menores de edad tiende a ser alguien relacionado al núcleo familiar o a la vida cotidiana de la familia. Esta posibilidad aparece racional debido a que los menores de edad tienen un entorno de socialización y dispersión de los vínculos sociales más reducidos que quienes son mayores de edad.

GRÁFICO 19

Tasa de denuncias de delitos de violación de la libertad sexual por cada 100,000 habitantes en varones menores de 18 años y mujeres menores de 18 años entre los años 2000 y 2009



Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú, INEI

Capítulo IV

El estado de la víctima y su relación con el victimario

IV. El estado de la víctima y su relación con el victimario

1. La relación entre el victimario y la víctima de violación sexual

Según los datos existentes, es posible pensar que en gran parte de los casos denunciados hay algún tipo de relación entre el victimario y la víctima, previa a las violaciones sexuales. Esta tendencia aparece reflejada en la existencia de un patrón de seguimiento a la víctima, en la cercanía física y de residencia entre el victimario y la víctima o en el tipo de relación que sostenían. Sin embargo, hay un sub-registro de este tipo de relación, lo que no permite dar cuenta con precisión de la magnitud de estos casos y de los patrones espaciales, de seguimiento, residencia y vínculo entre las víctimas y los victimarios. Aun así, la información de la Policía Nacional muestra que en casi todos los años estudiados, en más del 25% del total de las denuncias, las víctimas mantenían algún tipo de "relación directa" con el perpetrador de la violación sexual.

Sin embargo, ¿qué significa la categoría "relación directa" para la Policía? La categoría es confusa y ha variado en los últimos años. El problema principal es que incluye solamente vínculos formalmente establecidos y reconocidos (matrimonio, filiación, relación laboral), pero deja de lado vínculos que no son estables (la amistad, por ejemplo, la relación de "enamorados", etcétera). Eso genera un problema en la recolección y clasificación de la información sobre esta variable, pues dentro de la categoría "relación no directa" se pueden encontrar situaciones en las que la víctima y el victimario eran "amigos", "conocidos" o "compañeros", junto con "desconocidos". Esto hace que el porcentaje de violaciones a "personas con las que se tiene una relación directa" sea menor a la real.

En aquellos casos en los que se utiliza la categoría "relación directa", la Policía construyó subcategorías como "discípulos", "aprendices domésticos", "hijos adoptivos", "hijo de cónyuge" o "menor confiado a su cuidado" (utilizados entre el año 2000 y el año 2004). Desde el año 2005 en adelante, las subcategorías cambian y se empieza a emplear "discípulo", "hijo", "hijo de cónyuge", "menor confiado a su cuidado" y "pariente" (que involucraría todos los vínculos consanguíneos y los de afinidad).

Además, dentro de la categoría "relación no directa" se ha utilizado la subcategoría "otros", que genera más confusiones. En esta categoría se encuentran los casos de denuncias por delito de violación a la libertad sexual en los que el perpetrador "no tenía relación directa" o "cercana" con la víctima, incluyendo como "no cercano" o "no directo" cuando el victimario es el "enamorado o enamorada" o el "novio o novia" de la víctima. Según la Policía, los enamorados, enamoradas, novios y novias, son excluidos de la relación "directa o cercana" porque "estas personas no mantienen vínculo jurídico, por afinidad o consanguíneo con la víctima".[9]

[9] Durante el transcurso de esta investigación, se solicitó a la Policía Nacional informarnos de qué tipo y cuántas son las denuncias subsumidas en la categoría "Otros". No hubo una respuesta por escrito, pero los funcionarios de la Dirección de Estadística del Estado Mayor de la Policía indicaron verbalmente que el término "otros" no ha sido desagregado en grupos y que la clasificación encierra diversos tipos de casos, y una gran parte de estos implica una relación entre el victimario y la víctima.

En resumen, dentro de la categoría "relación *no* directa" están incluidos los "compañeros o compañeras", "amigos y amigas" y "conocidos y conocidas" de la víctima (junto con desconocidos en general); y en su subcategoría "otros" están incluidos los "novios", "novias", "enamorados" y "enamoradas" junto con otros actores no determinados. Es evidente que este criterio de clasificación no permite una lectura profunda del tipo de relación entre víctima y victimario y oscurece una situación que parece ser recurrente: que el victimario tiende a conocer de antemano a la víctima. Esta situación permite pensar que no son necesariamente los "desconocidos" o los "extraños" los principales perpetradores de las violaciones sexuales, sino más bien, que el perpetrador está en los círculos próximos de las víctimas. Esto se debería contrastar con la información sobre el lugar en que ocurre la violación sexual, pero la información no ha sido recogida ni sistematizada por la Policía y en las Fiscalías aparecen como datos fragmentarios (es posible entonces que muchos de estos casos ocurran en el seno del hogar, la casa-habitación-residencia o en espacios cercanos al tránsito regular de la víctima).

A pesar de ello, incluso con el subregistro evidente, la información disponible muestra una gran cantidad de denuncias por violación sexual en los que sí hay una "relación directa" entre la víctima y el victimario, como se ve en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 20

Porcentaje de las denuncias del delito de la violación a la libertad sexual registradas entre los años 2000 a 2009, según si la víctima tenía algún tipo de relación directa con el perpetrador



Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

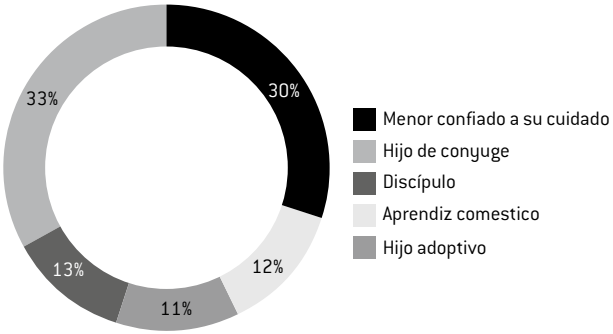
2. El tipo de relación con el victimario

En 24% del total de las denuncias entre los años 2000 y 2009 hubo una relación directa entre el victimario y la víctima, reconocida por la Policía Nacional. Es decir, hubo 33,486 denuncias en donde hubo una relación directa entre la víctima y el victimario (por consanguinidad, afinidad o por un vínculo formal laboral o de docencia). Así, del total de denuncias de delitos de violación a la libertad sexual, en al menos 1 de cada 3 denuncias el perpetrador mantenía algún vínculo con la víctima (aunque es importante insistir en que este es un dato que implica un subregistro y es evidente que el número es considerablemente mayor). Dentro de la categoría "relación directa" se pueden ver los siguientes tipos de relación en cada año:

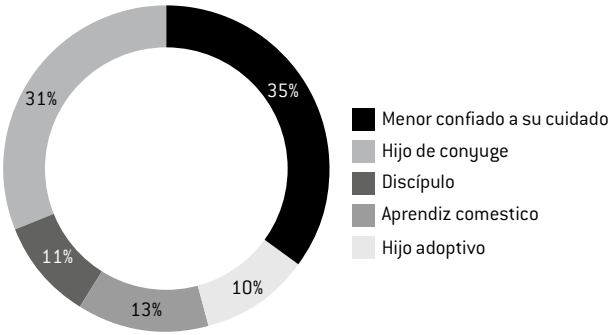
GRÁFICO 21

Porcentajes de denuncias de delitos de violación a la libertad sexual en el Perú cuando hay "relación directa" entre la víctima y el perpetrador, entre 2000 y 2009

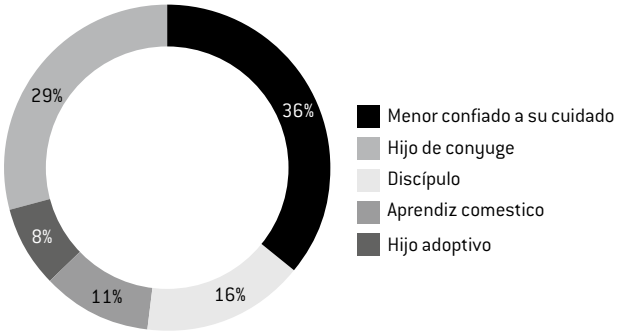
2000



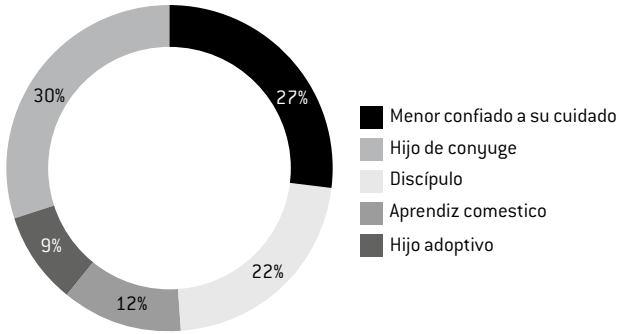
2001



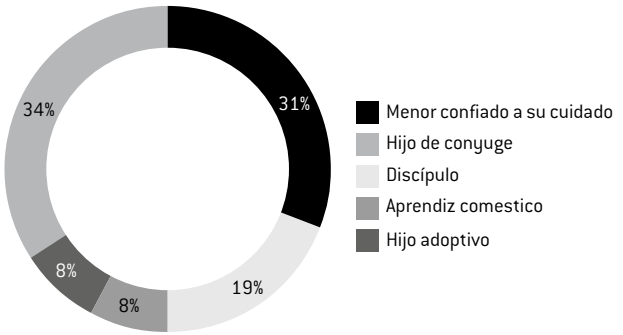
2002



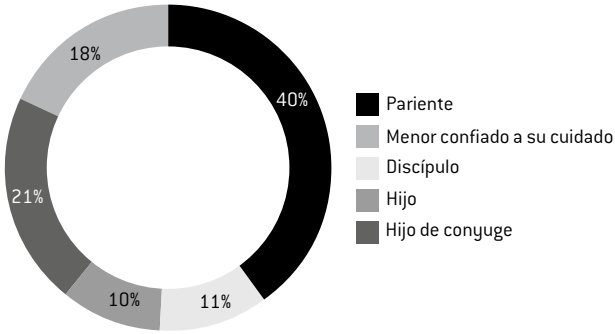
2003



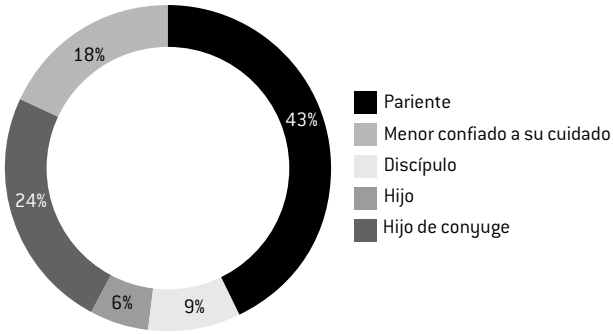
2004



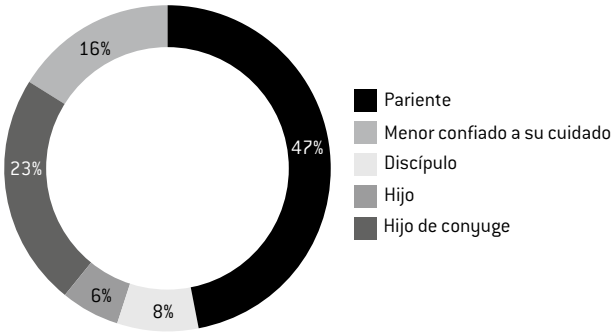
2005



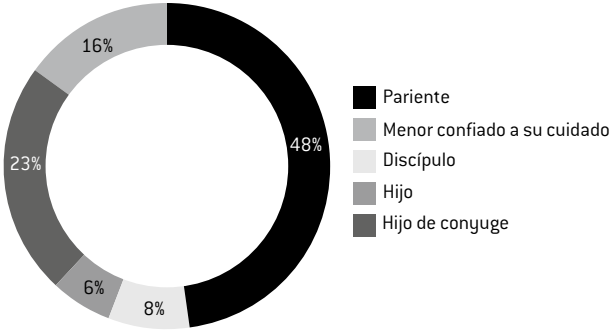
2006



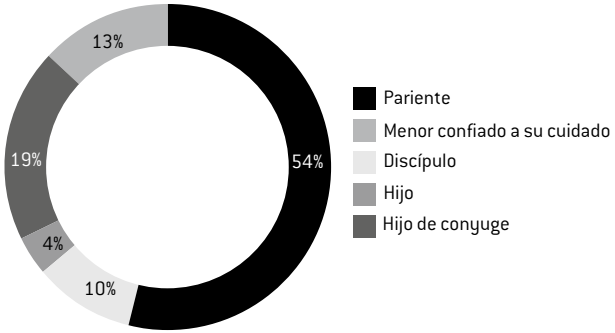
2007



2008



2009



Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

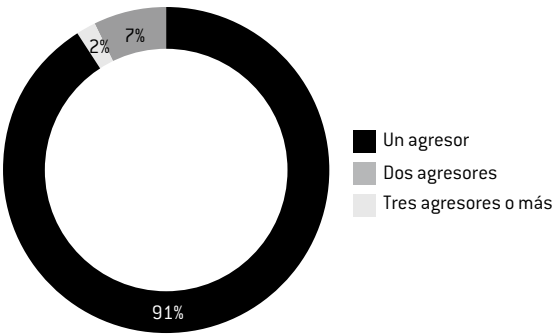
En la serie de gráficos anteriores, se comparan los porcentajes de las denuncias por la presunta comisión del delito de violación sexual cuando el victimario es una persona que tiene una "relación directa" con la víctima. Como se ha mencionado antes, las categorías utilizadas entre los años 2000 y 2004 son diferentes a las usadas entre los años 2005 y 2009. En el primer periodo, la categoría "Hijo o hija del cónyuge o la cónyuge" es la que tiene mayor número, con 1,707 denuncias, seguida de la categoría "menor confiado a su cuidado". En el segundo periodo, la categoría "pariente" obtuvo 4,504 denuncias, siendo el año 2007 en el que mayor número se reportaron.

3. Sobre el número de perpetradores en una violación sexual

Además de la relación del victimario y la víctima, es importante determinar cuántos victimarios comenten el delito. Esto es relevante porque permite determinar el modo criminal de los casos, los patrones de agresión y ejercicio de la violencia, y los mecanismos utilizados por los perpetradores. Es claro, según la información expuesta hasta ahora, que las víctimas suelen ser (en abrumadora mayoría) mujeres menores de edad. Asimismo, parece ser que en muchos de estos casos el victimario conoce de antemano a la víctima y suele ser un varón. Esto se relaciona con claridad a la data que muestra que la violación sexual es llevada a cabo por un solo perpetrador en la mayoría de los casos. Las violaciones colectivas, o aquellas llevadas a cabo por más de un perpetrador, son considerablemente menores en número.

GRÁFICO 22

Porcentaje de las denuncias de la violación a la libertad sexual según el número de agresores registradas entre los años 2000 y 2009

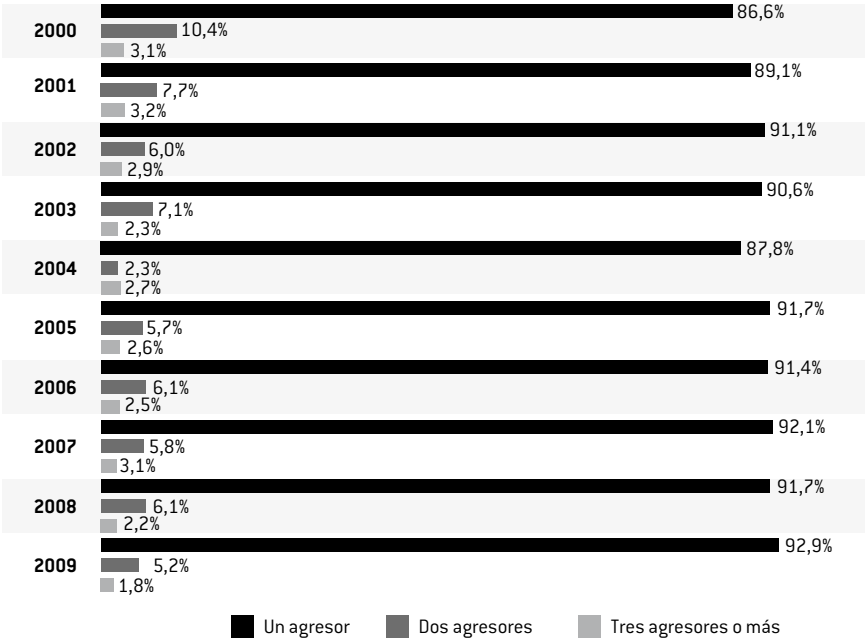


Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

El número de denuncias que se registraron con un solo inculpado fueron 57,586, que es el 91% de las denuncias reportadas entre el periodo de 2000 a 2009. Solo en 9% de los casos hubo más de un victimario, clasificados en dos grupos: las denuncias que reportan a dos violadores (que suman 4,366 en los 10 años estudiados) y el grupo de denuncias en las que se señala a tres o más personas (que suman 1,594 en toda la década). Esto se ve por cada año en el gráfico siguiente:

GRÁFICO 23

Porcentaje de las denuncias por violación a la libertad sexual en el Perú según el número de individuos participantes en la agresión entre 2000 y 2009



Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

La tendencia que se evidencia en los gráficos es que las violaciones suelen ser perpetradas por una sola persona (un varón adulto). Los porcentajes han variado entre 86.6% (porcentaje alcanzado en el año 2000 con 5,277 denuncias) hasta el 92.9% de los casos (reportados en el año 2009, que alcanzó 6,273 denuncias). En el caso de las violaciones llevadas a cabo por más de una persona, el porcentaje varió entre 7.1% (correspondiente al año 2009, el número más bajo de la década con 478 denuncias, de las cuales 354 denuncias sindican a dos personas como presuntos responsables por la comisión de este delito y 124 denuncias sindican que fueron 3 a más los victimarios) y 13.4% (correspondiente al año 2000, el porcentaje más elevado con 819 denuncias, de las cuales se sindica a 2 personas como autores del delito en 631 casos y a 3 o más personas en 188 denuncias).

4. El uso de la violencia y el estado de la víctima

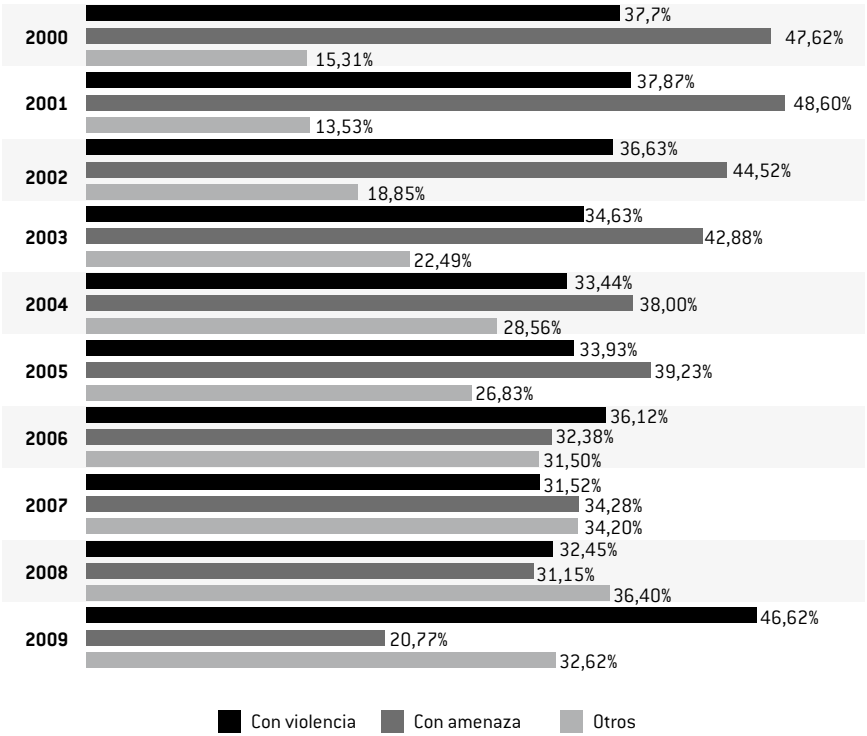
Si bien la violación sexual implica un delito que vulnera la libertad de las personas, no necesariamente implica otras acciones de violencia física previa o durante a la violación (ver la primera parte del informe). Es evidente que las amenazas y la coacción psicológica son mecanismos recurrentes para perpetrar una violación; aunque algunos operadores de justicia y las fuerzas policiales siguen buscando, en muchos casos, el uso de la violencia física como elemento necesario para poder determinar si se trata de una violación o un intercambio sexual consentido. Esto, evidentemente, genera problemas en la investigación policial y en el peritaje psicológico y el posterior juicio, pues se busca un indicador de violencia física que no siempre aparece y que no es necesario para la comisión de ese delito.

Por ejemplo, el Instituto de Medicina Legal, entidad encargada de realizar los exámenes de reconocimiento de obstetricia y "sexología

forense", muestra que las víctimas menores de edad o con alguna anomalía psíquica o estado de inconciencia son, por lo general, las víctimas que menor resistencia ponen al acto sexual y en las que la violencia física previa o durante la violación no aparece regularmente, pues son fácilmente sometidas. En casos en que las víctimas están conscientes y son mayores de edad, la resistencia física puede llevar a agresiones previas, durante o después de la violación sexual, que pueden generar daños graves (Medicina Legal 2010), pero esto no siempre es recurrente. Se discute entonces si la resistencia física es un indicador necesario para determinar la violación y se contraargumenta que i) no necesariamente, pues en muchos casos el sometimiento por la asimetría del uso de la fuerza física potencial evita el enfrentamiento y la resistencia violenta; ii) en algunos casos el sometimiento y la no resistencia violenta aparecen como una reacción de la víctima para evitar daños más graves e incluso la muerte. Por lo tanto, no siempre es un indicador criminalístico determinante de la violación o el consentimiento.Sin embargo, las categorías que la Policía emplea para dar cuenta de las ocurrencias en esta variable no son del todo claras ni específicas. De acuerdo con esta clasificación, la coacción puede ser ejercida por medio de "violencia", "amenaza" y "otros". En esta clasificación no se especifica sobre qué se entiende con "otros" (Policía Nacional del Perú 2009: 36; 2008: 28; 2007: 28; 2006: 27; 2005: 28; 2004: 28; 2003: 28; 2002: 28; 2001: 28; 2000: 29).

GRÁFICO 24

Porcentaje de las denuncias por violación de la libertad sexual según la forma como fue perpetrada la agresión entre 2000 y 2009



Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

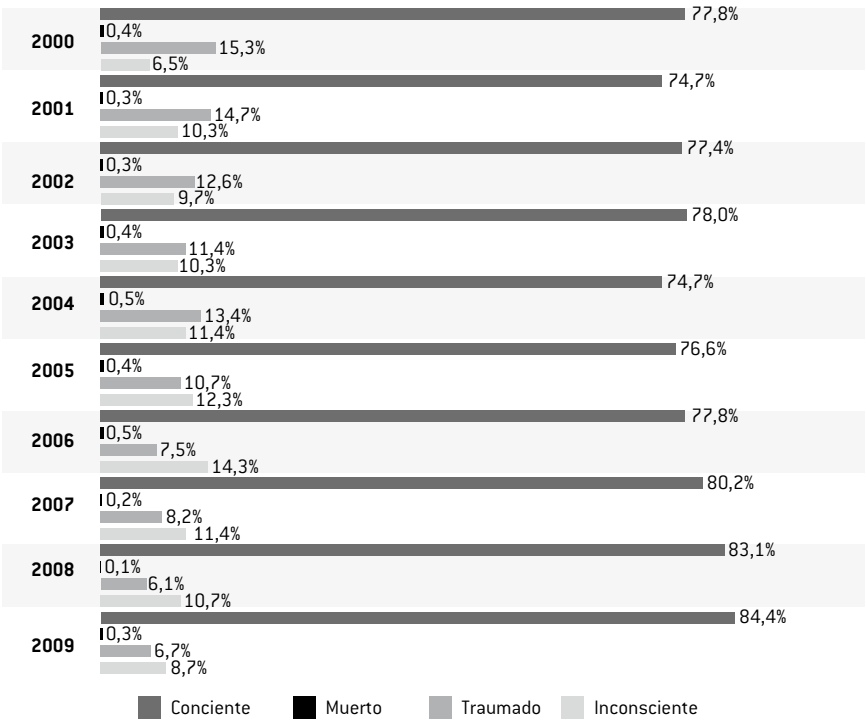
Lo importante de estos datos, a pesar de que sean parciales y poco claros, es que hay un alto número de violaciones sexuales en las que no fue necesario el uso de la violencia física para someter a la víctima. Esto está relacionado con i) el tipo de víctima que aparece como la más recurrente, las mujeres menores de edad, que tienen menos posibilidades de resistencia física y en las que el sometimiento resulta una estrategia para evitar daños físicos mayores; ii) el tipo de relación entre

el victimario y la víctima, en la que la hipotética relación consanguínea, de afinidad o de cercanía de algún tipo, genera coacción psicológica a la víctima y no necesariamente violencia física distinta de la violación sexual.

Por lo tanto, este tipo de violaciones sexuales, el tipo de agresión y cantidad de victimarios hacen que se trate de un espacio de sometimiento en el que no necesariamente hay violencia física (además de la sexual) y tampoco la muerte posterior de la víctima. En efecto, en 3 de cada 4 casos la víctima fue hallada en "estado consciente" y no presenta heridas graves producto de la agresión; y en menos del 0.4% de casos totales se produce la muerte de la víctima de la violación. Es claro en el gráfico que sigue que la gran mayoría de las víctimas (más del 78% de los casos) está consciente cuando es "encontrada" por la Policía. En cada año, la cifra no ha sido nunca menor del 74% de todas las denuncias, oscilando entre 4,094 (cifra más baja, reportada en el año 2001) hasta 6,279 (la cifra más alta, registrada en el año 2008). Esto, además, muestra una situación concreta: que tiende a suceder que las víctimas son las se desplazan a las Comisarías después de la violación, no son los efectivos policiales los que acuden al lugar de los hechos a socorrer a la víctima (por falta de efectivos, por saturación de sus funciones, por negligencia o porque las víctimas no los llaman o no tienen medios para hacerlo o conocimiento de las vías de atención).

GRÁFICO 25

Porcentaje de las denuncias por violación de la libertad sexual en el Perú entre 2000 y 2009, según "el estado en el que se encontró a la víctima"



Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú

Como en algunos de los temas tratados, las categorías que utiliza la Policía no son del todo precisas. En este caso, se utiliza la categoría "consciente", "inconsciente", "muerto" y *"traumado"* para referirse al estado de la víctima después de la violación. En casi el 80% de los casos, las víctimas están conscientes y son ellas mismas las que acuden a las comisarías a presentar las denuncias (como hemos indicado, no son encontradas en la escena del crimen por la Policía o por la Fiscalía)

y no siempre acuden a sentar la denuncia inmediatamente después de la violación. Por otro lado, no se determina si hay heridas ni de qué tipo (heridas leves o graves y tipos de lesiones, por objeto contundente, golpes con los puños o pies, cortes o heridas de bala). Eso impide determinar con precisión el estado de salud de la víctima "consciente".

Finalmente, hay un problema respecto al uso de la categoría *"traumado"*, que hace referencia a encontrar a una víctima en estado de "shock", pero no inconsciente (el shock entendido como "una fuerte impresión después de la agresión"). En efecto, la categoría "trauma psicológico" solamente puede ser atribuida cuando la víctima ha pasado por una pericia que estudia y determina que la agresión ha dejado como consecuencia dicha situación. Esto es problemático porque, en el momento de la denuncia, en la Comisaría las víctimas no pasan por una pericia psicológica, por lo que no es posible determinar dicho estado (parece ser que la categoría se asigna según la interpretación no especializada del efectivo de turno). Posteriormente, estas categorías pueden ser utilizadas en los procesos judiciales para determinar el estado de la víctima y la gravedad del ataque sufrido, aun cuando el dato no es preciso y la información no es pericial. En efecto, por ejemplo, en el año 2008, se denunciaron 7,560 violaciones sexuales en el Perú, pero solamente 676 mayores y menores de edad pasaron la pericia del Departamento de Psicología Forense de la Policía por violación sexual (Policía Nacional del Perú 2008: 139).

Este problema de categorización de datos sin haber realizado una pericia hace que se construya información que no siempre es precisa. Esto sucede en el caso de la información sobre el "estado físico y mental de la víctima cuando se produjo la agresión". En esta sección, la Policía utiliza seis categorías, que son: a) "Anomalía Psíquica", cambiada en el año 2005 por "Anomalía Física"; b) "Alteración de la Conciencia"; c) "Retardo Mental"; d) "Incapacidad para resistir"; e) "Normal"; y f) "Otros". De estas categorías, "Normal" representa el 53.5% de las denuncias realizadas entre 2000 y 2009 (aunque en el año 2000 aún no existía esta categoría).

La categoría "normal" es tan abierta que resulta poco clara, ya que su significado puede prestarse a muchas interpretaciones. ¿Cuál es un estado "normal" y cómo es determinado? Lo mismo sucede con categorías como la "Anomalía psíquica" (utilizada hasta el año 2004) y la "Alteración de la conciencia". Estas categorías requieren de una pericia que la Policía no hace en el momento de la denuncia (y cuya evaluación y resultado tienen métodos complejos que en el caso peruano le corresponden a Medicina Legal o incluso a la División de Psicología Forense de la Policía). Por otro lado, la categoría "otros", como en casos anteriores, también contribuye a oscurecer parte de la información sobre las denuncias de este tipo de agresiones (es referida en dos años como ubicada por encima del 49% de las denuncias registradas por la Policía, es decir, es una de las categorías con mayor cantidad de casos, pero también la menos clara de todas). Finalmente, la categoría "Incapacidad para resistir" tampoco está determinada con indicadores concretos y diferenciables de las otras categorías.

La discusión respecto a la precisión de la terminología no es manida. Por el contrario, se refiere a un tema fundamental en el estudio criminológico del fenómeno de la violación sexual y permite construir un perfil de las víctimas. Pero también existe otra razón importante, y es que muchas veces el uso de estas categorías, incluso sin ser periciales y sin ser fruto de una evaluación exhaustiva, sino de una percepción del agente responsable de ingresar la data de la denuncia, puede ser utilizado por la defensa del perpetrador para indicar que la víctima "no tenía incapacidad para resistir" o era "normal" (cuya menor consecuencia negativa puede llegar a quitar el agravante al delito).

TABLA 4

Número de casos de violación de la libertad sexual en los que las víctimas tenían "alteraciones antes de producida la agresión sexual" en el Perú entre 2000 y 2009

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Anomalía Psíquica	52	47	42	24	118	-	-	-	-	-
Anomalía Física	-	-	-	-	-	42	79	49	69	51
Alteración de la Conciencia	72	45	46	63	77	69	82	114	109	79
Retardo mental	63	61	65	54	52	50	88	123	96	81
Incapacidad para resistir	2917	1774	1639	1664	1681	972	922	719	699	564
Normal	-	2488	1239	1184	1740	4559	4953	5826	6281	5703
Otros	2992*	1062	2937	2939	2053	576	445	377	306	273

Elaboración propia
Fuente: Policía Nacional del Perú
*En el año 2000 la Policía Nacional incluyó la categoría "Normal" en la categoría "Otros".

La clasificación "Normal" tiene una tendencia oscilante entre los años 2001 y 2004, siendo su cifra más baja la registrada en el año 2003, con 20% de las denuncias. A partir del año 2005, la tendencia ha sido de incremento constante, alcanzando el 84.5% de las denuncias en el año 2009. Las otras categorías con mayor número de denuncias, en el periodo señalado, son "Otros" con 22% e "Incapacidad para resistir" con 21.3%. En la primera de estas categorías se reúne una diversidad de tipos inconexos que ha dificultado su agrupación bajo un paraguas denominativo; los porcentajes de cada año son variables debido a que en un inicio (año 2000) la categoría "Normal" se encontraba incluida en la categoría "Otros". En los últimos 3 años, la categoría "Otros" solamente alcanza el 4% de las denuncias.[10] En cuanto a "Incapacidad

[10] La complicada categoría "Otros" desciende sensiblemente hasta ubicarse en valores porcentuales de un solo dígito. Asimismo, la frecuencia de las denuncias en las que la víctima manifestó incapacidad para resistir la agresión desciende claramente y se incrementa, más bien, el porcentaje de aquellas denuncias en las que la víctima tenía una condición denominada "Normal".

para resistir", se muestra las mismas variaciones que en la categoría "Otros", al inicio la década con 47.9%, para finalizar en el año 2009 con 8.4% de las denuncias reportadas. Con valores inferiores aparecen los estados de "Alteración de la conciencia" y "Retardo mental", ambos con 1.2% de las denuncias realizadas en ese periodo de tiempo. La categoría con menor porcentaje entre 2000 y 2009 fue la de "Anomalía psíquica" con 0.9% de los porcentajes. Esta categoría es cambiada en el año 2005 por "Anomalía física", pues la Policía reconoce que no puede determinar este estado pericialmente. [11]

En el intento por construir una terminología ligada a la jurisprudencia, se suspende y, en ocasiones, se oscurece el dato criminalístico. Es evidente, además, que la Policía no puede determinar en una denuncia hecha en pocos minutos y que no ha pasado por la pericia i) si hay una anomalía psíquica; no puede determinar si ii) hay alteración patológica de la conciencia; iii) no puede determinar el estado "normalidad", si es que no se hace un peritaje profundo de la víctima. Es más, esta categorización imprecisa y sin referencia científica y data criminalística en la denuncia tiende a generar interpretaciones posteriores que pueden resultar tendenciosas (si es que la víctima no está en estado de shock o "trauma", se duda de su situación de víctima; si es que esta no

[11] Las categorías utilizadas por la Policía en el intento de clasificar la situación de la víctima son tomadas en muchos casos de la jurisprudencia en el tema y de acuerdo a la doctrina del Derecho. Por ejemplo, para referirse a las "anomalías psíquicas", se indica que pueden ser: psicosis, oligofrenia, psicopatías, neurosis (De la Mata & otros 2007: 355-356). Por lo general, la Policía hace referencia a este último caso, debido a que es una circunstancia más fácil de apreciar que las anteriores, que necesitan de una evaluación psiquiátrica (Villavicencio 2002: 104). Por "alteración de la conciencia", se entiende una alteración que carece de un fondo patológico, que puede deberse a perturbaciones de carácter fisiológico y psíquico. Estas "pueden deberse a estados de hipnosis, delirio febril, sonambulismo, emociones intensas, embriaguez, otras formas de intoxicación que maximicen las emociones etc." (Villavicencio 2002: 105). El "retardo mental" se da cuando una persona presenta un coeficiente intelectual de 70 o menor, diagnosticado en los primeros años de vida, además también se aprecia en las insuficiencias en la capacidad adaptativa (Folch i Soler 1994: 1). Por otro lado, la "incapacidad para resistir", de acuerdo con la jurisprudencia peruana, responde al uso de sustancias que imposibiliten a la víctima a resistir el ataque sexual (Vargas Rojas 1998: 381; Resolución Nacional N° 590-98) o cuando la víctima sufra de retardo mental (Academia de la Magistratura 1999: 477; Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Amazonas del 16 de julio de 1997 Expediente N° 318-93). La categoría "normal" representa al grupo de víctimas que no sufría de ninguna alteración mental o física o se encontraba bajo los efectos de alguna sustancia tóxica, es decir, que se encontraba el pleno uso de sus facultades mentales y físicas. Lo importante es entender que la Policía no está en posibilidades de determinar estos estados en la toma de registros de la denuncia.

presenta resistencia y está golpeada, se duda de la veracidad de la denuncia, etcétera). Esto sugiere que las categorías de uso de la psiquiatría y psicología forense sean i) determinadas por un perito o ii) utilizadas solamente en la estricta necesidad de determinar al presunto responsable y no a "evaluar" a la víctima (que es la tendencia en la criminología y el uso de herramienta criminalística contemporánea).

Consideraciones finales

1. *Consideración sobre los avances en la legislación sobre violaciones sexuales.* Sin duda, las últimas décadas han implicado un gran avance en la legislación sobre violaciones sexuales. Hubo modificaciones al Código Penal que han permitido la ampliación de la tipificación de la violación sexual, cambiar el bien jurídico tutelado (el "honor" por la "libertad"), incorporar conductas diferentes al coito (invasión de un pene en una vagina) para entender y juzgar otras formas de violación sexual existentes, y eliminar formalmente la "reputación" de la víctima como elemento que condiciona o justifica la existencia de la violación sexual. Los avances en la legislación comparada y la intención de hacer más precisos los instrumentos penales permitieron una legislación que ha tratado de reconstruirse de acuerdo con la expansión de los derechos humanos. Sin embargo, estas modificaciones son recientes y no han eliminado los prejuicios que permanecen en los imaginarios populares y en muchos operadores de justicia, para quienes la "moral" y el "honor" sexual siguen siendo fundamentales en el seguimiento del proceso y en la investigación y sentencias de los casos. Hay que considerar incidir con perspectivas de género y derechos humanos en la formación de jueces y fiscales para el estudio, investigación y procesamiento de casos de violación sexual y otros delitos sexuales.

2. *Consideración sobre los debates en torno a la tipificación de las violaciones sexuales.* Si bien hay avances importantes en la legislación y considerables mejoras en la tipificación de las violaciones sexuales respecto del siglo pasado, es importante entender varios de los debates que se sostienen en torno a elementos que en el Perú aún son considerados fundamentales para la investigación y procesamiento de estos delitos. Así, el debate sobre el "consentimiento" y el "consentimiento viciado" recuerdan que las violaciones sexuales no siempre requieren la negativa formal o evidente de la víctima. Por otro lado, el "uso de la fuerza", pensado como elemento fundamental en la investigación criminalística sobre violaciones, no siempre es una determinante: la resistencia violenta no siempre resulta una estrategia razonable y no se puede demandar a la víctima que utilice la violencia, cuando incluso su vida está en riesgo, o en el caso de asimetría física o posición relativa de poder. Hay que considerar repensar estas categorías y el nivel de la exigencia de estos elementos de prueba en la investigación criminalística y en las pruebas judiciales según el contexto de los casos.

3. *Consideración acerca de la investigación actual sobre violaciones sexuales en el Perú.* La investigación sobre el tema de violaciones ha sido escasa en el Perú. No se ha producido información nueva respecto de la que produce el Estado, no hay programas de investigación que tengan una línea de trabajo permanente sobre la temática específica ni producción sistemática. La producción de investigación respecto al periodo de la violencia política ha marcado un punto de inflexión en el informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y se ha reconocido la importancia y los terribles casos de violaciones sexuales que se produjeron. Y si bien la continuidad de los estudios sobre el periodo de la violencia son fundamentales en la construcción de la memoria histórica, es fundamental continuar la investigación ampliando el radio de estudios a la situación de seguridad contemporánea.

Así, es importante considerar la construcción de una agenda de investigación interinstitucional e intersectorial en el tema de las violaciones sexuales.

4. *Consideración sobre la revictimización de las personas que han sufrido una violación sexual.* Es importante entender que las víctimas son la prioridad en un caso de violación sexual. Ello implica que la atención a la víctima y su estabilización sean elementos fundamentales para garantizar el derecho a la vida y a la salud. Sin embargo, los procedimientos para establecer una denuncia, la investigación policial y fiscal y el propio proceso de juicio someten a las personas a situaciones de revictimización constante (que generan el abandono de los procesos y el temor y desconfianza en las instituciones). Así, los procedimientos para el recojo de pruebas para la identificación de la ocurrencia del hecho y la identificación del victimario, las pruebas físicas (los desplazamientos, costos y tiempo que implican) y los testimonios (que funcionan muchas veces como interrogatorios con varias repeticiones) requieren ser repensados para evitar la revictimización.

5. *Consideración sobre las pruebas físicas y la prioridad de atención a la víctima.* Es fundamental reconocer el trabajo de Medicina Legal en el procedimiento de investigación en el caso de las violaciones sexuales. Sin embargo, la escasa cantidad de establecimientos, los costos de los procedimientos, el escaso personal y la cantidad de casos (además de los casos de violación) que se deben estudiar hacen que el procedimiento de atención revictimice al sujeto, genere alta burocracia y sea poco amigable para las víctimas. Ello implica varias cosas: continuar el proceso de descentralización y desconcentración de Medicina Legal y la construcción de instancias locales que permitan la atención primaria, la estabilización de la víctima (el kit de violación) y el acompañamiento del sujeto (al menos un kit en cada distrito de una ciudad), lo que evita

los largos desplazamientos después del hecho y el "borrado" de las pruebas, pero también genera mecanismos de soporte de las víctimas, instituciones amigables y mejora las condiciones para la denuncia.

6. *Consideración sobre los procedimientos judiciales de tratamiento a la víctima en el proceso.* La víctima de violación se enfrenta a una larga burocracia de procedimientos para poder establecer sus demandas y lograr un juicio justo (esto se evidencia en el volumen de denuncias policiales que se hacen efectivas en la Fiscalía y el menor volumen aún de los que son sentenciados por violación). Además de la denuncia en la Policía o el paso por los Centros de Emergencia Mujer, las víctimas deben pasar por Medicina Legal para las pruebas periciales y nuevas entrevistas; luego deben pasar por Fiscalía, que muchas veces repite el proceso, donde se revisa la prueba criminalística y se reconstruyen los hechos, muchas veces hay "careo" con el agresor, etcétera. Además, la mayoría de las víctimas deben asumir los costos de un abogado, los costos del procedimiento judicial, el tiempo en horas-hombre que implica y los años de litigio, con la posibilidad de perder el juicio. En este proceso es posible establecer técnicas de recojo de pruebas que, sin vulnerar el debido proceso, eviten la revictimización y poner en riesgo la salud mental o física de las víctimas y la exposición al agresor. Así, es importante considerar la posibilidad de la concentración del recojo de pruebas, de una entrevista única (como se ha logrado con los menores de edad) y el acompañamiento y soporte a la víctima durante el proceso.

7. *Consideración sobre las instancias de denuncia en zonas rurales y de escasos recursos económicos.* Es claro que las cifras se oscurecen más mientras más rural y más pobre es un espacio. Esto se debe no solamente a las condiciones estructurales de la vida cotidiana y la ausencia de condiciones de respeto de los derechos y la

precariedad, sino también a la ausencia de instituciones del Estado y espacios para establecer las denuncias. La expansión de los centros de Medicina Legal no ha logrado cubrir zonas rurales del país, y la Policía y las Fiscalías tienen severos problemas de acceso a estos espacios; por lo tanto, las víctimas tienen dificultades para denunciar. Asimismo, ante la ausencia de estudios de victimización rurales y estudios de estimación de cifra oscura de delitos en los espacios locales, es difícil determinar la prevalencia y la magnitud del fenómeno, aunque sí es posible suponer racionalmente que es considerablemente más alta que en la zonas urbanas.

8. *Consideración sobre la situación comparada del Perú en temas de violación sexual.* La inseguridad no es un fenómeno reciente, pero sí un fenómeno de moda mediática. Muchos de los delitos que llaman la atención por su carácter sensacionalista, sin embargo, no necesariamente son los que más ocurren, los que más prevalencia tienen o los que evidencian una situación precaria respecto a la comparación regional (ello no implica que no sean importantes, sino que no se han extendido de manera radical). Las violaciones sexuales, en cambio, no solamente son un fenómeno extendido y recurrente, con alta prevalencia en el país, sino que además muestran la precariedad de la situación comparada del Perú en la región. Es necesario mantener estudios comparados que permitan determinar la situación nacional con países similares. La atención a las violaciones sexuales es un tema prioritario por la cantidad de casos, por la recurrencia y prevalencia, por su relación con otras formas de violencia y porque, además, es una evidencia, según los datos disponibles, que el Perú es uno de los países con más alta tasa de denuncias de violaciones de América Latina.

9. *Consideración sobre la información pública disponible, las bases de datos y la cifra oscura de violaciones sexuales.* La información disponible sobre violaciones sexuales aparece de manera fragmentada.

Cada institución produce información que no siempre cruza con las otras, no hay un observatorio especializado ni informes sistemáticos con datos rigurosos sobre violaciones sexuales. Así, es posible establecer mecanismos para compartir información multisectorial y la construcción de indicadores rigurosos en el seguimiento y registro cuantitativo del fenómeno. Por otro lado, es importante reconocer la evidente existencia de una cifra oscura del fenómeno. La cantidad de personas que no denuncian y las violaciones que no son registradas permiten pensar en un fenómeno que desborda las especulaciones más atrevidas. Para poder acercarse a una cifra más precisa, es importante considerar, por un lado, la construcción de bases de datos rigurosas intersectoriales; por otro lado, se requiere *estudios de victimización periódicos* que permitan el contraste entre las cifras de denuncia oficial. Finalmente, es importante considerar el desarrollo de *estudios de estimación* local para determinar posibles cifras oscuras.

10. *Consideración sobre el tipo de las víctimas y las estrategias punitivas.* A pesar de la cifra oscura, la cantidad de denuncias que se presentan cada año muestran la precariedad de la situación de seguridad en el tema. Las víctimas, que se cuentan por miles, son sustancialmente mujeres menores de 18 años. Sin embargo, es importante considerar la situación de los ataques y de la comisión de delitos, pues no se trata por lo general de ataques de actores externos a la vida cotidiana, no son parte del ejercicio aislado de un acto de violencia sexual, sino parte de dinámicas extendidas de relaciones violentas, que vienen sobre todo de miembros del núcleo familiar, de personas cercanas a la vida cotidiana de las víctimas y en situación de asimetría del uso de la fuerza física y de dominación estructural. Ello implica entender que las sanciones y las miradas punitivas, aunque importantes, no cumplen una función de prevención ni de disuasión del atacante (ello se evidencia en la prevalencia de los casos de violaciones sexuales de la última década).

11. *Consideraciones sobre las acciones de los perpetradores.* Los datos existentes muestran violaciones con víctimas cuya condición implica un considerable desequilibrio de la fuerza física (víctimas menores de edad), que por sí mismas tienen dificultades para resistir, que viven en relaciones asimétricas de poder y condiciones de dominación. Las violaciones sexuales aparecen como fenómenos recurrentes y cotidianos en nuestro país y no son excepciones. Aparecen en el seno de los hogares y recuerdan que en gran parte de los casos no se deben a una emoción violenta, a un impulso ocasional, sino a acciones recurrentes, precedidas de otras formas de violencia y que permiten pensar en estrategias por parte del perpetrador (que evalúa la posibilidad del acto según el contexto, la efectividad del uso de la fuerza y el espacio en donde se llevará a cabo). Las explicaciones patológicas (que son importantes) no explican la recurrencia de los miles de casos ocurridos. Entonces, es razonable la hipótesis que, contra lo que se piensa, en pocas ocasiones se trata de un impulso incontenible o de una casualidad (al menos cuando los perpetradores son varones adultos y las víctimas menores de edad). Para poder mostrar o descartar esta hipótesis, es necesario acceder a información más precisa sobre el contexto de la violación: el lugar de los hechos, el tipo de relación específica entre la víctima y el victimario, el seguimiento del patrón de desplazamiento y mecanismo de ubicación de la víctima por parte del victimario, etcétera (información que no es difícil de registrar, pero que no está en las bases de datos de la Policía ni del Ministerio Público de manera sistemática).

12. *Consideración sobre la violación sexual como parte de una cadena de acciones violentas en la trayectoria de vida de la víctima (y los mecanismos de prevención).* La información que se pone en evidencia es que la mayor cantidad de víctimas de violaciones sexuales son mujeres menores de edad. Ello implica que, por lo general, el perpetrador proviene del entorno cotidiano de la

víctima y, a su vez, sugiere que en muchas ocasiones no es la primera vez que estas han sido víctimas de una violación o de otro tipo de violencia (antes del hecho denunciado). Hay entonces una consideración de fondo: que las violaciones sexuales son parte de una cadena de acciones violentas en una trayectoria de vida y de relaciones entre sujetos. Esto permite pensar que la identificación de las acciones de violencia en la trayectoria de vida y su efectiva denuncia, atención, sanción y cuidado permitirían prevenir acciones de violencia sexual posteriores. Ello no garantiza la eliminación del fenómeno en todos los grupos afectados, pero permite generar mecanismos de prevención en aquellos que son víctimas de violación dentro de trayectorias de violencia. Para ello, es necesario determinar, a través del estudio de trayectorias, la existencia de los puntos de inflexión de la violencia y elaborar estudios piloto de transformación de prácticas.

13. *Consideración sobre la información y las bases de datos de la Policía.* La información de la que dispone la Policía contiene indicadores que es necesario revisar con detalle. Por ejemplo, la construcción de datos sobre el estado de salud mental de la víctima no se puede determinar en las Comisarías, así como las consecuencias psicológicas de la violación sexual. Estos elementos pueden tender a la producción de información policial que luego es asumida por el sistema de justicia, aun cuando no siempre han pasado por el peritaje especializado. Es importante reconsiderar estos ítems de clasificación y la importancia de la evaluación por una pericia especializada.

14. *Consideración sobre los elementos no disponibles para la investigación criminológica.* Si bien la información de la Policía Nacional implica los datos más amplios en el espectro de la información disponible, es importante indicar algunos elementos fundamentales para repensar. Por un lado, la relación que la víctima tiene

con el victimario no se ha determinado con precisión y genera confusiones severas en la lectura de los datos, pues muchos actores que tienen vínculos con las víctimas son considerados como desconocidos por no existir un vínculo formal. Hay una serie de categorías que no se toman en cuenta, en términos de la relación entre la víctima y el victimario (en efecto, para la Policía, la relación no directa no implica la ausencia de un vínculo). Hay una tendencia a violar personas del entorno familiar, el entorno de las relaciones de amistad y, en otros casos, a sujetos previamente identificados. Esta hipótesis es racional de acuerdo con los datos mostrados y la potencial cifra oscura sobre violaciones intrafamiliares y por la mezcla de datos. Por otro lado, es necesario conocer quién efectúa la denuncia, cuánto tiempo después del hecho y después de cuántas violaciones, historias de violencia sexual y demás. Estos elementos permitirán comprender si las violaciones son actos específicos fuera de un contexto, fruto de la acción de un perpetrador ocasional o más bien, como sugieren los datos y la experiencia en el tema con perpetradores, una acción dentro de una trayectoria de agresiones sistemáticas.

15. *Consideración sobre las consecuencias de la violación sexual respecto de los derechos sexuales y reproductivos.* Es evidente que las violaciones sexuales generan secuelas psicológicas y físicas en las víctimas. Sin embargo, es importante entender la relación que este fenómeno tiene con la vulneración de otros derechos y con las consecuencias en la salud de las personas. De esta manera, la construcción de indicadores que permitan evaluar la transmisión de ITS y VIH en acciones de violación sexual, embarazos no deseados por violaciones sexuales y daños a la salud mental resultan fundamentales para establecer una mirada que incluya el enfoque salubrista y epidemiológico (además del enfoque de derechos) a un fenómeno pensado sustancialmente desde una mirada punitiva. La salud pública en el tema de violaciones

sexuales resulta una perspectiva importante, no por un asunto discursivo, sino porque implica tanto el tratamiento de la víctima como la prevención de la comisión de estos delitos, una mirada epidemiológica-criminológica y la relación con la vida-salud física y mental de las personas. Las perspectivas punitivas y de persecución de los victimarios son importantes, pero complementarias a miradas que integren la protección de la víctima, la prevención y la atención.

16. *Consideración sobre el monitoreo de las violaciones sexuales en el Perú.* La dispersa información requiere de una instancia que pueda establecer un monitoreo constante de las violaciones sexuales, el inventario de casos, tipos y mecanismos. La mirada criminológica sobre este proceso y el trabajo sociométrico son fundamentales, siempre y cuando permanezcan en el tiempo y se pueda establecer estudios de comparación y evaluación profunda de los indicadores.

Bibliografía

Acero Álvarez, Andrea del Pilar
2010 "Homicidio, 2009. Aproximaciones a los conceptos de femicidio, feminicidio y homicidio en mujeres. Bases para su medición". En: *Forensis-Colombia.* Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Disponible en: http://www.medicinalegal.gov.co/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=60 (última consulta: 20 de febrero de 2011).

Arce Gallegos, Miguel
2010 *El delito de violación sexual: análisis dogmático, jurídico sustantivo y adjetivo.* Arequipa: ADRUS.

Baratta, Alessandro
2008 *Criminología crítica y crítica del derecho penal.* Buenos Aires: Siglo XXI.
2004 "Principios de Derecho Penal Mínimo". En Baratta, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires: Editorial B de F. pp. 299-333.
2000 "El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana". En Birgin, Haydée & Alessandro Baratta (compiladores). *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos. pp. 39-83.

Bardales, Olga & Elisa Huallpa
2005 *Maltrato y Abuso Sexual. En niños, niñas y adolescentes. Estudio realizado en San Martín de Porres, Cusco e Iquitos.* Lima: MIMDES.
2009 *Violencia Familiar y sexual en mujeres y varones de 15 a 59 años. Estudio realizado en los distritos de San Juan de Lurigancho, Puno y Tarapoto.* Lima: MIMDES.

Bartol, Anne
2008 *Current perspectives in forensic psychology and criminal behavior.* California: Sage.

Beristain, Antonio
2002 *Criminología, victimología y cárceles.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Bermúdez Valdivia, Violeta
2008 "La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos". En: *Derecho PUCP*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 61 (2008). pp. 81-110.

Bramont-Arias, Luis
1990 *Temas de Derecho Penal.* Tomo III. Lima: Editorial San Marcos.

Bramont-Arias, Luis & Luis Alberto Bramont-Arias Torres
1995 *Código Penal Anotado*. Lima: s.r.

Bramont-Arias Torres, Luis Alberto & María del Carmen García Cantizano
1997 *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. 3era. Edición. Lima: Editorial San Marcos.

Briceño-León, Roberto
2002 "La nueva violencia urbana de América Latina". En: *Sociologías.* Porto Alegre, año 4, número 8.

Bustos Ramírez, Juan
1991 *Manual de Derecho Penal*. Parte especial. 2da. Edición. Barcelona: Arial.

Buzawa, Eve & Carl Buzawa
2003 *Domestic violence. The criminal justice response.* California: Sage.

Campos, Mario
2010 *Indicadores de la situación social y económica actual de El Salvador. 2009*. Universidad de El Salvador. Disponible en: http://www.slideshare.net/marito_alf/indicadores-situacin-social-y-econmica-actual-el-salvador-2931420 (última consulta: 20 de febrero de 2011).

Caro Coria, Dino Carlos
2000 "Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales". En: Defensoría del Pueblo. *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Lima: Defensoría del Pueblo. pp. 75-121.

Castillejo, José
2004 *Historia del Derecho Romano. Política, doctrinas, legislación y Administración.* Madrid: Dykinson.

Castillo Alva, José Luis
2001 *La violación sexual en el derecho penal peruano.* Lima: Jurista.

Código Civil de 1984
1984 *Decreto Legislativo N°295 del 25 de julio de 1984.* Lima: Imprenta del Mercurio.

Código Penal de 1853
1853 *Código Penal del Perú.* Lima: Imprenta del Mercurio.

Código Penal de 1924
1924 *Ley N° 4868, promulgada el 11 de enero de 1924.* Lima: Imprenta del Mercurio.

Código Penal de 1991
1991 *Decreto Legislativo N° 635, promulgado el 3 de abril de 1991*. En Diario El Peruano del 8 de abril de 1991.

Coker, Daniel
2004 "Crime, control and feminist law reform in domestic violence law. A critical law review". En: *Buffalo Crime law review.* Número 4. pp. 801-860.

Comisión de la Verdad y Reconciliación
2003 *Informe Final*. Lima: CVR. Disponible en: http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php (última consulta: 5 de marzo de 2011).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
2007 *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas.* Costa Rica: OEA. L/V/II. Doc. 68.

Costa, Gino & Carlos Romero
2011 *Inseguridad en el Perú ¿Qué hacer?* Lima: Ciudad Nuestra.

Corcoy, Mirentxu
2006 "Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género". En: Mir, Santiago; Corcoy, Mirentxu & Víctor Gómez (coordinadores). *Nuevas tendencias en política criminal*. Madrid: Reus.

Csillag, Pál
1976 *The Augustan Law of Family Relations*. Budapest: Akadémiai Kiadó.

Dador Tozzini, Jennie
1997 *La discriminación de género en la ley penal: violación sexual dentro del matrimonio y el aborto atenuado por violación sexual.* Monografías PUCP. Lima: Diploma de Estudios de Género.

Dammert, Lucía
2009 "Violencias, crimen e inseguridad en América Latina. Desafíos para la democracia". En: *Crimen e inseguridad. Políticas, temas y problemas en las Américas*. Santiago de Chile: FLACSO-Chile, Catalonia.

DEMUS
2006 *Feminicidio en el Perú, expedientes judiciales. Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer.* Lima: DEMUS.
1996 *Separata de herramientas legales (Violencia familiar y/o sexual)*. Lima: DEMUS.

De la Colina, Daniel Héctor
1999 *Una aproximación al concepto de seguridad.* Buenos Aires: Instituto de Investigación sobre Seguridad y Crimen Organizado de la Sub sede Buenos Aires, Gendarmería Nacional, Universidad Católica de Salta.

De Vicente Martínez, Rosario

2001 "Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva del género". En Hurtado Pozo, José (director). *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. pp. 83-100.

2000 "Las consecuencias jurídicas en los delitos contra la libertad sexual". En: Defensoría del Pueblo. *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Lima: Defensoría del Pueblo. pp. 271-343.

De la Mata Amaya, José & otros

2007 *Teoría del Delito*. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura.

Defensoría del Pueblo

2010 *Reporte de la segunda supervisión nacional de Comisarías 2010*. Lima: Defensoría del Pueblo.

2000 *La violencia sexual: un problema de seguridad ciudadana. Las voces de las víctimas.* Lima: Defensoría del Pueblo.

Di Corleto, Julieta

2010 "La construcción legal de la violencia". En: Di Corleto, Julieta (compiladora). *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Libraria. pp. 9-21.

Díez Ripollés, José Luis

2001 "El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual". En: Hurtado Pozo, José (director). *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. pp. 51-81.

1985 *La protección de la libertad sexual*. Barcelona: Bosch.

Donayre Montesinos, Christian

2007 "Sobre la pena de muerte y otros demonios: un breve análisis en torno a la posibilidad de aplicar la pena de muerte en el Perú, a propósito de algunas propuestas que buscan ampliar su aplicación a casos como el de los violadores de menores de edad y terrorismo". En:

Carpio Marcos, Edgar & Suárez López de Castilla, Camilo (coordinadores.). *El Estado contra los derechos: pena de muerte, violencia de género y autoamnistía*. Lima: Palestra. pp. 129-150.

Duce, Mauricio
2010 "Reformas a la justicia criminal en América Latina: una visión panorámica y comparada acerca de su gestación, contenidos, resultados y desafíos". En: Dammert, Claudia (editora). *Violencia e inseguridad en las Américas*. Lima: Ediciones El Virrey.

Du Puit, José
2001 "Breves anotaciones sobra la doctrina penal peruana referente a los delitos sexuales". En: Hurtado Pozo, José (director). *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. pp. 245-269.

Echeburúa, Enrique & Cristina Guerricaecheverría
2005 *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores*. Barcelona: Ariel.

Escribens Pareja, Paula
2010 "Mujeres víctimas de violencia sexual y la búsqueda de la restitución del orden simbólico". En: *Revista de psicoanálisis*. Número 8 (Septiembre 2010).

Estrich, Susan
2010 "Violación". En Di Corleto, Julieta (compiladora). *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Libraria. pp. 57-84.

European Court of Human Rights
1997 *Case of Aydin v. Turkey, Judgment of 25 september 1997*. Bruselas: UE.

Facio, Alda
1999 "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal". En: Facio, Alda y Lorena Fries (editoras). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: American University, LOM Ediciones. pp. 99-136.

Fellini, Zulita & Virginia Sansone
2001 "La mujer en el derecho penal argentino". En Hurtado Pozo, José (director). *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. pp. 173-200.

Fernández Díaz, Natalia
2003 *La violencia sexual y su representación en la prensa.* Barcelona: Anthropos.

Folch i Soler, Jordi
1994 "Retraso Mental". En: *Psiquiatría-Paidopsiquiatría*. Centre Londres. Disponible en: http://www.centrelondres94.com/files/retraso_mental_oligofrenia.pdf (última consulta: 28 de febrero de 2011).

Flora Tristán & Amnistía Internacional
2005 *La violencia contra la mujer: Feminicidio en el Perú.* Lima: Flora Tristán, Amnistía Internacional. Disponible en: http://www.flora.org.pe/pdfs/Feminicidio.pdf (última consulta: 28 de febrero de 2011).

Fondo Internacional de emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF
2009 *Progreso para la Infancia. Un balance sobre la protección de la niñez*. Número 8, setiembre de 2009. Disponible en: http://www.uniceflac.org/español/perfil.htm (última consulta: 8 de febrero de 2011).
2000 "La violencia doméstica contra mujeres y niñas". En: Innocenti Digest. Número 6. Disponible en: http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest6s.pdf (última consulta: 28 de febrero de 2011).
1999 *Women in Transtion. Informe Regional de Monitoreo.* Número 6. Florencia: Centro Internacional para el desarrollo del niño, UNICEF.

Fuentes Soriano, Olga
2001 "La iniciación cuasi pública de los procesos por delitos sexuales". En: Hurtado Pozo, José (director). *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. pp. 273-289.

2000 "Valoración de la prueba indiciaria y la declaración de la víctima en delitos sexuales". En: Defensoría del Pueblo. *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Lima: Defensoría del Pueblo. pp. 151-247.

Glocer Fiorini, Leticia
2005 "Trauma, violencia sexual y relaciones de poder". En: *Revista de psicoanálisis*. Tomo 62, número 2 (2005). pp. 291-304.

Gonzáles, Patricia
2003 *Seguridad ciudadana.* Cuadernos de Seguridad y Defensa 2. Ciudad de Guatemala: FLACSO. Disponible en: http://www.idrc.ca/uploads/user-S/105250556802segundo_folleto.pdf (última consulta: 19 de febrero de 2011).

Guerrero Vásquez, Rossina
2006 *Servicios de salud para las víctimas de violencia sexual: un análisis del cumplimiento de los compromisos nacionales e internacionales.* Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social.

Guzmán Dalbora, José Luis
2001 "Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile". En: Hurtado Pozo, José (director). *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. pp. 201-244.

Güezmes, Ana; Palomino, Nancy & Miguel Ramos
2002 *Violencia Sexual y Física contra las Mujeres en el Perú. Estudio multicéntrico de la OMS sobre la violencia de pareja y la salud de las mujeres*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, Universidad Peruana Cayetano Heredia, Organización Mundial de la Salud.

Hercovich, Inés

2000 "La violación sexual: un negocio siniestro". En: Birgin, Haydée (compiladora). *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos. pp. 137-174.

1997 *El enigma sexual de la violación.* Buenos Aires: Biblos.

Hikal, Wael

2011 *Criminología etiológica multifactorial.* México D.F.: Flores.

Hoyle, Caroline & Andrew Sanders

2000 "Police respondese to domestic violence. From victim choice to victim empowerment". En: *The british journal of criminaology.* Número 40, volumen 1.

Hurtado Pozo, José

2001 "Moral, Sexualidad y Derecho Penal". En Hurtado Pozo, José (director). *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. pp. 25-35.

2000 "Delitos sexuales y derechos de la mujer". En: Defensoría del Pueblo. *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Lima: Defensoría del Pueblo. pp. 21-74.

Instituto de Defensa Legal IDL

2010 *Protocolo para la investigación de casos de violaciones sexuales en el conflicto armado interno.* Lima: Instituto de Defensa Legal.

Instituto de Medicina Legal IML

2006 *Manual de procedimientos tanatológicos y forenses y servicios complementarios.* Disponible en: http://www.mpfn.gob.pe/iml/popUpEmergentes/operativo.php (última consulta: 10 de febrero de 2011).

Instituto de Medicina Legal de Colombia
2010 "Informes Periciales Sexológicos. Violencia sexual contra la pareja". Disponible en: http://www.medicinalegal.gov.co/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=60 (última consulta: 8 de febrero de 2011).

Instituto Nacional de Estadística de Chile INE
2010 *Carabineros. Informe Anual 2009*. Disponible en: http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/040110/carab09_040111.pdf (última consulta: 8 de febrero de 2011).

Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI
2001 *Perú: Estimaciones y Proyecciones de población 1950-2050*. Urbana-Rural 1970-2025. En: *Boletín de Análisis Demográfico.* Número 35. Lima: Dirección Técnica de Demografía e Indicadores Sociales.

Inter-American Commission on Human Rights.
1994 *Report on the situation of Human Rigths in Haití*. Costa Rica: CIDH.

International Criminal Court
2011a *Elements of crimes.* Disponible en: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf (última consulta: 23 de mayo de 2011).
2011b *Reglas de procedimiento y prueba.* Disponible en: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F1E0AC1C-A3F3-4A3C-B9A7-B3E-8B115E886/140167/Rules_of_procedure_and_Evidence_Spanish.pdf (última consulta: 1 de junio de 2011).

International Criminal Tribunal from Rwanda
1998 *The Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4-T.* Disponible en: http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ICTR,,,40278fbb4,0.html (última consulta: 19 de marzo de 2011).

Kliksberg, Bernardo
2008 *¿Cómo enfrentar la inseguridad en América Latina? La falacia de la mano dura*. En: Revista Nueva Sociedad. Número 215. Disponible en: http://www.nuso.org/upload/articulos/3518_1.pdf (última consulta: 8 de febrero de 2011).

Latinobarómetro
2010 *Informe 2010*. Disponible en: http://www.latinobarometro.org/ (última consulta: 5 de febrero de 2011).

Laurrauri, Elena
2007 *Criminología crítica y violencia de género.* Madrid: Trotta.

Lamberti, Silvio
1998 *Violencia familiar y abuso sexual.* Buenos Aires: Universidad.

Lemaitre, Julieta
2008 "Violencia". En: Motta, Cristina & Macarena Sáez (editoras). *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana.* Tomo 1. Bogotá: Siglo del Hombre, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights. pp. 549-630.

León, Rafael & Marga Stahr
1995 *Yo actuaba como varón solamente*. Lima: DEMUS.

Ley que aprueba la pena de muerte en los casos de rapto y delitos contra el honor sexual de niños menores de 7 años:
1969 *Decreto Ley N° 17388, publicado el 25 de enero de 1969*. Lima: Sistema de Información Jurídica del Ministerio de Justicia.

Ley que aprueba la pena de muerte en delitos de traición a la patria y delitos en agravio de menores:

1971 *Decreto Ley N° 18968, publicado el 22 de setiembre de 1971.* Lima: Sistema de Información Jurídica del Ministerio de Justicia.

Ley que aprueba la modificación de artículos 199°, 200°, 201° y 205° del Código Penal

1974 *Decreto Ley N° 20583, publicado el 10 de abril de 1974.* Lima: Sistema de Información Jurídica del Ministerio de Justicia.

Ley de Organización y Funciones del Ministerio del Interior

2009 *Ley N° 29334, publicada el 24 de marzo de 2009.* Lima: Sistema de Información Jurídica del Ministerio de Justicia.

Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana

2003 *Ley N° 27933, publicada el 12 de febrero de 2003.* Lima: Sistema de Información Jurídica del Ministerio de Justicia.

Loli Espinoza, Silvia

2007 *Sistematización de los modelos de atención a la violencia familiar y sexual existentes en las zonas urbanas y rurales de Ayacucho*. Lima: MIMDES.

Maldonado de Lizalde, Eugenia

2005 "Lexilulia de adulteriis coercendis del emperador César Augusto (y otros delitos sexuales asociados)". En: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. *Revista Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México.* Volumen XVII. Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/17/dr/dr12.pdf (última consulta: 15 de febrero de 2011).

Mantilla Falcón, Julissa

2003 "Violencia sexual contra las mujeres: la experiencia de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú". En: *Derecho & sociedad*. Año 14, número 21. pp. 37-44.

McDermott, Joan & Janeane Garófalo
2004 "When advocacy for domestic violence victims backfires". En: *Violencie against women.* Número 10, volumen 11. pp. 1245-1266.

Miller, Miriam
1999 "A model to explain the relionship between sexual abuse and HIV risk among women." En: *AIDS CARE Psychological and Social medical Aspects of AIDS/HIV.* Volumen 11.

Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social MIMDES
2011 *Directorio de los Centros de Emergencia Mujer.* Disponible en: http://www.mimdes.gob.pe/files/PROGRAMAS%20NACIONALES/PNCVFS/estadistica/directorio_cem_ene2011.pdf (última consulta: 3 de marzo de 2011).
2006 *Estado de las Investigaciones sobre violencia familiar y sexual en el Perú 2001 – 2005.* Disponible en: http://www.mimdes.gob.pe/files/PROGRAMAS%20NACIONALES/PNCVFS/libro_Estado_investigaciones.pdf (última consulta: 3 de marzo de 2011).
2004 *Violencia familiar y sexual. Una aproximación desde la experiencia de mujeres víctimas.* Disponible en: http://www.mimdes.gob.pe/files/PROGRAMAS%20NACIONALES/PNCVFS/vfs_exp_mjeres_victmas.pdf (última consulta: 3 de marzo de 2011).

Ministerio Público MP
2010 *Boletín Estadístico*. Setiembre. Disponible en: http://www.mpfn.gob.pe/renadespple/ (última consulta: 3 de febrero de 2011).
2009 *Anuario Estadístico*. Disponible en: http://www.mpfn.gob.pe/estadistica/anuario_est_2009.pdf (última consulta: 3 de febrero de 2011).

Moreyra, María Julia
2007 *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres.* Buenos Aires: Editores del Puerto.

Muñoz, Francisco & Cándida Martínez López
1998 "Conflictos, violencia, y género en la historia". En: *El sexo de la violencia. Género y cultura de la violencia*. Barcelona: Icaria.

Muñoz Conde, Francisco
1993 *Derecho Penal. Parte Especial*. 9na. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Naciones Unidas
2006 *Poner fin a la violencia contra la mujer. De las palabras a los hechos. New York:* Naciones Unidas.
2003 *Manual para la elaboración de un sistema estadístico sobre justicia penal.* Disponible en: http://books.google.com.pe/books?id=TDfZe11w_yMC&pg=PA94&dq=estadistica+sobre+violaciones+sexuales&hl=es&ei=7rk5TrnxAYrDswaRy80T&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CEQQ6AEwBjgK#v=onepage&q&f=false. (Última consulta: 10 de mayo de 2011).

Nerin, Gustau
2010 "Fronteras múltiples, exclusiones múltiples. Los contradictorios usos de la identidad por parte del partido democrático de Guinea Ecuatorial". Disponible en: http://www.repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/2351/1/CIEA7_41_NER%C3%8DN_Fronteras%20m%C3%BAltiples,%20exclusiones%20m%C3%BAltiples.pdf. (Última consulta: 10 de mayo de 2011).

Novak, Manfred
2005 "The right to reparation of victims of gross and systematic human rights violation". En: de Feyter, Kate; Parmentier, Stephan; Bossuyt, Marc; & Lemmens, Paul (editores). Antwerpen-Oxford: Intersentia.

Organización de Estados Americanos OEA
2010 *Observatorio de la criminalidad.* Disponible en: http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_observatorio_glosario_crimenyviolencia.asp (última consulta: 8 de abril de 2011).
2009 *Informe sobre seguridad ciudadana y Derechos Humanos.* Disponible en: http://www.cidh.org/countryrep/seguridad/seguridadindice.sp.htm (última consulta: 15 de febrero de 2011).

Organización Mundial de la Salud OMS

2004 *Violencia contra la mujer inflingida por su pareja.* Disponible en: http://www.who.int/gender/violence/who_multicountry_study/summary_report/chapter2/es/index4.html (última consulta: 10 de mayo de 2011).

1996 *Violence: a public health priority*. Ginebra: OMS.

Organización Panamericana de la Salud OPS

2005 "La violencia, un problema mundial de salud pública". Disponible en: http://www.revistafuturos.info/raw_text/raw_futuro10/capitulo_1.pdf (última consulta: 30 de enero de 2011).

2001 *La Violencia contra las mujeres: responde el sector salud*. México D.F.: OMS.

Osborne, Lawrence

1994 *The Poisoned Embrace. A brief History of Sexual Pessimism*. New York: Vintage Books.

Ortiz de Zevallos, Gabriel & otros

2005 "*Estudio de Victimización en las ciudades de Lima, Arequipa, Cusco, Huamanga, Iquitos y Trujillo*". Lima: Apoyo Opinión y Mercado, Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, Ministerio del Interior. Disponible en: http://www.oas.org/dsp/documents/victimization_surveys/peru/Perú%20-%20Estudio%20de%20victimización%202005.pdf (última consulta: 10 de mayo de 2011).

Otano, Graciela

2000 "La violación sexual: un negocio siniestro". En: Birgin, Haydée (compiladora). *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos. pp. 111-136.

Pedersen, Duncan

2007 *Estabilización post-conflicto y rehabilitación psicosocial en comunidades alto-andinas del Perú.* Lima: Instituto de Investigación y Promoción de Desarrollo y Paz de Ayacucho, Universidad de McGill, Universidad Peruana Cayetano Heredia.

Peetz, Peter
2008 "Violencia, seguridad y el Estado: los fundamentos discursivos de las políticas de seguridad ciudadana en Centroamérica" En: *Seguridad multidimensional en América Latina.* Disponible en: http://www.flacsoandes.org/biblio/shared/biblio_view.php?bibid=108225&tab=opac (última consulta: 12 de febrero de 2011).

Peña Cabrera, Alonso Raúl
2007 *Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Un estudio jurídico desde una perspectiva penal, procesal y criminológica.* Lima: Idemsa.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD
2006 *Venciendo el temor: (In)seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica. Informe nacional de desarrollo humano 2005.* San José: PNUD.

Policía Nacional del Perú PNP
2009 *Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú.* Disponible en: http://www.pnp.gob.pe/documentos/PNP/index.swf (última consulta: 31 de enero de 2011).
2008 *Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú*. Disponible en: http://www.pnp.gob.pe/anuario.html (última consulta: 31 de enero de 2011).
2007 *Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú.* Disponible en: http://www.pnp.gob.pe/anuario.html (última consulta: 31 de enero de 2011).
2006 *Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú* Disponible en: http://www.pnp.gob.pe/anuario.html (última consulta: 31 de enero del 2011).
2005 *Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú.* Disponible en: http://www.pnp.gob.pe/anuario.html (última consulta: 31 de enero de 2011).
2004 *Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú.* Disponible en: http://www.pnp.gob.pe/anuario.html (última consulta: 31 de enero de 2011).

2003 *Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú.* Disponible en: http://www.pnp.gob.pe/anuario.html (última consulta: 31 de enero de 2011).
2002 *Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú.* Disponible en: http://www.pnp.gob.pe/anuario.html (última consulta: 31 de enero de 2011).
2001 *Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú.* Disponible en: http://www.pnp.gob.pe/anuario.html (última consulta: 31 de enero de 2011).
2000 *Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú.* Disponible en: http://www.pnp.gob.pe/anuario.html (última consulta: 31 de enero de 2011).

Instituto de Opinión Pública de la Universidad Católica
2007 *Seguridad y participación ciudadana*. Disponible en: http://www.seguridadidl.org.pe/cifras/2007/encuesta_seguridad_ciudadana_pucp_2007.pdf (última consulta: 31 de enero de 2011).
2008 *El Problema de la Inseguridad*. Disponible en: http://es.scribd.com/doc/5342770/Encuesta-sobre-la-inseguridad-ciudadana-en-Lima-Peru-agosto-2008 (última consulta: 1 de marzo de 2011).
2010 *Temas de Seguridad*. Disponible en: http://iop.pucp.edu.pe/images/documentos/2010%20Temas%20de%20seguridad%20-%20Julio.pdf (última consulta: 1 de marzo de 2011).

Portal Farfán, Diana
2008 *Justicia de Género. Violencia sexual en conflictos armados: el derecho de las mujeres a la justicia.* Disponible en: http://www.demus.org.pe/publicacion/556_seriejg_vio_sex_cai.pdf (última consulta: 28 de febrero de 2011).

Ramírez, Beatriz
2011 "La violación sexual desde una perspectiva jurídica". Inédito.

Ramírez, Beatriz & Clea Guerra
2008 *De la denuncia a la sanción: sistema penal peruano y procesamiento de delitos sexuales*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán.

Rodríguez, Marcela
2000 "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas". En: Birgin, Haydée (compiladora). *El género del derecho penal: las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos. pp. 137-174.

Rosas, María Isabel
1990 *Violación sexual: un crimen silenciado.* Lima: DEMUS.

Rosenfeld, Barry & Steven Penrod
2011 *Reseachr methods in foresic pasichology.* New Yersey: Hoboken.

Ruiz-Jarabo Quemada, Consuelo & Pilar Blanco Prieto (directoras)
2005 *La violencia contra las mujeres. Prevención y Detección.* Madrid: Ediciones Díaz de Santos.

Sánchez Jiménez, María Hilda & Sandra Milena Valencia
2007 *Lectura Sistemática sobre familia y el Patrón de la violencia.* Bogotá: Asociación de Editoriales Universitarias de Colombia.

San Martín, César
2001 "El procedimiento penal por delitos sexuales en el Perú". En: Hurtado Pozo, José (director). *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. pp. 291-333.
2000 "Principios probatorios en el derecho procesal penal sexual peruano". En: Defensoría del Pueblo. *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Lima: Defensoría del Pueblo. pp. 123-150.

Sarmiento Rissi, Patricia
2009 "Acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia sexual que acuden a nuestros servicios". En: DEMUS. *Para una justicia diferente. Violencia Sexual y Reforma Judicial con perspectiva de género*. Lima: DEMUS. pp. 11-44.

Savino, John & Brent Turvey
2011 *Reape investigation handbook.* California: Academic Press.

Siles Vallejos, Abraham
1995 *Con el solo dicho de la agraviada. ¿Es discriminatoria la justicia en procesos por violación sexual a mujeres?* Lima: DEMUS:

Smart, Carol
2000 "La teoría feminista y el discurso jurídico". En: Birgin, Haydée (compiladora). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos. pp. 31-71.

Stavig, Ward
1996 *Amor y violencia sexual: valores indígenas en la sociedad colonial.* Lima: IEP; Florida: University of South Florida.

Straka, Silvia & Lyse Montminy
2006 "Responding to the needs of women experiencing domestic violence". En: *Violence agains women.* Número 12, volumen 3. pp. 251-267.

Tamayo, Giulia
2000 *Cuestión de vida. Balance regional y desafíos sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.* Lima: CLADEM, Oxfam.

Taylor Navas, Luis
2001 "Evolución legislativa de los delitos sexuales en Perú". En: Hurtado Pozo, José (director). *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. pp. 337-354.

Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
1999 "Violación a la libertad sexual desde la perspectiva de género". En: *Ius et veritas.* Año 9, número 18 (Junio de 1999). pp. 194-198.

Universidad de Lima
2009 *IV Encuesta Anual sobre seguridad ciudadana.* Disponible en: http://www.oas.org/atip/documents/victimization_surveys/peru/Lima%20-%20Estudio%20de%20Victimizacion.pdf (última consulta: 18 de febrero de 2011).

UNODC
2010 *International statistics on crime and justice.* Helsinki: UNODC.

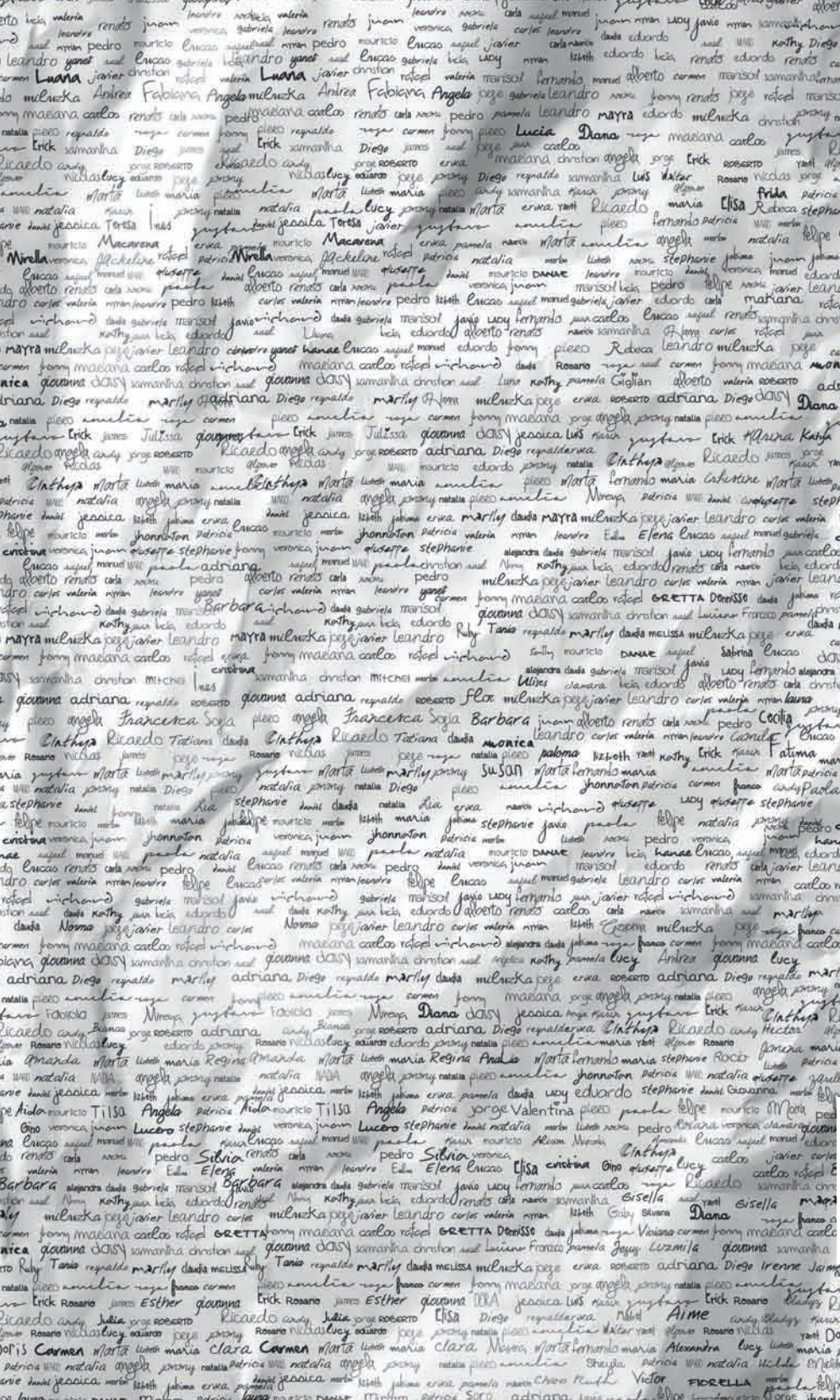
Vargas Rojas, Fidel
1998 *Jurisprudencia Penal.* Lima: Gaceta Jurídica.

Vidaurre, Manuel Lorenzo
1828 *Proyecto de un Código Penal; contienen una explicación prolija de la entidad de los delitos en general y el de la particular naturaleza de los más conocidos. Se señalan las penas que parecen proporcionadas. Al último se agrega una disertación sobre la reforma del clero*. Boston: Hiram Tupper.

Villanueva Flores, Rocío
2009 *Homicidio y Feminicidio en el Perú.* Setiembre 2008 - junio 2009. Lima: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.

Villavicencio, Felipe
2002 *Código Penal comentado*. Lima: Grijley. 3era edición. 1era. Reimpresión.

Violaciones sexuales en el Perú 2000-2009. Un informe sobre el estado de la situación de Jaris Mujica se terminó de imprimir
en noviembre 2011 en Lettera Gráfica
Lima, Perú



ISBN: 978-612-4106-09-5



PROMSEX
Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos

UNFPA

AMERICAN JEWISH WORLD SERVICE

ONU MUJERES
Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres

UNIDAD II
DERECHO PENAL MATERIAL

- ✓ **Hurtado Pozo, José**. Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Civil respecto al delito de hurto en el Código Penal Peruano. En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4-5, N° 6 y N° 7/2010-2011, Lima.

RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO CIVIL RESPECTO AL DELITO DE HURTO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

JOSÉ HURTADO POZO*

Resumen

En el proceso de interpretación y comprensión de los tipos legales referentes a los delitos contra el patrimonio, el aspecto decisivo está relacionado con la función que se atribuya al derecho penal respecto a otras ramas del derecho, en especial al derecho civil. Los factores civiles o comerciales que contienen los tipos legales penales, deben ser comprendidos de acuerdo a las limitaciones, fundamentos y finalidades del derecho penal. Sin embargo, las clasificaciones y los criterios de distinción empleados por el derecho civil no siempre concuerdan con las distinciones realizadas en derecho penal, ni con los fines de las disposiciones penales concernidas, lo cual muestra la relativa autonomía del derecho penal frente el derecho civil.

Palabras clave: Principio de legalidad – Bien jurídico – Patrimonio – Propiedad – Posesión – Bien mueble – Hurto – Sustracción – Apoderamiento.

Abstract

In the process of interpreting and understanding the legal identities of crimes against property, the decisive aspect is related to the function given to criminal law with respect to other branches of the law, particularly to civil law. The civil or commercial factors contained in criminal laws must be understood according to the limitations, grounds and purpose of the criminal law. However, the classifications and distinctions used in civil law do not always coincide with those distinctions used in criminal law nor with the goals pursued in the relevant criminal provisions, a fact that evidences a relative autonomy between civil and criminal law.

Key words: Principle of legality – Legal interest – Property – Ownership – Possession – Real Estate Property – Theft – Takeover – Seizure.

Sumario

1. Introducción. 1.1. Interpretación. 1.2. Bien jurídico. 1.3. Patrimonio y propiedad. 2. Relaciones entre derecho civil y derecho penal en materia de delitos contra la propiedad. 2.1. Noción de posesión. 2.1.1. En derecho civil. 2.1.2. En derecho penal. 2.1.3. Esfera de posesión. 2.2. Bienes muebles: noción y clasificación. 2.3. Apoderarse. 2.4. Sustraer. 2.5. Objeto de la infracción. 3. A manera de conclusión.

* Dr. Iuris, Dr. h. c. mult., Profesor de derecho penal y procesal penal en la Université de Fribourg (Suiza).

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Interpretación

La aplicación de toda disposición legal supone su interpretación. La explicación de este proceso ha dado lugar a múltiples debates desde diversas perspectivas. A pesar de constituir el mismo proceso de esclarecimiento y valoración, se le atribuyen ciertas particularidades respecto a cada dominio del derecho. En derecho penal, su especificidad esencial radica en que su límite fundamental es el principio de legalidad.

Aun cuando, corremos el riesgo de repetir nociones bastante conocidas, creemos conveniente explicar, aún de manera breve, lo que entendemos por interpretación. En nuestra opinión, siguiendo la de muchos otros autores, se trata de un proceso lógico y axiológico mediante el cual se atribuye a un texto uno de sus sentidos posibles[1]. De modo que el intérprete debe partir de las palabras de la disposición (gramatical), considerar su posición en el sistema en la que se encuentra y sus relaciones con las demás (sistemático), tener en cuenta el contexto en que fue dictada (histórico) y, sobre todo, la situación en la que es aplicada, considerando de la evolución de la sociedad y del mismo orden jurídico (teleológico).

No es, por tanto, un procedimiento rígido por el que se descubre el verdadero y único sentido de la ley. Más bien, el intérprete dispone, en ciertos límites, de un margen de libertad que le permite, después de haber evidenciado los sentidos posibles del texto, escoger uno de estos últimos por considerarlo el más justo para el caso *sub iudice*. El principio de legalidad, su límite esencial, no puede ser más comprendido con la rigidez que se le atribuyó en sus orígenes. Esto se debe, por ejemplo, a que el lenguaje es ambiguo, polisémico, vago[2]. A pesar de esto, las palabras de la ley no pueden ser ignoradas; por el contrario, constituyen el objeto, punto de partida y ámbito de la interpretación. Además, el texto no es un factor inmutable (permanente y verdadero) que somete de manera absoluta al intérprete.

Un aspecto interesante y decisivo –cuando se aborda, por ejemplo, la comprensión de los tipos legales referentes a los delitos contra el patrimonio–

---

[1] MENNICKEN, Axel. *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie.* Hamburg, 1970, p. 101; HURTADO POZO, José. «A propósito de la interpretación de la ley penal». En: *Doctrina Penal*. 1991, pp. 495 ss.

[2] NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho.* Buenos Aires, 1980, pp. 247 ss; cf. SOLER, Sebastián. *Las palabras de la ley*. México, 1962, pp. 11 ss.

está relacionado con la función que se atribuya al derecho penal, respecto a otras ramas del derecho, en especial al derecho civil. Si se le reconoce una función accesoria, se admite que los conceptos o nociones tomados de este último deben ser fielmente seguidos al interpretarse las disposiciones legales que los contienen. En caso contrario, si se admite que es autónomo, al menos de modo relativo, se concluye diciendo que, en el derecho penal, se les puede atribuir un sentido diverso y adecuado con los fines de éste y, en especial, de las disposiciones interpretadas.

En esta perspectiva, hay que subrayar que el proceso de interpretación supone una precomprensión[3], que el intérprete disponga de conocimientos relativos a los factores sociales y concepciones jurídico-políticas que han condicionado la elaboración de las normas y que enmarcan su aplicación. Esto permite explicar y justificar los cambios de jurisprudencia y de la doctrina. Los mismos que deben tener lugar respetando la relativa coherencia, parcial o global, del sistema normativo.

1.2. Bien jurídico

La expresión "bien jurídico" designa un concepto operativo que permite referir que existen cosas, situaciones, relaciones, finalidades valiosas, presentes o futuras (aspiraciones), que el ordenamiento jurídico busca proteger. No debe comprendérsele de modo tan amplio que llegue a vaciársele de todo contenido, como a veces se hace para justificar la represión de ciertos comportamientos. Tampoco debe concretársele a tal extremo que impida sostener la protección penal de ciertos intereses que son realmente importantes para la vida comunitaria.

Se evitan malentendidos, si no se considera a los bienes jurídicos como entidades preexistentes a la legislación, como lo son los fenómenos naturales y sociales. Su significado no puede ser extraído de la constatación de una realidad concreta, diferente de las cosas materiales, relaciones, intereses y estados de hecho relativos a los comportamientos delictuosos[4]. Por el contrario, ellos implican, con referencia a estas realidades –que son las cosas materiales y los intereses– juicios de valor de quien ejerce el poder punitivo. Este proceso

---

[3] KAUFMANN, Arthur. Rechtsphilosophie im Wandel : Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung, in Festschrift für W. Gallas. Berlin/New York, 1973, pp. 7 ss. Cf. LARENZ, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6ª edición. Berlin, 1991, pp. 87 ss.

[4] NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México, 1974, pp. 66 ss., considera la noción de bien jurídico como un "término teórico", que no se refiere directamente a una entidad observable. Da como ejemplos de este tipo de términos los de átomo, protón, campo magnético.

valorativo permite individualizar las entidades calificadas de bienes jurídicos, las que pueden ser circunstancias y finalidades necesarias para la comunidad, pero también deberes instituidos por el mismo ordenamiento jurídico.

La noción de bien jurídico debe ser distinguida de la noción de objeto material del delito. Mediante esta última, se hace referencia al sustento en el que se manifiesta el bien jurídico penalmente protegido, y que constituye el objeto sobre el que recae la conducta delictiva. Por ejemplo, en el delito de hurto el bien protegido es la propiedad (comprendida en el patrimonio, en su expresión de posesión) y el objeto material es el bien concreto que se sustrae. En este sentido, el bien jurídico es siempre inmaterial y su vigencia es cuestionada por la acción delictuosa que recae de manera inmediata sobre un objeto determinado. De modo que la protección de los bienes jurídicos implica en buena cuenta la ratificación de la vigencia de los valores tomados en consideración por el legislador y, por tanto, el reforzamiento de la norma que prohíbe el comportamiento incriminado.

En esta perspectiva, la noción de bien jurídico resulta útil para determinar el real contenido del tipo legal, armonizar el sentido de las disposiciones penales con los objetivos cambiantes de la sociedad, exigir que no se reprima en base a la violación de un simple deber de fidelidad o de la sola actitud contraria al sistema social, comprobar por qué el legislador ha incriminado un comportamiento y, llegado el caso, proponer la derogación o reforma de la disposición concernida.

1.3. Patrimonio y propiedad

La configuración y comprensión de los tipos legales relativos a los delitos contra el patrimonio están condicionadas por la manera en que éste es concebido. Diversas son las concepciones elaboradas, por lo que nos limitaremos a resumir las más difundidas. Según la **concepción jurídica**, completamente superada, el patrimonio está constituido por los derechos patrimoniales reconocidos por el ordenamiento jurídico (derechos subjetivos), sin considerar si tienen o no valor económico. La **concepción económica** considera, por el contrario, que es el conjunto de bienes con valor económico de los que puede disponer una persona, sin importar si son o no protegidos por el orden jurídico. Según la **concepción jurídico-económica**, predominante en doctrina, se trata de los bienes con valor comercial sobre los cuales una persona tiene el poder de disponer bajo el amparo del orden jurídico. Por último recordemos, en consideración a la frecuente citación de corrientes llamadas "modernas", que se sostiene también un **criterio funcionalista**, conforme al cual el patrimonio

es el conjunto de bienes que se adjudican a una persona en razón de derechos transferibles. Dicho de otra manera, se trata del poder que tiene una persona para disponer del conjunto de bienes apreciables económicamente[5]. La adopción de una u otra de la concepciones sobre el patrimonio condiciona la interpretación de las disposiciones relativas a los delitos contra el patrimonio y, por tanto, también de los delitos contra la propiedad.

Entre los delitos contra el patrimonio, hay que distinguir aquellos que constituyen atentados contra el patrimonio globalmente considerado, como es el caso de la estafa y otras defraudaciones, de los delitos contra la propiedad. Entre estos últimos figura el hurto que, precisamente, es concebido como un ataque contra el derecho de propiedad mediante la ruptura de posesión del propietario y la constitución de una nueva posesión. Otras figuras delictivas son reprimidas porque mediante su realización se niega simplemente la propiedad de otro, se dificulta o frustra el ejercicio del derecho de propiedad[6]. Al respecto, hay que tener en cuenta que, según nuestro sistema, la propiedad goza de una protección exclusiva y, por tanto, los ataques que no están previstos en la ley son impunes. En cambio, la protección del patrimonio (noción global) es incompleta por no reprimir todos los innumerables y variados atentados contra los intereses económicos ajenos. Así, el derecho penal, debido a su índole accesoria, no puede ser considerado como el simple gendarme del cumplimiento de obligaciones contractuales y del mantenimiento de las buenas costumbres en los negocios[7].

2. RELACIONES ENTRE DERECHO CIVIL Y DERECHO PENAL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

2.1. Noción de posesión

2.1.1. En derecho civil

La **posesión** ha sido regulada en el Código Civil peruano (a continuación CC) según el criterio objetivo de Ihering, conforme al cual se trata del ejercicio de facto de uno o más de los poderes inherentes a la propiedad. No sería necesaria la existencia de un *animus* de actuar como propietario desconociendo la propiedad de otro, como lo exigía Savigny (criterio subjetivo). La relación de hecho con el bien no es necesariamente material y directa, sino que es

---

[5] KINDHÄUSER, Urs. Strafrecht, Besonderer Teil, 4ª edición, 2005, § 26, N. 22 s.

[6] STRATENWERTH, Günther. Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen, 6a edición, Berna 2003, § 12, N. 5.

[7] CASSANI, Ursula. *La protection pénale du patrimoine. Autonomie et détermination par le droit civil*. Lausanne, 1988, p. 57.

concebida como un factor jurídico y económico, variable de acuerdo a las circunstancias. En este sentido, se explica por qué se prevé en el art. 904 del mismo Código que la persona que está impedida de acceder temporalmente a su bien (sin interesar la causa, por ejemplo, inconsciencia de la persona) conserva la posesión. Esta última es protegida, siempre siguiendo la tesis de Ihering, debido a que constituye la exteriorización de la propiedad, ya que los propietarios no siempre pueden probar el dominio[8].

En el CC se distingue entre posesión real y posesión ficta, así como entre inmediata y mediata. Lo que comporta que poseer no supone necesariamente, en derecho civil, tener físicamente la cosa en su poder, utilizarla o aprovecharla. De acuerdo con el art. 896 CC, "la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad". Ella concluye, por tanto, cuando termina el hecho consistente en comportarse de alguna manera como el propietario de la cosa. Al respecto, por ejemplo, los civilistas sostienen que el hurto y la pérdida son circunstancias que impiden claramente el ejercicio de la posesión de parte de su titular. La titularidad queda suspendida hasta que vuelva al "poder posesorio efectivo del titular".

2.1.2. En derecho penal

La noción de posesión en derecho penal no es la misma que la utilizada en derecho civil[9]. La identidad en la terminología utilizada dificulta su comprensión respecto a la noción empleada en derecho privado. Al respecto, es necesario referirse a la terminología alemana, pues la distinción es de origen teutón. En alemán, se emplea la palabra *Gewahrsam* (tenencia de un bien) para designar la posesión en sentido penal y el término *Besitz* (posesión) para referirse a la posesión en derecho civil. El origen común de ambas nociones es el criterio germánico de la *Gewehre*, que supone la necesidad de proteger la tenencia pacífica de los bienes. El elemento común a las dos categorías es "el dominio efectivo" (*tatsächliche Gewalt*). Este dominio o poder debe ser comprendido de acuerdo con las reglas de la vida social, las mismas que permiten determinar si una relación bastante relajada sobre la cosa puede ser considerada como "dominio efectivo".

La divergencia de sentidos es debida a las diferentes funciones que cumplen en cada uno de los ámbitos del derecho. Sin embargo, la oposición no es frontal, pues debe admitirse, en principio, que la noción penal y la de

---

[8] MEJORADA CHAUCA. Art. 897, in Código Civil Comentado, T. V, Derechos Reales, pp. 79 ss; *ibid.*, in Cátedra - Espíritu del derecho, N. 1 - Año 1, Noviembre 1997, http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1997_n1/La_Pos_Conte_Contr.htm.

[9] STRATENWERTH, Günther. *Op. Cit.* (nota 7), § 13, N. 74.

posesión inmediata del derecho civil coinciden en su aspecto central. Es en los aspectos marginales donde la posesión penal adquiere, con independencia de las cuestiones civiles, sus características particulares en razón a la función específica que cumple el derecho penal. Además, hay que destacar que, generalmente, las ficciones del derecho civil no deben ser retomadas sin más en el derecho penal. De modo que no es indispensable distinguir, de manera detallada y con pretensiones de valor absoluto, las diferencias existentes entre ambas nociones de posesión (*Gewahrsam y Besitz*).

En derecho penal, la noción de posesión ha sido sometida, desde hace bastante tiempo, a un proceso de "desmaterialización", sin llegar, sin embargo, a los extremos alcanzados en derecho civil. Por ejemplo, se concibe una posesión de parte de los herederos sobre los bienes del *cujus* antes de ser informados del fallecimiento o cuando se prevé como posible la transmisión de la posesión sin transferencia de la relación material que supone el dominio efectivo, conforme se desprende del art. 660 CC. Las restricciones en derecho penal dependen de que se considera, junto al "poder de hecho de disponer de un bien", la llamada "voluntad de ejercer este poder" como factores constitutivos de la posesión. La presencia de la voluntad hace, justamente, que se atenúen los efectos de admitir un dominio de hecho bastante amplio, comprendiendo, por ejemplo, la "posesión mediata". En el mismo sentido, es cuestión de decidir si se acepta o no la ficción civil de considerar que los herederos poseen automáticamente los bienes del causante, como prevé el art. 660 CC, aun cuando no saben del fallecimiento del causante y el deceso se produce lejos de su esfera de influencia. De la respuesta depende que esos bienes sean o no objetos de un hurto.

2.1.3. Esfera de posesión

La posesión de un bien es determinada con mayor facilidad en la medida en que la esfera de influencia sea delimitada físicamente (los ámbitos de la casa, del automóvil). Pero, también existe cuando los bienes se encuentran en un lugar público (automóvil aparcado al borde de una calle). El propietario debe tomar ciertas medidas que pongan en evidencia que no ha abandonado el bien. De esta manera, muestra que tiene la voluntad de ejercer su poder efectivo de dominio. Esta voluntad supone que sabe realmente que tiene la tenencia del bien. Esta condición ha sido flexibilizada de manera a considerar suficiente un "conocimiento virtual". Es el caso, cuando se admite la posesión respecto a quien tiene la voluntad general de poseer las cosas que ingresen en su esfera de influencia (como sucede con los envíos postales introducidos en el buzón de cartas de alguien).

El poder o dominio sobre una cosa puede ser compartido por dos o más personas. Esta coposesión es fácilmente determinable, por ejemplo, en el caso de mujer y marido habitando la misma casa; pero resulta complicado establecer su existencia en los casos en que las personas se encuentren en relación de subordinación: por ejemplo, entre propietario de una tienda, los vendedores y la cajera. La respuesta se obtiene teniendo en cuenta criterios normativos, es decir el contexto social. Debido a la organización y dimensiones de la tienda, los empleados pueden ser solo auxiliares del propietario que pretende conservar el dominio efectivo sobre las mercaderías y la caja. Por el contrario, tratándose de grandes tiendas en las que los empleados, debido a la distribución y autonomía de cada función que desempeñan, disponen de los bienes que llegan a su poder (el dinero que recibe la cajera de los clientes). En todos estos casos, según las circunstancias, se admitirá la posesión exclusiva o la coposesión. Esto es decisivo, por ejemplo, para precisar si se trata de hurto o de apropiación ilícita.

Si se aplica rígidamente el criterio económico-jurídico de patrimonio, la posesión protegida es la que es amparada por el derecho civil y, en consecuencia, no la posesión que tiene el ladrón sobre la cosa que hurtó. De modo que quien se apodera, mediante sustracción, de una cosa robada no comete hurto, pues el propietario no la posee, debido a que el comportamiento del ladrón suspendió el ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes a la propiedad. Y la posesión creada por éste no es protegida por el orden jurídico penal. La conclusión es diferente si se tiene en cuenta que conforme al art. 904 CC, "se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera". En el caso del ladrón, el impedimento es por causa que no depende del propietario, sino que es contraria a su voluntad. En estos casos excepcionales, el orden jurídico continúa considerando como posesión una situación que no cumple las condiciones del art. 896 CC.

Esta ficción no necesita ser considerada en el derecho penal, debido a que en éste se aplica una noción de posesión diferente a la admitida en derecho civil. La misma que se destaca claramente cuando se recuerda, conforme a la concepción germánica que ha sido tomada en cuenta, que en el hurto se trata de *Gewahrsam* (detención) y no de *Besitz* (posesión). La relación de poder fáctico que supone la primera existe sin importar la causa jurídica que la origina (lícita o ilícita)[10]. Además, lo decisivo es que la cosa no pertenezca al agente, que su propietario no la haya abandonado ni perdido.

[10] CASSANI. *Op. Cit.,* p. 122 (nota 8).

2.2. Bienes muebles: noción y clasificación

En el Código civil se consideran **bienes** al conjunto de cosas y derechos. **Se distingue entre bienes** muebles e inmuebles de acuerdo con su movilidad o inmovilidad. Este criterio, sin embargo, no fue aplicado de manera estricta, ya que ciertos bienes movibles (por ejemplo, los barcos, aviones, las vías de ferrocarriles, etc.) eran considerados como inmuebles por una ficción jurídica tradicional que fue recogida en el CC, art. 885, incs. 4 y 9. Esta situación fue corregida mediante la Ley de garantía mobiliaria (Ley N° 28677, del 1 de marzo de 2008) que, en su art. 4 incs. 19 y 21, les niega la condición de bienes inmuebles.

En relación con la comprensión de los tipos legales referidos a los delitos contra la propiedad, en especial al hurto, es necesario analizar el empleo del término "bien" (objeto material del delito) en lugar de "cosa". Este cambio de denominación fue inspirado por la **evolución de la legislación civil**, que reemplazó el término "cosa" (CC de 1936) por "bien" (según el vigente modelo del CC de 1984). Este cambio tuvo como objetivo, por un lado, comprender en un solo concepto los objetos corporales e incorporales de la relación jurídica de los derechos reales; por otro, calificar, para los fines antes indicados, el conjunto constituido por los bienes corporales y los bienes incorporales en muebles e inmuebles; finalmente, excluir del ámbito jurídico a aquellas 'cosas' que carecen de valor patrimonial.

Estas clasificaciones y los criterios de distinción empleados por el derecho civil no concuerdan con las **distinciones realizadas en derecho penal**, ni con los fines de las disposiciones penales concernidas. Por ejemplo, la tradicional ficción por la que se considera como bienes inmuebles a las naves y aeronaves no tiene sentido en derecho penal, ya que el objetivo no es proteger las garantías que pueden recaer sobre ellas, sino antes bien la posesión y, con ello, proteger la propiedad. Para el derecho penal, las naves y aeronaves siguen siendo muebles y, por tanto, objetos del delito de hurto. En el mismo sentido, una casa prefabricada para ser instalada en un terreno determinado, como se hace actualmente, puede también ser hurtada mientras no haya sido fijada definitivamente en la parcela. Esto muestra la relativa autonomía del derecho penal frente el derecho civil y, nuestros cuestionamientos han sido confirmados mediante la citada Ley de garantía mobiliaria, la cual califica dichos bienes como muebles.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 886, inc. 2 CC, las **fuerzas naturales** son bienes muebles a condición que sean "susceptibles de apropiación".

La expresión utilizada en la disposición citada no se refiere a las fuerzas naturales como tales (solar, eólica, acuífera, magnética, etc.), sino más bien al estado que puedan adoptar y que permite puedan ser aprehendidas. No es un bien mueble lo que aprehende quien capta la energía solar para calentar las habitaciones de su casa. Lo que es considerado bien mueble es más bien el producto resultante del proceso de aprehensión de dicha fuerza natural; es decir, de la energía eléctrica obtenida. Cuando, en la legislación penal, no se había equiparado la energía a los bienes, el problema era de saber si cometía hurto quien se "apoderaba" de dicha energía ya que se dudaba que ésta fuera o no una "cosa". La respuesta en derecho penal no es muy clara debido a la deficiente redacción del art. 185, segundo párrafo. Según esta disposición: "Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético". Por tanto, pueden ser objeto de hurto la energía (la eléctrica es mencionada expresamente y como ejemplo), todo otro elemento semejante a los mencionados y que tenga valor económico y, por último, el espectro electromagnético (que, según la redacción del citado tipo penal, no sería ni energía, ni elemento).

Como las fuerzas naturales (eólica, solar, atómica, etc.) son transformadas en **energía eléctrica** mediante usinas, el propietario de éstas será perjudicado mediante la sustracción clandestina de la electricidad que aquél distribuye a los usuarios, contra el pago de un monto determinado. Lo mismo sucede con la sustracción de gas (u otro elemento, como el gas), sin el acuerdo del concesionario y sin contraprestación, de la red de distribución instalada por este último. Así mismo, respecto a la generación de fuerza electromotriz por la acción de la luz (fotovoltaico), quien sustrae a su vecino la fuerza eléctrica que éste produce, mediante los paneles solares que ha instalado en el techo de su casa, comete hurto. Si el legislador, en el art. 185, "equipara" (considera equivalentes) estos productos (energías) a los "bienes", se debe a que estima que no son bienes ni corporales (cosas) ni inmateriales (derechos). Si los hubiera considerado iguales o de la misma índole, no hubiera necesitado mencionarlos expresamente. O en su caso, para evitar dudas, se hubiera limitado a indicarlos como ejemplos de bienes. En otros sistemas legales se busca salvar esta dificultad interpretativa estableciéndose disposiciones especiales. Así, en el CP francés, art. 311-2, se dice: "La sustracción fraudulenta de energía en perjuicio de tercero es asimilada al hurto". El art. 142, CP suizo, prevé un tipo penal especial para reprimir la sustracción de energía.

La deficiencia del art. 185, párrafo segundo, es más grave cuando se refiere al "**espectro electromagnético**", porque su explotación no genera un producto

sino que tiene lugar mediante la utilización de una frecuencia determinada. La misma que es concedida por el Estado, por ejemplo para la emisión radial o televisiva. El hurto se daría porque la posesión estatal de dicho espectro es violada por el uso indebido y no mediante la sustracción (imposible de realizar por la naturaleza del espectro electromagnético). En el caso de una emisora radial clandestina[11], esta disposición no fue aplicada porque resultó imposible cuantificar con precisión el perjuicio que representó para el Estado "el uso indebido del espectro electromagnético materia del ilícito". De esta manera se desnaturaliza completamente el tipo legal del hurto y, por tanto, debería admitirse y tratarse dicho comportamiento como un delito particular.

Los **minerales** son bienes muebles cuando son extraídos de las minas. Según la Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Ley N° 26821), art. 23, tercer párrafo, la "concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse". En su art. 19, establece además que: "en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre éstos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares". En esta perspectiva, resulta poco claro que se pueda considerar la aplicación directa del art. 885, inc. 53 CC (que reconoce como inmuebles a las minas y concesiones) y del art. 19 de la Ley N° 26821, ambos en relación al delito de hurto, ya que ello haría imposible calificar como hurto al hecho de sustraer productos minerales sin ser concesionario, pues el Estado conserva siempre el dominio sobre dichos bienes muebles. La ficción de que los minerales sustraídos sin autorización permanecen en el dominio del Estado, es inaceptable en derecho penal.

Es claro, por el contrario, que los mineros pueden ser víctimas de hurto, pues si bien ellos no son propietarios de los yacimientos mineros sino solo concesionarios, sí son propietarios de los productos extraídos del yacimiento minero y, por tanto, disponen de éstos con plena libertad.

El art. 886, inc. 5 CC, considera como bienes muebles a los "**títulos valores de cualquier clase o los instrumentos** donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales". Estos últimos constituyen los certificados de participación en fondos mutuos y fondos mutuos de inversión en valores[12], conforme se prevé en el art. 261, inc. 1, de la Ley de Títulos Valores (Ley

[11] Exp. 858-98 Lima, in JurPeGaceta, I, p. 257.

[12] Los certificados de participación en fondos mutuos son títulos valores representativos de un derecho de participación, conforme se prevé en el art. 261 de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

N° 27287). Los primeros son documentos que representan o incorporan derechos patrimoniales, establecidos conforme a las formalidades exigidas por la ley. Cuando figuran en un documento cartular, se les califica de títulos valores materializados[13]. Por el contrario, se les llama desmaterializados[14] si "requieren su representación y anotación en cuenta y su registro ante una institución de compensación y liquidación de valores"[15]. En ambos casos los derechos de los titulares se encuentran representados materialmente (en documentos o en registro).

Si puede concebirse sin mayores dificultades que los títulos valores materializados pueden ser objeto de un hurto, es debido a que los documentos por ser objetos corporales son aprehensibles y susceptibles de valor económico. Por el contrario, resulta problemático imaginar que los títulos valores desmaterializados, reconocibles y comprobables únicamente por la inscripción legal, sean comprendidos como objetos del delito de hurto. No está demás repetir que cuando el legislador ha querido comprender, además de bienes muebles corporales, a los valores, los ha mencionado expresamente en el tipo legal correspondiente. Así, por ejemplo, en el art. 190, apropiación ilícita, se refiere a "un bien mueble", a "una suma de dinero" y a "un valor".

En el ámbito penal, resulta interesante tomar en consideración ciertos casos particulares. Así, por ejemplo, la previsión respecto al hurto de la agravante consistente en la **utilización de transferencia electrónica**, de la telemática o de la violación de claves secretas (art. 186, segunda parte, inc. 3). Esta regla constituye una muestra clara de desconocimiento teórico y deficiente técnica legislativa de parte del legislador. Desconocimiento, por ejemplo, de lo que son los delitos informáticos y, en particular, del mal denominado "hurto informático", lo que lo lleva a confundir un caso de esta figura delictiva *sui generis* con la del hurto previsto en el art. 185.

La dificultad de considerar como hurto la transferencia electrónica de una suma de dinero de una cuenta a otra se ha debido, precisamente, a que el sistema bancario no funciona transfiriendo materialmente dinero (caudales o fondos) sino créditos. Cuando un cliente ordena a su Banco que, de su cuenta 007, se transfieran cien mil soles a la cuenta 077 de XY, el bancario no toma físicamente dicha suma del "depósito" del primer cliente y la coloca

[13] Art. 279, inc. 15, de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.
[14] Art. 279, inc. 16, de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.
[15] AVENDAÑO, Francisco. Art. 886, in Código Civil Comentado, T. V, Derechos Reales, pp. 45 s.

materialmente en el "depósito" del segundo. Lo que hace en realidad es inscribir un débito y un crédito respectivamente. Del mismo modo, quien ilegítimamente, mediante la utilización indebida del sistema informático del Banco, transfiere fondos de la cuenta de un tercero a su propia cuenta (en el mismo Banco o en otro), lo que hace es acreditar a su favor (mediante inscripción) un crédito por ese monto en su cuenta. Ahora bien, el art. 186 solo sería aplicable si el término bien fuera interpretado comprendiéndose también los "derechos" (créditos). En caso contrario, el problema sería más bien de saber si ha habido sustracción, siempre y cuando se siga pensando, equivocadamente, que se trata realmente de la figura del hurto y no de un tipo especial de delito, por ejemplo, informático.

Debido a que **no existe sustracción de "créditos"**, los legisladores, que han enfrentado problemas parecidos, prefieren hablar de "utilización de valores patrimoniales". Esto es lo que sucede cuando alguien recibe en su cuenta bancaria una suma de dinero que no le corresponde y, no devolviéndola, la saca del Banco y se la gasta. Lo que entró en su posesión por error fue un crédito y no dinero efectivo. Tampoco sería de aplicación el art. 192, inc. 2 (apropiación ilícita de bien perdido), porque no cabe interpretar el término "bien" en sentido amplio comprensivo de bienes corporales e inmateriales, muebles e inmuebles. Ya que resulta difícil admitir que, por ejemplo, el propietario ha "perdido" su casa; es decir que no sabe donde está, ni puede acceder a ella.

Para conservar la **relativa coherencia de las disposiciones** referentes a los delitos contra la propiedad, no debería forzarse la interpretación al extremo de tratar de adecuar, cueste lo que cueste, el comportamiento previsto "como agravante" a la figura del hurto (art. 186, segunda parte, inc. 3)[16]. Para no desnaturalizar el tipo legal, la descripción del comportamiento previsto como circunstancia agravante de este delito debería ser leída de manera diferente. La expresión "mediante" no debe ser interpretada en relación con la sustracción, sino más bien con el verbo principal "apoderarse". El apoderamiento se da mediante la utilización indebida de los "fondos" acreditados en la cuenta del autor. De modo que no se presenta la dificultad de si ha habido o no sustracción en el sentido estricto del primer párrafo del art. 185. El agente se apodera de "fondos" (dinero, caudales, capital) por el medio peculiar de manipular uno de los sistemas de transferencia expresamente indicados. Estaríamos, sin embargo, frente a otro caso de equiparación analógica; esta vez no entre bienes muebles y energías (art. 185,

[16] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *El delito informático en el Código Penal peruano*. Lima, 1997, pp. 61 ss.

pf. 2), sino entre la sustracción y la utilización de sistemas electrónicos. Otra manera de lograr el mismo objetivo de coherencia es admitir que, por una defectuosa comprensión del comportamiento grave que se busca reprimir, los redactores del inc. 3 de la segunda parte del art. 186 consideraron que los fondos (por ejemplo, el dinero) eran realmente objeto de la apropiación. Este sentido concuerda con el lenguaje común y no es incompatible con la descripción del delito de hurto.

En cuanto al objeto del delito de hurto, se presenta también la cuestión de saber si tienen esta calidad los **objetos, cosas, bienes que están fuera de comercio** y, por tanto, no tienen un valor pecuniario. Este aspecto económico del bien mueble, objeto del hurto, se deduce, sobre todo, del segundo párrafo del art. 185. En éste se dice, expresamente, que los elementos equiparados a "bien mueble" (energía eléctrica, etc.) deben tener "valor económico".

Al respecto, se presentan dificultades, por ejemplo, cuando el objeto de la sustracción indebida es un cadáver. De acuerdo con el art. 8 CC, "es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana". La persona o institución beneficiada con este don adquiere la posesión y la propiedad del cuerpo (o de una de sus partes). Si alguien se apodera de este "bien" sustrayéndolo, cabe preguntarse si ha cometido un hurto. El bien hurtado no tiene valor económico (determinado por el mercado), debido a que está fuera de comercio, conforme al art. 116 de la Ley general de salud (Ley N° 26842). Según esta disposición, está "prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos" (así se deducía también del art. 22 del DS 014-88-SA). El cadáver es un objeto especial en cuanto carece de significado económico-patrimonial y, por ser diferente a todos los demás objetos, no es un bien y, por tanto, no cae en ninguna de las categorías en que se clasifican los bienes. Por tanto, el art. 185 CP sería inaplicable. Lo que sería conforme a la regulación civil.

Sin embargo, el legislador penal se aleja de la ley civil cuando regula el delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos (art. 318-A), al describir esta infracción como el hecho de quien, "por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres". Se trata, en buena cuenta, de un caso agravado del delito contra la paz de los muertos (art. 318). Lo interesante respecto al carácter accesorio del derecho penal es que al modificarse el art. 318, se establece, contrariamente a la regulación civil,

que existen partes del cadáver (por tanto, también un cadáver completo) que pueden ser objeto de comercialización. Lo que significa que las actividades enumeradas deben ser comprendidas de manera semejante, pero no igual que las del derecho civil. De modo que podría también interpretarse el art. 185 comprendiendo que el cadáver, integro o en partes, puede ser objeto del hurto, pues resultaría posible fijar un valor patrimonial de acuerdo a la comercialización indicada en el art. 318.

Otra posibilidad de interpretación sería aceptar, conforme al criterio seguido por una minoría de civilistas (pero no por el ordenamiento legal peruano[17]), que los elementos que están fuera del comercio humano pueden satisfacer necesidades humanas y, por consiguiente, tienen calidad de bienes. De acuerdo con esto, tanto los órganos separados del cuerpo humano vivo, como los de un cadáver serían bienes, aun a pesar de que el ordenamiento legal prohíbe la asignación de un valor económico y su comercialización en el mercado. Si se admitiese el criterio minoritario, se lograría mayor armonía entre derecho civil y derecho penal, sin embargo es preferible reiterar que los factores civiles o comerciales que contienen los tipos legales penales deben ser comprendidos de acuerdo a las limitaciones, fundamentos y finalidades del derecho penal. Por tanto, en derecho penal, de acuerdo con las disposiciones penales citadas, el cadáver o una de sus partes puede ser objeto del delito de hurto porque, en el contexto social, son susceptibles de ser valorados económicamente, como lo admite en cierta forma el legislador al hablar de comercio de partes del cadáver.

Por último, resulta interesante destacar una de las condiciones para aplicar la nueva agravante relativa al delito previsto en el art. 318, que el agente utilice "los medios de prensa escrito o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras". La misma que es semejante a la del hurto agravado, en la que el agente utiliza "sistemas de transferencia electrónica de fondos". En ambos casos, el objeto de la maniobra son bienes muebles: fondos (dinero, caudales, en consecuencia no simple créditos/derechos) y partes de un cadáver, respectivamente.

2.3. Apoderarse

Según el derecho civil, la adquisición de la posesión puede ser originaria o derivada. La primera, también llamada adquisición unilateral, es consecuencia de un hecho propio y exclusivo de la persona que lo ejecuta. En caso de bienes

[17] AVENDAÑO, Francisco. *Op. Cit.* (nota 16), p. 689.

muebles, según los arts. 929 y ss. CC, debe tratarse de bienes abandonados, perdidos o *res nullius*. Al respecto, es oportuno recordar que en relación con la apropiación de muebles, el CC se refiere a "cosas libres", "objetos perdidos", "tesoro", "animales de caza y pesca"[18].

Por su parte, la adquisición derivada se da por la transmisión de la posesión de una persona a otra, razón por la que se le llama bilateral, y puede darse *inter vivos* o *mortis causa*. Ésta se produce por la tradición que implica la entrega (material o simbólica) de la cosa, a título oneroso o gratuito. La posesión de quien la transmite puede ser a título legítimo o ilegítimo.

Según el art. 901 CC, la tradición "se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece". Además, en el artículo siguiente, se prevén dos sucedáneos de la tradición, disponiéndose que ésta se considera realizada: primero, cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo y, segundo, cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero[19].

La adquisición originaria de la posesión puede producirse mediante autorización de la ley o contrariamente a ésta. El caso típico del segundo caso es la posesión que se atribuye el ladrón de la cosa que ha sustraído a su legítimo titular. El acto de apoderarse, materialmente, consiste, por un lado, en privar definitivamente al propietario del poder efectivo de disponer del bien y, por otro, en crear una nueva posesión a favor propio o de un tercero. El autor debe querer estos dos hechos; de manera a comportarse como si fuera el propietario y, así, privar al propietario de toda posibilidad de ejercer su poder efectivo de disposición material sobre el bien. Con este criterio, se superan las diferentes propuestas realizadas en relación con la cuestión de si el objeto de la apropiación es el bien mismo (*Substanztheorie*), su valor (*Sachwerttheorie*) o, por último, ambos *(Vereinigung von Substanz – und Sachwerttheorie*). Quien substrae la libreta de ahorro de un tercero, decidido a devolvérsela, se comporta como propietario cuando retira dinero de la cuenta de ahorro. Así, se apodera de manera definitiva de la suma sustraída.

El hurto, de acuerdo a nuestro sistema, es un delito de resultado. Es consumado en el momento en que el ladrón adquiere el objeto sustraído

[18] Enumeración que corresponde a la que se hace en el art. 192° CP, referente al caso de apropiación ilícita de un "bien perdido" o de un "tesoro" (inc. 1). Por esto, a pesar de que en esta disposición, se utiliza el término "bien" (perdido o ajeno), no puede comprenderse que también se refiere a bienes incorporales (por ejemplo, "derechos").

[19] En este caso, la tradición produce efecto, en cuanto al tercero, sólo desde que es comunicada por escrito.

y, como cuasi propietario, tiene la posibilidad de ejercer el poder de hecho de disponibilidad. Esto supone, en consecuencia, que el comportamiento del agente se desarrolla en dos fases: primero, la sustracción y, segundo, el apoderamiento. La aplicación unilateral de las superadas teorías tradicionales (*amotio, illatio, ablatio, contractatio*) no es útil para determinar cuando el ladrón tiene el poder de realizar actos dispositivos. Esto se debe a que la existencia del apoderamiento depende de las variadas formas en que puede efectuarse la exclusión (el desplazamiento) del propietario y la ocupación de la cosa por el ladrón[20].

2.4. Sustraer

La noción de apropiación está delimitada por la manera como debe proceder el ladrón para adquirir el poder de disposición sobre el bien: debe sustraerlo (*wegnehmen*). Acto que implica una violación de la esfera de influencia que tiene la víctima sobre sus bienes, privar al propietario de su poder efectivo de disposición. Dicho de otra manera, la sustracción se da por la transferencia del bien de la esfera de influencia del propietario a la esfera de influencia del ladrón. La apreciación del comportamiento calificado de sustracción está estrechamente relacionada con la noción de esfera de influencia o de posesión. La desmaterialización de la noción de esfera de influencia determina que el concepto de sustracción no deba ser necesariamente comprendido en un sentido objetivo o material.

Esto está igualmente condicionado por el hecho que en la ley no se indica expresamente la manera como debe practicarse la sustracción. En principio, todo medio es posible, salvo la utilización de la violencia o de la amenaza sobre las personas que transforman el hurto en robo. Siendo la sustracción el medio para lograr el apoderamiento del bien, el hurto es consumado solo cuando el autor toma efectivamente el poder de disposición del bien; momento en el que puede comportarse como si fuera el propietario.

De modo que, ante nuestra ley, no son decisivos los criterios tradicionales. Al respecto, ya en los años sesenta, se afirmaba que "el concepto de apoderamiento es un concepto abstracto, que debe ser determinado jurídica y no materialmente"[21]. En esta perspectiva se sostiene que al hablar de apoderamiento, "importa hacer una clara referencia a la posibilidad inmediata

[20] SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. T. IV, 1963, p. 169.
[21] SOLER Op. Cit. (nota 21), p. 165. En nota 26, este autor recuerda que Jiménez de Asúa afirmó correctamente que « la cuestión no está en el espacio sino en los actos jurídicos del agente ».

de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor"[22]. Es en este contexto que debe comprenderse la afirmación que: "en consecuencia, el desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar los actos de disposición[23]. El hurto no está en la acción de tomar la cosa, sino en la de usurpar el poder sobre ella". Afirmación que se comprende más en relación con el apoderamiento que con la sustracción, ya que se habla de usurpar, "porque apoderarse no es solamente sustraer, sino algo más; esto es traer la cosa a la esfera del propio dominio de hecho"[24].

Al respecto, hay que recordar los ejemplos dados para mostrar cuando la cosa puede quedar en el espacio en que se proyecta el poder patrimonial de la víctima y, sin embargo, que ésta haya sido despojada de su poder efectivo de hecho de propietaria. Estos criterios, sostenidos en base a la legislación argentina, y aplicables a la nuestra, están también condicionados a que se considera como materia del hurto las cosas muebles corporales y con valor económico[25].

2.5. Objeto de la infracción

Conforme al tipo legal del hurto, previsto en el art. 237 CP 1924, el objeto del apoderamiento debía ser una cosa mueble. A pesar del cambio efectuado en la definición del hurto en el CP de 1991 (art. 185), los autores y la jurisprudencia han comprendido que debía tratarse de un objeto corporal susceptible de apropiación, sin consideración a su estado físico. Por tanto, las cosas líquidas o gaseosas solo debían ser consideradas si estaban debidamente delimitadas.

Debido a la constitución física de determinados elementos como los diversos tipos de energía, éstos han sido equiparados a las cosas corporales para los efectos del hurto; llegándose a comprender expresamente el espectro electromagnético. Se trata de una ficción, frecuente en derecho, en el sentido que se tiene por cosa elementos que no lo son. No es cuestión de que jurídicamente se decida si se trata o no de la exactitud física de que la energía

[22] SOLER, Sebastián. Op. Cit. (nota 21), p. 165.
[23] SOLER, Op. Cit., p. 165 (nota 21). Afirmación literalmente reproducida tanto por Donna, Edgardo A., Parte Especial, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, T. II-B, p. 31, como en el considerando N. 9, in fine, de la Sentencia Plenaria de la Corte Suprema N. 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005. En CASTILLO ALVA, José Luis dir. *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley, 2008, p. 217 ss.
[24] SOLER, Sebastián. Op. Cit. (nota 15), p. 165.
[25] DONNA, Op. Cit. (nota 24), tomo II-B, p. 31.

sea cosa corporal. Pero, si es de destacar "la ingenuidad jurídica consiste en buscar [como sucedió mucho tiempo] dentro de la física la fijación de un concepto jurídico"[26].

Esta ampliación[27] de lo que podía ser hurtado fue propuesta, por primera vez, en el proyecto de CP de 1972, elaborado por el Ministerio de Justicia. En el art. 237, segundo párrafo, se decía: "se equipara a cosa mueble la energía eléctrica y cualquier otra que tenga valor económico". Disposición que fue recogida en el proyecto de 1985, cuyo art. 187, segundo párrafo, extiende dicha equiparación al gas, agua "y cualquier otro similar que tenga valor económico". El actual art. 185, segundo párrafo, dispone: "Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético".

La idea común a este proceder de equiparación es la de la necesidad de reprimir comportamientos consistentes en el apoderamiento de elementos de naturaleza diferente a las cosas corporales, aunque relativamente análogos; pero que por tener cierta manifestación física no podían ser calificadas de inmateriales o de intelectuales. Esta solución legislativa resultaba incoherente, desde el proyecto de 1985, porque al establecer el tipo legal del hurto se remplazó el término "cosa" por el de "bien". Comprendido de manera amplia, se podía estimar que este último abarcaría desde las cosas corporales hasta los llamados bienes inmateriales, pasando por los "derechos reales". Lo que estaría, además, confirmado por el hecho que, en el proyecto de 1985, art. 218, se reprimiera como autor de un delito "contra el derecho autoral", a quien "hurta el contenido de una obra literaria, artística o científica, para usarla y hacer con ella perjuicio de los derechos del autor o de sus herederos…".

Esta regulación, por la cual se suponía se dieran la sustracción y el apoderamiento, propios del hurto, no fue seguida por los redactores del Código actual. En éste se habla de delitos contra los derechos de autor y anexos y, en el art. 216, de publicación ilegal de obra. Además, se prevé como circunstancia agravante que "se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, la interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales como si fueran propios o como de persona

[26] SOLER, *Op. Cit.,* p. 165 (nota 15), p. 179.

[27] De manera más coherente, otros legisladores establecieron nuevos tipos legales: por ejemplo, el español lo previó como defraudación de fluido eléctrico (art. 255 CP) y el suizo, como « sustracción de energía » (art. 146 CP).

distinta del verdadero titular de los derechos". Ratificándose así que no se trataba de hurto de bienes intelectuales.

Mediante la inserción del art. 186 y en particular del inc. 3, parecería que se abriera las puertas para una interpretación extensiva del círculo de las cosas o bienes que pueden ser objeto del hurto. Según dicho inciso, la pena se agravará cuando el ladrón "usa sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general". De donde podría deducirse que el agente se apodera de "derechos" (créditos, forma escriptural), sustrayéndolos mediante el uso indebido de sistemas informáticos.

Sin embargo, si el apoderamiento, consistente en ejercer el poder efectivo de disponibilidad propio del propietario, debe ser entendido conforme a las reglas de la vida social, hay que comprender que la circunstancia agravante fue establecida pensando en la sustracción de fondos. Además, la referencia a cosas corporales es manifiesta tanto en las otras agravantes del hurto y, en particular, del robo, así como en la demás disposiciones referentes a los delitos contra la propiedad. Diferente es la situación respecto a los delitos contra el patrimonio.

En este sentido, se pronuncian de manera constante y uniforme los Jueces y Salas penales, como se puede constatar en la numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema. Como ejemplo, vale recordar la Sentencia Plenaria de esta Corte, N° 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005. En su parte resolutiva, se decide: "12. Establecer como doctrina, respecto a los delitos de robo agravado que el momento consumativo requiere la disponibilidad de la **cosa sustraída** por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la **cosa sustraída**. Los principios jurisprudenciales que rigen son los señalados en los párrafos 4 a 10 de la presente Sentencia Plenaria".

Como lo hemos resaltado, los jueces se refieren, expresamente en el breve párrafo trascrito, dos veces a la "cosa sustraída". La misma expresión la utilizan en los párrafos N° 4 a 10 y, en particular, en el N° 9. Al final de este último, en relación con la sustracción, se emplea justamente el término "cosa", se dice: "El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición". Afirmación que no es el fruto de una interpretación moderna, sino por el contrario, es opinión expresada por Soler en la década de los 60 y, últimamente, retomada por Dohna. Ambos

autores argentinos, manifiestan su convicción teniendo siempre en cuenta que son los bienes muebles corporales el objeto de los delitos de hurto y de robo.

Los argumentos de los jueces de la Corte Suprema están dirigidos a establecer cuándo los delitos de hurto y de robo son consumados y, así, distinguir la tentativa. Con este objeto, admiten el criterio de distinguir dos momentos sucesivos en la comisión de estos delitos: por un lado la sustracción y, por otro, el apoderamiento. En este contexto, la expresión "desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición" debe entenderse como el acto del ladrón de usurpar el poder de disponer del propietario o de realizar cualquier acto de dominio sobre la cosa sustraída. Hacer perder al dueño la posibilidad de ejercer su dominio constituye por sí mismo sustracción. Pero no implica que a esta pérdida corresponda la adquisición de dominio por parte del delincuente. En la adquisición de este dominio constituye, precisamente, el apoderamiento, segunda etapa del comportamiento delictuoso y con cuya realización se produce la consumación.

La propuesta de interpretar extensivamente la expresión "bien mueble" para comprender los bienes inmateriales, valores desmaterializados, nos recuerda algunas decisiones judiciales extranjeras en las que se admitía propuestas semejantes. Como muestra basta recordar el "caso Nehmad" (*Nehmadfall*) de la jurisprudencia suiza[28]. Los hechos consistían en que el titular de una cuenta corriente bancaria dispuso de una suma de dinero que había sido acreditada por error en su favor. La cuestión discutida fue si se le podía aplicar el art. 141 CP (actual 139), disposición que reprimía como delito de apropiación ilícita a quien se apoderase de una cosa mueble ajena y que había caído en su poder a causa de una fuerza natural, de un error, caso fortuito o de cualquier otra manera independiente de su voluntad. Los jueces del Tribunal Federal sostuvieron que el art. 141 (actual 139) era de aplicación, para lo cual consideraron como cosa un crédito bancario. Justificaron su decisión afirmando que el sentido "verdadero" de la disposición era el que se deduce de los valores en los que se inspira y de su finalidad. Por tanto, procede dar al término "cosa" un sentido que tenga en cuenta los factores económicos y, en consecuencia, más amplio que el considerado por el legislador. En esta perspectiva, sostuvieron que si bien, originalmente, el art. 141 (actual 139) apuntaba a las apropiaciones ilegítimas de sumas de dinero pagadas en

[28] ATF, 87 IV 115 ; ATF 116 IV 134 ; HURTADO POZO, José. Droit pénal, Partie Spéciale, T. I, 3a edición, Zurich, p. N. 683 ss. ; Schubarth, Martin/Albrecht, Peter, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, T. 2, Art. 137-172, Art. 141 N. 4.

exceso por error, por ejemplo, en ocasión de compras o de cambio de divisas, "existe también apropiación ilícita plenamente caracterizada cuando el pago equivocado se hace por transferencia bancaria y que el destinatario se niega a rembolsar de mala fe. Desde el punto de vista económico, continuaban afirmando los jueces, la transferencia de un crédito de una cuenta a otra equivale a un pago en efectivo".

En nuestro medio, con relación a la apropiación de derechos, bienes inmateriales, títulos valores desmaterializados (acciones no establecidas en documento), se puede alegar algo parecido haciendo referencia a la realidad social o económica, a las técnicas modernas utilizadas en la transferencia de bienes en general.

Lo interesante del caso suizo es que los criterios de los jueces federales y su decisión favorable a la aplicación del art. 141 (actual 139) fue fuertemente criticada por la doctrina y prácticamente ignorada por las instancias inferiores[29]. Se consideró que el principio de legalidad no era respetado por la ampliación abusiva del tipo legal, en la medida en que el sentido de la palabra era completamente desnaturalizado y que la expresión "apropiarse" era substituida por la de "disponer sin autorización". De modo que la incriminación penal de dicho comportamiento, semejante pero no idéntico al hurto, era de la competencia del legislador.

Ante esta situación, en una segunda sentencia el Tribunal Federal, en la que confirmaba su opinión precedente, afirmó que el legislador debía intervenir para esclarecer la disposición vigente o dictar una nueva. En el proceso de reforma de la parte especial del Código Penal, se propusieron diversas soluciones, por ejemplo, la de remplazar la fórmula "cosa mueble" por otra más general que permitiese reprimir la utilización sin derecho de una cuenta bancaria alimentada por error. El Consejo Federal y el Parlamento optaron por una solución diferente: mantener la expresión "cosa mueble"; en su opinión indisociable de las nociones penales de apropiación y propiedad, e introducir un nuevo artículo para reprimir "la utilización sin derecho de valores patrimoniales" (art. 141 bis).

Siguiendo este buen ejemplo (respetuoso, firme y mesurado del principio de legalidad), si se considera indispensable reprimir la apropiación, uso,

[29] ARTZ, Günther. Vom Bargeld zum Buchgeld als Schutzobjekt im neuen Vemögensstrafrecht, in recht 13 (1995), p. 133 ; Niggli, Marcel, Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten, Anmerkungen zu BGE 123 IV 125, AJP I (1998), p. 118 ss.

sustracción o transferencia indebidos de bienes inmateriales, derechos, créditos, acciones desmaterializadas, debe modificarse el CP para prevenir, específicamente, la represión de tal comportamiento. Mediante la interpretación del tipo legal del art. 185 no puede extenderse tanto su ámbito de aplicación, sin correr el riesgo de perturbar la seguridad jurídica y los derechos de las personas.

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La interpretación como proceso lógico-axiológico de atribución de un sentido al texto legal, entre aquellos que son sus sentidos posibles, supone una gran libertad creadora del intérprete. Éste puede llegar a formular una comprensión novedosa del texto, pues no está sujeto a seguir atribuyendo el sentido atribuido hasta entonces a los elementos del texto legal. Uno de los límites de esta libertad de interpretación es la exigencia tanto de que se adecue sistemáticamente el resultado, como que mediante la fundamentación con que se atribuye el sentido al texto legal no se desordene el sistema, en caso de aplicarse para resolver otros problemas interpretativos. La interpretación de ampliar los alcances del art. 185 para reprimir el desplazamiento del titular de acciones (bienes inmateriales en general) no concuerda con la interpretación, primero, del resto de las disposiciones relativas a los delitos contra el patrimonio; segundo, con las disposiciones de otras leyes (especialmente, las referentes a los derechos reales). De modo que de acuerdo con Jakobs[30] hay que recordar que: "el intérprete está sujeto al hecho de que el fundamento de una interpretación no usual que él preconice tiene que ser generalizable, es decir, repetible en situaciones homólogas, sin que se desmorone el sistema" (global o particular a la disposición interpretada).

[30] Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2a edición, Berlin, 1993, 1/2, N. 39. Este autor señala también oportunamente que el límite tolerable de la generalización es lo que mal se denomina « prohibición de la analogía », *ibid.*, 1/2, N. 33.

UNIDAD II
DERECHO PENAL MATERIAL

- ✓ **Bautista, Norma y otros**. Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos. Proyecto Justicia y Gobernabilidad. USAID, Santo Domingo, 2005



ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS

Justicia y Gobernabilidad
Fortaleciendo el estado de derecho

Escuela Nacional de la Judicatura
República Dominicana

USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos

Principales Contribuyentes:
Norma Bautista
Heiromy Castro Milanés
Olivo Rodríguez Huertas
Alejandro Moscoso Segarra
Maximiliano Rusconi

Edición:
Proyecto Justicia y Gobernabilidad
Ave. Pedro Henriquez Ureña No. 133
Edif. Empresarial Reyna I
Santo Domingo Republica Dominicana

Esta publicación ha sido desarrollada con fondos de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Las opiniones expresadas en la misma pertenecen a los contribuyentes y no necesariamente reflejan el punto de vista ni las opiniones de USAID.

Justicia y Gobernabilidad
Fortaleciendo el estado de derecho

USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

1ra. edición, 2005
1,000 ejemplares

Corrección de estilo:
Bridges. Leading Conversations
info@bridges-lc.com

Diseño de portada, diagramación y arte final:
Bridges. Leading Conversations
info@bridges-lc.com

Impresión:
Mediabyte, S.A.

ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS

ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS

NORMA BAUTISTA
HEIROMY CASTRO MILANÉS
OLIVO RODRÍGUEZ HUERTAS
ALEJANDRO MOSCOSO SEGARRA
MAXIMILIANO RUSCONI

Justicia y Gobernabilidad
Fortaleciendo el estado de derecho

Escuela Nacional de la Judicatura
República Dominicana

USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

PRÓLOGO

Dr. Jorge A. Subero Isa
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana

El crimen organizado ha existido desde que existen las leyes, siempre ha habido personas y grupos quienes quebrantando el ordenamiento jurídico, social y moral de las sociedades han tratado de sacar provecho de lo prohibido en cierto momento y lugar de la historia. Sin importar el país ni su nivel de desarrollo, el dinero obtenido de estos actos ilícitos era insertado a la economía legal. Con la globalización de los mercados estas organizaciones tienen una mayor gama de opciones para intentar invertir y limpiar así sus ganancias. Las estadísticas sobre el lavado de dinero son asombrosas, y nos damos cuenta de la incidencia que tiene este delito cuando el Fondo Monetario Internacional (FMI) estima que el monto que se lava en un año a nivel mundial representa del 2% al 5% del PBI, mientras que para América Latina una estimación bruta parece ubicarlo entre el 2,5% y 6,3% del PIB regional anual.

Hoy en día, con los avances jurídicos, tecnológicos y democráticos hemos logrado que esta inserción de capitales a las economías mundiales sea cada vez más difícil. Puesto que, aunque el nivel de tolerancia mundial hacia el Lavado de Activos siempre ha sido bajo, han existido países que no cooperan con la lucha contra este delito. Sin embargo, podemos afirmar que el índice ha disminuido habiendo hoy muy pocos países y territorios que no cooperan con los organismos internacionales. Pero esto no significa que la labor que tienen los países se ha simplificado, muy por el contrario, mientras mayor seguridad existe en los mercados más complicado y difícil de detectar se torna el blanqueo de capitales.

El lavado de activos es un tema de gran interés para economías en desarrollo como la nuestra, donde las reglas aunque claras, son relativamente nuevas lo que permite a los que practican esta actividad nutrirse de los huecos del sistema para poder invertir dinero fruto del narcotráfico u otras actividades ilícitas en actividades lícitas para así "blanquear" sus activos.

Al mismo tiempo tenemos una economía mayormente de servicios, por lo que también estamos expuestos a ser utilizados para el lavado de capitales. La fuente principal de divisas de la República Dominicana es el dólar generado por el turismo, las zonas francas y las remesas de los dominicanos residentes en el exterior. Por medio de estas actividades y muchas otras de naturaleza comercial, capital generado por actividades ilícitas entran a nuestro país. Para estos propósitos se utilizan servicios electrónicos bancarios y no bancarios ofrecidos de manera legítima por instituciones nacionales e internacionales, las cuales ofrecen circunstancias ideales para el lavado de activos.

Es por ello que en nuestro país es de suma importancia la capacitación en esta área, no sólo para los jueces que deben estar preparados para afrontar este delito en los tribunales, sino también abogados, banqueros, corredores inmobiliarios, entre otros, deberían tener conocimientos específicos orientados a sus funciones, con miras a prevenir la ejecución de dicho crimen.

Desde hace algunos años nuestro país posee normativas legales que sancionan, tipifican, y hasta tratan de controlar el lavado de activos, sin embargo como signatario de múltiples convenciones, tratados y declaraciones internacionales contra el Lavado de Capitales se encontró con la necesidad de crear un marco legal que se ajuste a los lineamientos internacionales a los que se ha comprometido con la finalidad de controlar y combatir dicho delito. Con estos fines en mente fue que se promulgó en el 2002 la "Ley contra el lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas y sustancias controladas y otras infracciones graves". Con esta promulgación nuestro país continúa con mayor fuerza la lucha contra uno de los males que corroe nuestra sociedad.

Es por esto que un grupo de expertos a solicitud de la Escuela Nacional de la Judicatura y con el financiamiento de la USAID, a través de su programa Justicia y Gobernabilidad/DPK han aunado esfuerzos para crear este libro que tienen hoy en sus manos, el cual al mismo tiempo se utilizará como bibliografía exigida para el Curso Virtual de Lavado de Activos que ofertará la Escuela Nacional de la Judicatura en el año 2005. En espera de que esta iniciativa, que busca capacitar a distancia a la mayor cantidad de profesionales, empezando con los jueces, aumente la demanda de información sobre el tema e incentive a más juristas criollos a escribir e investigar sobre el tema, para lograr así que los profesionales dominicanos tengan opciones de capacitación sobre el tema.

INDICE GENERAL

MODULO I:
LAVADO DE ACTIVOS. GENERALIDADES 1

Olivo Rodríguez Huertas

Objetivo específico:

Proveer de herramientas actualizadas para el tratamiento eficiente en el sistema judicial del lavado de activos.

Contenido:

1. El problema criminológico del lavado de activos
- *1.1 El punto de partida de la preocupación internacional*

2. Concepto: ¿Qué es el lavado de activos?
- *2.1 Distintas denominaciones utilizadas*

3. Etapas del lavado de activos: Métodos comunes
- *3.1 Colocación*
- *3.2 Estratificación o intercalación*
- *3.3 Integración o inversión*

4. Características del lavado de activos
- *4.1 Naturaleza internacional*
- *4.2 Volumen del fenómeno*
- *4.3 Profesionalización*
- *4.4 Variedad y variación de las técnicas empleadas*
- *4.5 Otras características*

5. Factores que han favorecido su desarrollo
- *5.1 Globalización económica mundial*
- *5.2 Liberalización de los movimientos de capital y desregulación bancaria*
- *5.3 Revolución tecnológica*
- *5.4 Paraísos fiscales y secreto bancario*
- *5.5 El desarrollo de modelos de criminalidad organizada*

6. Línea de acción

6.1 Penalización del lavado de activos

6.2 Incautación y decomiso de bienes

6.3 Asistencia judicial internacional

6.4 Desarrollo de modelos de investigación penal para casos complejos

6.5 Régimen de prevención y sanciones administrativas

6.6 Establecimiento de mecanismos de evaluación multilateral

MÓDULO II: MARCO INTERNACIONAL DEL LAVADO DE ACTIVOS 33

Olivo Rodríguez Huertas

Objetivo específico:

Facilitar el acceso a la normativa internacional en materia de lavado de activos, así como el conocimiento de su contenido y el alcance de su fuerza vinculante.

Contenido:

1. Introducción

2. El impacto normativo interno de la legislación internacional

2.1 Jerarquía normativa de los compromisos internacionales asumidos: dualismo y monismo

2.2 Tratamiento jurisprudencial en República Dominicana sobre la jerarquía interna de los Tratados Internacionales

3. Principales órganos internacionales y grupos de trabajo sobre lavado de activos

4. Diversidad de instrumentos internacionales

5. Tratados Internacionales

5.1 Tratados de alcance universal:

5.2 Tratados regionales en el ámbito europeo

5.3 Tratados regionales en el ámbito americano

6. Declaraciones y Recomendaciones de alcance universal

6.1 Declaraciones y Recomendaciones de alcance universal

6.2 Declaraciones y Recomendaciones en el ámbito europeo

6.3 Declaraciones y Recomendaciones en el ámbito americano

7. Propuestas Normativas

7.1 Modelo de Ley PNUFID

7.2 Reglamento Modelo OEA-CICAD

MÓDULO III:
EL LAVADO DE ACTIVOS EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA 65

Alejandro Moscoso Segarra

Objetivo específico:

Ofrecer las herramientas para un manejo adecuado de la legislación nacional en materia de definición del lavado de activos y otras infracciones jurídico-penales vinculadas al mismo.

Contenido:

1. **Introducción. La complejidad del tipo penal del lavado de activos.**
2. **Origen y evolución de la tipificación del lavado de activos en la República ominicana**
   - *2.1 Ley 50-88 del 30 de mayo de 1988*
   - *2.2 La ley 17-95 del 17 de diciembre de 1996*
   - *2.3 Ley 72-02 del 29 de mayo de 2002*
3. **El sistema normativo de la ley 72-02**
4. **La conducta típica del lavado de activos en la ley 72-02**
   - *4.1 Elementos del tipo objetivo del lavado de activos*
5. **Elementos del tipo subjetivo del lavado de activos**
6. **El dolo: conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo**
7. **Tipo subjetivo y error de tipo. Problemas particulares.**
8. **Situaciones que agravan la punibilidad: el artículo 21 de la Ley 72-02**

MODULO IV:
PROBLEMAS ESPECIALES DE PARTE GENERAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS 87

Maximiliano Rusconi

Objetivo específico:

Profundizar en el desarrollo de las cuestiones de la parte general del derecho penal que adquieren especial relevancia en la aplicación de la legislación vinculada con el lavado de activos, procurando mejorar los niveles de conocimiento dogmático en el sistema de administración de justicia.

Contenido:

1. **Algunas consideraciones específicas con relación a los tipos penales del lavado de activos**
2. **Cuestiones dogmáticas específicas del ilícito de lavado de activos en la Ley 72-02**

2.1 Problemas a resaltar en la redacción del artículo 3 de la ley 72-02

2.2 El incremento patrimonial no justificado y el artículo 4 de la Ley 72-02

3. Autoría y participación en lavado de capitales

3.1 La definición del autor. El modelo legislativo

3.2 El autor mediato en la dogmática penal y el autor mediato en la ley 72-02

3.3 La coautoría en el ámbito del delito de lavado de dinero

4. Los problemas concursales

4.1 Las reglas concursales y el lavado de capitales

4.2 La relación con el delito base

4.3 La construcción del dolo a partir de las circunstancias del hecho: nuevamente el artículo 4 de la ley 72-02

5. La tentativa del lavado de activos. La estructura del delito tentado y su manifestación en el sistema represivo del lavado de activos

5.1 Principio de ejecución: actos preparatorios y actos ejecutivos

5.2 La tentativa en delitos calificados, habituales y en la autoría mediata

5.3 Tentativa inidónea, delito imaginario (o putativo) y ausencia de tipo

6. El desistimiento voluntario en el marco del delito tentado

7. La tentativa en los delitos de estructura omisiva

8. Responsabilidad por omisión en posición de garante

MODULO V:
ASPECTOS PROCESALES EN EL ENJUICIAMIENTO PENAL DEL LAVADO DE ACTIVOS 127

Norma Bautista, Heiromy Castro Milanés, Alejandro Moscoso Segarra y Olivo Rodríguez Huertas

Objetivo específico:

Identificar mecanismos procesales a efectos de aumentar los niveles de eficiencia judicial en materia del tratamiento del lavado de activos en el marco del nuevo sistema acusatorio: tanto en la identificación de las responsabilidades jurídico-penales, en el aseguramiento de los activos como en el tratamiento de las medidas de coerción personal.

Contenido:

1. Responsabilidades procesales del Fiscal y del Juez en el sistema acusatorio. La instrucción.

2. La libertad durante el proceso de investigación del lavado de activos

3. Medidas cautelares en la instrucción o fase preparatoria del proceso penal

3.1 Medidas personales

3.2 Medidas sobre bienes: incautación y decomiso

3.3 La incautación en la Ley 72-02

3.4 El decomiso en la Ley 72-02

3.5 Bienes susceptibles de estas medidas

3.6 Decomiso parcial. Situación de los bienes mezclados.

3.7 Comiso Sustitutivo y del valor por sustitución

4. La situación de los terceros de buena fé

5. Destino de los bienes decomisados

6. Los sistemas de valoración de la prueba y en particular sobre la valoración de medios de prueba en la investigación del lavado de activos

6.1 La prueba documental

6.2 La prueba testimonial

6.3 La prueba informativa

6.4 El peritaje

6.5 La prueba anticipada

6.6 El valor de los indicios

6.7 El valor de la declaración de un coimputado

7. Organismos estatales a los cuales el juez y el fiscal pueden pedir información en casos de lavado de activos

7.1 Unidad de Análisis Financiero

7.2 Banco Central

7.3 Superintendencia de Bancos

7.4 Dirección Nacional de Control de Drogas

7.5 Dirección General de Impuestos Internos

7.6 Dirección General de Migración

7.7 Registro Mercantil

7.8 Contraloría General de la República

7.9 Cámara de Cuentas

7.10 Oficina Nacional de Propiedad Industrial

7.11 Superintendecia de Valores

7.12 Otras Fuentes de Información Estatales

8. Organismos Privados de Utilidad Informativa

8.1 Entidades de Intermediación Financiera y Cambiarias

8.2 Organismos Internacionales

8.3 Empresas privadas de informaciones comerciales o de crédito

9. Régimen legal para la administración de los bienes incautados

10. Sugerencias para el desarrollo estratégico de la investigación de lavado de activos

10.1 El principio de oportunidad

MODULO VI:
ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA INVESTIGACION Y ENJUICIAMIENTO DEL LAVADO DE ACTIVOS 213

Olivo Rodríguez Huertas

Objetivo específico:

Proporcionar los conocimientos indispensables para un efectivo uso de los mecanismos internacionales para recibir una adecuada asistencia judicial internacional en los procesos de investigación del lavado de activos.

Contenido:

1. **Introducción: las implicaciones y posibilidades de la asistencia judicial internacional**
2. **La Convención de Viena de 1988**
3. **Convención de Palermo**
4. **Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción**
5. **Convención Interamericana contra la Corrupción**
6. **Los Tratados Regionales sobre Asistencia Judicial Internacional**
7. **Tratados Bilaterales suscritos por República Dominicana**
8. **Aspectos sobre los que puede recaer la asistencia judicial internacional**
   - *8.1 Formas de remisión*
   - *8.2 Contenido de la solicitud*
9. **El reparto de bienes**
10. **La asistencia judicial internacional prestada por nuestras autoridades judiciales**
11. **Exigencias básicas de las cartas rogatorias en el Derecho comparado**
12. **Intercambio de información a través de Unidades de Inteligencia Financiera**
13. **La experiencia en materia de asistencia judicial internacional en casos que han sucedido en el derecho comparado**

MODULO VII:
LA INVESTIGACION FINANCIERA EN CASOS DE LAVADO DE ACTIVOS 225

Heiromy Castro Milanés

Objetivo específico:

Ofrecer una visión de cómo se gesta el crimen del lavado de activos y proporcionar las herramientas de control preventivo y de detección de situaciones que, por su naturaleza, indicarán un fraude o anormalidad en la gestión de una empresa cualquiera.

Contenido:

1. Introducción

2. Principales crímenes gestores del lavado de activos

2.1 El Narcotráfico

2.2 La corrupción

2.3 El tráfico de armas

2.4 El tráfico de seres humanos

2.5 El financiamiento del terrorismo

3. Investigación del lavado de activos

3.1 Unidad de Inteligencia Financiera

3.2 Unidad de Investigación Financiera

3.3 Indicios

4. Sistemas de transacción

4.1 En efectivo

4.2 De Negocios

5. Métodos de lavado de activos

5.1 Negocios Legítimos

5.2 Negocios Ilegítimos

5.3 Transacciones de compra y venta

5.4 Paraísos Fiscales

5.5 Sistemas financieros y cambiarios

6. Cómo rastrear el movimiento del dinero en una negociación

6.1 Composición, definición y naturaleza de los Estados Financieros

6.2 Análisis de posicionamiento

6.3 Análisis de los libros y registros

6.4 Métodos de rastreo de fondos

6.5 Información contable

7. Las Razones financieras como instrumentos analíticos e investigativos

8. Indicadores de Fraudes

8.1 Cuarenta y seis (46) indicadores de fraudes

8.2 Prácticas contables inadecuadas en el ciclo de tesorería

9. Control interno

9.1 El Modelo COSO, para la prevención

10. La administración del riesgo

11. Implicaciones económicas y sociales del lavado de activos

11.1 Implicaciones económicas

12.1 Implicaciones sociales

12. Bibliografía Recomendada

1

LAVADO DE ACTIVOS GENERALIDADES

Olivo Rodríguez Huertas

1. El problema criminológico del lavado de activos

Cada día es más evidente, frente a los ojos de las economías mundiales como a los de la ciencia penal, que en el problema de lavado de capitales reside una de las cuestiones criminológicas de mayor gravedad institucional, gran impacto social y grave daño comunitario.

Como se ha advertido en los últimos años, el fenómeno no es novedoso y tampoco es una novedad la preocupación nacional e internacional que ha inducido al desarrollo de una verdadera política criminal de prevención y castigo de ese tipo de acciones delictivas.

La trascendencia criminológica del lavado de capitales ha evolucionado en directa relación con el aumento de los niveles de circulación económica que ha posibilitado y generado el crimen organizado, posiblemente, potenciado por los efectos nocivos de la llamada "globalización" que también ha llegado al fenómeno criminal.

Como lo ha afirmado en los últimos años un autor español: "No hace falta destacar la importancia y gravedad de una actividad delictiva que, sin exageración, se ha calificado como la gran lacra de la segunda mitad del siglo XX, ni de la alarma y preocupación generadas por la misma tanto entre los gobiernos como en la opinión pública de los países. Las vías y procedimientos para atajar este problema han sido y son temas de debate en todos los ámbitos. El desarrollo del narcotráfico en estos años se ha visto sin duda favorecido – y ahí radican probablemente las causas fundamentales de su crecimiento- por dos factores: por una parte, el desarrollo económico occidental, con el consiguiente aumento del nivel de vida, que ha propiciado un amplio mercado de potenciales consumidores (especialmente entre la juventud, que ha contado con los recursos económicos suficientes). Y por otra, el proceso de globalización de la economía, materializado en el fuerte crecimiento de los intercambios comerciales, el desarrollo de los transportes internacionales de mercancías, la liberalización

del comercio internacional –con una reducción de las barreras arancelarias, una reducción igual de las restricciones cuantitativas y una creciente simplificación de las formalidades y los controles aduaneros- y la propia internacionalización del sistema financiero…) (todo ello ha permitido organizar la producción, distribución y comercialización de la droga a escala mundial, y no solamente a escala local como había venido sucediendo en épocas anteriores".[1]

Sin lugar a duda puede afirmarse que de acuerdo a un conjunto de dimensiones, el problema del lavado de capitales presenta facetas criminológicas que lo ubican como un flagelo de enorme gravedad:

- En primer lugar es un problema grave tomando en consideración el impacto distorsionador que manifiesta en las economías mundiales.
- En segundo lugar, el lavado de dinero se expresa como un potenciador y estimulador de la delincuencia organizada.
- En tercer lugar, se nutre, en sistemas fuertemente globalizados, de las brechas que generan los diferentes niveles de control financiero que rigen las economías involucradas.
- En cuarto lugar, el fenómeno del lavado de dinero pone en evidencia las contradictorias valoraciones que surgen a menudo en países que, de modo a veces clandestino, observan a estos procesos como una alternativa de ingreso de capitales y de inyección económica a las alicaídas gestiones de los países subdesarrollados: lo que a veces genera visiones distintas en la relación Norte –Sur.
- En quinto lugar, existe una relación no lógica, sino empírica, entre el lavado de dinero y los niveles de transparencia en el ejercicio de la función pública.
- En sexto lugar, el agrandamiento del fenómeno criminal que describimos ha obligado a las economías nacionales a aumentar los niveles de injerencia y regulación, reduciendo el margen de discrecionalidad de la actividad privada, lo que constituía hasta hace poco tiempo una bandera indelegable del capitalismo bien entendido.

Todo ello exige que nos ocupemos, una vez más, pero adecuando ahora nuestro análisis a la legislación nacional, del fenómeno del lavado de capitales o de legitimación de activos.

1.1. El punto de partida de la preocupación internacional

Aunque desde principios de la década de los 80 del siglo pasado[2] existe constancia de la preocupación de instancias internacionales de gran relevancia por el fenómeno originado en los recursos provenientes de actividades ilegales, no fue sino hasta diciembre de 1988 cuando se produjeron dos documentos de trascendental importancia que marcarían, de manera concreta, el punto de partida de las iniciativas

internacionales frente al problema.

Estos documentos fueron la Declaración de Principios del Comité para la Reglamentación Bancaria y las Prácticas de Vigilancia de Basilea, mejor conocida como la "Declaración de Basilea", emitida por los reguladores bancarios del Grupo de los Diez[3] y formulada por los Reguladores Bancarios en fecha 12 de diciembre de 1988, así como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, mejor conocida como la Convención de Viena de ese mismo año.

La Declaración de Basilea tuvo por objetivo impedir que los bancos y otras instituciones financieras fueran utilizados para transferencias o depósitos de fondos de procedencia ilícita, a través de unas reglas de comportamiento, como la identificación de la clientela, la comprobación o averiguación de la conformidad de las transacciones a estándares éticos, la cooperación con autoridades judiciales, controles internos y adiestramiento del personal[4].

La Convención de Viena de 1988, por su parte, refleja en su preámbulo el reconocimiento de la preocupación por el tema del lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas, al declarar las partes de la Convención estar conscientes "de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles".

De ahí, que con la firma y ratificación de los Estados de la Convención de Viena, estos se obliguen a tipificar de una manera uniforme el delito de lavado de activos proveniente del tráfico de drogas[5], proporcionándole la Convención mecanismos de asistencia judicial internacional que permiten perseguir a los delincuentes en cualquier parte del mundo, a través de la extradición[6], así como incautar y/o decomisar[7] en cualquiera de los países signatarios los bienes que tienen su origen o se deriven de un delito de tráfico de drogas.

A partir de este instrumento de Derecho Internacional, se crearon numerosos grupos de trabajos, mundiales y regionales, se propiciaron nuevos Convenios Internacionales de alcance universal, como los relativos a la Delincuencia Organizada Transnacional[8], y la Corrupción[9], y el resultado de esa preocupación internacional por el lavado de activos en la aldea global se podría resumir en los aspectos siguientes:

(a) ampliación del delito a recursos generados en una amplia gama de actividades delictivas, distintas del tráfico de drogas, capaces de generar igualmente inmensas cantidades de recursos;

(b) perfeccionamiento de la tipificación penal original, incorporando nuevos conceptos; mejorando y ampliando el alcance de los mecanismos de asistencia judicial internacional;

(c) perfeccionamiento de las técnicas de prevención y ampliación de los sujetos obligados a su cumplimiento;

(d) establecimiento de instancias que faciliten un ágil sistema de intercambio de información financiera a través de las Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera agrupadas en torno al Grupo Egmont; y

(e) creación de grupos de trabajo que se encarguen de monitorear permanentemente las técnicas utilizadas en los procesos de lavado de activos.

2. Concepto: ¿Qué es el lavado de activos?

Al igual que ocurre con otros términos, el lavado de activos no ha estado ajeno a la diversidad de conceptos respecto de su contenido u objeto. Por ello, nos limitamos en este punto a describir, algunas de las muy numerosas definiciones que ha generado la doctrina especializada sobre el tema.

En la obra *El delito de lavado de capitales,* su autor, el Prof. Isidoro Blanco Cordero[10], define este comportamiento delictivo como "el proceso a través del cual bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita".

Otro jurista español, Diego J. Gómez Iniesta[11], define el lavado de activos como "aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita".

Para el francés Olivier Jerez[12] el lavado de activos es definido como "un conjunto de métodos legales o ilegales, un *modus operandi,* de complejidad más o menos variable según las necesidades del lavador, la naturaleza y el empleo de los fondos, a fin de integrar y disimular los fondos fraudulentos en la economía legal".

Paul Saint-Denis, abogado canadiense, considera el lavado de activos como el "proceso mediante el cual el producto de actos ilegales es convertido en activos que aparecen como legítimos, ocultando así su origen criminal".[13]

Víctor Prado Saldarriaga[14], por su parte define el lavado de activos referido a recursos procedentes del tráfico de drogas, como "un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o micro tráfico ilícito de drogas".

Por otra parte, la obra *"Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero",* elaborada por expertos[15] en el tema para la Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito, recoge una definición que resume el lavado de activos en sus diversas fases: "Proceso dinámico en tres fases que requiere: en primer lugar, alejar los fondos de toda asociación directa con el delito; en segundo lugar, disfrazar o eliminar todo rastro; y, en tercer lugar, devolver el dinero al delincuente una vez ocultados su origen geográfico y ocupacional".

Finalmente, la jurista suiza Ursula Cassani[16] señala que el lavado de activos "es el acto por el cual la existencia, la fuente ilícita o el empleo ilícito de recursos son disimulados con el propósito de hacerlos aparecer como adquiridos de forma lícita. Lavar dinero es reintroducirlo en la economía legal, darle la apariencia de legalidad y permitir así al delincuente disfrutarlo sin ser descubierto: el que lava dinero procedente de un delito ayuda por tanto al delincuente a aprovecharse plenamente del producto de su infracción".

2.1. Distintas denominaciones utilizadas

Las expresiones utilizadas en la denominación de este comportamiento delictivo indican que ella no es uniforme en la legislación, así como tampoco en la doctrina sobre el tema. Ello es así, porque el lavado de activos constituye "una realidad económica relativamente novedosa", "aunque existen neologismos en las principales lenguas para referirse a este delito".[17]

En idioma inglés se utiliza la expresión "money laundering"; "blanchiment" en francés; "blanchissage" en suizo; "geldwasche" en alemán; "reciclaggio" en italiano; "Hsi ch'ien" en Chino; "Shikin no sentaku" en japonés; "otmyvanige" en ruso; y "branqueamento" en portugués.

Traducciones de algunas de esas expresiones se han trasladado a los países de habla hispana que utilizan las siguientes expresiones: "Lavado de Dinero-Lavado de Activos-Blanqueo de Capitales-Blanqueo de Dinero-Legitimación de Capitales".

En opinión de un autor "tres son las denominaciones acostumbradas en el plano internacional: "reciclaje", "blanqueo" y "lavado". La primera es traducción literal de riciclaggio y se estila en Italia y en la parte helvética de habla italiana. Respecto a la segunda, se utiliza en Bélgica y Francia (blanchitment), en Suiza francesa (blanchissage) así como en Portugal (branqueamento) y España. Por último, el término "lavado" es el más extendido y de él se sirven tantos los países anglófonos como Alemania, Austria y la Suiza de habla germánica, así como predomina, por proximidad geográfica a los EE.UU., en la mayor parte de los países sudamericanos".[18]

3. Etapas del lavado de activos: Métodos comunes

Un aspecto que distingue el lavado de activos, de otros delitos penales, lo constituye el hecho de que el mismo no se consume en un instante, sino que se efectúa por etapas.

La Convención de Viena de 1988, que fue pionera en las iniciativas internacionales en materia de lavado de activos provenientes del tráfico de drogas, configura las conductas típicas de este ilícito tomando en cuenta esa realidad comprendiendo todo el ciclo del proceso de lavado.

Otros Convenios Internacionales que recomiendan la tipificación del lavado de activos provenientes de otros actos ilícitos distintos del narcotráfico, como las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[19] y contra la Corrupción[20], siguen en términos muy parecidos la fórmula utilizada en la Convención de Viena de 1988.

Las etapas identificadas por el prestigioso e influyente Grupo de Acción Financiera (GAFI), que intervienen en el proceso del lavado de activos proveniente de actividades ilícitas, son las siguientes: colocación, enmascaramiento e integración. Estas etapas cumplen, en el ciclo de lavado de activos, las funciones que se señalan a continuación:

3.1. Colocación

El objeto perseguido por el lavador en esta etapa es desprenderse de las cuantiosas sumas en efectivo generadas por la actividad delictiva precedente. Para cumplir este objetivo el lavador debe hacer previamente un estudio del sistema financiero "a fin de distinguir las agencias de intermediación financiera que resultan más flexibles al control de las operaciones que realizan sus clientes, para luego, depositar en aquellas el dinero sucio y obtener instrumentos de pago como chequeras, tarjetas de crédito, cheques de gerencia, etc.".[21]

En esta etapa, debido al alto nivel de riesgo de detección, "se precisa el empleo de varias personas y el concurso de muchas operaciones, lo que multiplica los riesgos. Superada esta fase, cuando el efectivo ya ha sido colocado en el circuito financiero y empiezan a intervenir las sociedades pantalla, las connivencias bancarias y otros recursos de enmascaramiento o integración, las evidencias materiales y rastros contables van desapareciendo y se hace casi imposible establecer el vínculo entre los fondos y su origen ilícito, de modo que difícilmente pueda detectarse el blanqueo a esa altura".[22]

Los mecanismos corrientemente utilizados en esta etapa son los siguientes:

(1) A través de entidades financieras: Los delincuentes, a fin de evitar ser detectados por los controles preventivos impuestos a este tipo de entidades, suelen utilizar el fraccionamiento de sumas elevadas en otras de menor cuantía. La legislación dominicana, siguiendo el estándar utilizado en los Estados Unidos de América, establece la obligación del registro de todas las transacciones en efectivo que supere el equivalente en moneda nacional de la cantidad de diez mil dólares estadounidenses (US$10,000.00)[23], así como su reporte a una Unidad de Análisis Financiera, vía la Superintendencia de Bancos. Esta fase puede agotarse también a través de la complicidad de funcionarios y empleados de bancos, que inobservan las obligaciones puestas a su cargo, así como mediante la utilización de documentos falsos con la finalidad de disimular el origen o titularidad de los fondos.

(2) A través de "establecimientos financieros no tradicionales. Es el caso de las agencias de cambio, empresas dedicadas al canje de cheques, agentes de valores, negocios de ventas de joyas, metales preciosos, antigüedades y objeto de artes, estas cuatro últimas que comercializan objetos de "alto valor añadido, fácil transporte, titularidad anónima y pago habitual en efectivo".[24]

(3) Mezcla de fondos lícitos e ilícitos. Este mecanismo resulta especialmente utilizado en aquellos negocios que se caracterizan por el manejo habitual, dada su naturaleza, de recursos en efectivo, tales como estaciones de combustibles, restaurantes, supermercados, etc. Estos negocios suelen ser utilizados en la práctica como meras pantallas para poder justificar el depósito de cantidades significativas en efectivo. Lo que caracteriza esta forma de colocación de recursos en efectivo, proveniente de actividades delictivas es su mezcla con fondos que tienen su origen en operaciones lícitas[25].

(4) Compra de bienes de alto valor. Los lavadores utilizan la compra de bienes de un alto valor pagando como contrapartida con recursos en efectivo. A título de ejemplo, la doctrina señala la compra de barcos, automóviles de lujo, aviones, obras de arte valiosas, etc.

(5) Contrabando de dinero en efectivo. Este es un mecanismo muy utilizado. Consiste generalmente en el desplazamiento de los recursos de fuente ilícita a lugares donde no existe regulación, ella es inapropiada o existiendo, los mecanismos de control no son muy efectivos. Este mecanismo ha sido erigido como un delito distinto de los de lavado de activos en nuestra legislación[26].

Para el autor español Isidoro Blanco Cordero[27], a pesar de que considera este mecanismo como muy común, y poco sofisticado, señala que en el futuro este método continuará y aumentará, ya que "como consecuencia de la globalización del mercado, y del aumento del volumen comercial mundial, es prácticamente imposible examinar todos los cargamentos que cruzan las fronteras, debiendo limitarse el control a una pequeña parte".

3.2. Estratificación o intercalación

El objeto de esta segunda etapa del proceso de lavado de activos consiste en desligar los fondos ilícitos de su origen, generando para ello un complejo sistema de encadenamiento de transacciones financieras, encaminadas a borrar la huella contable de tales fondos ilícitos.

Para estos fines quienes se dedican a esta actividad ilícita recurren a la "multiplicidad de transacciones, multiplicidad de países y multiplicidad de personas y empresas".[28] Estas "operaciones se realizan de modo veloz, dinámico, variado y sucesivo".[29]

En esta etapa se utilizan tres mecanismos fundamentales: convertir el dinero en efectivo en instrumentos de pago; la reventa de los bienes adquiridos con los recursos en efectivo, y la transferencia electrónica de fondos.

(1) Conversión del dinero en efectivo en otros instrumentos de pago. Con esto se procura esencialmente dos cosas; una, facilitar el transporte de los recursos de un país a otro, y otra, facilitar el ingreso de los recursos en una entidad financiera, toda vez que las reglas de prevención están orientadas fundamentalmente a los recursos en efectivo.

(2) Reventa de los bienes adquiridos con dinero en efectivo. Ya vimos que en la primera etapa del proceso uno de los mecanismos utilizados por quienes se dedican a esta actividad es la adquisición de bienes, muebles e inmuebles, de un alto valor. Al vender estos bienes adquiridos con los recursos originados en la actividad delictiva, el lavador le otorga a los recursos recibidos un fundamento normal.

(3) Transferencia electrónica de fondos. El desarrollo de la tecnología facilita asimismo un ágil desplazamiento de los recursos, dificultando los rastros contables y en consecuencia la posibilidad de descubrir el origen ilícito de los mismos, sobre todo cuando se efectúan estas transferencias a instituciones ubicadas en paraísos fiscales o países no cooperadores en los esfuerzos internacionales contra el lavado de activos, "aprovechando la cobertura que proporciona la globalización financiera".[30]

3.4. Integración o inversión

Esta constituye la etapa final del proceso de lavado de activos, en la que se procura la integración final de la riqueza obtenida en "los cauces económicos oficiales".[31] Llegados a este estadio "los fondos de origen delictivo son ya muy difíciles de detectar, a menos que se haya podido seguir su rastro a través de las etapas anteriores", resultando "difícil distinguir los capitales de origen ilegal de los de origen legal",[32] creándose la justificación o explicación de los bienes.

Conforme al estudio del Grupo de Acción Financiera (GAFI), los métodos utilizados frecuentemente son los siguientes:

(1) Venta de inmuebles. La compraventa de inmuebles es considerada como uno de los vehículos más habituales del lavado de activos, debido a que se trata de bienes relativamente líquidos, con un valor muy difícil de estimar[33], y con tendencias a apreciarse[34]

En tal sentido, "la variedad de técnicas es muy amplia y van desde simples compras de propiedades residenciales o de negocios sin el intento específico de ocultar el propietario, hasta complejos sistemas donde las inversiones en bienes inmuebles son parte de una estrategia más amplia en la que se encuentran involucradas compañías pantalla".[35]

(2) Empresas pantalla y prestamos simulados. A través de la llamada "técnica del préstamo de regreso", el delincuente se presta a si mismo. El mecanismo consiste en establecer una sociedad pantalla en un paraíso fiscal para prestarse los fondos que ha generado con motivo de la comisión de una actividad delictiva.

(3) Complicidad de banqueros extranjeros. El Grupo de Acción Financiera (GAFI), en su estudio sobre los métodos comunes utilizados en el lavado de activos, reconoce que uno de los mayores inconvenientes que se tienen en los esfuerzos frente al fenómeno lo constituye la complicidad de funcionarios y empleados de la banca. Como ha señalado Isidoro Blanco Cordero[36], "mediante la participación de empleados bancarios bien situados en los sistemas de préstamos simulados o de regreso, el blanqueador puede obtener créditos aparentemente legítimos, asegurándolos con productos ilícitos. La ayuda complaciente del banco extranjero frecuentemente está protegida contra la investigación de las autoridades no solo por la duplicidad de criminales (el blanqueador de dinero y el banco extranjero cómplice) sino por las leyes bancarias y regulaciones de otro gobierno soberano, normalmente un paraíso fiscal".

(4) Falsas facturaciones de comercio exterior. Es un medio elemental y habitualmente utilizado para el lavado de activos, mediante la falsificación de facturas comerciales, la sobrevaloración de los documentos de entrada o de las exportaciones para justificar los fondos recibidos del extranjero.

4. Características del lavado de activos

El fenómeno criminológico del lavado de activos presenta una serie de características que son las que sirven de explicación a la trama del proceso que procura darle apariencias de legitimidad a recursos que tienen un origen ilegal.

Esas características están relacionadas con la naturaleza internacional con que operan quienes se dedican a esta actividad ilícita, lo cuantioso de las sumas envueltas, la profesionalización de las organizaciones criminales a fin de estructurar transacciones financieras que permitan eludir a la autoridad de persecución, así como con las variadas técnicas que son empleadas para tal propósito.

4.1. Naturaleza internacional

Es obvio que el fenómeno del lavado de activos, como actividad que procura, a través de un proceso, darle respetabilidad a unos capitales que tienen su origen en la comisión de un delito, se vería en extremo limitado en ausencia de un entorno internacional liberalizado.

Esto es así, porque conforme se ha señalado a propósito de las etapas del proceso de lavado de activos y de los métodos utilizados en cada una de ellas, alejar el rastro delictivo originario de los recursos conlleva como nota importante un desplazamiento de los recursos del lugar donde se originaron, a fin de dificultar "su persecución por parte de las autoridades y facilitar su encubrimiento".[37]

Quienes se dedican a esta actividad obviamente se benefician de la diversidad de los sistemas jurídicos sobre la materia en los distintos países del mundo, las deficiencias de sus contenidos, las debilidades institucionales, etc., que les permiten eludir a las autoridades de persecución, aprovechándose de esas lagunas.

Por ello, desde el primer llamado de atención sobre este fenómeno, la Recomendación R 80 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 27 de junio de 1980, se deja ver la naturaleza internacional de los capitales que tienen un origen criminal, al reconocer que estos capitales son transferidos de un país a otro, por lo que, entre otros aspectos, recomendaba a los Estados miembros "establecer una estrecha colaboración, a través de la INTERPOL, entre los establecimientos bancarios y las autoridades competentes para intercambiar informaciones"[38] al respecto.

Igual reconocimiento contienen otros documentos internacionales de trascendencia, como la Convención de Viena de 1988[39], la Convención de Palermo del 2000, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003[40], por solo citar instrumentos internacionales de alcance universal.

Nuestra vigente legislación sobre el lavado de activos contempla de manera precisa la naturaleza internacional de este tipo penal, al disponer en su artículo 5 que "las infracciones previstas en esta ley, así como los casos de incremento patrimonial derivados de actividades delictiva, serán investigados, enjuiciados, fallados como hechos autónomos de la infracción de que proceda e independientemente de que haya sido cometido en otra jurisdicción territorial".

4.2. Volumen del fenómeno

Es prácticamente imposible señalar los montos que genera a escala mundial la delincuencia organizada, y que son objeto del proceso de lavado de activos, ya que debido a su naturaleza ilegal no se cuenta con estadísticas.

No obstante, organismos y grupos de importancia universal, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Fondo Monetario Internacional (FMI), así como el Grupo de Acción Financiera (GAFI), en informes y artículos sobre el tema han puesto de manifiesto que se trata de sumas verdaderamente extraordinarias.

Por ejemplo, se ha señalado que la ONU estimaba el lavado de activos proveniente del tráfico de drogas, al año 1996, en la cantidad de 300 mil millones de dólares. Por su parte, el FMI la ha situado, para el mismo año, pero ampliado a toda gama de actividad delictiva internacional, en la cantidad de aproximadamente 500 mil millones de dólares.

Por eso. Según Barral, "más allá de las diferencias que se observan en las distintas estimaciones que se han hado a título de ejemplo, y de la aproximación que efectivamente puedan reflejar respecto de las cifras reales, lo que resulta evidente es que, en cualquier caso, el volumen de la actividad revela la magnitud del fenómeno"[41], por lo que atenta contra el orden social, económico y político de los países[42], así como la estabilidad de los mercados financieros globales.

4.3. Profesionalización

El ex Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Broutos Gali, llegó a considerar a la delincuencia organizada dedicada al lavado de activos como "una auténtica multinacional del delito".

Es lógico que, dados los altos volúmenes envueltos en el proceso de lavado de activos, y la complejidad que conlleva la estructuración de operaciones para tener éxito en insertar en el sistema económico legal con apariencia de legalidad activos que tienen un origen ilícito, se requiere que quienes estén al frente del diseño de las estrategias para tal propósito sean auténticos profesionales, de la banca, finanzas, contabilidad, leyes, que tengan por demás un amplio conocimiento del entorno regulatorio internacional sobre la materia, a fin de poder aprovechar las debilidades existentes en los distintos países que conforman la aldea global.

4.4. Variedad y variación de las técnicas empleadas

El éxito del lavado de activos requiere la utilización de una amplia gama de técnicas, a través de las cuales, en las distintas etapas del fenómeno, logren eludirse las regulaciones preventivas dispuestas por la autoridad.

Es por ello que el Grupo de Acción Financiera (GAFI) monitorea y realiza informes anuales respecto de las técnicas usadas por los lavadores, con la finalidad de proporcionar a las autoridades que tienen responsabilidades en el campo persecutorio y preventivo las herramientas indispensables para el diseño de sus políticas.

En especial, es importante hacer referencia en lo que tiene que ver con la identificación de nuevos ejemplos de transacciones financieras sospechosas a ser tomados en cuenta por las entidades obligadas al cumplimiento de obligaciones de prevención.

Debido a que detrás de los métodos utilizados por la delincuencia organizada se mueve la autoridad de persecución, los lavadores se ven en la necesidad, ante tal monitoreo, de ser constantemente innovadores en sus estrategias para evitar que sus transacciones sean develadas por las autoridades y por los propios sujetos regulados.

Como ha señalado Isidoro Blanco Cordero, "la progresiva evolución de las técnicas de blanqueo de capitales es causa y consecuencia de una mayor profesionalización de las personas que las llevan a cabo. Esta característica se manifiesta en dos tendencias: mayor profesionalismo de los miembros de la organización y mayor empleo de profesionales externo. Ello es debido a la necesidad de minimizar riesgos de persecución penal y de maximizar oportunidades".[43]

4.5. Otras características

La doctrina[44] sobre el tema señala otras características del fenómeno del lavado de activos. Uno vinculado al modus operandi que emplea el agente, y otro, en función de los vínculos entre el agente del lavado y el origen ilegal del dinero lavado:

(a) Las personas que ejecutan las operaciones de lavado de activos generalmente no están vinculadas directamente a la ejecución del delito que genera las ilegales utilidades.

(b) La concretización y materialización del lavado de activos se realiza en el cumplimiento de los requisitos y procedimientos administrativos que son establecidos para cualquier actividad comercial o financiera del medio donde se desarrolle el proceso económico.

5. Factores que han favorecido su desarrollo

El desarrollo tan extraordinario del fenómeno del lavado de activos se produce en un contexto antes desconocido, que coincidencialmente ha generado las condiciones para el desarrollo de la delincuencia organizada.

La globalización de la economía mundial, al procurar mecanismos ágiles y efectivos de intercambio de bienes y servicios en la aldea global, ha generado también una liberalización de los movimientos de capitales, una desregulación del sistema bancario de los países, lo que unido a las herramientas proporcionadas por la revolución tecnológica y la existencia de países con exenciones tributarias total y regímenes de anonimato, han creado las bases que han facilitado el desarrollo y expansión de modelos de criminalidad organizada.

5.1. Globalización económica mundial

La globalización de los mercados ha propiciado la oportunidad a las organizaciones criminales transnacionales de expandir sus actividades del plano local al ámbito internacional, convirtiéndose en uno de los "mayores actores en la actividad económica global y son los actores fundamentales en industrias ilegales, tales como la producción y el tráfico de drogas, del que obtienen beneficios superiores incluso al Producto Interior Bruto de muchos países desarrollados".[45]

5.2. Liberalización de los movimientos de capital y desregulación bancaria

Un ágil intercambio de bienes y servicios a escala mundial requiere de manera indispensable una liberalización de los movimientos de capital, eliminando así las trabas y controles que obstaculicen su fácil circulación.

La supresión de los controles de cambios clásicos "privó a las autoridades nacionales de un instrumento importante que, aunque diseñado con otros fines, servía también en la lucha contra el blanqueo. Consecuentemente, esta liberalización, conveniente y necesaria por otra parte desde el punto de vista económico, ha obligado a las Administraciones nacionales a diseñar o reforzar otros instrumentos alternativos de investigación e información".[46]

5.3. Revolución tecnológica

El avance tecnológico que se ha producido en las últimas décadas ha constituido otro importante aliado en los esfuerzos por agilizar el intercambio de bienes y servicios, en especial lo relativo a los medios de pago y en general a los movimientos de fondos.

Este avance ha repercutido extraordinariamente en el sistema bancario, desarrollando la banca electrónica, a través de los cajeros automáticos, el sistema SWIFT para la ejecución de órdenes de transferencia vía ordenadores o teléfono. Con ello ciertamente se acorta y facilita el proceso de ejecución de operaciones en el sistema bancario, pero se conspira con la obligación de identificación y conocimiento del cliente.

En su informe anual 1995-1996, el Grupo de Acción Financiera (GAFI) se hizo eco del problema de la forma siguiente: "La aparición de nuevas tecnologías ofrece riesgos potenciales de blanqueo de dinero. Estas nuevas tecnologías pueden posibilitar la conducción de transacciones a gran escala de forma instantánea, remota y anónima, y pueden permitir que tales transacciones se efectúen sin implicar a las instituciones financieras tradicionales. Aunque no existe actualmente evidencia que indique esas nuevas tecnologías estén siendo utilizadas abusivamente de ese modo, el GAFI ha decidido afrontar activamente el problema instando a los países a tomar nota de la amenaza potencial planteada por las nuevas tecnologías y a adoptar las medidas apropiadas para minimizar dicha amenaza".

5.4. Paraísos fiscales y secreto bancario

Este aspecto representa uno de los puntos más débiles en los esfuerzos para enfrentar el fenómeno del lavado de activos, ya que los países que ofrecen la condición de paraísos fiscales se caracterizan por el anonimato de las transacciones, así como por una falta de cooperación con las autoridades de persecución. De manera, que cuando el lavador, haciendo uso de las facilidades que proporciona la revolución tecnológica unida a una liberación de capital y desregulación bancaria, logra transferir los recursos generados de actividades delictivas a países con estas características tiene altas posibilidades de insertar posteriormente con apariencia de legitimidad recursos de origen delictivo.

Así, "las ventajas que se derivan de las entidades bancarias de los paraísos fiscales son dos fundamentalmente: por un lado, permiten la apertura de cuentas secretas y numeradas, donde los nombres de los depositarios se encuentran separados de las cuentas; y, por otro, permiten también la constitución de entidades comerciales en las que el titular se mantiene en el anonimato (garantizado por el secreto profesional), siendo administradas por un agente comercial residente, y operan libres de impuestos".[47]

5.5. El desarrollo de modelos de criminalidad organizada

En los últimos años la política criminal, por lo menos en el mundo occidental, comienza a plantear una redefinición de los modelos de investigación de ilícitos que desarrollan los Estados, sobre todo a partir de las cada vez más particulares exigencias de un tipo de ilicitud cuyos sistemas de organización, flujos de información, modelos de participación, planes de actuación, poderío económico y, por qué no, relación con el propio Estado, la caracterizan especialmente.

Este sector sociológico que, no sin cierta simplificación, se puede denominar como delincuencia organizada, plantea serias dificultades a una dogmática penal y procesal estructurada sobre la base de un sistema de actuación del Estado en la persecución criminal que no incluía, por lo menos teóricamente, ninguna de las figuras que aquí serán analizadas.

Ello se manifestaba con claridad a la hora de superar ciertas restricciones legales y constitucionales para la valoración de la prueba - prueba ilícita u obtenida por medios no admitidos por el legislador o por el propio intérprete -, como así también cuando se deben superar los obstáculos del sistema de imputación - teoría del hecho punible - para la punición del "provocado" o "investigado" o encontrar alguna causa de impunidad - en el nivel sistemático que corresponda- para el agente "provocador" o "investigador".

Todo ello se justifica, además, internacionalmente, por ejemplo, cuando estos tipos de institutos son particularmente recogidos en la Convención de Viena sobre la represión al tráfico de sustancias estupefacientes, firmada el 19 de diciembre de 1988, quizá el primer instrumento del derecho internacional público que incorpora manifestaciones de un sistema de investigación y represión de ese tipo de delincuencia alejado del modelo tradicional, por ejemplo, el Art. 11 de la citada Convención establece la figura de la *entrega vigilada:*

"Si lo permiten los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar en forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas."

Sin dudas, el concepto de delincuencia organizada ha obligado en los últimos años a modificar las herramientas político-criminales para su tratamiento. El lavado de dinero refleja uno de los ejemplos más nítidos de organización criminal. Algunos datos típicos de estas formas de organización son los siguientes:

- Altos niveles de infraestructura tecnológica y de sistemas de información.
- Planteles de recursos humanos con vocación a la permanencia.
- Estructuras de organización que exceden las fronteras nacionales.
- Alto nivel de poderío económico.
- Aseguramiento de ciertos niveles de impunidad originados en la relación con estructuras gubernamentales corruptas.
- Sistemas de administración con responsabilidades personales fragmentadas.

El delito de lavado de capitales o lavado de dinero ofrece ciertas características propias de este tipo de delincuencia organizada, y ello explica parte de la complejidad criminológica y político-criminal para su tratamiento desde el Estado.

6. Línea de acción

Las iniciativas internacionales que han hecho frente al fenómeno criminal del lavado de activos trazan una línea de acción que está orientada como última ratio a privar a los delincuentes en el uso y disfrute de las inmensas ganancias originadas en la actividad delictiva, como una forma de desincentivar esos nocivos comportamientos.

A fin de cumplir con ese objetivo de política criminal, las recomendaciones procuran la penalización de las conductas de lavado de activos, la incautación y decomiso de bienes, la asistencia judicial internacional, desarrollos de modelos de investigación penal con capacidad de tratamiento de casos complejos, establecimiento de un régimen de prevención y sanciones administrativas a un conjunto de actividades comerciales y financieras susceptibles de ser utilizadas, y desarrollo de mecanismos de control y supervisión a escala internacional.

6.1. Penalización del lavado de activos

La penalización como conducta autónoma del lavado de activos se constituyo en uno de los objetivos centrales de la nueva política criminal contra el tráfico de drogas a nivel mundial.

Por ello, la Convención de Viena de 1988, que es pionera en las iniciativas normativas internacionales en la materia, trazo la línea a seguir desde el punto de vista de la construcción del tipo penal del lavado de activos, con una recomendación que toma en cuenta las características del fenómeno y las etapas que en el intervienen:

(a) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

(b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

Salvo ligeras variantes, en los instrumentos normativos internacionales que siguieron en importancia a esta Convención, como las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y contra la Corrupción, recogen, con ligeras diferencias, esas fórmulas, aunque lógicamente ampliando su radio de acción más allá del tráfico de drogas.

El propósito de establecer un modelo de tipificación del lavado de activos obedece a la característica internacional del fenómeno, por lo que se hace necesario una homogeneidad entre las legislaciones del mundo.

La Ley 19/1993 de 28 de diciembre de España, en el Capítulo I Artículo 2do. señala que se entenderá por lavado de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior (drogas, bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, bandas o grupos organizados) o de participación en las mismas para ocultar o en encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado.

En el *Acta de Delitos vinculados al Narcotráfico 1986 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda de Norte*: en la sección 24 de Drugs Trafficking Offences Act, se incrimina la conducta como quien sabiendo o sospechando que una persona ha traficado con drogas o se ha beneficiado con el tráfico de drogas, participa en actos que configuran la retención o control de fondos originados en ese delito, coloca esos fondos, a disposición de cliente o los utiliza para adquirir bienes o cosas…"

En el Acta del 11 de enero de 1993, de Bélgica, se dispone que se acata la directiva de la C.E.E. (Comunidad Económica Europea) del 10 de junio de 1991(91/308 EE.UU.) para prevenir el uso del sistema financiero como herramienta del lavado de dinero y define el lavado de dinero como la conversión o transferencia de dinero o bienes con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito o de asistir a cualquier persona que esté envuelta en actividades criminales, utilizando el dinero directamente o otras actividades derivadas de su colocación y ayudándola a evadir las consecuencias legales de sus acciones.

También lo define como la ocultación o disimulo de la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, propiedad de dinero o bienes, sabiendo que es derivado de actividades criminales, así como su adquisición y posesión.

Señala, entre otras, como actividades criminales (Sect. 505, 2ª. 3ro, y 4to. PC) el terrorismo, las organizaciones criminales, el tráfico ilícito de narcóticos, el contrabando, la prostitución, los fraudes bancarios, etc.

La ley francesa 90-614, del 12 de julio de 1990, tipifica el lavado de dinero dentro de aquellas actividades que limitan la figura penal a casos de narcotráfico. Sigue los lineamientos de la Convención de Viena de 1988. Obliga a informar, como en todos los casos ya mencionados, ciertas operaciones denominadas sospechosas

y que presentan características inusuales. Con posterioridad y para cumplir con recomendaciones realizados por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Parlamento amplió las disposiciones de la Ley de 1990 señalando que la declaración de sospechas por parte de los bancos y demás organismos financieros se extiende a las operaciones financieras que parezcan provenir de la actividad de organizaciones criminales.

Australia basa su legislación en Recomendaciones contenidas en "Proceeds of Crimes Act" de 1987 y la "Financial Transaction Reports Act" de 1988. Asimismo, Australia es miembro de la Financial Action Task Force (FATF), por lo que participa activamente en la promoción sobre estrategias para combatir el lavado de activos y la necesidad de cooperación a escala internacional para atacar al crimen organizado. Ha definido el lavado de dinero, como la participación directa o indirecta en una transacción en que estén involucrados bienes o cosas derivados de un acto delictivo, cuando la persona supiere o debiera razonablemente saber el origen de los mismos.

Tomando en cuenta que para poder tipificar al lavado de dinero como un delito se requiere la utilización de código penal de un país, Estados Unidos ha promulgado diversas disposiciones a fin de encuadrar dentro de su marco jurídico al lavado de dinero o diversas actividades relacionadas con el mismo.

La tipificación del lavado de dinero se efectúa dentro de la Ley Antidrogas de 1986, cuyas disposiciones básicas están contenidas en las secciones 1956 y 1957 del Título 18.

Bajo los términos del Título 18, fracción 1956 de USC, es ilegal implicarse en una operación financiera relacionada con las ganancias producto de una actividad estipulada como "ilícita", cuando el objeto de esa actividad sea el fomentar la misma u ocultar la fuente y propiedad de los fondos, o el evitar el cumplimiento de la obligación de informar dicha transacción de acuerdo a normas federales o estatuales.

De conformidad con el Título 18, fracción 1957 de USC, se considera que comete delito "quien a sabiendas realice o intente realizar una transacción monetaria con bienes derivados de un ilícito por más de US$10.000 y ese dinero sea producto de un ilícito específico."

Además, la Ley contra el Abuso de Drogas de 1986 prohíbe la estructuración de operaciones monetarias con el fin de evadir los requerimientos de reporte de moneda.

Asimismo, el Título 26, fracción 6050I de USC, requiere que cualquier individuo implicado en el comercio o negocio que reciba una cantidad mayor a US$10.000, producto de una sola operación, deberá presentar el reporte de la misma al Servicio Interno de Rentas (IRS).

Por otra parte, ya desde 1970 normas destinadas a combatir el crimen organizado imponían a los bancos la obligación de reportar toda transacción en efectivo superior a US$10.000.

Existe actualmente para las instituciones financieras la obligación de presentar diversos reportes vinculados con las actividades que ellas desarrollan, tales como CTR USC 5313 informe sobre transacciones en moneda estadounidense en efectivo por sumas superiores a US$10.000, USC 5314 informe sobre transacciones efectuadas por un residente con una entidad financiera extranjera, USC informe sobre transacciones en moneda extranjera, USC 5316-CMIR informe sobre la entrada y salida de instrumentos monetarios o efectivo por montos superiores a los US$10.000, etc.

Dentro de ámbito del MERCOSUR, el tema de lavado de dinero, a instancias de Brasil, se viene tratando como un elemento de discusión más en la agenda de trabajo de los Bancos Centrales de los respectivos países miembros.

Por tal motivo, en la década de los 90 se ha prestado suma atención a este proyecto de ley a los efectos de tratar de compatibilizar definiciones, tipificaciones y pautas similares en atención a las implicancias que leyes tan importantes y especiales pueden llegar a tener dentro del MERCOSUR.

La República Dominicana, que ratificó la Convención de Viena de 1988, a partir del año 1995 incorporó en términos parecidos a dicha Convención el lavado de activos, mediante la Ley 17-95, aunque como un delito conexo de los delitos de tráfico de drogas.

La Ley 72-02[48], que constituye el marco jurídico vigente del lavado de activos en nuestro país, consagra las distintas conductas típicas del fenómeno; extiende el lavado de activos a recursos originados en una amplia gama de actividades delictivas; reconoce la naturaleza autónoma del delito y aplica los criterios de justicia universal al sancionar las conductas de lavado de activos sin importar el lugar donde se cometió el delito previo que generó los recursos[49].

6.2. Incautación y decomiso de bienes

La incautación, para fines de posterior decomiso, de los bienes que tienen su origen en actividades ilícitas constituye un objetivo de primera importancia en la estrategia para combatir la delincuencia organizada transnacional.

Es por ello que, en el mismo preámbulo de la Convención de Viena de 1988, se afirma lo siguiente:

> "*Conscientes* de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles";
>
> "*Decididas* a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad".

De manera, que la identificación, rastreo y ubicación de los bienes que tienen su origen en las actividades delictivas graves, sin importar el lugar donde se encuentren, constituye un objetivo primordial en la política criminal en la materia como un mecanismo de debilitamiento de las organizaciones criminales delictivas que operan a nivel internacional.

A fin de no afectar el comercio jurídico de los bienes, y en consecuencia a los terceros que de buena fe hayan efectuado transacciones con los mismos, las legislaciones[50] sobre el tema, siguiendo las recomendaciones internacionales, han previsto el comiso sustitutivo, cuando se haga imposible el decomiso de un bien debido a una acción u omisión del procesado.

6.3. Asistencia judicial internacional

Un punto clave en la estrategia para enfrentar la criminalidad organizada internacional lo constituye el establecimiento de un marco jurídico que permita una ágil asistencia judicial internacional.

Como ya se ha señalado en otra parte de este módulo, lo que facilita el fenómeno criminal del lavado de activos es el ámbito internacional en que opera con la finalidad de darle apariencia legítima a bienes cuyo origen es delictivo.

Por ello, todos los instrumentos normativos internacionales consagran de forma detallada la asistencia judicial en la materia, ya que constituye un mecanismo indispensable para obtener los elementos probatorios necesarios, así como cumplir con uno de los objetivos de política criminal en el tema como lo constituye el privar a los delincuentes del uso y disfrute de los bienes obtenidos productos de su ilícita actividad, que generalmente se encuentran en jurisdicciones territoriales diferentes a la del lugar donde se esté juzgando al delincuente.

6.4. Desarrollo de modelos de investigación penal para casos complejos

No cabe duda que la investigación del delito de lavado de capitales, según lo que venimos exponiendo, debe presentar dificultades adicionales para su investigación, sobre todo si tenemos en cuenta que el sistema procesal de República Dominicana todavía remite a ciertos paradigmas inquisitivos que deben ser superados. Aquí sólo se remarcarán algunas sugerencias para el desarrollo de modelos de investigación eficientes en casos de delitos complejos como el que se analiza.

Se encuentra cada vez más difundida la concepción que le atribuye al Estado serias falencias de capacidad instrumental para poner en funcionamiento un sistema de investigación de los delitos de impacto económico, que cumpla las siguientes características: equitativo, eficaz, transparente, y con cierta posibilidad técnica de detectar este tipo de ilícitos antes de que se dañe de modo irremediable el bien jurídico protegido. *Esta última dimensión lesiona cualquier posibilidad de instalar un modelo de prevención general negativa o positiva. De este modo no habrá ninguna intimidación y tampoco se confirmará el valor protegido por la ley penal 72-02 que reprime el lavado de dinero.*

Por otro lado, la ausencia o la debilidad de los programas racionales de control y orientación del gasto público de los últimos años, sin duda, había colaborado a fomentar la idea de que los ciudadanos no tienen un deber tan fuerte de "asociarse" con el sistema de control económico, teniendo en cuenta que tampoco el Estado trasladaba los tributos a una mejora en la calidad de vida de sus ciudadanos.

En este contexto de crisis ética, social y económica, es preciso, repensar un modelo de política criminal en esta materia. Se trata de desarrollar un plan de política criminal, vinculado con el problema que plantea este tipo de ilícito, que tome en cuenta estos datos con la finalidad de que el derecho penal económico no se transforme en un fin en sí mismo sino en una parte trascendente de los instrumentos de que dispone el Estado para desarrollar políticas sociales.

Algunos de los síntomas son los siguientes: falta de un modelo estratégico para la selección de los casos que se denuncian, ausencia de un plan de política criminal para el lavado de dinero, carencia de un modelo de optimización de la información que se produce en cada caso denunciado y que tramita en el sistema judicial.

Estas falencias forman parte de un diagnóstico que no debe ser eludido sino enfrentado con firmeza.

Este tipo de decisiones puede significar, de acuerdo a como se desarrolle el propio camino de su puesta en funcionamiento, o una nueva experiencia de *más de lo mismo* o el comienzo de una transformación de envergadura en los niveles de eficiencia en la tramitación de los delitos complejos o de impacto económico.

Debemos tener en cuenta hoy día, por otro lado, que gran parte de la consolidación definitiva de un modelo eficiente en el control de las conductas aquí analizadas, depende de la creatividad y profundización del sistema de relaciones que genere con las instancias de control administrativo y/o judicial.

La primera reacción, vinculada con este punto de partida, debe remarcar una advertencia: el fortalecimiento institucional de todos los organismos de control (judiciales y administrativos) depende del establecimiento de una red de apoyo mutuo.

Es indudable que, a diferencia de los organismos que ejercen el poder, los que controlan la legitimidad de ese poder no tienen incorporada ya en la pila bautismal su propia vitalidad, sino que requieren llevar como una preocupación fundacional las reales posibilidades de desarrollar cierta capacidad de gestión.

En ese sentido, esas instancias de control deben potenciarse en la implementación de un modelo de trabajo de red institucional que asegure, más allá de las eventuales y muchas veces declarativas autonomías de cada organismo, la vitalidad institucional suficiente como para enfrentarse con éxito a las conductas ilícitas o económicamente dañosas. En la América Latina y el Caribe, la ineficiencia de los organismos estatales y de la justicia a la hora de investigar, perseguir y sancionar delitos de gran impacto económico ha quedado demostrada en más de una ocasión y es ya imprescindible una búsqueda de solución creativa.

A lo largo de estos años, los intentos de los sucesivos gobiernos por hacer más eficaz la acción de los Estado en la lucha contra la delincuencia organizada ya parecieran, una y otra vez, estar destinados al fracaso de antemano. Este diagnóstico debe ser corregido.

Ahora bien, la débil capacidad institucional de los Estados para llevar adelante políticas efectivas y eficientes de investigación, control y persecución de los delitos complejos estaba directamente relacionada con una serie de falencias factibles de detectar en el orden organizacional, operativo y de recursos humanos en los sectores involucrados. Veamos, tan solo, algunas de las más sobresalientes:

- Falta de coordinación entre los organismos estatales responsables de la identificación, selección, investigación y seguimiento de los casos (especialmente, entre el Ministerio Público Fiscal y los organismos administrativos).
- Duplicación de tareas, esfuerzos y costos, especialmente, en la conformación de una base de datos informativa.
- Desaprovechamiento de los instrumentos de información y medición de las operaciones sospechosas existentes y escaso cruzamiento de datos fiables.

- Carencia, en muchas dependencias, de apoyo técnico (no jurídico) de calidad, capaz de comprender las maniobras utilizadas, conocer adecuadamente la documentación involucrada y desarrollar un alto compromiso con la función desarrollada.
- Ineficiencia del sistema de enjuiciamiento penal para dar respuesta cualitativa a casos de gran impacto económico.

Este diagnóstico debe ser enfrentado en forma clara por las autoridades políticas:

(1) Mejorando las actividades de coordinación.

(2) Aumentando y optimizando los recursos de investigación especializada, incluso en el ámbito administrativo.

(3) Desarrollando actividades de capacitación.

(4) Mejorando el apoyo técnico.

(5) Mejorando los sistemas de investigación procesal.

(6) Generando la posibilidad procesal de seleccionar los casos que serán sometidos a investigación y juicio.

Sin embargo, y a pesar de todas estas medidas, está comprobado que las estrategias públicas de investigación requieren del sector privado (sobre todo financiero) para aumentar la eficiencia de las mismas. En algunos países desarrollados, han comenzado a experimentarse novedosos diseños de alianzas entre los sectores públicos y privados para atacar más eficazmente estos males. En este marco, las empresas han comenzado a asumir tareas de definición, desarrollo e implementación de sus propios mecanismos de prevención y control de este tipo de conductas.

En la convicción de que un mercado transparente es altamente conveniente para el florecimiento de la economía y del bienestar, los actores privados (sociedad civil y empresas) deben asumir cierta cuota de responsabilidad, ya que este mercado solo será transparente en la medida que ninguna empresa pueda atribuir un porcentaje de sus pérdidas o de la disminución de sus ganancias a la evasión tributaria, el lavado de dinero, la corrupción o el contrabando de quienes compiten.

Los ejemplos abundan "Los principios de Wolfsberg contra el Lavado de dinero", que detallan el acuerdo alcanzado por un importante grupo de bancos privados (asistidos por un equipo de Transparency International, al que se incorporaron los expertos Stanley Morris y Prof. Mark Pieth) en el sentido de estipular un modelo consensuado de prevención del lavado de capitales, es una de las muestras recientes.

Allí se establecieron lineamientos que se ocupan de temas como: identificación de clientes, de beneficiarios y/o usufructuarios de cuentas; realización de estudios sobre administradores monetarios; evaluación técnica (*due diligence*) para la apertura de cuentas; exigencias de conocimiento fidedigno del cliente para los casos de cuentas numeradas; procedimientos especiales para países y actividades de "alto riesgo"; verificación minuciosa para funcionarios públicos; actualización de archivos de clientes; determinación de actividades sospechosas: a) transacción de la cuenta u otras actividades que no resultan consistentes con los datos recopilados en la evaluación técnica, b) transacciones en efectivo por encima de cierta suma, y c) transacciones "de paso" que entran y salen; determinación de mecanismos para detectar otros tipos de actividades también sospechosas (monitoreo de transacciones, contactos con el cliente, información de terceros, conocimiento interno del banquero privado sobre el entorno del cliente); determinación de las acciones a seguir en caso de identificar una actividad inusual (monitoreo más intenso, cancelación de la relación comercial, información de la relación comercial a las autoridades); desarrollo de modelos de monitoreo y control, desarrollo de programas de educación; capacitación e información, y establecimiento de departamentos especiales para la prevención del lavado (*compliance officer*).

La preocupación de la banca privada es razonable con sólo pensar en algunos de los ejemplos internacionales: en el Reino Unido, el mayor poder dado por una nueva ley al Financial Services Authority -FSA- ha implicado la amonestación de 15 bancos por sus débiles medidas de prevención del lavado en la recepción de fondos del dictador nigeriano Sani Abacha y de su entorno.

Se sugiere que desde el Estado y los sistemas de investigación judicial se fomente este tipo de actitud privada y se desarrollen estrategias comunes. Aquí el interés estatal y el privado coinciden.

Ello puede lograrse a través de la aplicación de una serie de herramientas y mecanismos de prevención e investigación:

- Propiciando acuerdos horizontales que sean impuestos al Estado para que asuma su rol de garantía.
- Fomentando la realización de denuncias ante los diversos organismos encargados de canalizarlas.
- Llevando a cabo, periódicamente, diagnósticos conjuntos de la situación según el sector de actividad.
- Manteniendo reuniones estratégicas con las diferentes agrupaciones empresarias, Cámaras industriales y/o gremios que permitan definir convenios para combatir este tipo de delitos.
- Instalando el problema y difundiendo los resultados de estas reuniones.
- Definiendo planes de acción de cara a los medios de comunicación masiva, logrando que estos traten el tema o difundan importantes denuncias sobre casos testigos.

- Sensibilizando a la ciudadanía sobre la problemática.

El sector empresarial debe comprender que la legítima protección y defensa de sus intereses (privados) generan efectos altamente oxigenantes no sólo en el mismo mercado sino también en la sociedad de manera más amplia.

En el mercado porque al evitar distorsiones propias del juego de la evasión, el contrabando y del lavado de dinero, y al disminuir las amenazas de pérdidas, se fortalece y se vuelve más eficiente. En la sociedad porque promueve reglas claras e incentiva el respeto por las normas, dos valores básicos de las sociedades desarrolladas. Además, como "by product" de su accionar legítimo mejora la calidad de vida de todos los ciudadanos.

Es necesario, entonces, el desarrollo de una verdadera política criminal de prevención y el castigo del lavado de dinero.

Aquí sólo se señalarán, de modo resumido, algunas necesidades que, una vez satisfechas, permitan sentar las bases de un nuevo modelo de gestión en este ámbito político criminal analizado:

Un modelo estratégico para la selección de los casos que se denuncian

Un análisis ya superficial del sistema de investigación penal del delito de lavado de dinero demuestra que, más allá del número total de casos tramitados ante el sistema judicial, no se advierte un modelo de selección (o mejor dicho prioridad) de aquellos casos que son llevados al sistema penal.

No parecía que los casos que son denunciados respondan a una estrategia de política criminal y ello, naturalmente, no es muy razonable teniendo en cuenta que la Administración no tiene chances fácticos ni burocráticos de llevar en forma eficiente la totalidad de los casos jurídico-penalmente relevantes al sistema judicial.

Un sistema de selección es imprescindible. Sólo hay que discutir sobre la implementación de uno que sea transparente, eficiente y que sea sistémico con las diferentes estrategias de política criminal que expone la Administración Central.

Un plan de política criminal en este ámbito

Cuando se menciona la necesidad de una política criminal se pretende insistir en ciertas dimensiones

imprescindibles:

(a) Definición precisa de recursos y de las necesidades de investigación y prevención.

(b) Establecimiento de pautas de prioridad tomando en cuenta la situación por sector y el tipo de maniobra.

(c) Definición de estrategias de prevención en forma coordinada con los objetivos de investigación penal.

(d) Formulación de estrategias procesales y de modelos de criterios de éxito.

Esta ausencia de una verdadera política criminal tiene efectos altamente nocivos a la hora de buscar caminos para un aumento de la eficiencia del sistema penal en esta dimensión.

Un modelo de optimización de la información que se produce en cada caso denunciado al sistema judicial

Por otro lado, se advertía la ausencia de un modelo que permita el aprovechamiento de la información que se adquiere ante cada caso denunciado, sobre el tipo de maniobra que se investiga. No debiera extrañar que la información que se produce en un caso judicial pudiera significar un gran aporte en otro caso judicial que se tramita en forma simultánea pero con autonomía. El no aprovechamiento debe ser imputado a un problema de matriz deficiente y es preciso que sea solucionado.

En buena cantidad de ocasiones el Estado tiene información valiosa y suficiente sobre eventuales hechos ilícitos, pero que sólo produce efectos cuando los diferentes bancos de datos son analizados en conjunto y luego de determinados cruzamientos. Ello en lo que respecta, por ejemplo, al ilícito de "lavado de activos" o al delito tributario es decididamente determinante.

La política criminal no es otra cosa que una de las más trascendentes políticas de control y, desde este punto de vista, muchas veces debe asumir el rol de "última ratio" o último eslabón en la cadena de reacciones estatales y supeditarse a los objetivos de control de las instancias administrativas, para lo cual debe haber una adecuada coordinación.

En muchas ocasiones los hechos que son evaluados por los controles administrativos no son otra cosa que ilícitos de enorme gravedad e impacto social y llegan a conocimiento del organismo adecuado luego de un tiempo excesivo. La información que se ha obtenido sobre el hecho, a menudo, no es la que se requiere para la formación de la imputación penal

En este sentido, la eficiencia de la investigación penal preparatoria muchas veces depende de una buena coordinación administrativa y/o judicial.

6.5. Régimen de prevención y sanciones administrativas

El lavado de activos es un fenómeno extraordinariamente complejo. De ahí que los esfuerzos para combatirlo eficazmente, a diferencia de las conductas delictivas tradicionales, se efectúen en dos ámbitos que lucen en principio contradictorios, aunque en realidad se complementan, como lo constituye la represión y la prevención[51].

La prevención cumple dos objetivos fundamentales: uno, evitar que una serie de actividades de naturaleza financiera o empresarial en sentido general sean afectadas en su reputación y solvencia por quienes se dedican a pretender darle legitimidad a unos capitales de origen criminal y, dos, porque de cara a los procesos penales de lavado de activos facilitan importantes elementos probatorios.

Las legislaciones recogen el régimen de prevención estableciendo un conjunto de obligaciones, como la relativa a la identificación y conocimiento de los clientes, registro y reporte de transacciones en efectivo que superen un determinado monto, reporte de transacciones sospechosas, sean estas efectuadas o no, con recursos en efectivo, conservación de documentos durante un período de tiempo no inferior a cinco (5) años, establecimiento de mecanismos y órganos de control, así como la capacitación de su personal, obligaciones estas que deben ser cumplidas por las actividades comerciales, empresariales y financieras que determine la legislación.

A fin de hacer efectivo el cumplimiento de estas obligaciones, las legislaciones se preocupan por erigir su desconocimiento, en ilícitos administrativos que dan lugar a la aplicación de sanciones administrativas, tanto a los funcionarios o empleados directamente responsables del incumplimiento, como a la propia entidad, independientemente de que si como resultado de los mismos se haya incurrido o no en una actividad de lavado de activos.

6.6. Establecimiento de mecanismos de evaluación multilateral

Dentro de los mecanismos de evaluación multilateral, sin lugar a dudas, el Grupo de Acción Financiera Internacional, se ha convertido en la instancia más relevante. El GAFI ha sido fundado por los Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de los Siete en Paris en julio de 1989, con el objetivo de estudiar y promover las medidas destinadas a combatir el lavado de capitales procedentes en forma protagónica del tráfico de drogas.

Se encuentra compuesto por tres grupos de trabajo: uno dedicado al análisis de la extensión y métodos del banqueo de capitales, otro a cuestiones jurídicas y judiciales y el tercero a la cooperación administrativa y financiera.

El GAFI no puede tomar decisiones ejecutivas, pero sus recomendaciones tienen una fuerza práctica muy trascendente. En el marco de las primeras 40 recomendaciones, el GAFI se ha ocupado de los sistemas legislativos, de la cooperación multilateral, del papel del sistema financiero, de la relación de los delitos originarios, etc.

Otros organismos multilaterales que se han ocupado o se ocupan del problema del lavado de capitales, aunque de modo más coyuntural, son el Comité Europeo de la Lucha contra la Droga (CELAD), que desarrolló un plan para esta materia que fue aprobado por el Consejo Europeo en Roma en el año 1990, y el propio Consejo de Ministros de la Comunidad.

Por otro lado es de destacar el denominado "Egmont Group" que agrupa a las diversas Unidades de Información Financiera (84 en total), y que constituye una amplia red que articula vínculos de cooperación en el intercambio de información y, también, en materias relativas a la capacitación, infraestructura, prevención, etc.

Asimismo, debe resaltarse el trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la OEA –CICAD/OEA. Los grupos de expertos de la CICAD formulan recomendaciones a los Estados miembros a los efectos de mejorar su capacidad en el control de estas conductas.

[1] Álvarez Pastor, Daniel; Eguidazu Palacios, Fernando, *La prevención del blanqueo de capitales,* Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, pág. 21 y ss.

[2] El 27 de junio de 1980 el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitió la Recomendación R (80), relativa a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal, al estimar "que la transferencia de capitales de origen criminal de un país a otro y su blanqueo mediante su reinserción en el circuito económico suscitan graves problemas, favorecen la comisión de nuevos actos delictivos y extienden así mismo el fenómeno tanto en el plano nacional como en el internacional". Asimismo, la Organización de las Naciones Unidas en un documento elaborado en 1982, titulado "Estrategias y Políticas Internacionales de Fiscalización de Drogas", entre las alternativas para la reducción del tráfico ilícito de drogas sugería "identificar transacciones financieras vinculadas al tráfico ilícito de drogas y disponer que las sentencias garanticen la pérdida, por los traficantes, de cualquier beneficio que hubieren obtenido. Se debe examinar otras medidas posibles para privar a los infractores del producto de sus delitos".

[3] Este grupo lo conformaban Bélgica, Canadá, Francia, Alemania Federal, Japón, Italia, Países Bajos, Reino Unido, Estados Unidos, Suecia y Suiza.

[4] Esta Declaración tuvo gran influencia en la elaboración futura por parte del Grupo de Acción Financiera (GAFI) de las obligaciones de prevención no sólo a los bancos y demás instituciones financieras, sino también a otra amplia gama de actividades empresariales susceptibles de ser utilizadas en el proceso del lavado de activos.

[5] Víctor Prado Saldarriaga, en un interesantísimo trabajo titulado "La criminalización internacional del lavado de dinero: Sus desarrollos regionales y nacionales", señala que en el primer proyecto de Convención contra el Narcotráfico elaborado por la Comisión de Estupefacientes de la ONU, en 1985, no se consideraba entre las conductas criminalizables al lavado de dinero. "Sin embargo, ya en junio de 1986, al aparecer un nuevo "Proyecto de Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", la Comisión de Estupefacientes de la ONU propone que el lavado de dinero pase a ser considerado como un delito autónomo".

[6] El Art. 6.3 de la Convención de Viena dispone: "Si una Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe de otra Parte, con la que no lo vincula ningún tratado de extradición, una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo".

[7] Art. 7.2, letra g) de la Convención.

[8] Aprobada en la ciudad de Palermo, Italia, en diciembre del año 2000.

[9] Aprobada en la ciudad de Mérida, México, en diciembre del año 2000.

[10] Pág. 93

[11] *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Cedecs Editorial, 1996, pág. 21.

[12] "Le blanchiment de l'argent", Revue Banque Edition, pág. 25.

[13] Citado por Saen Montero, Manfred, en el artículo "El Secreto Bancario y el Lavado de Dinero en Costa Rica". Revista de Ciencias Penales, año 9, número 13, pág. 89.

[14] *El Delito de Lavado de Dinero en el Perú*, pág. 2.

[15] Los autores son Jack A. Blum, Michael Levi, R.T. Taylor y Phil Williams.

[16] Cassani, U., *Le blanchissage d´argent.Fiches Juridiques Suisses*, Genéve, febrero, 1994.

[17] Aranguez Sánchez, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Marcial Pons, pág. 21.

[18] Abel Souto, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. págs. 32 y ss.

[19] En este punto seguimos la obra *La Prevención del Blanqueo de Capitales*, de Daniel Pastor Álvarez y Fernando Eguidazu Palacios, Editorial Arazandi. Págs. 33 y ss.

[20] Artículo 6: Penalización del blanqueo del producto del delito:

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociació y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

[21] Esta Convención utiliza la misma fórmula de la Convención de Palermo del año 2000, en su Art. 23.1

[22] Prado Saldarriaga, Víctor. *El Delito de Lavado de Dinero en el Perú*, pág. 4.

[23] Barral, Jorge E. *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*. Editorial Ad Hoc, pág. 35.

[24] Art. 41, numeral 4, de la Ley 72-02: Reporte de transacciones en efectivo: Comunicar, dentro de los primeros quince (15) días de cada mes, mediante formularios o a través de soporte magnético a la Unidad de Análisis Financiero, vía la Superintendencia de Bancos, para las instituciones que estén bajo la supervisión de esta entidad, todas las transacciones en efectivo realizadas en el mes anterior que superen la cantidad de diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US$10,000.00) u otra moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional, calculado sobre la base de la tasa oficial de cambio establecida por el Banco Central de la República. Las transacciones múltiples en efectivo realizadas en una o más oficinas de la misma entidad, que en su conjunto superen la cantidad de diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US$10,000.00) u otra moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional. Serán agrupadas y consideradas como una transacción única, si son realizadas en beneficio de una misma persona, física o moral, durante un día laborable. En tal caso, dichas transacciones deben ser reportadas a la Unidad de Análisis Financiero.

[25] Álvarez Pastor, Daniel, ob. cit., pág. 36.

[26] El Art. 5.6 de la Convención de Viena de 1988, establece que "cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado". De igual forma se expresa nuestro legislador, al disponer en el párrafo II del Art. 31, de la Ley 72-02 que "cuando las propiedades obtenidas o derivadas directa o indirectamente de un delito han sido mezcladas con propiedades adquiridas de forma lícita, el decomiso de estas será ordenado solo por el valor de los bienes, productos o instrumentos del delito".

[27] La Ley 72-02, dispone en su artículo 8, que será sancionada con la pena contemplada en el Capitulo de las sanciones: "a) la persona, nacional o extranjera, que al ingresar o salir del territorio nacional, por vía aérea, marítima o terrestre, portando dinero o títulos valores al portador o que envíe los mismos por correo público o privado, cuyo monto exceda la cantidad de diez mil dólares, moneda de los Estados Unidos de América (US$10,000.00) u otra moneda extranjera, o su equivalente en moneda nacional no lo declare o declare falsamente su cantidad en los formularios preparados al efecto".

[28] Ob. cit., pág. 67.

[29] Jaramillo-Vallejo, Jaime. *Lavado de activos: Temas de Política Pública*, pág. 7.

[30] Prado Saldarriaga, Víctor. *El delito de lavado de dinero en el Perú*. Pág. 4.

[31] Barral, Jorge E. *Legitimación de bienes provenientes de la Comisión de Delitos*, pág. 33.

[32] Fabian Caparros, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*, pág. 149.

[33] Álvarez Pastor, Daniel. *La prevención del blanqueo de capitales*, pág. 38.

[34] Ibidem.

[35] Blanco Cordero, Isidoro, ob. cit, pág. 74.

[36] Blanco Cordero, Isidoro. ob. cit., págs. 74 y 75.

[37] Ob. cit., págs. 75 y 76.

[38] *La Prevención del Blanqueo de Capitales*, pág. 28.

[39] Jerez, Olivier. ob. cit., pág. 172.

[40] En su preámbulo reconoce que el tráfico ilícito de drogas es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad.

[41] En su preámbulo reconoce "que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella".

[42] Barral, Jorge E. *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*.

[43] Es por ello que en el preámbulo de la Convención de Viena de 1988, las partes se declaran "conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras

de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles".

44 Ob. cit., pág. 52.

45 Prado Saldarriaga, Víctor, artículo citado, pág. 2.

46 Blanco Cordero, Isidoro, ob. cit., pág. 38.

47 Álvarez Pastor, Daniel, ob. cit., pág. 31.

48 Blanco Cordero, Isidoro, ob. cit., págs. 63 y 64.

49 Ley 72-02 establece las conductas típicas del lavado de activos en la forma siguiente: Art. 3.- A los fines de la presente ley, incurre en lavado de activos la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave: (a) Convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes; (b) Oculte, encubra o impida la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o de derechos relativos a tales bienes; (c) Se asocie, otorgue asistencia, incite, facilite, asesore en la comisión de alguna de las infracciones tipificadas en este artículo, así como a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

50 Ley 72-02: Art. 5.- Las infracciones previstas en esta ley, así como los casos de incremento patrimonial derivados de actividad delictiva, serán investigados, enjuiciados, fallados como hechos autónomos de la infracción de que proceda e independientemente de que hayan sido cometidos en otra jurisdicción territorial.

51 El Art. 32 de la Ley 72-02 sobre lavado de activos dispone lo siguiente: "Cuando cualquiera de los bienes, productos o instrumentos, como resultado de cualquier acto u omisión del condenado, no pudieren ser decomisados, el tribunal ordenará el decomiso de cualesquiera otros bienes del condenado, por un valor equivalente u ordenará al mismo que pague una multa por dicho valor".

52 Para Javier Zaragoza Aguado "es comúnmente aceptado que una estrategia global contra el blanqueo de capitales de origen ilícito requiere un marco normativo apropiado en dos vertientes, radicalmente distintas pero complementarias entre sí: por un lado, en la persecución penal de estas conductas y en el decomiso del producto derivado de esas ilícitas actividades con el objetivo de conseguir la desarticulación de las organizaciones criminales, el enjuiciamiento y castigo de sus miembros, y la privación de sus ganancias y beneficios (aspecto represivo); y por otro lado, en el aumento de los niveles de transparencia y de control en el sistema económico y comercial con la finalidad de reducir la vulnerabilidad del propio sistema y de impedir su utilización en el desarrollo de esta actividad (aspecto preventivo)". *Derecho Penal Económico,* pág. 371.

2

MARCO INTERNACIONAL DEL LAVADO DE ACTIVOS

Olivo Rodríguez Huertas

1. Introducción

El lavado de activos es un fenómeno de naturaleza internacional. Es por ello que las grandes iniciativas adoptadas para enfrentarlo, normativas o no, tengan igual dimensión o alcance.

El objetivo de tipificar como un delito autónomo, el lavado de activos, tiene como propósito la desarticulación de las estructuras delincuenciales transnacionales, al privarlas del uso y disfrute de las inmensas ganancias que le reportan determinadas actividades delictivas. El patrimonio resultante de esas ganancias ilícitas generalmente se encuentra disperso por toda la aldea global.

Esta realidad es la que ha motivado a la comunidad internacional a estructurar un marco jurídico que permita a los Estados contar con instrumentos normativos, de naturaleza multilateral o bilateral, que posibiliten una eficaz cooperación o asistencia judicial internacional para la detección, incautación y posterior decomiso de los bienes objeto del proceso de lavado de activos, sin importar los lugares donde se encuentren, así como la ubicación de pruebas que sirvan de soporte a los procesos penales.

En esa línea se inscriben varios Tratados o Convenios Internacionales suscritos a partir del año 1988.

Pero, además, el compromiso de enfrentar este comportamiento delictivo no se limita, dada su complejidad, a la represión de las conductas de lavado de activos, sino que se extiende también al campo preventivo. De ahí que grupos de relevancia, universal y regional, de las esferas públicas y privadas, promuevan, a través de declaraciones y recomendaciones, la necesidad de establecer mecanismos y controles, de naturaleza preventiva con relación a un conjunto de actividades empresariales y profesionales proclives a ser utilizadas en el proceso que procura dar apariencia de legitimidad a recursos originados en actividades delictivas, como son las

entidades de intermediación financiera, casas de cambio de monedas, casinos, loterías, empresas de bienes raíces, etc.[1].

Estas iniciativas en el ámbito preventivo se extienden también a monitorear el grado de cumplimiento y la vulnerabilidad de los sistemas económicos de los Estados, originando en ocasión ser catalogados como países no cooperadores, lo que en una economía interdependiente le genera a esos países serias dificultades para la inversión internacional, limitando así sus posibilidades de desarrollo.

2. El impacto normativo interno de la legislación internacional

La Constitución de la República, en su Art. 3, dispone: "La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida de que sus poderes públicos las hayan adoptado".

La capacidad para celebrar Tratados de acuerdo a nuestra Carta Fundamental es una prerrogativa del Jefe del Estado, el Presidente de la República (Art. 55). No obstante, una vez concertados, para vincular al Estado es necesario que las Cámaras Legislativas impartan su ratificación. De manera que se trata de un acto complejo en el que intervienen dos poderes del Estado: Ejecutivo y Legislativo.

La República Dominicana ha suscrito todos los Convenios Internacionales de alcance universal y regional que contienen disposiciones relativas al lavado de activos, como lo constituyen la Convención de Viena de 1988, la Convención de Palermo del 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1998, así como el Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos relacionados con el tráfico de drogas. No obstante, solamente el primero, y los dos últimos han sido objeto de ratificación por parte del Congreso Nacional, por lo que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

2.1. Jerarquía normativa de los compromisos internacionales asumidos: dualismo y monismo

La determinación de la proyección normativa que tienen los Tratados o Convenios Internacionales en el Derecho interno se ha manejado en la doctrina y jurisprudencia internacional sobre la base de dos concepciones: una, la teoría monista, y otra, la dualista.

La primera de ellas (doctrina monista) parte de la base de la unidad del conjunto de las normas jurídicas. Se acepta el principio de la subordinación, según el cual todas las normas jurídicas se encuentran subordinadas las unas a las otras, en un orden rigurosamente jerárquico.

Por su parte, la doctrina dualista, considera que al Derecho Internacional y al Derecho interno como dos sistemas de Derecho iguales, independientes y separados, que no se confunden y que, por tanto, no existe superioridad de un derecho sobre otro.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, refiriéndose a este tema, en el caso "Polonia vs. Empleados Dantzig" señaló que "según un principio bien establecido de derecho internacional, el acuerdo, siendo un tratado internacional, no puede como tal crear directamente derechos y obligaciones para particulares. Pero no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las partes de algunas reglas definidas que creen derechos y obligaciones para los individuos y sean susceptibles de ser aplicadas por los tribunales nacionales".

Hoy día no es objeto de discusión la incorporación de los Tratados Internacionales en el Derecho interno. Sin embargo, el punto en conflicto resulta de la diversidad del tratamiento en las Constituciones a este tema. Unas consideran que las disposiciones de los Tratados, una vez incorporados en el Derecho interno siguiendo el trámite constitucional para ello, tienen el mismo rango que las disposiciones de la Constitución. Otras les otorgan un rango inferior a la Constitución, pero superior a la Ley, y algunas otorgan a los Tratados el mismo rango jerárquico que la Ley, por lo que una Ley posterior al Tratado que contenga disposiciones contrarias a este último implica derogación.

Esto último desde luego nos lleva a otro principio que resulta clásico en el Derecho Internacional, el de la fuerza obligatoria de los Tratados en aplicación de la máxima latina "pacta sunt servanda". Eso lo reconoce el propio preámbulo de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados al señalar que "los principios del libre consentimiento y de la buena fé y la norma pacta sunt servanda están universalmente reconocidos". Como ha señalado un autor, Jean Hostert, la regla pacta sunt servanda es un principio de costumbre, justicia, moral y derecho internacional.

Vinculado estrechamente al principio pacta sunt servanda, está el principio de buena fé. Como ha señalado el internacionalista colombiano, Marco Monroy Cabra, en su Derecho Internacional Público, publicado por la Editorial Temis, el de buena fé es un principio ético y de derecho, que se impone a los Estados, independientemente de toda Convención. Es un principio indispensable para poder garantizar la seguridad internacional y para evitar la simulación y el engaño en las relaciones internacionales.

Continúa señalando el mismo autor: "Este principio implica para los Estados la obligación de respetar no sólo la letra, sino el espíritu del tratado, absteniéndose de ejecutar actos que desvirtúen su genuino sentido o que lo contraríen".

Todo lo anterior nos conduce al principio de preeminencia de los Tratados sobre el Derecho interno que consagra el Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuando señala que una parte "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado".

En ese sentido es de resaltarse, una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, del 7 de julio de 1992, en el caso Ekmekdjian c/Sofovich, en el que señala que "la ratificación de un Tratado Internacional es un acto complejo, donde participan necesariamente el Poder Ejecutivo y el Legislativo; por tanto la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la propia Constitución, lo que importaría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre las atribuciones del Poder Ejecutivo. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confiere primacía al derecho internacional Convencional sobre el Derecho interno. La necesaria aplicación del Art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al Tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria".

2.2. Tratamiento jurisprudencial en República Dominicana sobre la jerarquía interna de los Tratados Internacionales

En nuestro país no es objeto de discusión la vinculación jurídica que originan las normas contenidas en Tratados o Convenios Internacionales una vez han sido ratificados por el Congreso Nacional, dado el claro contenido del Art. 3 de la Constitución de la República.

Sin embargo, la ubicación jerárquica de los Tratados en nuestro sistema de normas ha sido objeto de tratamiento por parte de la jurisprudencia de nuestro más alto órgano de justicia, la Suprema Corte de Justicia.

La posición tradicional asumida por la jurisprudencia dominicana estuvo orientada a considerar que los Tratados o Convenios Internacionales tienen una jerarquía similar a la de la ley, por lo que una Ley interna, desde el punto de vista de su contenido, contraria a un Tratado Internacional implicaba la derogación parcial de este último.

No obstante, recientemente nuestra Suprema Corte de Justicia, en una histórica Resolución, la No. 1920-2003, del 13 de noviembre del 2003, ha considerado que en nuestro País existe el denominado bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria:

> "Atendido, a que la República Dominicana, tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como

por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y Convención es internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria".

Esa declaración de nuestra Suprema Corte de Justicia constituye un cambio radical en lo que había sido la postura tradicional de nuestra jurisprudencia respecto de la jerarquía de los Tratados o Convenios Internacionales, cuyas disposiciones, desde el punto de vista de su fuerza normativa interna, las equipara a las disposiciones contenidas en la propia Constitución.

3. Principales órganos internacionales y grupos de trabajo sobre lavado de activos

Los esfuerzos para enfrentar el fenómeno del lavado de activos han conllevado una participación activa y diversa, en la que se conjuga la participación pública y privada, aunque, desde luego, el liderazgo de estos esfuerzos con ribetes universales ha sido asumido por organismos internacionales y regionales:

(a) Organización de las Naciones Unidas (ONU). Esta organización es la que ha auspiciado los principales instrumentos internacionales aplicables al lavado de activos, como lo son la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo del 2000); y la reciente Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003.

(b) Consejo de la Unión Europea. Como hemos dicho más arriba, otros organismos multilaterales que se han ocupado o se ocupan del problema del lavado de capitales son el Comité Europeo de la Lucha contra la Droga (CELAD) y el propio Consejo de Ministros de la Comunidad.

(c) Organización de Estados Americanos (OEA). Esta organización ha jugado un rol de primera importancia en los esfuerzos desarrollados a nivel del continente americano frente al problema del lavado de activos. A través de su Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), constituyó un Grupo de Expertos en materia de lavado de activos que elaboró el Reglamento Modelo, un instrumento que ha tenido una importancia extraordinaria en las legislaciones de los distintos países del continente y, de manera particular, en la Ley 72-02 sobre Lavado de Activos de la República Dominicana.

(e) Grupo de Acción Financiera (GAFI). Se trata de un grupo de trabajo creado por el G-7, conformado por los países más industrializados, en fecha 16 de julio de 1989. Este grupo emitió las 40

recomendaciones que han tenido una influencia decisiva en los esfuerzos frente al lavado de activos a escala mundial, tanto en el aspecto represivo como preventivo.

El GAFI ha revisado sus recomendaciones y, como consecuencia de los terribles acontecimientos de naturaleza terrorista ocurridos en las ciudades de Nueva York y Washington el 11 de septiembre del año 2001, ha emitido 8 recomendaciones adicionales atinentes a la financiación del terrorismo.

(f) INTERPOL. La Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) ha jugado roles de fundamental importancia en los esfuerzos para enfrentar el lavado de activos a escala internacional, a través de la cooperación y asistencia judicial internacional. En el año 1983, cuando aún no había surgido ningún instrumento de alcance universal respecto del problema de fondos de origen criminal, la INTERPOL creó un grupo especializado, conocido como Fondos Procedentes de Actividades Criminales (FOPAC), que investiga los fondos provenientes de las organizaciones criminales y que elaboró un documento denominado "Enciclopedia Financiera".

(g) Grupo Egmont. Se trata de un grupo integrado por importantes bancos, de distintas nacionalidades, que operan en el ámbito internacional. Han funcionado bajo la coordinación de la importante organización mundial Transparencia Internacional.

Este grupo ha emitido los importantes principios de Wolsbergt, así como recomendaciones especiales atinentes al financiamiento del terrorismo.

(h) Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC). Tiene su origen en una Conferencia sobre lavado de activos que tuvo lugar en Aruba, del 8 al 10 de junio de 1990, en la que se emitieron 19 Recomendaciones sobre la materia. Cuenta con una Secretaría que vela por la implementación de dichas Recomendaciones así como las 40 Recomendaciones del GAFI. Entre las principales actividades que despliega se encuentran un mecanismo de autoevaluación respecto del grado de cumplimiento de las Recomendaciones, la coordinación de programas de entrenamiento y asistencia técnica, y la organización de reuniones ministeriales anualmente.

(l) Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD). Es un grupo regional latinoamericano surgido en Cartagena de Indias, Colombia, en diciembre del año 2000, ante la amenaza que representa para la estabilidad económica, política y social de la región, la indebida utilización del sistema financiero por parte de organizaciones criminales transnacionales. Este grupo cuenta con tres órganos rectores: el Consejo de Autoridades, que es el órgano supremo; el Pleno de Representantes, que está compuesto por los delegados de cada Estado miembro, y la Secretaría que tiene su sede en Buenos Aires y está a cargo de las funciones técnicas y administrativas. Procura enfrentar el fenómeno del lavado de activos desde la óptica represiva y preventiva.

(j) Grupo Asia/Pacífico sobre Lavado de Activos (APG). Este grupo fue creado en febrero de 1997, en el curso de una reunión que tuvo lugar en Bangkok. Al igual que el GAFIC cuenta con una Secretaría

Ejecutiva, y entre sus misiones están la de prestar asistencia a sus miembros en la elaboración de leyes que tipifiquen el lavado de activos, establezcan mecanismos de asistencia judicial internacional y contemplen un sistema de incautación y decomiso de bienes; y la conformación e instalación de unidades de inteligencia financiera, entre otros aspectos.

(k) Grupo contra el Lavado de Activos en África Oriental y del Sur. Se trata de un cuerpo regional actualmente integrado por 14 países. Su propósito es aplicar las 40 Recomendaciones del GAFI con el objetivo de preservar la estabilidad económica, social y política de la región. Está conformado por el Consejo de Ministros, el Grupo de Trabajo de Oficiales Senior y una Secretaría.

4. Diversidad de instrumentos internacionales

Si algo caracteriza las iniciativas internacionales de cara a los esfuerzos frente al lavado de activos es su diversidad.

Encontramos, por una parte, auténticas normas que comprometen o vinculan a los Estados, como lo constituyen los Tratados o Convenios Internacionales, unos de alcance universal y otros de naturaleza regional.

Por otra, Declaraciones y Recomendaciones de grupos de importancia, a escala planetaria y regional, sobre distintos aspectos englobados dentro del tema, cuya trascendencia obedece a la importancia de los países o instituciones que lo conforman.

Asimismo, propuestas normativas que procuran la homogeneidad en las legislaciones de los países del mundo en materia de lavado de activos, cónsono con la naturaleza eminentemente internacional de este fenómeno delictivo.

En cuanto a los Tratados Internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el Convenio de Estrasburgo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida también como la Convención de Palermo, lo que caracteriza dichos instrumentos internacionales desde el punto de vista jurídico es su carácter vinculante, ya que constituyen auténticos compromisos de los Estados, cuya inobservancia, una vez han sido ratificados, es capaz de comprometer la responsabilidad internacional del Estado infractor.

Por su parte, la importancia de las Declaraciones y Recomendaciones, como la Declaración del Consejo de Europa de 1980, la Declaración de Basilea de 1988, las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera

(GAFI), las 19 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), la Declaración Política y Plan de Acción contra el Lavado de Activos adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), así como los recientes Principios de Wolfsberg, más que jurídica deviene, como ya se ha señalado, de la trascendencia de los países o instituciones que conforman los organismos o grupos internacionales que las han auspiciado.

Igual sucede con las propuestas normativas auspiciadas, una, a escala global como lo es el Modelo de Ley para elaborado por la ONU, y otra, a nivel del Continente Americano, auspiciada por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA), denominada Reglamento Modelo.

5. Tratados Internacionales

Diversos son los Tratados Internacionales vigentes a la fecha que resultan de interés en los esfuerzos para prevenir y sancionar el lavado de activos. Unos tienen un alcance universal, otros regional, fundamentalmente en el ámbito europeo y americano.

5.1. Tratados de alcance universal:

5.1.1. Convención de Viena de 1988

El nombre correcto de esta Convención es "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas". La misma quedó abierta a la firma de los Estados, en el centro de conferencias de Neue Hofburg, Viena, el 20 de diciembre de 1988. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1990, cuando fue depositada por España su instrumento de ratificación, completándose así la cantidad de 20 ratificaciones indispensables, según la propia Convención, para su entrada en vigencia.

La República Dominicana firmó la Convención de Viena, pero no fue sino hasta el 30 de mayo de 1993 que el Poder Ejecutivo promulgó la ratificación realizada por el Congreso Nacional mediante la Resolución 7-93.

Esta Convención constituyó el último gran esfuerzo de alcance universal realizado en el siglo recién transcurrido frente al problema de las drogas[2], y su necesidad resultaba de la ineficacia de los instrumentos existentes a la fecha en que se dictó ya que había "aparecido una nueva forma de criminalidad organizada, que actúa en grupos, bien estructurados, dotados de toda clase de medios materiales y financieros que se dedica al trafico ilegal de drogas, dado los enormes y fáciles beneficios que el narcotráfico produce, y que tiene como objetivo el monopolio de estas en gran escala, y sus pautas de actuación están basadas en la violencia, corrupción y

amenazas, y su campo de operaciones se extiende más allá de sus fronteras nacionales".[3]

De ahí que la Convención de Viena de 1988, procura promover, a escala mundial, un marco homogéneo de naturaleza represiva, tipificando las conductas vinculadas con el ciclo del narcotráfico, así como el lavado de activos provenientes de tal actividad, su incautación y/o decomiso. Asimismo, una ágil asistencia y cooperación judicial internacional, el levantamiento del secreto bancario, y otras disposiciones de no menor importancia como el régimen de la entrega vigilada, mecanismos de control respecto de sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraigan estupefacientes, tráfico por el mar, utilización de servicios postales, entre otros.

En lo que tiene que ver con el lavado de activos, el preámbulo de este Convenio Internacional revela las razones de la nueva política criminal:

> "Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad en todos sus niveles".

Como ha dicho un autor[4], la Convención de Viena "pretende atajar los problemas de las drogas despojando a los narcotraficantes del producto de sus actividades, de manera que se elimine el principal aliciente de sus conductas, es decir, el móvil lucrativo".

De ahí que no resulte extraño entonces que entre los aspectos específicos recomendados a los Estados firmantes para enfrentar el fenómeno derivado de los inmensos recursos generados con los delitos de tráfico de drogas figura el de tipificar en sus respectivas legislaciones, como un delito autónomo, el lavado de activos provenientes del mismo.

El Art. 3.1 b) i) ii), c) i) y iv), de esta Convención, dada la naturaleza internacional del fenómeno y su alcance universal, recoge la forma en que se recomienda a los Estados tipificar el lavado de activos:

b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

c) i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

No obstante que en la doctrina sobre el tema se haya considerado como uno de los mayores aportes de la Convención de Viena de 1988, el establecimiento de esta lista de conductas que deben ser sancionadas para combatir el lavado de activos, hay quien ha considerado "que el precepto trascrito abusa a la hora de enumerar las conductas, recogiendo una larguísima lista de verbos típicos que dificultan la interpretación del mismo".

Esta crítica no es compartida por el penalista uruguayo Miguel Langon Cuñarro, para quien esas disposiciones de la Convención de Viena de 1988 recogen la voluntad de "elaborar un texto aceptable por las distintas culturas y tradiciones, de modo que cada legislador pueda tomar los elementos que sean más acordes con su propio sistema".[5]

Como aspecto complementario a la tipificación de las conductas anteriormente descritas la Convención recomienda criterios de proporcionalidad en la aplicación de distintos tipos de sanciones (penas de prisión, sanciones pecuniarias y decomiso) por la comisión de los ilícitos previstos. Esta aplicación debe tomar en cuenta distintas circunstancias que enumera en su Art. 5, que dan particular gravedad a la comisión de la infracción, como son:

"(a) la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte.

(b) la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas.

(c) la participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

(d) el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente.

(e) el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo.

(f) la victimización o utilización de menores de edad.

(g) el hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales.

(h) una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita".

Por otra parte, la Convención de Viena de 1988 se preocupa del tema probatorio en los delitos que prevé en el Art. 5.7, por lo que recomienda a los Estados la inversión de la carga de la prueba en la medida en que esto sea compatible con el régimen constitucional de cada Estado[6], al mismo tiempo que dispone en el Art. 3.3 que "el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrá inferirse de las circunstancias objetivas del caso".

En consonancia con la finalidad de la nueva política criminal frente al problema de las drogas, esta Convención hace énfasis en lo atinente a las medidas de incautación y decomiso de todos aquellos bienes que son el producto o tengan su origen en los delitos de tráfico de drogas, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fé[7].

Finalmente, la Convención de Viena de 1988, se preocupa por trazar disposiciones que la hagan eficaz, sobre todo, debido a la naturaleza internacional del fenómeno del narcotráfico. En ese sentido, impulsa un régimen de asistencia judicial[8] entre los Estados que ponen énfasis en hacer posible la actividad probatoria en aspectos claves para la persecución eficaz de estas infracciones, tales como lo atinente al tema probatorio, en el que se levanta incluso el secreto bancario, y el facilitar la ubicación de los bienes sujetos a incautación o decomiso sin importar donde se encuentren. En este último aspecto, y con la finalidad de estimular la cooperación y asistencia judicial internacional, la Convención abre la posibilidad de repartirse[9] el producto, los bienes o fondos derivados de los mismos, entre el Estado requeriente y el Estado requerido, es decir, el que presta la asistencia judicial internacional.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas constituye, sin lugar a dudas, una norma bastante completa, desde el punto de vista de su contenido. A pesar de estar limitada a un tema específico, ha constituido el primer paso de importancia universal para enfrentar en la aldea global el crimen organizado. "Este documento de las Naciones Unidas marca el inicio de la difusión internacional de los tipos penales sobre blanqueo de dinero y sus normas consagran el prototipo de un injusto internacional de blanqueo cuyo modelo imitarán varias legislaciones"[10], entre ellas la nuestra.

5.1.2. Convención de Palermo de 2000

Su denominación completa es "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional". Fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y abierta a la firma de los Estados, entre el 12-15 de diciembre del año 2000, en Palermo, Italia. Entró en vigencia el 29 de septiembre del año 2003. La República Dominicana suscribió dicha Convención, pero aún el Congreso Nacional de la República no la ha ratificado.

Esta Convención tiene 41 artículos, además de tres protocolos complementarios que permiten hacer frente a manifestaciones específicas de la delincuencia organizada transnacional: para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas y el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, mar y aire y contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

La Convención de Palermo del 2000 se ha considerado como la continuación de la Convención de Viena de 1988, por el interés cada vez más insistente por parte de las Naciones Unidas de trascender más allá de la frontera del narcotráfico y ampliar el límite de aplicación de la ley penal a una criminalidad renovada y a una red de delincuencia transnacional organizada cada vez más amplia.

La Convención de Viena de 1988 pretende el castigo de una serie de delitos relacionados con el tráfico de drogas, incluyendo la penalización del lavado de activos. La *Convención de Palermo* tiene un alcance más profundo al tipificar como delito la participación de un individuo en un grupo delictivo organizado[11] distinto del intento o consumación de una actividad delictiva, así como la utilización del sistema financiero o instituciones financieras no bancarias para el lavado de activos. Asimismo, penaliza la corrupción[12] de un funcionario público que mediante la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido que actúe o se abstiene de actuar en cumplimiento de sus funciones oficiales y obstruye la justicia mediante el uso de la fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido para inducir a un falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en la comisión de un delito.

Respecto a la penalización del lavado del producto del delito[13] se mantiene en líneas generales lo establecido en la Convención de Viena sobre la aplicación de las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente; la conversión o transferencia de bienes con el propósito de ocultar o disimular la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, al igual que la adquisición, posesión o utilización de los mismos a sabiendas del origen ilícito de dichos bienes.

Asimismo, se incluye la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión, haciéndolo extensivo a los "delitos graves", entendiendo por tales a todos aquellos sancionables con una privación de libertad máxima de al menos cuatro

años o con una pena más grave.

Recomienda la Convención de Palermo a los Estados ampliar de manera significativa la tipificación del lavado de activos para que involucre una gama más amplia de delitos previos, la cooperación e intercambio de información a escala nacional e internacional conforme al Derecho interno de cada país y establecer una Unidad de Inteligencia Financiera para la recopilación de información sobre posibles actividades de lavado de capitales[14].

A diferencia de la Convención de Viena de 1988, esta Convención otorga especial relevancia a los mecanismos de prevención del lavado de activos, disponiendo en su Art. 7.1, a), lo siguiente:

> "Cada Estado Parte: Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero, y en este régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas".

5.1.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción constituye el último instrumento de alcance universal auspiciado por ese organismo. Quedó abierta a la firma de los Estados del 9 al 11 de diciembre del 2003, en la ciudad de Mérida, México. La República Dominicana fue uno de los Estados firmantes. Entraría en vigor el "nonagésimo día después de la fecha que se haya depositado el trigésimo instrumento de ratificación".[15]

Se trata de un instrumento extraordinariamente completo, en función de su contenido. Consta de 71 artículos, la mayor parte de ellos, bastante extensos y muchos, sobre todo los que tocan los aspectos relativos a la incautación y decomiso de bienes[16], en especial a través de la asistencia y cooperación judicial internacional[17], guardan parecidos términos con los utilizados por las Convenciones de Viena de 1988 y de Palermo del año 2000.

En su preámbulo destaca la preocupación "por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero".

Es por ello que el tema del lavado de activos no resulte ajeno al contenido de esta Convención en líneas parecidas a la forma contemplada en la Convención de Palermo, ya que contiene previsiones desde el punto de vista represivo y preventivo.

El Art. 14 de la Convención se titula "Medidas para prevenir el blanqueo de dinero", y hace hincapié en la

importancia de que las entidades financieras o no, susceptibles de ser utilizadas en el lavado de activos, en este caso provenientes de actos de corrupción, cuenten con políticas relativas a la identificación del cliente, al establecimiento de registros y al reporte de transacciones financieras sospechosas, insistiendo, además, al igual que la Convención de Palermo, en el establecimiento de Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera que recopile, analice y difunda información sobre posibles actividades de lavado de activos.

El Art. 23 de la Convención, por su parte, recomienda tipificar el lavado de activos producto del delito, cometido intencionalmente, en las mismas formas típicas previstas en la Convención de Palermo. Igual similitud encontramos entre ambas convenciones en lo que tiene que ver con la previsión en el artículo 6.2, letra e), de la Convención contra la Corrupción donde prescribe que las legislaciones internas de los países adherentes podrán disponer que los delitos de lavado de activos no se aplicarán a la persona que haya cometido el delito determinante.

5.2. Tratados regionales en el ámbito europeo

5.2.1. Convenio de Estrasburgo

En fecha 8 de Noviembre de 1990 fue abierta a la firma, en la ciudad de Estrasburgo, el Tratado denominado "Convenio relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito". Es conocido también como el Convenio de Estrasburgo. Previamente había sido aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en septiembre del 1990.

Este instrumento, aunque se ha quedado limitado por su origen al ámbito europeo, está concebido de forma abierta. Como afirma un autor, "de hecho observadores de Australia, Canadá y los EE.UU. estuvieron presentes en el Comité restringido de expertos y participaron activamente en la redacción del texto. Por lo tanto, no se trata en modo alguno de un Convenio sólo para los países europeos sino que nos hallamos ante una de las denominadas "Convenciones abiertas" a la que en principio están llamados, al tenor del artículo 36.1 del Convenio, los tres estados no miembros del Consejo que participaron en la elaboración del Convenio, pero al que también pueden ser invitados países ajenos al Consejo…, aunque esto requiere un procedimiento especial".[18]

Entre los objetivos de esta Convención figura la de establecer medidas eficaces para combatir las infracciones graves, así como privar a los delincuentes del uso y disfrute de sus ganancias. Es decir, que desde este punto de vista se adhiere a la filosofía de la Convención de Viena de 1988[19], pero obviamente se separa porque no se limita al lavado de activos proveniente del narcotráfico sino que amplía este concepto a rendimientos ilegales provenientes de cualquier delito grave[20].

El Convenio de Estrasburgo es considerado como un instrumento internacional bastante completo, por la diversidad de su contenido, ya que prevé un conjunto de normas que comprende la tipificación penal, el procedimiento, desde la investigación hasta la imposición y ejecución de una sentencia de confiscación, así como los aspectos procesales de la cooperación internacional en materia de lavado de activos. Su estructura consta de un breve preámbulo y cuatro capítulos de los que el primero define los términos producto, instrumentos, confiscación y delito principal; el segundo acoge las medidas legislativas que se deben adoptar en cada país, entre las que destaca el embargo y comiso, pero sobre todo la obligación de incriminar el lavado de activos en la forma amplia concebida en este instrumento internacional; un extenso capítulo tercero trata sobre la cooperación internacional en materia de identificación, embargo y decomiso, y concluye el Convenio con un cuarto capítulo relativo a disposiciones finales.

Es importante resaltar dentro del contenido del Convenio las recomendaciones para el establecimiento de técnicas indagatorias especiales, dadas la complejidad y naturaleza del fenómeno del lavado de activos, entre éstas, las órdenes de seguimiento, vigilancia, intervención de las telecomunicaciones, acceso a sistemas informáticos, y órdenes de presentación de documentos.

Como novedades adicionales a la ampliación del delito previo, ya citada, el Convenio de Estrasburgo introduce igualmente dos aspectos de suma importancia[21]: uno, el relativo al principio de universalidad, y el otro el atinente al privilegio del autoencubrimiento.

En cuanto al principio de universalidad, este Convenio lo consagra al disponer que "será irrelevante que el delito principal quede sometido a la jurisdicción penal de la Parte". Es decir, que resulta indiferente el lugar de comisión del delito base.

Finalmente, en cuanto al privilegio de autoencubrimiento, el Convenio concede a los Estados Partes la facultad de no aplicar el lavado de activos a los que intervengan en el hecho previo, es decir, que tendrán plena libertad para decidir la punibilidad acumulativa. Sobre este aspecto la Convención de Viena de 1988 guardó absoluto silencio. No obstante, la Convención de Palermo[22] y la reciente Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción[23] recogen un precepto semejante al del Convenio de Estrasburgo.

5.2.2. Directiva de las Comunidades Europeas de 1991

La Directiva, del 10 de junio de 1991, de la Comunidad Europea sobre lavado de activos tuvo su origen en la intención del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica de extender a las entidades financieras extranjeras que operaban en su territorio, la obligatoriedad de reportar a las autoridades las transacciones en dólares por sumas mayores de US$10.000, so pena de cancelarles la licencia para operar en los Estados

Unidos y sus territorios.

Esta Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas estuvo encaminada a prevenir la utilización del sistema financiero para blanquear los bienes procedentes de actividades delictivas, ya que esto pone en serio peligro la estabilidad y solidez de los establecimientos de crédito, y del sistema financiero en general ante una eventual pérdida de confianza del público, siguiendo fundamentalmente las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI).

La definición de lavado de capitales de la Directiva está inspirada fundamentalmente en la Convención de Viena de 1988 y en el Convenio de Estrasburgo y prevé la tipificación de este delito cuando intencionalmente se produzcan acciones tendientes a convertir, transferir, ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición o movimiento de la propiedad de bienes o sus derechos, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad ilícita o de una participación en ese tipo de actividad[24].

También se considera lavado de activos la participación en algunas de las acciones mencionadas anteriormente, la asociación para delinquir, las tentativas de llevarlas a cabo, el ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución, independientemente de que hayan sido generados en territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país. En este último punto coincide con la prevista en el Convenio de Estrasburgo.

La Directiva es una norma de carácter fundamentalmente preventiva y se limita a señalar que los Estados Miembros velarán para que el lavado de activos quede prohibido, sin concretar cual debería ser el carácter penal, administrativo, civil, etc., de esta inobservancia.

Esta Directiva impone la obligación de aprobar una legislación interna de carácter administrativo que contribuya a evitar, restringir o vigilar ciertas actividades susceptibles de ser utilizadas para lavar activos, tales como el manejo, transferencia o depósitos de grandes cantidades en efectivo y el adecuado conocimiento del cliente. No es claro en cuanto a las sanciones de carácter penal.

Otros aspectos importantes de esta Directiva tienen que ver con las obligaciones de prevención que deben observar las instituciones financieras, que deberán exigir a sus clientes plena identificación[25] para la apertura de cuentas corrientes o de ahorros o cuando existan dudas de que sus clientes no actúan por cuenta propia[26], y conservar documentos de transacciones. Asimismo, tienen el deber de colaboración con las autoridades[27] y de abstención de realizar operaciones cuando exista sospecha de lavado de activos[28].

5.2.3. Directiva del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea

Esta Directiva ha sido numerada como 2001/97/CE, y modifica la Directiva de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el lavado de activos.

Con ella la Unión Europea fortalece los dispositivos establecidos en la Directiva de 1991, al obligar a los países miembros a implementar las medidas necesarias para combatir este delito antes del 15 de junio de 2003, que deberán ampliar el cuadro de infracciones previas que generan los recursos envueltos en el proceso de lavado de activos a todo tipo de delitos graves, así como el ámbito de los sujetos obligados.

Para garantizar una mayor cobertura del sector financiero la Directiva 2001 es aplicable en adelante no solo a las instituciones financieras y a las entidades de crédito que tengan su sede social dentro o fuera de la comunidad, sino también a las agencias de cambio, empresas de transferencia o envío de dinero, agencias de seguros y, en general, a toda empresa de inversión que negocie sus participaciones y acciones.

En cuanto a los sujetos obligados[29] se incluye adicionalmente a las personas naturales o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión, tales como: auditores, contadores y asesores fiscales, agentes de propiedad raíz, notarios, abogados, personas que comercian con artículos de valor elevado, como metales y piedras preciosas, objetos de arte, subastadores, cuando el pago realizada sea superior a 15.000 euros.

5.3. Tratados regionales en el ámbito americano

5.3.1. Convención Interamericana contra la Corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA).

La República Dominicana, mediante la Resolución No. 489-98, ratificó dicha Convención, siendo promulgada por el Poder Ejecutivo en fecha 20 del mes de noviembre del año 1998, por lo que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque se trata de una Convención especializada en el tema de la corrupción administrativa, el tema del lavado de activos figura entre sus preocupaciones esenciales debido a "los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales, y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles[30]".

De ahí que en el Art. VI.1., letra d), la Convención recomienda a los Estados sancionar "el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de actos de corrupción", lo que obliga a nuestro País a sancionar el lavado de activos provenientes de conductas de corrupción administrativa.

5.3.2. Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de

Dinero y Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos

Este convenio tiene una naturaleza regional limitada originalmente a los siguientes países centroamericanos: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, y Panamá. Fue suscrito en este último país, el 11 de julio de 1997. La República Dominicana se adhirió a este Convenio, en fecha 6 de noviembre del mismo año, y el Congreso Nacional lo ratificó posteriormente.

El contenido de este convenio es prácticamente exacto al Reglamento Modelo elaborado por los expertos del Comité de Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), órgano de la Organización de Estados Americanos, en la versión vigente a la fecha en que se suscribió, que limitaba el lavado de activos a los recursos provenientes del tráfico de drogas, versión que fue abandonada posteriormente conforme se indicará más adelante cuando se trate lo relativo a las propuestas normativas.

5.3.3. Convención Interamericana contra el Terrorismo

Esta Convención fue aprobada mediante la Resolución 1840 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, efectuada en Trinidad y Tobago, en fecha 3 de junio del año 2002. La República Dominicana la firmó, pero aún está pendiente del trámite constitucional de ratificación por ante el Congreso Nacional.

Esta Convención en su artículo 6 señala que cada "Estado Parte tomará las medidas necesarias para asegurar que su legislación penal referida al delito del lavado de dinero incluya como delitos determinantes del lavado de dinero" los delitos de terrorismo[31], establecidos en los instrumentos internacionales que describe[32].

La Convención Interamericana contra el Terrorismo obliga a los Estados Partes a establecer un régimen jurídico y administrativo para prevenir la financiación del terrorismo, en especial un régimen interno normativo y de supervisión para los bancos, instituciones financieras y otras actividades consideradas particularmente susceptibles de ser utilizadas para financiar actividades terroristas, reiterando el cumplimiento de obligaciones de prevención tradicionalmente previstas en los esfuerzos frente al lavado de activos, como la identificación de clientes, el registro de documento y la comunicación de transacciones financieras sospechosas o inusuales[33].

Asimismo, pone énfasis en obligar a los Estados a establecer "medidas de detección y vigilancia de movimientos transfronterizos de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador"[34], a compartir e intercambiar información a través de Unidades de Inteligencia Financiera[35], y, en sentido general, recomienda aplicar las recomendaciones del GAFI, GAFIC, CICAD y GAFISUD[36].

6. Declaraciones y Recomendaciones de alcance universal

6.1. Declaraciones y Recomendaciones de alcance universal

6.1.1. Declaración de Principios de Basilea

Esta Declaración se denominó "Declaración de Principios de Basilea sobre Prevención de la Utilización del Sistema Bancario para el Blanqueo de Fondos de Origen Criminal". Esta declaración antecedió a la apertura de firmas de la Convención de Viena de 1988, y que fue emitida el día 12 de diciembre de 1988.

Esta Declaración emanó del denominado "Grupo de los Diez", conformado por representantes de los Bancos Centrales de Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, Japón, Reino Unido, Suecia y Suiza. Se adicionó al grupo Luxemburgo.

Desde el punto de vista de su contenido, esta Declaración de Principios tiene cinco (5) puntos fundamentales. Un primero, dedicado al objetivo que perseguía la declaración; el segundo, a la identificación de los clientes; el tercero, al acatamiento de las leyes; el cuarto, a la cooperación con las autoridades y el quinto, a la adhesión a la declaración de principios.

En cuanto al primer aspecto, lo que persigue la declaración es trazar algunas políticas y procedimientos que deben cumplir las instituciones bancarias a fin de contribuir a la represión del lavado de activos por conducto del sistema bancario nacional e internacional. En especial, alentar la vigilancia contra el uso delictivo del sistema de pagos. Ello así, porque los bancos y otras instituciones financieras, por la naturaleza de sus actividades, pueden ser utilizados sin su consentimiento para la transferencia o depósito de dinero proveniente de actividades delictivas.

La regla de identificación de clientes, tan extendida hoy día, encuentra su origen en esta Declaración de Principios de Basilea, que precisa que se "debe tener especial cuidado en identificar la propiedad de cada una de las cuentas y de todos los servicios de caja de seguridad".

Por otra parte, la Declaración de Principios de Basilea sienta las bases para la profesionalización de la actividad bancaria, al señalar el alcance del acatamiento de las leyes, obligando a las mismas a conocer a sus clientes como el mecanismo esencial, de naturaleza preventiva, que le permita evitar realizar operaciones relacionadas con actividades de lavado de activos.

Asimismo, se incentiva la cooperación con las autoridades y se insta al trazado de políticas preventivas por parte de los órganos superiores de las entidades bancarias y financieras, que incluya talleres de capacitación

sobre esas políticas al personal, la conservación del rastro documental de las transacciones y el establecimiento de procedimientos de auditoria interno que vigilen el cumplimiento de estos aspectos.

6.1.2. Declaración de Propósitos del Grupo Egmont (1997)

En fecha 9 de junio de 1995 se constituyó de manera formal el Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera de distintos países. Su nombre se debe a que la reunión en que se conformó este grupo de trabajo fue efectuada en el Palacio Egmont-Aremberg de Bruselas[37].

Este grupo de trabajo, que en la actualidad cuenta con más de sesenta (60) Unidades de Inteligencia Financiera de distintos países del mundo, continuó sus reuniones en París[38]; San Francisco, California[39]; Roma[40]; y en Madrid[41]. Otras reuniones periódicas del grupo ya se han realizado[42].

En la reunión de Madrid se emitió una Declaración de Propósitos, que confirmó la definición de lo que es una Unidad de Inteligencia Financiera[43], adoptada en la asamblea general efectuada en Roma, y se convino como prioridad la creación de estas Unidades en todo el mundo, el estímulo del intercambio de información por vía de reciprocidad y acuerdo mutuo, el acceso a un sitio Web seguro del Grupo Egmont para todas las Unidades, la elaboración de modalidades apropiadas de intercambio de información, entre otros aspectos de importancia.

6.1.3. Declaración Política y Plan de Acción contra el Lavado de Activos de la ONU (1998)

Esta declaración y plan de acción fue adoptada durante la vigésima sesión extraordinaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas para hacer frente al problema de las drogas en el mundo, efectuada en la ciudad de Nueva York, el 10 de junio de 1988.

En la misma los Estados Miembros de las Naciones Unidas se comprometen a luchar con una energía particular frente al lavado de activos provenientes del narcotráfico, y de otras infracciones graves, al considerar que puede afectar la integridad, la confianza y la estabilidad de los sistemas financieros y comerciales, así como las estructuras gubernamentales del mundo entero.

Un dato importante de esta Declaración y Plan de Acción es que otorga primordial importancia a la aplicación de determinadas medidas que deben figurar en los marcos jurídicos de los distintos países, tales como la identificación, el embargo y la confiscación del producto del crimen, la incorporación del crimen del lavado de activos en los acuerdos de investigaciones judiciales entre Estados, así como también los aspectos preventivos, principalmente la aplicación por los sujetos obligados de la regla "conozca al cliente", la obligación de conservar documentos de transacciones financieras, y reportar transacciones sospechosas, entre otros

aspectos.

6.1.4. Las 40 Recomendaciones del GAFI

Un paso de fundamental importancia en los esfuerzos mundiales para enfrentar el lavado de activos lo constituyó la conformación del Grupo de Acción Financiera (GAFI), conformado por los representantes de los siete países más industrializados del mundo (Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Canadá) y el Presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas, dada su preocupación por las asoladoras proporciones que el problema de la droga había alcanzado. Muy pronto esa preocupación se extendió a otras formas delictivas vinculadas con delitos diferentes al tráfico de drogas.

Este grupo de trabajo fue integrado por el G-7, durante una Conferencia efectuada en París el 16 de julio de 1989, que emitió posteriormente las famosas 40 Recomendaciones[44], y, más recientemente, las 8 Recomendaciones[45] especiales sobre la financiación del terrorismo[46].

Las 40 Recomendaciones, revisadas en 1996, son de un contenido diverso y han jugado un rol primordial en las normas legales sobre lavado de activos en los distintos países del mundo.

Entre otros aspectos hace énfasis en el papel de los sistemas legales nacionales en el combate contra el lavado, ampliando el concepto de este delito al producto de otras actividades ilegales graves[47], así como sugiriendo el establecimiento de medidas cautelares y decomiso de bienes.

Resaltan, además, el papel del sistema financiero en el combate contra el lavado recomendando la adopción de una serie de medidas con ocasión de la utilización de los servicios que ofrecen, tales como la identificación de clientes, el registro por un período determinado de la documentación que sustentan sus transacciones, así como el reporte a las autoridades de las transacciones sospechosas, es decir, aquellas que efectuadas por el público resulten complejas, insólitas, significativas o sin fundamento económico o legal visible.

Recomienda asimismo el Grupo de Acción Financiera (GAFI), en sus cuarenta recomendaciones el levantamiento del secreto bancario, así como la exención de responsabilidad civil, penal y administrativa a los empleados y funcionarios de banca cuando comuniquen de buena fé a las autoridades las transacciones sospechosas[48].

Asimismo, dicho grupo considera necesario para la aplicación de una política de prevención del lavado de capitales en las instituciones financieras, el desarrollo de programas permanentes de capacitación de personal así como el establecimiento de políticas internas, procedimientos y controles orientados específicamente a evitar la utilización de este tipo de instituciones por quienes se dedican a la actividad del lavado de capitales[49].

Señala el papel de los reguladores bancarios en la vigilancia para el cumplimiento de las medidas de prevención por las instituciones financieras[50].

Finalmente, un aspecto importante que contienen estas 40 Recomendaciones del GAFI es lo relativo a las personas expuestas políticamente, en relación a los cuales las instituciones financieras, además de los procedimientos de debida diligencia, deben contar con "sistemas de gestión de riesgos apropiados para determinar si el cliente e una persona políticamente expuesta; obtener la aprobación de los directivos de mayor jerarquía para establecer relaciones comerciales con esos clientes; tomar mediadas razonables para determinar cual es el origen de la riqueza y el origen de los fondos y llevar a cabo una vigilancia permanente más exhaustiva de la relación comercial[51]".

6.1.4.1. Las 8 Recomendaciones Especiales sobre la Financiación del Terrorismo

Los terribles acontecimientos acaecidos en las ciudades de Nueva York y Washington, el 11 de septiembre del 2001, y las investigaciones llevadas a cabo sobre dicho hecho motivaron que el Grupo de Acción Financiera (GAFI) estableciera un marco básico para prevenir y suprimir la financiación del terrorismo y de los actos terroristas.

Por ello emitieron, en una reunión efectuada en la ciudad de Washington, Capital de los Estados Unidos de Norteamérica, el 30 de octubre del 2001, las ocho (8) recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo, cuyos títulos son: (I) Ratificación y ejecución de los instrumentos de las Naciones Unidas; (II) Tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado; (III) Congelamiento y decomiso de activos terroristas; (IV) Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo; (V) Cooperación internacional; (VI) Sistemas alternativos de envíos de fondos; (VII) Transferencias por cable; y (VIII) Organizaciones sin fines de lucro.

6.1.5. Principios de Wolsgferb

Se denominan Principios de Wolsgferb porque fue en esa localidad de Suiza donde, bajo la colaboración de la organización Transparencia Internacional, se reunieron representantes de los bancos privados internacionales ABN AMOR Bank N.V., Barclays Bank, Banco Santander Central Hispano, S.A., Chase Manhattan Corporation, Citibank, N.A, Credit Suisse Group, Deutsche Bank AG, HSBC, J.P. Morgan, Inc., Societé Generale, UBS AG, y emitieron, en fecha 30 de octubre del año 2000, once (11) principios que procuran una guía global para una sana conducta de negocios en la banca privada internacional.

Estos importantes principios tratan los siguientes aspectos: (1) Aceptación de clientes: Lineamientos generales;

(2) Aceptación de clientes: Situaciones que requieren informes o atención adicionales; (3) Actualización de archivos de clientes; (4) Prácticas para identificar actividades inusuales o sospechosas; (5) Monitoreo; (6) Responsabilidad de control; (7) Informes; (8) Educación, capacitación e información; (9) Requisitos para la retención bajo registro; (10) Excepciones y desvíos; y (11) Organización contra el lavado de dinero.

Estos principios fueron revisados en mayo del año 2002.

Asimismo, el mismo grupo de la banca internacional propició un conjunto de principios relativos a la "supresión del financiamiento del terrorismo", que consta de siete (7) puntos fundamentales.

6.2. Declaraciones y Recomendaciones en el ámbito europeo

6.2.1. Recomendación del Consejo de Europa

Tiene una especial importancia, ya que constituyó la primera iniciativa internacional sobre el lavado de activos, en una época en que aún esta actividad no constituía un tipo penal especial

Esta Recomendación fue adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en fecha 26 de junio de 1980, y se denominó como la "Recomendación No. R (80) 10 relativa a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal".

Su antecedente lo encontramos en la vigésima sexta sesión plenaria efectuada en 1977, efectuada por el Comité Europeo para los problemas criminales, que tenía un mandato específico de estudiar la problemática concerniente a la transferencia ilícita de capitales de origen delictivo. El informe de este Comité sirvió de sustento para la Recomendación del Consejo de Europa de 1980.

Esta Recomendación tuvo la visión de considerar que el problema del reciclaje de fondos provenientes de actividades delictivas necesitaba de "una política global en la que el sistema bancario va a desempeñar un papel tanto preventivo como represivo, en la medida en que colabore con las autoridades competentes".[52] No obstante no contiene ninguna disposición de carácter penal, ya que se limita a establecer un estándar mínimo de medidas bancarias para combatir dicho fenómeno y, mucho menos, por estar dirigida al sector bancario, no contempla la amplia gama de actividades y profesiones susceptibles de ser utilizadas en el lavado de activos proveniente de actividades delictivas.

Su contenido no es extenso. Se limita a aspectos muy específicos. Uno la importancia de la verificación de la identidad de los clientes, a través de documentos oficiales, con motivo de la apertura de una cuenta o la

constitución de un depósito, el alquiler de cajas de seguridad y operaciones de contado y transferencias interbancarias en cantidades de cierta importancia, tomando en cuenta la posibilidad de fraccionamiento; así como una formación del personal bancario de ventanilla en lo referente al control de documentos de identidad. Otro, la necesidad de una cooperación, nacional e internacional entre los establecimientos bancarios, con la ayuda de INTERPOL, para intercambiar informaciones relativas a la circulación de billetes de banco utilizados con ocasión de actos delictivos.

6.3. Declaraciones y Recomendaciones en el ámbito americano

6.3.1. Declaración de Ixtapa

El 20 de abril de 1990 se produjo en el Continente Americano, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA), la denominada "Declaración y Programa de Acción de Ixtapa", en seguimiento de la "Alianza de las Américas contra el Narcotráfico".

Entre las motivaciones de dicha Declaración figura la preocupación de que "los enormes beneficios financieros y las riquezas derivadas del tráfico ilícito de drogas y de las actividades criminales conexas posibilitan que las asociaciones delictivas trasnacionales penetren en las estructuras de los gobiernos, las actividades comerciales legítimas y la sociedad en todos los niveles, y las contaminen y corrompan, iniciando así el desarrollo económico y social, distorsionando los procedimientos jurídicos y socavando las bases de los Estados".

Como resultado concreto de esta Declaración se resalta la recomendación a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) para que la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) integre un grupo interamericano de expertos que elabore un reglamento modelo sobre lavado de activos, que fue concluido en su primera versión en el año 1992.

6.3.2. Las 19 Recomendaciones del GAFIC

Asimismo, en el ámbito caribeño el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), durante una Conferencia sobre Blanqueo de Capitales efectuada en junio de 1990 y posteriormente con motivo de una Asamblea Ministerial acerca del mismo tema efectuada en Kingston, Jamaica, en noviembre de 1992, emitió 19 recomendaciones relativas a la represión, prevención y detección de operaciones de lavado de capitales.

El contenido de las 19 Recomendaciones del GAFIC es diverso al incluir aspectos penales, preventivos y administrativos. Se destaca el énfasis del GAFIC en sus recomendaciones para que los Estados que lo integran incorporen en sus legislaciones las 40 Recomendaciones del GAFI, así como la ratificación de la Convención

de Viena de 1988.

6.3.3. Declaración de Kingston

Esta declaración se produjo en el marco de una reunión Ministerial llevada a efecto en Jamaica, en noviembre de 1992. Los países participantes, en la Declaración de Kingston sobre Lavado de Dinero, se comprometieron a ratificar la Convención de Viena de 1988; a incorporar el reglamento Modelo de la CICAD-OEA para el Lavado de Dinero como parte de sus leyes domésticas, y a aplicar las 40 Recomendaciones del GAFI y las 19 Recomendaciones establecidas en Araba por el GAFIC.

Se creó una Secretaría de carácter institucional para controlar el progreso de la aplicación de la Declaración y a su vez coordinar y evaluar las legislaciones de los países miembros, proporcionar formación y asistencia técnica y funcionar como centro de coordinación entre el GAFIC y terceros países y organismos internacionales en materia de lucha contra el lavado de dinero.

6.3.4. Declaración Ministerial de Buenos Aires

En diciembre de 1994 se efectuó en Miami, Florida, Estados Unidos de Norteamérica, la llamada "Cumbre de las Américas". En ella 34 Jefes de Estado del Hemisferio, incluyendo el anfitrión, el Presidente de los Estados Unidos, discutieron temas sociales, políticos y económicos de interés común, entre ellos, el relativo al tráfico de drogas y el lavado de activos.

Entre los puntos acordados en dicha Cumbre figuró la realización de una Conferencia Ministerial sobre Lavado de Activos en la que se buscara un consenso para poner en práctica medidas que permitieran enfrentar eficazmente esta ilícita actividad.

Dicha Conferencia se produjo en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, emitiendo un Comunicado Ministerial de fecha 2 de diciembre del 1995, contentivo de seis (6) puntos fundamentales: (a) Declaración de Principios; (b) Plan de Acción; (c) Acciones Jurídicas; (d) Acciones Reguladoras; (e) Medidas de Aplicación de las Leyes; y (f) Evaluación del Progreso.

Como aspectos específicos contenidos en este Comunicado Ministerial figura la recomendación de extender la tipificación del lavado de activos cuando los recursos envueltos provengan de delitos graves, con lo que se abandona la vinculación exclusiva con el tráfico de drogas; la implementación del Reglamento Modelo elaborado por los expertos de la CICAD, así como la implementación de las 40 recomendaciones del GAFI y las 19 recomendaciones del GAFIC; la de establecer en las respectivas legislaciones internas los mecanismos legales que permitan privar a los delincuentes del uso y disfrute de los bienes y recursos que tienen su origen

en actividades delictivas, recomendando a tales fines hacer uso de la cooperación y asistencia judicial internacional.

Asimismo, el Plan de Acción trazado en este Comunicado Ministerial insta a los Estados Partes a facilitar el intercambio de pruebas e información con motivo de las investigaciones y enjuiciamientos de lavado de activos; implementar acuerdos bilaterales o multilaterales que permitan el reparto equitativo de los bienes que hayan sido decomisados entre los Estados que participen en la investigación; y promulgar leyes que permitan el uso de técnicas de investigación que faciliten la investigación del lavado de activos, tales como operaciones encubiertas, y vigilancia electrónica con autorización judicial.

Este Comunicado Ministerial, dentro de su línea de acción, se preocupa también por el régimen de prevención aplicable a las instituciones financieras, así como a otras empresas susceptibles de ser utilizadas en el lavado de activos, haciendo hincapié en la importancia del reporte de transacciones financieras sospechosas, y un régimen de exención de responsabilidad civil para quienes lo hagan; un sistema de registro y reporte de transacciones en efectivo de dinero de cantidades considerables, así como dotar a las autoridades fiscalizadoras de capacidad para establecer procedimientos generales y sanciones administrativas con motivo de la inobservancia por parte de un sujeto obligado de las obligaciones de prevención.

Finalmente, esta importante iniciativa sugiere la creación de Unidades de Análisis Financiero que recopile y analice las transacciones en efectivo y las consideradas sospechosas que se produzcan en el sistema; el establecimiento de evaluaciones permanente sobre el cumplimiento de este Plan de Acción, así como la conformación de un Grupo de Trabajo para elaborar una Convención Interamericana para combatir el lavado de activos.

6.3.5. Declaración de Santiago

En abril del año 1998 los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas asistieron a la Segunda Cumbre de las Américas, esta vez efectuada en Santiago de Chile, emitiendo en fecha 19 de abril de 1998 el "Plan de Acción II Cumbre de las Américas".

Entre los puntos tratados en este Plan de Acción, algunos se refieren al tema del lavado de activos, ya que se estimula a los Estados a "fortalecer las unidades centrales especializadas existentes, debidamente entrenadas y equipadas, encargadas de solicitar, analizar e intercambiar entre las autoridades estatales competentes, información relativa al lavado del producto y de los bienes e instrumentos utilizados en las actividades delictivas (también llamadas lavado de dinero)", así como también alienta "a las instituciones financieras a redoblar sus esfuerzos para evitar el lavado de dinero".

Sin duda alguna, en lo que respecta al tema del tráfico de drogas y lavado de activos, el punto más resaltado por la Declaración de Santiago fue el relativo a fortalecer la alianza estratégica antidrogas del hemisferio sobre "la base de los principios de respeto a la soberanía y a la jurisdicción territorial de los Estados", por lo que decidieron crear en el marco de la "Comisión Interamericana para el Control y el Abuso de las Drogas" (CICAD-OEA), un proceso único y objetivo de evaluación gubernamental de carácter multilateral, para dar seguimiento al progreso individual y colectivo de los esfuerzos hemisféricos y de todos los países participantes de la Cumbre en el tratamiento de las diversas manifestaciones del problema".[53]

6.3.6. Declaración de Québec

Esta Declaración es el resultado de la Tercera Cumbre de las Américas, efectuada en esa ciudad canadiense, en el año 2001. Al igual que las Declaraciones de las Cumbres anteriores, toca el tema relativo al lavado de activos y a la delincuencia organizada transnacional.

La Declaración de Québec acogió con beneplácito el desarrollo del "Mecanismo de Evaluación Multilateral" aprobado en la Cumbre de Santiago, reiterando el compromiso de hacer del mismo uno de los pilares centrales para la cooperación hemisférica eficaz. Recomienda impulsar el establecimiento de Unidades de Inteligencia Financiera en aquellos países que no lo hayan hecho, así como la ampliación de la capacitación realizada por la CICAD y el BID.

Otro punto importante de esta Declaración lo constituye el llamado que se hace a los Estados a firmar y ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, promoviendo especialmente la adopción de las técnicas de investigación comprendidas en esta Convención, ya que constituyen herramientas muy importantes en la lucha contra la delincuencia organizada.

6.3.7. Declaración Política del GAFISUD

Esta Declaración es el resultado de la reunión de Ministros y otros representantes de Gobiernos de la Región, reunidos en Cartagena de Indias, República de Colombia, del 7 al 9 de diciembre del año 2000[54], en la cual conformaron el Grupo de Acción Financiera Sudamericano (GAFISUD) suscribiendo el correspondiente Memorando de Entendimiento.

Los países que forman parte del GAFISUD son los siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay.

El primer aspecto importante que surge de esta Declaración de Principios y del establecimiento del GAFISUD es la aplicación de las 40 Recomendaciones del GAFI, de las recomendaciones contenidas en la Declaración de

Buenos Aires de 1995, así como el Reglamento Modelo elaborado por el Grupo de Expertos de Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (CICAD).

Como consecuencia de haberse instituido el GAFISUD, los países miembros asumieron el compromiso de adoptar 15 recomendaciones, de naturaleza muy diversa, aunque referidas al mismo tema: el lavado de activos.

Estas recomendaciones contienen aspectos muy importantes y, en algunos casos, novedosos. Sugiere incorporar el lavado de activos provenientes de delitos adicionales al narcotráfico, como, por demás, ya estaba recomendado en el Convenio de Estrasburgo y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Además, establecer como una obligación de los agentes económicos que participan en el comercio exterior, operaciones bursátiles, inversiones en inmuebles, juegos de azar, etc., obligaciones de control, reporte y auto control.

Finalmente, resulta notable destacar en esta Declaración de Principios y Recomendaciones, la relativa a establecer "la obligación de agentes económicos de adoptar un Código de Ética o de Conducta y un Manual de Procedimiento para la prevención, detección y control del lavado de activos", fijando con claridad la actividad esperada y la responsabilidad de sus funcionarios "en una cultura de control en que se antepongan los principios y valores al logro de metas comerciales".

7. Propuestas Normativas

Las iniciativas internacionales en materia de lavado de activos no se han limitado a Convenciones Internacionales, Recomendaciones y Declaraciones de instancias de trascendencia en la esfera internacional, creación de Grupos de Trabajos en la misma esfera, sino que además se han orientado hacia la elaboración de propuestas normativas, dada la necesidad de legislaciones uniformes. Es el caso del Modelo de Ley de PNUFID, y el Reglamento Modelo OEA.

7.1. Modelo de Ley PNUFID

Una de esas propuestas está contenida en la "Ley Modelo sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito", que sustituyó el modelo de "Legislación sobre el Blanqueo de dinero, el decomiso y la cooperación internacional en materia de drogas", cuya elaboración concluyó en noviembre de 1995, por el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogas.

Esta Ley Modelo consta de cinco títulos: un primer título dedicado a generalidades, tales como definiciones y terminología; un segundo título, relativo a la prevención del lavado de dinero, el cual consta de dos (2) capítulos, uno que contiene disposiciones generales de prevención, y otro que se refiere a la transparencia de operaciones financieras; un tercer título, que trata sobre la detección del lavado de dinero, y consta de cuatro (4) capítulos, uno relativo a la colaboración con las autoridades encargadas de luchar contra el lavado de activos, otro relativo a la exención de responsabilidad, un tercero dirigido a las técnicas de investigación, y un cuarto que trata lo relativo al secreto bancario o profesional; un cuarto título, que versa sobre lo que tiene que ver con las medidas coercitivas, y tiene dos (2) capítulos, uno relativo a la incautación y demás medidas cautelares, y otro atinente a la represión de los delitos de lavado de activos y decomiso; y finalmente, el quinto título, destinado a la cooperación internacional, y que está dividido en tres capítulos relativos a las solicitudes de asistencia judicial internacional recíproca, de la extradición, y de los puntos comunes a ambos aspectos.

7.2. Reglamento Modelo OEA-CICAD

En el ámbito americano el Grupo de Expertos de Lavado de Dinero de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha elaborado el "Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves".

Este Reglamento Modelo ha sido objeto de modificaciones por el mismo grupo de expertos que lo redactó, efectuadas en Santiago de Chile, 1997; Washington, D.C., mayo de 1998, en Buenos Aires; octubre de 1998, y en México, D.F., julio 2002.

Esa propuesta normativa otorga un tratamiento íntegro al lavado de activos, ya que comprende aspectos penales, procesales y administrativos. Tipifica el lavado de dinero como un delito autónomo, le otorga alcance extraterritorial, y consagra reglas eficaces en materia de incautación y decomiso de bienes, protección de terceros de buena fé y cooperación internacional.

Recomienda asimismo la creación de Unidades de Información o Análisis Financiero para la depuración de las transacciones sospechosas remitidas por los sujetos obligados (instituciones financieras, empresas de bienes raíces, de joyas, casinos etc.), a las cuales, por igual, les determina sus obligaciones para facilitar la prevención y detección de operaciones de lavado de activos.

Incluye, además, el Reglamento Modelo elaborado por CICAD lo relativo al levantamiento del secreto bancario y a la exención de responsabilidad penal, civil y administrativa por reportes de transacciones sospechosas cuando se efectúen de buena fé.

[1] Estos esfuerzos inclusive anteceden a la primera Convención sobre el tema, la Convención de Viena de 1988, como se expone más adelante.

[2] Con anterioridad habían sido aprobadas en el pasado siglo, la Convención de la Haya de 1912, la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, y la Convención de Viena sobre los Sicotrópicos de 1971, pero estas no hacían referencia al tema del lavado de activos, etc.

[3] Ver Jose Luis Conde, ob. cit.

[4] Abel Souto, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional,* pág. 85

[5] Aranguez Sanchez, Carlos. *El Delito de Blanqueo de Capitales,* pág. 152

[6] Langon Cuñarro, Miguel. "La Convención de Viena de 1988 y los Reglamentos modelo sobre delitos de lavado de dinero y precursores químicos de estupefacientes y psicotrópicos". *Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal*. No.12, pág. 1992.

[7] El Art. 5.7 de la Convención de Viena expresa: "Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios sujetos a su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos".

[8] El Art. 5 de la Convención está dedicado por completo a este tema..

[9] El Art. 5.8 de la Convención dice: "Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fé".

[10] Art. 7 de la Convención.

[11] Art. 5 a) ii) de la Convención: "Repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o de dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin".

[12] Abel Souto, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional,* pág. 116.

[13] Art. 5 de la Convención.

[14] Art. 8 de la Convención.

[15] Art. 6 de la Convención.

[16] Art. 7 de la Convención.

[17] Art. 68.1 de la Convención.

[18] Arts. 31, 53 y siguientes de la Convención.

[19] Art. 46 de la Convención.

[20] Art. 37 del Convenio.

[21] Abel Souto, Miguel. ob. cit., págs. 150 y 151.

[22] Y también de la Convención de Palermo del 2000, y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

[23] Art. 1, letra e) del Convenio.

[24] Art. 6 del Convenio.

[25] Arts. 7 y siguientes.

[26] Art. 4 del Convenio.

[27] Art. 6.2 del Convenio.

[28] Art. 7.2, letre e), de la Convención.

[29] Art. 23.2, letra e) de la Convención.

[30] Art. 1 de la Directiva.

[31] Art. 3.1 al 3.4, de la Directiva.

[32] Art. 3.5 de la Directiva.

[33] Art. 6 de la Directiva.

[34] Art. 7 de la Directiva.

[35] Art. 2 Bis, numerales 3,4 y 5.

[36] Preámbulo de la Convención.

[37] La Ley 72-02, sobre Lavado de Activos prevé en su Artículo 1, numeral 7, como una infracción grave capaz de generar recursos envueltos en el lavado de activos "cualquier crimen relacionado con el terrorismo".

[38] Estos instrumentos internacionales son los siguientes: Convención Internacional contra la toma de rehenes; Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

[39] Art. 4.1.a de la Convención.

[40] Art. 4.1. b de la Convención.

[41] Art. 4.1.c de la Convención.

[42] Art. 4.2 de la Convención.

[43] Las Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera son entidades de cada país que sirven de central de datos respecto del reporte de transacciones financieras sospechosas realizados por los sujetos obligados al cumplimiento de obligaciones de prevención.

[44] Blanco Cordero, Isidoro, ob. cit. pág. 171.

[45] 30 de noviembre de 1995.

[46] 22-23 de abril de 1996.

[47] 21-22 de noviembre de 1996.

[48] 23-24 de junio de 1997.

[49] Al respecto pueden señalarse la de Buenos Aires del 30 de junio al 1 de julio de 1998, y la de Slovaquia, del 26 al 28 de mayo de 1999.

[50] "organismo gubernamental, central y nacional, encargado, a los fines de luchar contra el lavado de activos, de recibir, solicitar, analizar y transmitir a las autoridades competentes las comunicaciones de informaciones financieras concernientes a los productos de origen presumiblemente criminal, o requeridos por la legislación o reglamentación nacional.

[51] En abril de 1990.

[52] El 30 de octubre del 2001.

[53] Estas recomendaciones son de transcendental importancia hasta el punto de que organismos financieros de relevancia mundial como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial las reconocen como los estándares internacionales frente al lavado de activos.

[54] Recomendación No. 1.

[55] Recomendación No. 3.

[56] Recomendación No. 5.

[57] Recomendación No. 10.

[58] Recomendaciones Nos. 11 y 13.

[59] Recomendación No. 14.

[60] Recomendación No. 15.

[61] Recomendación No. 23.

[62] Recomendación No. 6.

[63] Abel Souto, Miguel, ob. cit. pág. 59.

[64] Se refiere al problema que generaban las certificaciones anuales americanas. Tema del MEM.

[65] Con ello se cumplió el mandato de la Cumbre de Presidentes de Sudamérica, efectuada en Brasilia el 1ro. de septiembre del 2000.

3

EL LAVADO DE ACTIVOS EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA

Alejandro Moscoso Segarra

1. Introducción. La complejidad del tipo penal del lavado de activos

El fenómeno del lavado de activos comporta una serie de actividades que nos permiten verlo con características muy particulares y especiales, que lo diferencian de manera significativa de las demás actividades criminales.

El crimen de lavado, como toda infracción penal, debe ser analizado partiendo de los elementos que lo componen y tipifican como tal.

La incorporación de este tipo penal a la legislación represiva de la República Dominicana obedece a un factor o realidad fundamental; la criminalidad organizada y, en sus orígenes, el crimen relacionado con el narcotráfico.

Como afirma un autor, "desde el prisma jurídico penal, el desafío de la criminalidad organizada repercute tanto en la teoría del delito y de la sanción como, sobretodo, en la definición misma del fenómeno. Y la conveniencia (y urgencia) de creación de nuevos tipos penales o de la remodelación de las antiguas figuras delictivas que permitan atinar con los comportamientos característicos de las organizaciones criminales, atacando de la manera más directa posible a sus intereses ilegítimos".[1]

A diferencia de lo que sucede con la legislación referida a la delincuencia más tradicional, en el caso de la ley que reprime el lavado de activos en nuestro país, dicha regulación se manifiesta no sólo a través de un tipo penal que remite siempre a un verbo típico, sino que se presenta de un modo mucho más complejo, teniendo en cuenta que se trata de varias formas de regulación de distintas conductas (incluso omisivas) que pueden describirse a partir de varios verbos típicos. Es decir y para ser más claros: no hay un solo tipo penal de lavado de activos sino varios, y que pueden presentar distintas características. Incluso, ello es visible en relación con la etapa temporal en la que intervienen los distintos sujetos activos. Por ejemplo, y ante un caso individual, es

posible que frente al mismo proceso de lavado de capitales un sujeto activo sea responsable de "adquirir", otro sujeto activo de "ocultar" y otro de "otorgar asistencia", y todos serán autores (coautores o autores "paralelos") con relación a los mismos fondos de origen delictivo.

Esta complejidad intrínseca de la legislación que reprime el lavado de activos aumenta la necesidad del desarrollo del fino criterio hermenéutico del intérprete y sugiere como inevitable el desarrollo de especiales criterios de imputación.

2. Origen y evolución de la tipificación del lavado de activos en la República Dominicana

Para analizar los orígenes y la evolución de la tipificación del crimen de lavado de activos en la República Dominicana, debe partirse de la línea de acción trazada por la comunidad internacional, que ha impactado de manera significativa en nuestro ordenamiento jurídico penal sustantivo, dando origen a normativas que han ido adaptándose a la realidad jurídico-penal de nuestro país.

En el tema anterior se aprecia el marco internacional del lavado. Sin embargo, es oportuno analizar lo relativo al tratamiento que le da la Convención de Viena a la tipificación del crimen, en razón de que este importante instrumento jurídico internacional, además de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional, tuvo una fuerte incidencia en todas las normativas vigentes que prevén y reprimen el lavado de activos en nuestro país.

Para poder abordar el origen de la tipificación del lavado necesariamente hay que partir de la Convención de Viena. Este análisis debemos verlo conjuntamente con la normativa nacional.

En la República Dominicana comenzó a verse la necesidad de tipificar el lavado de activos partiendo de la urgencia de impedir que los bienes procedentes del crimen previo del narcotráfico fueron insertados o colocados en la economía nacional dando la apariencia de haber sido obtenidos de forma legítima.

Nuestro vetusto código penal del 1884 no prevé dentro de sus artículos el tipo penal de lavado de activos. Son leyes especiales, a partir de la década de los años 80 que vienen a llenar este vacío. Sin embargo, debe señalarse que es precisamente en esa década cuando los países del mundo empiezan a preocuparse para que sus respectivos ordenamientos jurídicos tipifiquen la infracción que nos ocupa partiendo casi todos de la Convención de Viena de 1988.

Como se ha puntualizado anteriormente la prevención y represión del lavado de activos parte en nuestro país

del trasiego de las drogas, como lo han expresado unos autores. "la situación geográfica dominicana hace del país uno de los denominados "países puentes de las drogas", otros factores de índole social y económicos como son la emigración dominicana a los Estados Unidos, la vinculación con el narcotráfico y el crimen organizado de las colonias de inmigrantes dominicanos y la repatriación de sus ganancias ilícitas a través de canales que ya hemos mencionado, o evidenciadas en inversiones de las mas variadas características y dimensiones, han incluido a la nación dominicana en el listado de países de alto riesgo en lo referente al lavado del dinero".[2]

2.1. Ley 50-88 del 30 de mayo de 1988

Partiendo de lo anterior la primera ley especial dirigida a reprimir y prevenir el narcotráfico en nuestro país fue la Ley 168 del 12 de mayo de 1975. Esta disposición, sin embargo, no tipificaba el crimen del lavado de activos, en ninguno de sus artículos, además de que resultaba ineficaz en aquellos momentos como instrumento legal para prevenir y reprimir el tráfico de drogas.

La Ley 50-88 del 30 de mayo de 1988 viene a derogar la antigua ley 168 y a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico penal el tipo de "lavado" en su articulo 58, cuando expresa que se considera como delitos graves "la adquisición, posesión, transferencia o "lavado" de dinero o cualesquiera otros valores, así como las ganancias derivadas de o usadas en el tráfico ilícito".

Como puede apreciarse de la trascripción de ese artículo, la Ley 50-88 incorpora por primera vez en el ordenamiento jurídico tres verbos rectores, Adquirir, Transferir y Poseer, que se presentan en el mismo artículo como la conducta típica que crea la infracción de "lavado".

Más adelante se verá la conducta típica del encubrimiento establecida la ley 50-88 que se recoge en el artículo 3 de la Ley 72-02.

2.2. La ley 17-95 del 17 de diciembre de 1996

Una vez la Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefaciente y Sustancias Psicotrópicas fue ratificada por el Congreso Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo, se generó toda una corriente dirigida a adaptar nuestro marco jurídico al más importante instrumento jurídico de carácter internacional en materia de drogas y lavado de activos.

Las iniciativas legislativas de ese entonces dieron origen dos años más tarde, a la Ley 17-95 del 17 de diciembre de 1995. La misma introduce varias modificaciones e inserta 17 artículos, que prevén todo lo

relacionado al lavado de activos en nuestro país.

Para los fines de este tema, se considera de interés ver los artículos 99,100 y 101 de esa ley, que describen los verbos que tipifican el lavado y que fueron asumidos más tarde por la ley 72-02:

> *Artículo 99.* El que a sabiendas, por omisión o comisión convierta o transfiera bienes que sean producto de un delito de tráfico ilícito de drogas controladas o delitos conexos, previsto en esta ley, será sancionado con reclusión de 2 a 5 años y multas de RD$50,000.00 (Cincuenta mil pesos) a RD$100,000.00 (Cien mil pesos con 00/100).
>
> *Artículo 100.* Toda persona que adquiera, posea, transfiera, tenga o utilice bienes a sabiendas de que tales bienes hayan sido producto de un delito de tráfico de drogas controladas o delitos conexos previstos en esta ley, será sancionada con reclusión de 2 a 5 años y multas de RD$50,000.00 (Cincuenta mil pesos) a RD$100,000.00 (Cien mil pesos con 00/100).
>
> *Artículo 101.* Toda persona que a sabiendas ocultase, encubriese, o impidiere la determinación real de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad de bienes o de derechos relativos a tales bienes que hayan sido producto e un delito ilícito de tráfico de drogas o delitos conexos previstos en esta ley serán sancionado con reclusión de 2 a 5 años y multas de RD$50,000.00 (Cincuenta mil pesos) a RD$100,000.00 (Cien mil pesos con 00/100).
>
> *PARRAFO.* Son delitos conexos para los fines de la presente ley las acciones o actividades establecidas en los artículos 99,100 y 101 encaminadas a facilitar el lavado de dinero.

2.3. Ley 72-02 del 29 de mayo de 2002

La Ley 72-02 del lavado de activos proveniente del trafico ilícito de drogas y sustancias controladas y otras infracciones graves viene a adecuar el marco jurídico dominicano a los lineamientos internacionales en lo que respecta al lavado de activos y a recoger en un solo cuerpo jurídico todo el sistema normativo sobre la materia.

Esta disposición derogó de manera expresa el párrafo del artículo 76 y los artículos del 99 al 115 de la ley número 50-88, modificados, por la ley 17-95.

Más adelante se abordará el sistema normativo de la ley 72-02 en lo que respecta al delito propiamente del lavado de activo.

Con relación a la historia legislativa en asunto de lavado en la República Dominicana debe señalarse que existe en el Congreso un anteproyecto de código penal, en el cual se le da un tratamiento diferente desde el punto de vista penal a la infracción criminal.

Ese proyecto de ley incorpora la figura penal objeto de estudio en los artículos 453 al 461. En el artículo 453 el anteproyecto de marras crea un término empleado por las legislaciones europeas, el de blanqueamiento, cuando expresa: "El blanqueamiento es el proceso u operación económica mediante la cual se trata de justificar que tienen origen lícito, bienes, dinero, valores títulos o recursos obtenidos como fruto de actividades criminales o delictuosas. Constituye igualmente el blanqueamiento toda actuación u operación económica tendiente a invertir en empresas, negocios o bienes de toda especie cuya legalidad es aparente, los frutos directos o indirectos de un crimen o un delito".

Como puede verse, ese artículo configura una conducta típica más general que la establecida por las demás normativas nacionales que tipifican la infracción, y emplea una fórmula más amplia, en la que adquiere relevancia penal cualquier conducta tendente a obstaculizar la identificación de la ilícita procedencia de los bienes, sin que aparezcan determinados los métodos que pueden utilizarse.

3. El sistema normativo de la ley 72-02

Para tener una idea clara del sistema de la Ley 72-02, de modo genérico y sin entrar por ahora en detalles dogmáticos, conviene tener presente de qué modo el legislador ha encarado la regulación del sistema represivo de la conducta en cuestión.

La ley contiene un Capítulo I en el cual se produce una serie de definiciones de conceptos que son esenciales en el sistema represivo. Es así como se refiere, a fin de evitar confusiones semánticas, a los vocablos: activos, autoridades competentes, bienes, etc.

Luego, el Capítulo II se ocupa de plantear el objetivo político-criminal de la Ley 7202, consistente en básicamente definir conductas prohibidas, establecer los mecanismos para la prevención, crear los órganos de coordinación, y resolver el problema de la asistencia internacional.

El Capítulo III, que se ocupa de definir las conductas típicas en el plano objetivo y subjetivo contiene varias secciones: la II en la cual, el legislador ha previsto una serie de medidas cautelares con relación a bienes, productos o instrumentos relacionados con la infracción; la III, donde se definen las sanciones penales para cada tipo de infracción y los distintos niveles de participación; la IV, donde el legislador se ocupa del decomiso

de los bienes y su destino, en los casos en los cuales los autores sean condenados, y la V, en la cual la ley se hace cargo de la situación de los terceros de buena fe, y define los casos en los cuales los bienes deben ser reintegrados a esos terceros.

En el capítulo IV el legislador define un sistema preventivo de detección del referido delito. Se ocupa de definir las obligaciones de un conjunto de entidades o personas, como el cumplir mandatos de identificación de clientes, reporte de transacciones en efectivo, y/o sospechosas, etc., En la sección III de este Capítulo se encuentra una serie de sanciones administrativas y el sistema procesal para esa aplicación.

El capítulo V se encarga de definir la competencia y funciones del Comité Nacional contra el Lavado De Activos, que está integrado por el Presidente del Consejo Nacional de Drogas, el Procurador General de la República, el Secretario de Estado de Finanzas, el Superintendente de Bancos, y el Presidente de la Dirección Nacional de Control de Drogas.

Por último, el Capítulo VI define el sistema de cooperación internacional en el derecho interno.

4. La conducta típica del lavado de activos en la ley 72-02

El artículo 3 de la Ley 72-02 de lavado de activos de la República Dominicana, describe las distintas conductas típicas que constituyen esta infracción.

En el tema relativo al marco internacional se aprecian las pocas diferencias que existen respecto a los principales documentos jurídicos internacionales que abordan la problemática, de manera especial la Convención de Viena en cuanto a las conductas típicas que se analizarán.

El artículo 23 de la Ley 72-02 establece que, "a los fines de la presente ley, incurre en lavado de activos la persona que a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción graves.

(a) Convierta, transfiera, transpire, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes.

(b) Oculte, encubra o impida la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o derechos relativos a tales bienes, y

(c) Se asocie, otorgue asistencia, incite, facilite, asesore en la condición de alguna de las infracciones tipificadas en este articulo, así como a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones."

4.1. Elementos del tipo objetivo del lavado de activos

Las conductas típicas descritas por el artículo 3 serán analizadas de forma particular, pero es importante, previamente, hacer algunas precisiones sobre la tipicidad.

El término tipo corresponde a una traducción libre de la expresión alemana Tatbestand, pero también se usa para significar lo que en alemán se denomina comotipus o delikt-tipus.

Como lo describe el manual de apoyo para la tipificación del delito del lavado "el tipo es una creación abstracta y formal que se construye sobre un hecho, sobre un acontecimiento, que se desarrolla en el ámbito de los fenómenos causales. Dicho en otras palabras el delito consiste esencialmente en el tipo el hecho concreto, "se adecua" al tipo, pero no es el tipo".[3] Continúa señalando el manual que "de este modo, la cualidad que identifica la conducta delictiva no es el tipo sino la tipicidad, es decir la conformidad entre el hecho concreto y la descripción abstracta".

Partiendo de lo anterior, el tipo es visto como un conjunto de características objetivas y subjetivas (externa e interna o mentales) que constituyen la materia de prohibición para cada delito en específico.

En este tema nos interesa ver la fase objetiva del tipo conocido como lavado. La infracción como tal puede contar únicamente de una acción típica. Sin embargo, puede darse el caso de que su descripción se enlace con un resultado y ambos sean prohibidos. La acción en un tipo penal es referida mediante un verbo rector que ocupa el centro de la descripción, por ejemplo, uno de los verbos rectores del lavado es convertir. Es sano resaltar que el verbo rector no se termina con la descripción de la conducta, sino que esta acción típica requiere, además, de un sujeto y los complementos, que serán vistos en el artículo 3 de la ley 72-02 que se analiza. En cuanto al sujeto activo que indica el referido artículo es cualquier persona, el mismo señala que "incurre en el lavado de activos la persona que....." es decir, deja abierto a que el sujeto activo del delito sea cualquier individuo, sin distinción, y no exige la concurrencia de determinada calidad.

Las conductas típicas descritas en el artículo 3 de nuestra normativa sobre lavado, de manera enunciativa son las siguientes convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice, administre, oculte, encubra, impida, incite, facilite, se asocie, asista y asesore.

Uno de los objetivos de la ley 72-02 es precisamente como se señala en el artículo 2 acápite A, el de definir las conductas en el lavado de activos.

Pasemos a analizar cada uno de estos elementos del tipo objetivo, aunque no necesariamente en el mismo

orden que se presenta en el artículo sujeto de estudio. Pero antes es oportuno precisar que el artículo en cuestión se refiere a que los bienes que se legitiman son el producto de una "infracción grave", abriendo con esto un abanico de crímenes o delitos distintos al narcotráfico que dejó de ser, a partir de esta disposición, el único crimen previo a que el producto sea lavado.

La misma Ley en su artículo 1 acápite 7, describe las infracciones graves de la siguiente manera: "Se entiende por infracción grave el tráfico ilícito de drogas y sustancias controladas, trafico ilícito de armas, cualquier crimen relacionado con el terrorismo, tráfico ilícito de seres humanos (incluyendo inmigrantes ilegales), tráfico ilícito de órganos humanos, secuestro, la extorsiones relacionadas con las grabaciones y fílmicas electrónicas realizadas por personas físicas o morales, robos de vehículos cuando el objeto sea trasladado a otro territorio para su venta, proxenetismo, falsificación de monedas, valores o títulos, estafa contra el estado, desfalco, concusión y soborno relacionado con el narcotráfico. Así mismo se considera como una infracción grave todos aquellos delitos sancionados con una pena no menor de 3 años".

Como puede verse en su último párrafo abre aún más el espectro de los delitos sancionados con penas no menores de 3 años, siempre y cuando estos delitos generen bienes que puedan insertarse en la economía.

4.1.1. Conductas típicas

La conversión o transferencia

En el tema I de este texto se abordaron las tres etapas del lavado de activos: colocación, encubrimiento y reinversión. En las conductas que se verán a continuación podrá apreciarse donde se encuentran esas fases o etapas.

La conversión y transferencia son actos que en definitiva suponen la transformación de unos bienes a otros, lo que conlleva a la ocultación del ilícito origen de estos.

Sobre él término típico conversión existen varios puntos de vista, por lo que es conveniente ver en detalles en que consiste la conversión de los bienes procedentes de crímenes graves.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, define la conversión como "la transformación de un acto nulo en otro eficaz mediante la confirmación o convalidación" o también la "acción o efecto de convertir" y convertir es "cambiar, modificar o trasformar algo." La transferencia es definida en el mismo diccionario como "paso o conducción de una cosa de un punto a otro", también como "el traspaso de un derecho de una persona a otra conservando el derecho de su identidad". Por ejemplo, la transferencia

electrónica o en plural de dinero de una cuenta bancaria a otra.

Por otro lado, otros autores consideran la conversión o transferencia como un delito de lavado de activos "stricto sensu".

El objetivo de estas conductas es el de transformar un bien por otro con la intención de legitimarlo, es decir, que el producto de origen ilegítimo se convierte en legítimo.

Isidoro Blanco considera que la acción típica de convertir, "estimando que hace referencia a la transformación de los bienes también es una medida positiva, pues es un ejemplo de acciones características del lavado de bienes de origen delictivo que permite una interpretación adecuada de las posteriores conductas consistentes en la realización de cualquier acto sobre los bienes".

Transfiera /transporte

Como pudo verse, la mayoría de las doctrinas ven el convertir y transferir como las dos conductas esenciales del crimen del lavado y algunos llegan a plantear que los demás verbos rectores utilizados son "formas especiales de encubrimiento".[4]

En el artículo 3 de la ley 72-02, el segundo y tercer verbos empleados son los de transferir y transportar podrían confundirse como verbos sinónimos para el caso del lavado, por lo que resulta importante hacer algunas precisiones partiendo de las acepciones gramaticales que nos brinda Guillermo Cabanellas. Según él, transferir es "pasar o mudar algo / conducir de un punto a otro, transportar, transmitir / enajenar, traspasar / en especial transmitir el dominio o derecho sobre algo".[5] En cambio, transporte es visto en el diccionario mencionado como "traslado, conducción de personas o cosas entre dos lugares".

En el caso de la transmisión podríamos verla aquí, desde el punto de vista del derecho civil, como la acción de traspasar o transferir el derecho de una persona a otra conservando el derecho su identidad, es decir, que como plantea Isidoro Blanco Cordero la transmisión se define de acuerdo con el concepto civil "como traspaso de los derechos sobre los bienes procedentes de un delito grave".

Cuando se emplea el verbo transportar podría decirse que el legislador se refiere de manera particular al traslado como tal de bienes productos de infracciones graves. Esta conducta podría asimilarse a la establecida en el artículo 8 de la ley 72-02 cuando impone sanciones para "la persona nacional o extranjera, que al ingresar o salir del territorio nacional por vía aérea, marítima o terrestre portando dinero o títulos valores al portador o que envié los mismos por coreo publico o privado cuyo monto exceda la cantidad de diez mil dólares

(US$10,000.00), moneda de los Estados Unidos de América u otra moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional no la declare o declare falsamente su cantidad en los formularios preparados al efecto". Aunque este acápite se refiere a la no declaración de los bienes es utilizado en aquellos bienes que son transportados.

El acápite A del artículo que se analiza utiliza esos verbos rectores, sujeto de explicación, como son adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar bienes. Estas conductas típicas las podemos ver de igual manera en la Convención de Viena (artículo 3), Reglamento Modelo CICAD (artículo 2), proyecto PNUFID (artículo 21), Convención de Palermo (artículo 6) y I Convenio Centroamericano (artículo 2).

La adquisición

Esta implica toda compra, cambio o permuta de bienes, que podrían ser valores mobiliarios, obtención de empresas, etc.

Es el acto por el cual uno se hace dueño de una cosa. El manual de la CICAD, señala con rigor que solo incluye lo que se alcanza por dinero, ajuste, habilidades u otros títulos, más no los que vienen por derecho de herencia. Esta conducta solo se establece para terceros es decir, que no cubre al autor del delito que dio origen al lavado.

La posesión

El vocabulario jurídico de Henry Capitant define la posesión como "la situación del que ejerce de derecho las prerrogativas propias de un derecho y se comporta como su verdadero titular".[6]

Propiamente, posesión es el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material constituido por elemento intencional o animus (la creencia y propósito de tener las cosas propias) y el elemento físico o corpus (la tenencia o disposición efectiva de un bien material).

El verbo siguiente a la posesión es tener, que se observa en ocasiones como sinónimo a poseer, pero si se establece una medición en la relación originada entre el hombre y la cosa puede diferenciarse la tenencia, la posesión y, si se quiere, la propiedad sobre una cosa.

Algunos han definido la tenencia, como el manual de apoyo de la CICAD, "a la ocupación corporal y actual, sin título que permita disfrutarla ni adueñarse de ella sin buena fe, clandestinamente o por una mera tolerancia del dueño reconociendo el dominio ajeno. Mientras la posesión, como ya se dijera, agrega el hecho de hacer la cosa como propia o el propósito de consolidar la situación".

Utilizar o administrar

El verbo utilizar en el caso que nos ocupa lo asimilamos al uso o usufructo de activos, sacando beneficios de estos aunque pertenezcan a otra persona, es decir, "servirse de una persona o cosa con determinada finalidad." Algunos han llegado a argumentar que la utilización de los bienes provenientes de crímenes no constituye "per se" lavado de activos sino "un aspecto económico del delito que debe ser tratado en cualquier esquema de lucha contra el blanqueo de fondo".[7]

El reglamento modelo de la CICAD establece que la finalidad de la ley es la de castigar la participación en el uso, aprovechamiento o destino de los bienes respecto de los cuales se conoce su procedencia ilícita y que es muy difícil probar la sola intención de darle un uso, aprovechamiento o destino determinado.

Con relación al verbo administrar éste ha sido empleado en otras legislaciones, aunque en realidad fue incorporado en la nuestra por influencia del reglamento modelo de la CICAD. El término administrar en derecho civil significa la "acción de administrar un bien, un conjunto de bienes o un patrimonio".[8] Gramaticalmente se define como "ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes".

Con la introducción de esta conducta en nuestro marco jurídico se busca no excluir del crimen a cualquier persona que se haga cargo de los bienes o intereses producto del crimen organizado.

El Acápite B, del artículo 3 de la Ley 7202 recoge tres conductas importantes, ocultar encubrir e impedir. Algunos expertos en sus estudios han dedicado un análisis detenido a estas conductas con especial atención a las dos primeras. Los verbos ocultar y encubrirlos asimilamos del artículo 3.1 de la Convención de Viena que los describe.

Asimismo, el reglamento modelo de la CICAD incidió en la redacción del artículo 3 ya que el mismo extiende la tipificación no solo a quien oculte o encubra sino a quien impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes o derechos relativos a todos los bienes. Los redactores del reglamento modelo de la CICAD, al introducir el verbo de impedir, parecería que este está de más, en el entendido de que quien impide la determinación del origen, naturaleza, etc. de los bienes, en realidad oculta o encubre los mismos. Sin embargo, el término no sobra en el sentido de que se persigue evitar cualquier interpretación que tenga como propósito liberarse del castigo correspondiente.

En lo que respecta a la ocultación, para su real significado, se parte de la definición que brinda el diccionario de la Real Academia Española, de que ocultar implica "esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista". Existen diversas posiciones doctrinarias sobre la definición de la ocultación. Algunos argumentan que la ocultación

debe verse no solo como "acto de tapar o encubrir un hecho, objeto o persona, sino cualquier otro tendente hacer desaparear de la escena jurídica, los elementos sobre los que el encubrimiento recae".[9]

Véase la ocultación como la sustracción de una cosa que se hace para quitarla de donde puede ser vista y colocarla donde se ignore que está. Isidoro Blanco Cordero señala que la doctrina admite que la ocultación puede realizarse bien mediante una conducta activa -esconder, disfrazar o tapar-, bien mediante una conducta pasiva, callar lo que se conoce. La activa, que comprende acciones con un propósito manipulador o clandestino, se efectúa en el tráfico económico y está basada en la confianza y transparencia. La acción de omitir consiste en silenciar lo que se puede o debe decir.

Sobre la conducta de omisión se plantea la necesidad de que pueda existir algún nivel de responsabilidad penal de que el imputado tenga una obligación jurídica de informar la acción.

El encubrimiento

En lo que se refiere al encubrimiento debe señalarse que la Ley 50-88, en sus artículos del 71 al 74, tipifica el encubrimiento u ocultación de los bienes procedentes de actividades ligadas al narcotráfico. De la lectura de esos artículos puede apreciarse cómo se amplían los verbos rectores para castigar el encubrimiento. Veamos estos artículos.

> *Artículo 71.* Quien después de cometido un delito relacionado con drogas controladas, sin haber participado en el, ayude a asegurar a provecho, eludir las investigaciones de la autoridad, sustraerse a la acción de esta o del cumplimiento de la condena, será sancionado como encubridor, con prisión de dos (2) años a cinco (5) años, y de multa de dos mil (RD$2,000.00) a diez mil (RD$10,000.00).
>
> *Artículo 72.* El que a sabiendas, por sí o por interpuestas personas, física o moral, realice con otras personas o con establecimientos comerciales o de cualquier naturaleza, transacciones comerciales de cualquier tipo, o suministre información falsa para la apertura de cuentas o para la realizaciones de la misma naturaleza, con dinero proveniente de las actividades del trafico ilícito de drogas controladas, con prisión de dos (2) años a cinco (5) años, y de multa de dos mil (RD$2,000.00) a diez mil (RD$10,000.00).
>
> *Artículo 73.* Quien después de cometido un delito relacionado con drogas controladas, sin haber participado en él, oculte o adquiera o reciba dinero, valores u objetos o cualquier otro modo intervenga en su adquisición, captación u ocultación, será sancionado como encubridor, con prisión de dos (2) años a cinco (5) años, y de multa de dos mil (RD$2,000.00) a diez mil (RD$10,000.00).

> *Artículo 74.* Los establecimientos comerciales o de cualquier otra naturaleza que encubra las actividades relacionadas con los dineros y valores provenientes del trafico ilícito de drogas controladas, violando las disposiciones de esta ley, serán sancionados con el cierre definitivo e irrevocable, y con multa de cien mil (RD$100,000.00) a quinientos mil (RD$500,000.00).

Partiendo de la definición que hemos visto del Lavado, puede señalarse que las actividades enunciadas en esos artículos son particulares del crimen de lavado procedente del narcotráfico.

Esos artículos tipifican la infracción del encubrimiento, que no está establecida de manera expresa en nuestro código penal sino que podría ser asimilada a la complicidad.

Como se conoce, nuestro código penal es una adecuación del código penal francés, que trata el encubrimiento como una forma de participación a través de los llamados cómplices.

El caso del encubrimiento, previsto en la Ley 72-02 es diferente al encubrimiento regulado por la codificación napoleónica que se adoptó en 1884. Esta diferencia la presenta la Convención de Viena y la CICAD en su reglamento. En estas disposiciones comete la infracción solo aquel que sin haber tenido participación en un crimen determinado y sin concierto previo a la perpetración de cualquier crimen contribuye con el autor del mismo, con el propósito de asegurar el resultado del crimen, evitar el castigo o para obstaculizar el desempeño de la justicia.

Dice Saavedra Roja que la gran diferencia entre ocultar y encubrir puede residir en el hecho de que se oculta lo que es de uno o lo que está bajo la disponibilidad jurídica del autor, mientras que se encubre los actos de otros o bien sus bienes". Algunas legislaciones han adoptado el termino disimular por entender que el vocablo encubrimiento es asimilado por algunos como sinónimo de ocultación.

Es castigable el auxilio a los criminales que han cometido un crimen grave para que se beneficien de los bienes de tales violaciones. En este sentido y de acuerdo al acápite B, el encubrimiento no ha de recaer directamente sobre los bienes que tengan origen ilícito, sino sobre determinadas circunstancias propias de tales bienes, que son la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o de derechos relativos a tales bienes.

El encubrimiento puede desdoblarse en actos positivos y pasivos. Se referirá a actos positivos, cuando la acción recaiga sobre el objeto regulado en el tipo o que sin incidir en tal objeto favorezca su aprovechamiento. Cuando los actos son pasivos podríamos verlos al momento de silenciar hechos que permitan a los responsables del crimen previo disfrutar de los bienes.

4.1.2. Otras formas de participación en el lavado

Finalmente, con relación a las conductas típicas el acápite C del artículo 3 de la ley 72-02 recoge una serie de acciones que son asimiladas de la convención de Viena y del reglamento modelo de la CICAD. Estas conductas son asociarse, otorgar asistencia, incitar, facilitar y asesorar.

Con estos verbos las legislaciones contemplan, en ocasiones de modo reiterativo, todas las posibilidades para lavar activos, con el objetivo de que no exista posibilidad alguna de que el crimen pueda consumarse.

Con relación al primer término "asocie", este tipo de crimen puede ser perpetrado por una sola persona, pero es frecuente que en su ejecución intervengan varias, que se distribuyen entre sí la tarea de realizar el hecho típico, es decir, situación de autoría. Tanto la asociación como la confabulación son entendidas como un concierto de voluntades ya para la comisión de un delito ya para perjudicar a terceros.

Con relación al verbo incitar debemos verlo a partir de la inducción, que es asimilada a la instigación.

Es instigador el individuo que de manera directa, crea en otro la decisión de llevar a cabo una conducta dolosamente típica y antijurídica. La Convención, al referirse al instigador, subraya "instigar o inducir públicamente a otros". De este modo tenemos previsto en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 72-02, y en la convención de Viena como figura autónoma a la incitación o instigación publica o privada a la comisión de la infracción que prevé el mismo marco jurídico.

Los verbos asistir, facilitar y asesorar son vistos como "figuras residuales" partiendo de que el legislador, a medida de que evolucionan los métodos empleados para lavar los activos, considera necesario ampliar las conductas típicas del crimen, con el propósito de que estas comprendan o recojan la mayor cantidad de conductas posibles.

5. Elementos del tipo subjetivo del lavado de activos

Para hacer intervenir al derecho penal, en la mayoría de los casos analizados, en el crimen de lavado no es suficiente que se realicen las conductas analizadas sino que se exige que los mismos vayan acompañados de un elemento subjetivo sin cuya presencia las conductas típicas carecerían de importancia.

Con esto se dice que el sujeto activo debe tener un propósito de ocultar el delito, origen de los bienes, o de ayudar a quien haya intervenido en el delito previamente cometido a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la Ley 72-02 en sus artículos 3 y 4, puede verse que está establecido el elemento subjetivo o dolo de la infracción. El artículo 3 establece que "a los fines de la presente ley incurre en lavado de activo la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son, el producto de una infracción grave…", y el artículo 4 refiere que "el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de las infracciones previstas en esta sección, así como en los casos de incrementos patrimoniales derivados de actividades delictivas consignada en esta ley, podría inferirse de las circunstancias objetivas del caso".

El elemento subjetivo de las "a sabiendas" del artículo 3, viene de la Convención de Viena. Entre los elementos jurídicos internacionales que han incidido en las iniciativas legislativas de los países puede notarse diversidad de criterio para establecer el elemento subjetivo, en unos casos se circunscribe al dolo directo y en otros se amplía, por ejemplo el reglamento modelo de la CICAD recoge el "debiendo saber", expresión que fue asumida por los redactores del anteproyecto que luego fuera convertido en la Ley 72-02, pero que antes de su aprobación fue eliminado del mismo.

6. El dolo: conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo

La comisión, en principio, lleva consigo lo que se ha denominado el elemento moral o subjetivo.

El elemento moral es necesario para que la acción castigada o reprochada pueda ser imputada a su autor. Para establecer la culpabilidad debe manifestarse en el hecho delictuoso la acción antes señalada. En una sentencia importante en materia de lavado dada por la Corte Penal de Costa Rica en el caso contra Ricardo Allen León, conocida como la sentencia "Allen", en la motivación de dicha decisión la corte argumentó con relación al elemento subjetivo, "que el juicio de culpabilidad se da por medio del dolo; sea la voluntad del sujeto activo se dirige a la realización de un acto delictivo, conformándose este en el caso que nos ocupa como el conocimiento de los hechos, sea que tenga un conocimiento de las circunstancia descritas por el tipo penal y que además, el sujeto tenga el conocimiento de las circunstancias descritas por el tipo penal y que además, el sujeto tenga el conocimiento de la significación antijurídica del hecho, sea que el sujeto activo piense que al formalizar cualquier Negocio jurídico en el que encubrirá el capital del crimen esta realizando algo prohibido, sea, que el sujeto sepa que esa acción esta prohibida: es necesario además que el sujeto activo tenga la voluntad de realizar cualquier negocio jurídico con la finalidad de legitimar los recursos económicos provenientes del comercio ilícito de drogas y actividades relacionadas con él".

Al igual que todas las infracciones dolosas, en el lavado el sujeto activo en el proceso se inicia con el planteamiento, la decisión de que cometerá tal acción hasta que logra su realización. La dogmática penal ha

visto el fenómeno anterior, en grados o etapas de la progresión criminal, que tiene su origen en el inicio de la idea criminal hasta su total ejecución. Es lo que se conoce en derecho penal sustantivo como "inter criminis". Este proceso puede dividirse en dos etapas, una interna, que se da en el seno del ánimo del autor, aquí se ve el elemento subjetivo o moral del lavado, y la fase externa, que es cuando se manifiesta en el exterior la voluntad, por ejemplo, la transferencia.

Partiendo de lo anterior podría decirse que el carácter del lavado de activos es esencialmente doloso.

La condición para que se tipifique la infracción de conocer la procedencia de los bienes, objeto de lavado de activos, es señalada como razón fundamental, con lo que la ausencia del conocimiento determina, en muchos casos, la atipicidad.

Para cumplir con el principio de culpabilidad en el lavado se requiere la conciencia y la voluntad de llevar a cabo una de las conductas típicas que como expresa Silvia Sánchez "siguiendo la postura tradicional con relación al dolo típico, este se define como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo de blanqueo de capitales"[10]. Esto quiere decir que es necesario que el dolo abarque todos los elementos objetivos del tipo, siendo los de más importancia en el crimen del lavado, según la doctrina, el objeto material y la acción típica.

Se trata de un delito doloso, no sólo en el sentido de la propia acción sino también de la acción antecedente[11]. El conocimiento del autor no sólo se debe referir al hecho de que interviene en la inversión o tráfico de una cosa o de un capital obtenido por otro. Como se observa a simple vista, esta es una acción del todo ilícita, que abarca, también, la acción antecedente y está comprendido el dolo eventual[12], algo innecesario porque nadie hubiera dudado de ello, aun sin este añadido.

De tal manera, todos los problemas examinados antes son automáticamente trasladados al conocimiento cierto o eventual del autor de la prohibición que se analiza (favorecimiento real).

Brindemos un ejemplo: si el autor del favorecimiento conoce que el autor de la acción antecedente ha obrado al amparo de una justificación -regla de permiso específico, como sucede en el caso de aquél que comercializo con estupefacientes para conseguir dinero a fin de comprar un medicamento necesario para conservar su vida en el país, no incurre en conducta prohibida alguna si interviene, posteriormente, en el tráfico o inversión del beneficio obtenido, esto es, si requerido por el autor de la acción antecedente, que le revela todos los detalles de su obra, compra el medicamento y se lo envía.

Nótese, también, que el autor puede obrar, con error sobre la conducta del autor de la acción antecedente, v.gr.,

creer que él obró en el estado de necesidad apuntado y ello, claramente, eliminaría su punibilidad por el comportamiento, que no se acomodaría a la prohibición penal que se trata.

En resumen, la Ley No. 72-02 sobre lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, sustancias controladas y otras infracciones graves, en su capítulo III, Sección I, describe las infracciones y determina ya desde el texto que se está en presencia de infracciones dolosas, es decir, aquellas conductas que requieren el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto para que queden configuradas.

El legislador ha utilizado, para poder identificar las infracciones como dolosas, la palabra "a sabiendas".

Conforme al art. 3 "... incurre en lavado de activos la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave: a) convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes...".

Como ha quedado establecido en la propia Ley, la infracción reprimida por el legislador exige que el autor realice todos o algunos de los verbos típicos y además tenga el conocimiento y la voluntad de realizarlos.

Se exige "la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto. En su conceptuación legal, más sintética...dolo es el fin de cometer un delito...".[13]

Conforme la descripción realizada, podríamos afirmar, que el legislador ha descrito las conductas prohibidas (infracciones) con una finalidad directa, al momento de realizar la acción, y por ello a utilizado la palabra "a sabiendas".

Lo importante, al momento de analizar el aspecto cognitivo del dolo es que todos los elementos que integran el tipo penal hayan tenido actualidad en algún momento de la etapa interna, es decir, que el sujeto haya tenido la racionalidad suficiente para lograr la finalidad típica exigida por la descripción de la conducta.

Veamos un ejemplo.

La descripción típica contenida en el art. 3 de la Ley exige el conocimiento, por parte del agente, de que los "bienes, fondos o instrumentos" sean el producto de una infracción grave.

Se trata de un conocimiento sobre las circunstancias de hecho, es decir, del origen de los fondos que el agente convierte, transfiere, transporta, adquiere, posee, etc.

El legislador se ha referido al dolo del delito antecedente y, por ello, exige que el sujeto conozca la ilicitud de los bienes, fondos o instrumentos.

Este conocimiento sobre las circunstancias de hecho (delito antecedente) debe ser dentro de la etapa interna del sujeto, actual.

El sujeto debe conocer el origen de los bienes a sabiendas que son el producto de una infracción grave (nos referimos al delito antecedente).

Conforme ha quedado expresado en la norma que se analiza, el legislador le exige al agente (autor) no sólo el conocimiento de todos o cada uno de los verbos típicos incluidos (convertir, transferir, transportar, adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar), sino que además conozca (a sabiendas) que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave (origen de los bienes, delito antecedente).

En el ejemplo que se analiza, quien conoce que convirtiendo los bienes logrará darles apariencia lícita, también debe conocer su origen ilícito. No es suficiente que tenga el conocimiento y la intención de transferir o convertir los fondos. Tiene, además, que conocer que con esa acción logrará darles apariencia lícita. Si ello es así, entonces resultará evidente que conoce que el origen es ilícito.

Actuará con dolo el sujeto que "oculte o encubra" los bienes, fondos o instrumentos. Aparece como evidente que encubrir engloba el comportamiento de quien conoce el origen delictivo, y oculta quien tiene la finalidad de que no se conozca. Aquí parece claro que la ocultación solo se condice con el conocimiento del origen ilícito de los bienes.

La ilicitud de los bienes es, por lo tanto, uno de los requisitos del tipo objetivo, que el sujeto debe conocer para que pueda decirse que ha actuado con dolo. Para que la acción –verbo típico- sea subsumible en la conducta descrita por la norma, los bienes (transferidos, ocultados, administrados, etc.) debe ser producto de una "infracción grave" preexistente.

El conocimiento de la ilicitud de los bienes (delito antecedente) entonces integra el dolo.

Demás está decir que el sujeto deberá tener conocimiento y voluntad de realizar cada uno de los verbos típicos (manifestación del dolo stricto sensu).

Así, el sujeto, además de conocer el origen ilícito de los bienes, fondos o instrumentos tendrá que conocer y querer la realización de los verbos típicos "convertir, transferir, transportar, adquirir, etc. etc., para que quede

configurada la infracción contemplada en el art. 3 de la Ley.

7. Tipo subjetivo y error de tipo. Problemas particulares

Se ha expresado: "Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente".[14]

Para que pueda hablarse de que se encuentra configurado el dolo, el sujeto debe conocer y querer la realización de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo.

Cuando el sujeto actúa bajo un error que recae sobre alguno de los elementos del tipo objetivo, se dice que se encuentran frente a un error de tipo.

Se trata del error que afecta las circunstancias de hecho.

Veamos con un ejemplo.

Si el sujeto, a sabiendas de que los bienes que posee son de origen ilícito pero tiene un error sobre la circunstancia de que los está administrando, se dirá que no hay dolo en virtud de que el sujeto tiene un error sobre uno de los elementos del tipo objetivo, que en este caso es administrar.

Existen también los casos en los que el error recae sobre la causalidad y el resultado.

El primer caso es el denominado "aberratio ictus". Se trata del supuesto en el que el sujeto quiere dirigir su acción a un objeto pero resulta afectado otro diferente al elegido, al que no se quería afectar ni aceptaba la posibilidad de hacerlo.

Veamos un ejemplo en la Ley que se está analizando.

El sujeto A posee dos cuentas bancarias en la misma entidad: cuenta 123 (cuyos fondos conoce que son el producto de una infracción grave) y la cuenta 124 (cuyos fondos también son producto de una conducta ilícita precedente).

En una oportunidad decide transferir los fondos de la cuenta 123 (incurriendo de esta manera en el lavado de activos), pero comete un error y transfiere los fondos de la cuenta 124.

Según lo expuesto, el sujeto A ha querido dirigir su acción (transferir los fondos de la cuenta 123), pero el resultado obtenido ha afectado a otro objeto (ha transferido los fondos de la cuenta 124).

En ese caso se dirá, que la conducta del sujeto A ha quedado en grado de tentativa en virtud de que el resultado buscado (transferir los fondos de la cuenta 123) no se ha alcanzado.

Sin embargo, también debe afirmarse con relación al resultado efectivamente provocado, que existió dolo en virtud de que el mismo está abarcado por la voluntad realizadora del sujeto A (transferir fondos cuyo origen ilícito conocía incurriendo en lavado de activos).

Creemos que se trata de objetos típicamente equivalentes y por ello el error recaído sobre el objeto es irrelevante.

El otro supuesto es el denominado "dolus generalis". Se trata del caso en el que el sujeto si bien previó el resultado típico como producido por uno de sus actos parciales, dentro de todo un curso fáctico, éste deviene por un acto parcial ejecutado por él mismo.

El caso más complejo es aquél en el que el sujeto alcanza el resultado en un segundo acto, es decir, cuando ya creía haberlo logrado.

En nuestro ejemplo, el sujeto A cree que ha transferido los fondos y, para ocultar la transferencia, realiza un depósito cuyo destino es la misma cuenta a la que en principio realizaría la transferencia y donde efectivamente se han desviado los fondos, incurriendo el sujeto A en lavado de activos.

Si entendemos que existe una sola conducta, ésta está abarcada por el dolus generalis y, en consecuencia, el sujeto A ha cometido la infracción prevista en el art. 3, apartado a) de la Ley en análisis.

Es necesario afirmar que no se debe confundir el error de tipo, es decir, el error que recae sobre los elementos objetivos del tipo con el error de prohibición que es aquél que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad.

En el análisis que se está efectuando solamente importará el error de tipo, puesto que el error sobre el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad, un estrato diferente dentro de la teoría del delito.

En cuanto a los efectos del error de tipo, éste elimina el dolo en los casos de errores invencibles, pero si el error es de aquellos vencibles podrá quedar subsistente la tipicidad culposa solamente en los casos que la conducta esté prevista como tal.

Como ya ha quedado demostrado, en todas las descripciones de la presente Ley se está en presencia de infracciones dolosas.

Finalmente, en el caso hipotético que el autor de la infracción padezca una incapacidad psíquica, es decir, una patología que le impida reconocer los elementos del tipo objetivo, se dirá que la conducta realizada por el agente es atípica.

8. Situaciones que agravan la punibilidad: el artículo 21 de la Ley 72-02

El artículo 21 de la ley 72-02, con una técnica legislativa muy discutible establece un conjunto de circunstancias agravantes, entre las que se encuentran: la participación en grupos criminales, el haber cometido el hecho en asociación de dos o más personas, cuando el autor hubiese ingresado al territorio nacional sin autorización o ilegalmente, cuando fuese funcionario público, cuando fuese reincidente, o en los casos de empleos de menores. Ahora bien, lo que lejos está de ser claro es la consecuencia normativa precisa de estos agravantes, teniendo en cuenta que el artículo 21 establece que en estos casos los autores caerán bajo la esfera del los artículos 56, 57 y 58 del Código Penal. Sin embargo, estas tres normas se refieren en forma exclusiva a la reincidencia y a sus consecuencias punitivas. Una lectura más o menos razonable tendría que concluir que en los casos de estos agravantes, el autor será tratado con el régimen de la reincidencia, más allá, de que efectivamente, en los hechos, haya habido tal recaída en el delito. Llama la atención esta remisión, de todos modos, ya que el propio artículo 21 incluye como agravante a la misma reincidencia. Sin duda hubiera sido preferible que, una vez estipuladas las circunstancias agravantes que el legislador ha querido remarcar, se defina una fórmula sencilla de aumento de pena.

[1] Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Barcelona editorial Aranzadi SA, ISDN 84-8193-534-4

[2] Arzeno, Lara, y de la Rocha, Ilona. *La responsabilidad de la banca en el lavado de dinero,* Santo Domingo, Impresión Amigo del Hogar, 1996.

[3] *Manual de Apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado,* elaborado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD).

[4] Horacio Catanni. Jornada interparlamentaria sobre lavado de dinero.

[5] *Diccionario Jurídico Elemental,* 1998 Editora Heliasta

[6] *El Vocabulario Jurídico de Henry Capitant,* Ediciones de Palma, Buenos Aires.

[7] Cattani, Horacio.

[8] Ibídem.

[9] Conde Pumpido, encubrimiento y resectación.

[10] *El derecho penal bancario en España*, 1995.

[11] "Uno de los problemas que suele plantearse con mayor frecuencia, y que tiene una gran importancia práctica, es la prueba de este conocimiento por el sujeto. Como cualquier otro elemento de los elementos que integran el ámbito de lo interno de la persona, éste solamente podrá manifestarse a través de elementos y circunstancias del comportamiento externo del que pueda indicirse dicho conocimiento. A este respecto es curioso señalar cómo tanto la Convención de Viena como la Directiva 91/308/CEE hacen específica referencia a que tanto el conocimiento, la intención o la motivación que tienen que ser elementos de las actividades ilícitas de blanqueo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso".

Daniel Álvarez Pastor-Fernando Eguidazu Palacios, *"La prevención del blanqueo de capitales",* Aranzadi, Plamplona, España, 1998, pág. 284.

[12] En la dogmática penal actual no es sencillo determinar el alcance del dolo eventual.

[13] Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte General.* III, Editorial Ediar. Buenos Aires, octubre de 1987, página 295 y 296; y Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Editorial Civitas SA, 1997, página 415.

[14] Roxin, ob. cit, página 458.

4

PROBLEMAS ESPECIALES DE PARTE GENERAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS

Maximiliano Rusconi

1. Algunas consideraciones específicas con relación a los tipos penales del lavado de activos

El problema de lo que se ha definido como "aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad) es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financiero legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido en forma lícita"[1] ya se ha instalado como preocupación internacional de total trascendencia desde documentos multilaterales de la importancia de la Convención de Viena de 1988, el documento del Consejo de Europa del 8.11.1988 sobre el tema, la Declaración de Principios de Basilea del 12.12.1988 y la Convención de Estrasburgo de 1990.

Esta preocupación internacional se manifestó incluso de una forma que refleja lo que se ha denominado una "carrera asombrosa"[2], teniendo en cuenta que hace dos décadas el problema del banqueo de capitales era prácticamente desconocido y que en la actualidad aparece como una temática no sólo trascendente desde el punto de vista jurídico o político criminal sino también desde las agendas político-institucionales por lo menos de los países de la región.

Sin embargo, como se ha visto, y por imperio de las reacciones estatales en cadena procurando evitar la condena internacional[3], también el sector privado ha comenzado a asumir el asunto.

Los ejemplos abundan: "Los principios de Wolfsberg contra el lavado de dinero", que detallan el acuerdo alcanzado por un importante grupo de bancos privados (asistidos por un equipo de Transparency International, al cuál se incorporaron los expertos Stanley Morris y Prof. Mark Pieth) en el sentido de estipular un modelo consensuado de prevención del lavado de capitales, es una de las muestras de la última década.

Allí se establecieron lineamientos que se ocupan de temas como: identificación de clientes, de beneficiarios y/o usufructuarios de cuentas; realización de estudios sobre administradores monetarios; evaluación técnica (due diligence) para la apertura de cuentas; exigencias de conocimiento fidedigno del cliente para los casos de cuentas numeradas; procedimientos especiales para países y actividades de "alo riesgo"; verificación minuciosa para funcionarios públicos; actualización de archivos de clientes; determinación de actividades sospechosas (a-transacción de la cuenta u otras actividades que no resultan consistentes con los datos recopilados en la evaluación técnica, b- transacciones en efectivo por encima de cierta suma, c- transacciones "de paso" que entran y salen); determinación de mecanismos para detectar actividades sospechosas (monitoreo de transacciones, contactos con el cliente, información de terceros, conocimiento interno del banquero privado sobre el entorno del cliente); determinación de las acciones a seguir en caso de identificar una actividad inusual (monitoreo más intenso, cancelación de la relación comercial, información de la relación comercial a las autoridades); desarrollo de modelos de monitoreo y control, desarrollo de programas de educación; capacitación e información; y establecimiento de departamentos especiales para la prevención del lavado (compliance officer).

La preocupación de la banca privada es razonable con sólo pensar en algunos de los ejemplos internacionales: en el Reino Unido, el mayor poder dado en los últimos años al Financial Services Authority -FSA- ha implicado la amonestación de muchos bancos por sus débiles medidas de prevención del lavado en la recepción de fondos.

Por otro lado, se ha llegado incluso a emitir una "libreta de calificaciones" realizada anualmente por el GAFI entre las naciones y organizaciones que lo integran, en la cual se evalúa el cumplimiento de los países a las recomendaciones que realiza la institución en materia legal y financiera.

Pero, si en verdad existe disposición a evitar tomar el atajo de los discursos de emergencia habría que contrarrestar uno de sus golpes maestros: justamente nunca abordar con absoluta precisión la determinación de cuál será la conducta que en definitiva legitimará la manifestación del poder penal del Estado o por lo menos no reconocer todos los problemas sistemáticos, político-criminales y constitucionales de cada una de las posibles redacciones de cuál es la conducta que en definitiva va a estar alcanzada por la norma.

Esta discusión muchas veces se oculta detrás del repaso de los instrumentos de eficiencia que deberían girar

en forma satelital alrededor de este análisis que, a nuestro juicio, le precede en el orden temporal y, posiblemente, de importancia.

No cabe duda que es más apasionante el debate sobre los distintos modelos de cooperación internacional, o el modo como se integran las unidades de inteligencia o información financiera, o el papel de las distintas instituciones en el control estatal de estas conductas.

Pero en algún momento debería discutirse con alguna seriedad todos los inconvenientes propios de la misma redacción del tipo penal del "lavado de capitales".

Para que quede claro: más allá de los avances legislativos y/o político criminales, es necesario proponer el desarrollo de una verdadera dogmática de la interpretación del delito de lavado de dinero, que permita mejorar las técnicas hermenéuticas de quienes en definitiva son los que deben llevar la subsunción de la norma a los casos concretos: los jueces.

Parte de eso se trata en este capítulo.

2. Cuestiones dogmáticas específicas del ilícito de lavado de activos en la Ley 72-02

Es preciso afirmar, como seguramente ya debe haber sido intuido en los capítulos anteriores, que los artículos 3 y 4 de la ley 72-02 de la República Dominicana esconden una buena cantidad de problemas dogmáticos que deben ser analizados con cuidado a efectos de no cometer errores en su interpretación, debido a que son estos artículos los que definen las principales acciones reprimidas por esta ley.

Los restantes artículos que la componen, como vimos, contienen definiciones, el objeto de la ley, reprimen conductas omisivas y especifican penas, tanto para hechos consumados como para hechos tentados.

La relación de lo contenido en estas normas con los problemas fundamentales de la parte general genera la necesidad de algunas precisiones en materia de autoría y participación, tentativa, relaciones concursales, etc.

Sin embargo, y más allá del análisis que ya se ha realizado del contenido fundamental de las normas mencionadas, es preciso remarcar algunos problemas interpretativos que pueden dar lugar a la discusión o generar dudas en la definición del alcance de lo prohibido.

2.1. Problemas a resaltar en la redacción del artículo 3 de la ley 72-02

El artículo tercero define, como ya se ha visto, el llamado "lavado de activos" en los siguientes términos: "… incurre en lavado de activos la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave:

Convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes;

Oculte, encubra o impida la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o de derechos relativos a tales bienes;

Se asocie, otorgue asistencia, incite, facilite, asesore en la comisión de alguna de las infracciones tipificadas en este artículo, así como el eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones".

Las normas jurídico-penales describen conductas humanas jurídicamente relevantes. Tienen –o deberían tener- una naturaleza eminentemente descriptiva. La definición de la conducta es lo que se ha dado en llamar la tipicidad. Como es sabido, la tipicidad (primer nivel de subsunción en el proceso hermenéutico judicial) no es otra cosa que la descripción de la materia de prohibición. Las definiciones de las acciones, se encuentran ubicadas en los verbos típicos.

En los delitos dolosos de comisión, como el que se analizará, el aspecto externo de la conducta es lo que se llama el tipo objetivo. Es la manifestación de la voluntad requerida por el tipo[4].

Por lo tanto, la descripción del tipo penal debe comenzar por la adecuación típica de ese aspecto externo, que se manifiesta a través de las acciones o verbos típicos.

El párrafo a) contiene ocho conductas (verbos): convertir, transferir, transportar, adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar bienes que sean producto de una infracción grave.

La conjunción "o" que utiliza este inciso denota que el tipo objetivo describe conductas independientes entre sí. Es decir que comete este delito, por ejemplo, tanto quien administra como quien convierte, sin necesidad de que todas o más de una de estas acciones se verifiquen en el caso. Si se verifica la comisión de más de una de estas acciones –v.gr. administrar y utilizar- no nos encontraremos ante una relación de concurso de leyes (posiblemente ideal, si es que se ha realizado mediante una sola acción o real si estos verbos se han realizado a través de procesos ejecutivos autónomos), pues se trata de una misma ley que define varias acciones posibles de modo alternativo, todas ellas típicas.

El tipo penal que aquí se analiza se encuentra subdividido en tres apartados. Esta subdivisión no es caprichosa. Se trata de una técnica legislativa tendiente a su mejor comprensión de las distintas categorías de conductas. Las conductas contenidas en el apartado a) quizás a excepción de los términos "convertir" y "transferir" se refieren al contacto con el producido de los ilícitos y se han definido sin tener en mira la participación activa en dificultar o impedir la determinación de su origen. El agente conoce el origen de los bienes y toma contacto con ellos, ya a través de su transporte, ya a través de su posesión, tenencia o administración. Pero no intenta, específicamente, el ocultamiento del delito precedente, tal como lo define la naturaleza de las conductas expuestas en el inciso siguiente.

La descripción de cada uno de los verbos típicos no implica, en sí misma, el fin de que se desconozca el origen de los bienes. Quien adquiere, posee, tiene, utiliza o administra, disfruta o toma contacto con ese producido no significa que tienda al despiste u ocultamiento de la ruta del producido del ilícito. El significado de cada uno de estos verbos –quizá a excepción de quien convierte o transfiere- no trae aparejado, en sí mismo, una conducta de ocultamiento, aunque sí – con alguna licencia terminológica- de disfrute o utilización.

Por el contrario, convertir y transferir aparece sustancialmente identificado a una acción de transformación u ocultamiento del producido del ilícito, por lo que posiblemente hubiera resultado conveniente ubicarlo en el segundo párrafo. Para la Real Academia Española, convertir significa "hacer que alguien o algo se transforme en algo distinto de lo que era… La piedra se ha convertido en polvo…"[5]. Transferir significa "pasar o llevar algo de un lugar a otro… Operación por la que se transfiere dinero de una cuenta bancaria a otra"[6]. Se advierte de estas definiciones que la naturaleza de la acción parece conllevar implícita la consecuencia del ocultamiento de los bienes que son producto de la infracción grave.

Veamos cada una del resto de las acciones definidas en este inciso y sus definiciones lingüísticas, para conocer, con precisión, qué es lo que la ley describe.

Transportar es, según la fuente ya citada, "llevar a alguien o algo de un lugar a otro"[7]; adquirir consiste en "ganar, conseguir con el propio trabajo o industria, coger, lograr o conseguir"[8]; poseer es "tener en su poder algo… tener una cosa o ejercer una facultad con independencia que se tenga o no derecho a ella"[9]; tener implica poseer[10], utilizar significa "aprovecharse de algo"[11] y, finalmente, administrar es, en su acepción más aplicable, "ordenar, disponer, organizar, en especial, la hacienda de los bienes".

Se advierte que entre los dos primeros verbos típicos – convertir y transferir- y los últimos, existe una notoria diferencia. Las definiciones de las acciones de los dos primeros, se encuentran sustancialmente identificadas con el ocultamiento de los bienes provenientes del delito precedente. Quien convierte o transfiere, sí modifica la ruta causal o natural del producto del ilícito. No sólo toma contacto con ellos, sino que parece difícil

independizar su actividad de una maniobra tendiente a impedir la "determinación real, naturaleza, origen, ubicación o destino de los bienes", acciones definidas en el párrafo b). Parecería que quien convierte bienes, oculta la determinación real de ellos –o al menos la dificulta-. Es por ello, que se entiende que posiblemente estas acciones se encuentren más identificadas con las acciones prohibidas en el segundo párrafo.

Es claro que cualquiera de las acciones definidas en este inciso puede encubrir, ocultar o impedir la determinación de los bienes. Lo que se intenta explicar es que difícilmente quien convierte bienes –conociendo su origen ilícito no esté impidiendo su determinación real.

El párrafo b) define tres acciones: ocultar, encubrir o impedir. La primera pregunta que surge es qué es lo que se requiere para que se oculte, encubra o impida: la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o de derechos relativos a tales bienes.

De acuerdo con esta descripción sería factible, por ejemplo, impedir la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes o derechos relativos a ellos. Sin embargo, ello no parece posible. La naturaleza o el origen de los bienes, puede ocultarse, pero no impedirse.

Consecuentemente, se entiende que el tipo penal bajo análisis se refiere, en realidad al que oculte, encubra o impida la determinación real, de la naturaleza, del destino, del movimiento o de la propiedad de los bienes.

Una operación lógica lleva a esta conclusión. Al resultar imposible conjugar algún verbo típico con el predicado, se arriba a la evidente conclusión de que lo que se oculta, encubre o impide es siempre la determinación de alguna de las características del bien. Es decir, no se oculta el movimiento sino la determinación del movimiento; no se impide la propiedad, sino la determinación de la propiedad.

Es claro que las acciones típicas de este inciso establecen una relación con el objeto del delito, siempre tendiente a dificultar o imposibilitar la determinación de dichos bienes. Aquí aparece bastante clara la diferencia legislativa entre el primer apartado de este artículo y el que se está analizando.

Más allá de que cada acción típica debe ser conjugada con el predicado e incluye la determinación, los términos, por sí mismos, definen la acción como de una naturaleza que dificulta o imposibilita.

El significado semántico, otra vez, apoyará esta idea. Ocultar significa "esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista. Callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad"[12]. Encubrir, es, "ocultar algo o no manifestarlo. Impedir que llegue a saberse algo. Hacerse responsable del encubrimiento de un delito".

Por otro lado, las conductas definidas en el apartado c) hacen referencia directa o para ser más claros, remiten a todas las infracciones tipificadas en los primeros dos apartados. No define nuevas conductas, sino que intenta señalar –o modificar- específicas reglas de autoría y participación, equiparando cualquier clase de participación en la comisión del ilícito a la categoría de autor de una conducta accesoria del ilícito principal.

2.2. El incremento patrimonial no justificado y el artículo 4 de la Ley 72-02

El artículo 4 de la ley establece lo siguiente:

"El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de las infracciones previstas en esta sección, así como en los casos de incremento patrimonial derivado de actividad delictiva consignada en esta Ley, podría inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

Párrafo: Las personas cuyos bienes o activos se vinculen a la violación de esta Ley, siempre que no puedan justificar el origen lícito de los mismos, serán sancionadas con las penas establecidas en la misma".

Entendemos que, además de las críticas que merece la construcción jurídica que intenta desarrollar este artículo, existe un claro problema de redacción, lo que dificulta la correcta comprensión de la Ley.

El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos para la configuración de las acciones previstas en la Ley pueden ser inferidos de las circunstancias objetivas del caso. Esta es una primera conclusión que luego será analizada jurídicamente.

Por otro lado, la Ley parece explicar que el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos en los casos de incremento patrimonial derivado de actividad delictiva consignada en esta ley, también podría inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

En definitiva, la Ley está consignando una obviedad. Siempre, en todos los casos, sus circunstancias objetivas serán valoradas a la luz de la sana crítica racional. Sin embargo, las circunstancias objetivas definen la tipicidad del hecho y no la prueba del dolo. Evidentemente, el legislador influye sobre la discrecionalidad del juez a los efectos de que éste encuentre la posibilidad de inferir el dolo –en términos de conocimiento, intención y finalidad- en la tipicidad objetiva. Esta presunción es avasallante del sistema de valoración probatorio al que se someten las conclusiones judiciales y en las cuales se debe certificar la existencia de todos los elementos constitutivos del delito y la inexistencia de causas de justificación, inculpabilidad y no punibilidad.

En otras palabras, las conclusiones judiciales, para la obtención de una condena, deben acreditar que el hecho

existió, que es típico objetivamente, subjetivamente, antijurídico, culpable y punible. No puede inferirse, por un mandato del legislador, que la acción es dolosa. Ello debe comprobarse judicialmente a la luz del sistema de valoración probatorio pertinente. Esta es una actividad reservada a la actividad jurisdiccional –por imperio de la división de poderes- y no puede –o no debe- prescindirse por un mandato legislativo ex ante.

El párrafo siguiente crea una presunción de culpabilidad contra el justiciable, contraria al estado de inocencia que debe ser destruido por el Estado. El Principio de inocencia, introducido con claridad por primera vez con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano[13] es un pilar fundamental en el proceso judicial. La regulación normativa de este Principio indica que la carga probatoria le corresponde al Estado, que es quien, en definitiva, lleva el peso de obtener una condena contra quien atentó contra los bienes jurídicos que éste ha decidido proteger.

Resulta interesante realizar una breve reseña de lo sucedido en la Argentina en torno a la discusión sobre el artículo 268 2 del Código Penal, pues se trata de un tipo penal de enriquecimiento ilícito, donde ocurre una inversión de la carga idéntica a la que aquí se propone, con la única diferencia de que el delito se encuentra previsto para los funcionarios y empleados públicos. Sobre este tema, señaló Fontán Balestra: "Ninguno de los argumentos tendientes a demostrar que la prueba no se invierte nos convence. Porque, en definitiva, lo que se debe demostrar es que el enriquecimiento no es ilícito, o si se quiere, que es lícito; que proviene de fuentes que no se vinculan directamente con la función pública y que no es merecedor de reproche"[14].

Sancinetti, que más ha atacado la constitucionalidad de este artículo, ha escrito: "Normalmente se le critica al texto… el invertir la carga de la prueba al pone al imputado en la obligación de acreditar su inocencia, en lugar de que el estado tenga que probar su culpabilidad. Esta fue una de las razones dadas en diputados para decir que el delito era inconstitucional: la violación manifiesta al principio de inocencia".[15]

Esta idea de la carga probatoria estatal como consecuencia normativa del Principio de Inocencia ha sido discutida en rededor al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados estatales. En este sentido se ha afirmado que en estos casos de "enriquecimiento ilícito" el carácter de funcionario público lo coloca en una situación sujeta a un mayor control de sus actividades y patrimonio, reduciendo su ámbito de protección constitucional en virtud del poder y la exposición que su representatividad genera. En resumen, se ha dicho que "el resto de la doctrina y especialmente la jurisprudencia oscila entre no responder a los planteos de inconstitucionalidad (…) por un lado; y el reconocimiento de la que la figura puede llegar a reñir con la Constitución, pero que sin embargo, o existen otros principios más importantes, o tales pautas constitucionales no pueden ser invocadas en el caso en atención a la categoría de personas a las que está dirigida la norma (funcionarios públicos) por el otro".[16]

El argumento destacado, quizá sustentable sólo en el caso de los funcionarios públicos, no parece trasladable al ámbito de los particulares, pues la protección que genera el principio de inocencia se encuentra especialmente dirigida a ellos como valla al monopolio del poder estatal.

En definitiva, si bien existen opiniones encontradas acerca de la constitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba en los casos de funcionarios públicos, entendemos que si no se trata de funcionarios públicos, no hay posibilidad alguna de entender constitucional un tipo penal que exige a los particulares que demuestren su inocencia.

3. Autoría y participación en lavado de capitales

3.1. La definición del autor. El modelo legislativo

Habitualmente, como se verá, los códigos penales hispanoamericanos contienen reglas de autoría y participación, en las que se definen y diferencian los alcances de la responsabilidad penal de los autores, respecto de los partícipes e instigadores. Por ejemplo, el autor de un delito, merece una pena superior a la que le corresponde a un partícipe secundario. Esta es, sin lugar a dudas, una decisión político criminal, que no por ello deja de ser compleja en la medida en que se trata de reglas que intentan definir distintos niveles de "gravedad" en la acción llevada a cabo.

El Código Penal de República Dominicana, como se sabe, ha optado por un claro modelo de diferenciación de estos niveles de gravedad. Es así como el artículo 59 afirma que a los cómplices se les impondrá una pena inmediatamente inferior a la que le corresponde al autor. Sin embargo, posibilita que las diferentes legislaciones especiales dispongan un modelo contrario: "salvo los casos en que la ley otra cosa disponga", dice textualmente la norma. En otras palabras, se trata de una suerte "medida dogmática" de la lesión al bien jurídico tutelado.

Para esa concepción clásica no lesiona del mismo modo quien administra los bienes -producto de una infracción grave- que quien le presta asesoramiento. De ahí la diferenciación entre los distintos niveles de participación en la comisión de un ilícito.

Históricamente se ha desarrollado, a ese respecto, un conjunto de teorías de la autoría que pueden ser clasificadas en forma sencilla del siguiente modo: a) formal-objetiva; b) material-objetiva y c) subjetiva. De acuerdo a la teoría formal-objetiva, posiblemente dominante en el primer tercio del presente siglo (aunque ya abandonada en Alemania, por ejemplo), es autor quien ha realizado en forma directa la acción descripta en el

verbo típico. En alguna medida se ha tratado de respetar en forma excluyente la sujeción a las palabras de los tipos de la parte especial. Esta teoría que ya tuviera defensores, aparentemente, en el S. XIX fue defendida por autores de gran renombre (Ernst Von Beling y Max Ernst Mayer, entre otros) y mantiene algo de lozanía, todavía, en nuestra región. La crítica de Bacigalupo a esta tesis es absolutamente correcta: "del tomar parte no es posible deducir todavía quién es autor y quién es cómplice o cooperador".

La concepción objetivo-formal de la autoría prescinde en forma absoluta de la trascendencia de la contribución al hecho en el contexto de todo el suceso típico (quizá, por su visible adscripción al criterio causal, dominante en la época de su surgimiento). Sólo toma en cuenta las respectivas descripciones de los tipos penales involucrados en la definición normativa del supuesto de hecho.

Como se ha dicho, uno de los puntos en los cuales la teoría manifiesta su incapacidad se relaciona con los tipos penales puros de resultado en los que, justamente, se carece de una descripción del suceso ilícito.

Por otro lado, es indudable que la teoría objetivo-formal sólo reconoce una capacidad de rendimiento admisible en los supuestos de delitos de propia mano y se manifiesta como insuficiente en todos aquellos casos en los cuales el autor de propia mano no es quien verdaderamente domina las riendas del hecho ilícito -quizá, incluso, por falta de dolo- y es conducido por un hombre que se encuentra detrás (autoría mediata). Es claro que la posibilidad, hoy admitida por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, de que se considere autor a quien utiliza como instrumento a un inimputable, o un sujeto que actúa con error de prohibición, o en el marco de un estado de necesidad disculpante, pone en verdadera crisis la base de sustentación de la teoría formal-objetiva.

La teoría subjetiva es la consecuencia científica del reconocimiento de alguna imposibilidad para distinguir, ya en el plano objetivo, los diferentes roles de los partícipes en el ámbito de la ejecución de un determinado supuesto de hecho típico. Si todos los aportes al hecho son igualmente causales, entonces no es posible distinguir entre ellos algún dato diferenciador. Es por ello que la teoría subjetiva acude a la pregunta de para quién quiere el hecho el partícipe (lato sensu). Para decirlo con palabras de Maurach/Gössel/Zipf[17] "es coautor quien quiera como propio el hecho común, es decir, quien actúe con animus auctoris, el cual reemplaza absolutamente a la potestas autoris. Al contrario, es cómplice aquel que quiere como ajeno el hecho en el cual colabora y, en consecuencia, manifiesta meramente un más débil animus socci". Esta teoría pretende solucionar las exigencias de la teoría formal-objetiva, posibilitando la imputación del hecho como autora (en un caso de la jurisprudencia alemana muy conocido) a la madre que luego de dar a luz solicita a la hermana que ahogue en la bañera al hijo recién nacido.

Las razones por las cuales esta teoría es insostenible teórica y político-criminalmente han sido expresadas por

la doctrina dominante en forma bastante clara: básicamente se debilita la función de garantía de la ley penal, ya que el ámbito de lo prohibido no se vincula al tipo de acción desplegada en el mundo real sino a qué valor le atribuye el "autor" a sus propios actos.

Los últimos 25 años han estado dominados por las teorías material-objetivas de la autoría, sobre todo a través de la expresión consistente en la doctrina del dominio del hecho impulsada modernamente por Claus Roxín, aunque reconociendo su origen en los trabajos de Lobe en la década de los treinta.

Autor es, para esta teoría, alguien a quien le puede ser imputado el tener las riendas del suceso. Es autor quien protagoniza la conducción final del suceso o del acontecer típico. Desde este punto de vista, sale del eje central de imputación todo aquello que no pueda ser visto como la determinación fundamental del sí y el cómo del suceso típico.

El nacimiento de esta teoría se encuentra históricamente vinculado a la búsqueda de precisas y determinadas consecuencias político-criminales, entre ellas, la limitación de los excesos provenientes de la teoría subjetiva y, más modernamente, la posibilidad de desvincular a la imputación de autoría de su cercanía causal con la lesión del bien jurídico o la producción del resultado. Esta posibilidad plantea un entorno normativo muy amigable para el desarrollo paralelo de la teoría del dominio del hecho en el ámbito de la autoría y participación y de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito de la tipicidad.

La teoría del dominio del hecho permite, asimismo independizar al funcionamiento de las reglas de la imputación de distintos roles en el ilícito de las palabras que haya elegido el legislador para definir la conducta prohibida. A través de esta teoría se ofrece una explicación permanente y no variable del ilícito.

Una de las discusiones modernas sobre esta cuestión se vincula con la capacidad de respuesta de la teoría para la totalidad de las formas de ilicitud. Algunos autores entienden que "el dominio del hecho es un elemento objetivo necesario de autoría en los hechos punibles dolosos en todas sus formas"[18]. Otros autores, sin embargo, distinguen en delitos de violación de un deber y delitos de dominio (Roxín) o de organización (Jakobs).

Desde el prisma de la distinción entre delitos de infracción de un deber y los de dominio, los primeros se caracterizan en que el papel del autor es explicable en forma total por la infracción de un deber específico dirigido al agente. En los delitos de infracción a un deber no se trata ya de que el autor sea quien domina el hecho desde el punto de vista material, sino de que el ámbito del destino de la norma se encuentra particularmente circunscrito (delitos especiales y delitos de omisión).

Según un autor, "el elemento que…decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los…deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídicos-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación"[19].

De un modo u otro, y más allá de las ventajas político-criminales de la distinción, es dudoso que el concepto del "dominio del hecho" no hubiera tenido, con algunas modificaciones previsibles, la capacidad explicativa para dar respuestas razonables también a estos casos.

La clave hermenéutica del dominio del hecho alude al desarrollo de un modelo de imputación absolutamente normativo y ello garantizaba desde el comienzo la legitimidad de incluir entre los criterios que definen la atribución a la cuenta del autor de incumplimientos de deberes que surgen de una relación similar a una "garantía". Nuevamente se trata de definir el fin de la norma como criterio no negativo sino positivo de la imputación.

La percepción de la estructura de ilicitud que enmarca a los delitos de infracción de un deber tiene en Jakobs un punto de vista distinto; ello es el resultado aparentemente de su especial explicación del sistema del hecho punible que prescinde –por lo menos en parte- de la distinción entre omisiones y acciones y coloca el problema sobre la frontera que divide a los deberes que surgen de la organización de la intervención del autor y los que nacen de su posición institucional.

Según el profesor de Bonn, "hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber). En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido. Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada de un bien"[20]

Las sanciones jurídico-penales deben guardar una relación racional con la acción desplegada por el imputado. Para ello es necesario evaluar jurídico-penalmente su acción.

En lo que respecta a la definición del concepto de autor en el ámbito de los hechos descriptos en la ley de lavado es claro que habrá que acudir, a efectos de no transformar a la ley 72-02 en letra muerta, al producto de las tesis material-objetivas: será autor quien lleve las riendas del hecho que culmina en la legitimación de los activos sometidos a estudio. Pero teniendo en cuenta que estos tipos de delitos en muchas ocasiones son realizados por grandes estructuras criminales y/o financieras es preciso que se vea en el autor a alguien que no necesariamente ha realizado un segmento lesivo de "propia mano", sino que puede haber conducido las riendas del hecho ilícito sin haber "bajado" a la participación física directa. Autor es el que conduce el hecho, quien "domina" en el sentido institucional.

La Ley de lavado (72-02) ha creado un tipo penal especial "de participación" con el artículo 3ero, inciso "C", que contiene dos problemas principales: en primer lugar, no define conductas, sino que define distintos modos de vinculación con el hecho. Se realiza aquí una ficción jurídica del siguiente modo: quien, por ejemplo, incita a la ejecución del hecho, no es un partícipe o instigador –creador del dolo- sino que resulta un autor de la incitación como si esta fuera una nueva conducta punible. La conducta punible y principal es la acción realizada –en algunos de los primeros dos apartados- y no la incitación a realizar la acción. El acto que se juzga está definido en los dos primeros párrafos, luego, para evitar confusiones quizá hubiera sido preferible someterse a las reglas de la accesoriedad para determinar su participación y no su autoría de participación.

Sin embargo, las consecuencias perjudiciales de esta política en cuanto a sus sanciones se encuentran bastante acotadas por el artículo 19. Allí se expone que la persona que incurra en la infracción de lavado de activos prevista en la letra c) del artículo 3 de la Ley será condenada a una pena de reclusión no menos de tres años ni mayor de diez y una multa no menor de cincuenta salarios mínimos ni mayor de cien salarios mínimos. Si bien el margen de sanción es enorme, el párrafo siguiente establece, aunque con poca claridad, que quien incite, facilite o asesore en la comisión de alguna de las infracciones señaladas en la ley, será condenado a la pena inmediatamente inferior aplicable a su autor principal. Queda por definirse o no se comprende, cuál es la pena inmediatamente inferior, aunque ha quedado claro, de la interpretación de este artículo, que no puede igualar la pena del autor y que no puede superar los diez años. Ello guarda racionalidad, aunque con demasiada amplitud en cuanto a sus márgenes, con el problema de la determinación judicial de la pena. Como expresa claramente Patricia Ziffer "aún cuando las reglas de la autoría y la participación permitan imputar el delito en común, es posible hacer distinciones en cuanto a la intervención efectiva que le cupo a cada uno de los partícipes según el rol efectivamente desempeñado durante el hecho… como regla general, el ilícito del autor, es más grave que el del partícipe" y continúa afirmando que "será decisivo, en todo caso, determinar concretamente cuál fue el aporte al hecho de cada uno de los intervinientes".[21]

3.2. El autor mediato en la dogmática penal y el autor mediato en la ley 72-02

Otro problema que merece destacarse es el que genera el concepto de autoría mediata, no tratado por el apartado tercero del artículo 3. "Se trata de los supuestos en los cuales el sujeto domina la ejecución del suceso pero no lo ejecuta de propia mano, sino a través de un instrumento que por alguna razón no puede responder penalmente (falta de acción, falta de dolo, justificación, inculpabilidad, etcétera)".[22]

Si bien parece complejo que la ejecución del lavado de activos se realice a través de un sujeto sin acción o inculpable –por tratarse de un delito complejo que usualmente requiere de operaciones financieras llevadas a cabo por ejecutores calificados, sí parece probable o más bien posible que el autor mediato la realice a través de un sujeto con falta de dolo –y tal vez con un sujeto que obra justificado. Tratándose de un delito doloso, por lo tanto, el sujeto que tiene relación directa con él quedará impune, pues este tipo penal no admite la forma culposa.[23]

En esos casos, el autor mediato genera el dominio del hecho a través de la utilización de un instrumento que incurre en un error de tipo y que por ello, a pesar de ejecutar directamente el suceso, no tiene capacidad de dirigir las "riendas" de la ejecución del delito.

El concepto de autor mediato fue creado por puras razones político-criminales consistentes en las lagunas que generaba un concepto de autor fuertemente influido, hasta ese entonces, por las necesidades causales del sistema de imputación reinante. Por ejemplo, bajo la vigencia de la teoría de la accesoriedad "extrema" no era admisible el castigo de los casos de participación (complicidad necesaria o no necesaria o instigación) en los casos de autores directos que actúan sin culpabilidad.[24]

En estos supuestos se produce un traslado del dominio del hecho del autor que ejecuta en forma directa al autor que está detrás justamente por ese defecto de la imputación objetiva o subjetiva del ejecutor. Así, "el autor mediato tiene el dominio del hecho porque consigue la instrumentalización de una persona, mediante la utilización de unos medios ante situaciones que inciden directa o indirectamente sobre aquélla, cuya actuación determina la comisión del delito. El autor mediato domina, pues, la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de adelante".[25]

En el Código Penal de República Dominicana no existe una fórmula legal que se refiera expresamente a los casos de autoría mediata, es por ello que el concepto de autor mediato requiere una concepción "teleológica" de autor como sujeto de imputación en el derecho penal.

La consideración de el que "está detrás" como autor mediato se desprende de las diferentes formulaciones de

los tipos de la parte especial.[26] Se trata, en el ámbito del tipo de acciones ilícitas que aquí se analizan, de un instrumento indispensable. No cabe duda que en innumerables ocasiones quien conduce el aparato criminal a efectos de lesionar el bien jurídico protegido en materia de lavado de activos no ha realizado de mano propia el hecho que se le debe imputar. Se trata de la utilización de grandes estructuras en los que, en muchas ocasiones, el autor directo, el más cercano al hecho, sólo participa en términos físicos.

No hay ningún obstáculo en el Derecho Penal dominicano para imputar al autor mediato el hecho definido típicamente. Se trata de la propia interpretación de la ley.

Existen diversas posibilidades teóricas de autoría mediata:

- El autor inmediato puede no ser punible ya sea por engaño, violencia, o directa falta de idoneidad, por ejemplo, en los tipos penales de autor calificado (delitos especiales propios).

"A" hace tomar una bebida alcohólica a "B" ocultándole que tiene disuelto un veneno de gran poder, "X" obliga a "Y" a autolesionarse, un funcionario público le encomienda a su Secretaria la realización de un acto que lesiona los intereses confiados a su cuidado, etc. La no solución de estos supuestos a través de la teoría de la autoría mediata generaría una nítida laguna de punibilidad.

- El autor mediato genera en estos casos el dominio del hecho a través de la utilización de un instrumento que tiene un error de tipo y que por ello, a pesar de ejecutar directamente el suceso, no tiene capacidad de dirigir las "riendas" de la ejecución del ilícito.

El ejemplo conocido del médico que utiliza una enfermera ignorante del contenido de la jeringa con la cual, por indicación del mismo médico, debe inyectar una sustancia tóxica al paciente. O el Gerente de una entidad financiera que le encomienda a un subordinado la realización de una compleja maniobra financiera, sobre fondos cuya legitimidad de origen el Gerente convence al empleado, y éste ejecuta sin saber que se trataba de un proceso tendiente al lavado de esas divisas.

La fundamentación del dominio de la ejecución del suceso del autor mediato parte de, justamente, esta relación inversamente proporcional entre el déficit verificado de información del instrumento y el plus de información del autor que se encuentra detrás. El grado evidenciado de este déficit informativo en el ejecutor "stricto sensu" será relevante frente a la eventual responsabilidad por negligencia en relación con el resultado disvalioso no querido pero, de todos modos, evitable con un actuar diligente. Que el error sobre los elementos de descripción de la conducta prohibida (tipicidad) sea evitable o inevitable no modifica en nada el dominio doloso del suceso en el autor mediato. En cambio, frente a un autor inmediato que conoce más de lo que cree el autor mediato comienza a ser discutible la responsabilidad de éste último en relación con el resultado. Todavía subsistiría la

tentativa punible, frente a la cual habría que establecer el grado de idoneidad.

Jakobs se ha ocupado especialmente, en el marco de un ingreso teórico a través de la imputación objetiva, de estos casos "el hombre de atrás sólo responderá de un comportamiento de otro que actúa por error en caso de que concurra competencia. Pero, ¿cuándo existe tal competencia? Puesto que se trata del comportamiento de una persona que actúa por error, cabe pensar en dos fundamentaciones (que son acumulables y de hecho concurren con frecuencia conjuntamente en un mismo supuesto): en primer lugar, puede suceder que la relación del hombre de atrás hacia el comportamiento del otro tenga como consecuencia que sea cometido de aquel tener en cuenta el error de éste. En segundo lugar, puede que sea su relación con el error del otro lo que dé lugar a su obligación de considerar el comportamiento de éste".[27]

- El autor que está detrás puede, en ocasiones, dominar la ejecución del acto ilícito mediante la instrumentalización de un sujeto que actúa, él mismo, en el marco –objetivo y subjetivo- de una norma permisiva. Ello se verifica en los supuestos en los que el autor mediato ha provocado intencionalmente la situación de legítima defensa del instrumento frente a una agresión –también dominada por el que "está detrás"- ilegítima de un tercero.

Para el autor directo no queda otra salida que comportarse de un modo lesionador, pero, de todos modos, lícito –para él. Más allá de lo aquí afirmado es preciso advertir que esta posibilidad de imputación por autoría mediata frente a instrumentos justificados ha constituido fuente de viva discusión normativa. Debate fielmente representado en las posturas de Hegler y Mezger. Según este último autor, la autoría mediata requería siempre una acción antijurídica del instrumento. Para Mezger si el propio autor inmediato actuaba conforme a derecho no podría ofrecer la ilicitud del comportamiento del que domina "de atrás". Se trata de casos, sin embargo, que son difíciles de imaginar en el ámbito del delito de lavado de dinero.

- Una forma tradicional de explicar los supuestos de autoría mediata pasa por ejemplificar a través del instrumento que obra en forma inculpable. Ello remite a tantos casos de autoría mediata bajo este modelo de imputación como circunstancias de no culpabilidad admita la respectiva categoría dogmática. En este sentido es posible imaginar casos de instrumentos que obran en error de prohibición inevitable o invencible, o sin capacidad genérica de culpabilidad –minoridad o alteración de las facultades mentales-, o –para quien así lo considere- en el contexto de un estado de necesidad disculpante –inexibilidad-.

- El otro de los supuestos que puede plantearse en delitos de alta complejidad, como el que está analizándose, es el caso de la autoría mediata que se realiza a través de la organización de poder[28] –en este caso, se entiende que en la estructura privada por oposición a la estatal-. Aquí, el dominio del hecho lo tiene el autor de escritorio –mediato-, aunque el ejecutor directo también es perfectamente punible porque el cumplimiento de la orden no lo exime de responsabilidad. Mucho menos aún queda eximido quien da la orden, pues cuanto más lejano al

hecho concreto se encuentre el autor, más se consolida la teoría del autor mediato a través de las estructuras.

En ese sentido, que el ejecutor sea punible no descarta, en absoluto, que el autor mediato también lo sea. A diferencia de la teoría de la autoría mediata que se explicó precedentemente, en ese caso, el autor comprende las circunstancias en las que actúa. Es decir, que no es un mero instrumento.

Por otro lado, la responsabilidad de quien emana la orden, radica, también, en la idea de que la estructura de poder permitirá que la orden se cumpla por la fungibilidad del ejecutor.

La ciencia del derecho penal le debe la construcción sistemática de esta categoría a Claus Roxín. Se trata básicamente del caso del miembro del aparato de poder militar que ejecuta una orden recibida de un superior en la estructura de mando. La responsabilidad del autor que desde el escritorio da la orden ilegítima no se puede fundar en el dominio a través de la falta de punibilidad del autor inmediato. Aquí el ejecutor es perfectamente punible. Es por ello que la responsabilidad del autor mediato debe buscársela por un argumento propio del funcionamiento de estas grandes estructuras: la fungibilidad del instrumento. Más allá del contacto físico con el ejecutor o de la posibilidad de la decisión final de ejecución en manos del autor inmediato, es claro que el dominio del hecho se basa en la propia estructura del órgano que asegura indefectiblemente que la orden se cumplirá.[29]

En nuestro país el ingreso triunfal de esta categoría conceptual se produjo en el llamado "juicio a los comandantes" que detentaron el poder político de facto durante la dictadura militar.

Según Roxín, "el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. La estructura de esta forma de dominio y su relación con las otras dos formas básicas del dominio de la voluntad cabe incluso anticiparla, llevando a cabo una abstracción en tipos ideales a partir de la pluralidad de los sucesos reales. Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizársele como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, sino está coaccionado ni engañado, cambiable a voluntad".[30]

Para Kai Ambos la explicación y fundamentación de la autoría mediata en estos casos requiere la utilización de la figura del dominio por organización. Solo que ello más que dar una respuesta, significa el planteo del problema: todavía queda por ver, como el mismo autor lo reconoce, cuáles son aquellas características de organización que posibilitan el funcionamiento racional de este sistema de imputación.[31]

En este punto es básico comprender que se trata de un modelo de imputación a la cuenta del autor que se desconecta por completo de cualquier exigencia causal como la cercanía física con el comportamiento. Es más, cuanto más lejos en la cadena de mandos se ubica el que da la orden del hecho mismo, más se consolida la imputación a título de autor mediato.

En el ámbito de los delitos de lavado de dinero es inevitable pensar que quien se encuentra, por ejemplo, en el marco de una compleja organización financiera, más lejos del hecho, tiene, a su vez, más poder de ejecución y dominio, por el propio manejo de la estructura criminal.

3.3. La coautoría en el ámbito del delito de lavado de dinero.

Otra de las formas posibles de participación en los delitos que reprime la Ley 72-02 es la coautoría.

El concepto de coautoría viene determinado en forma absoluta por el concepto de autor e importa de ese ámbito todas las ambigüedades y dudas.

En principio es posible decir que en los casos de coautoría se trata de supuestos en el marco de los cuales la ejecución del hecho es codominada por dos o más sujetos activos.

El Código Penal dominicano no ofrece una regla precisa para encuadrar los supuestos de coautoría, aunque, como ya se ha afirmado, "ésta no depende en su existencia dogmática de un reconocimiento legal explícito, pues está –como la autoría mediata- implícita en la noción de autor".[32]

Todos los requisitos exigibles para el autor tienen que darse en el coautor: codominio del hecho, elementos especiales de la autoría y los elementos subjetivos exigibles en el tipo penal que se trate.

Desde el punto de vista del codominio del hecho se trata de que cada uno de los coautores tiene las riendas de una parte de la totalidad de la ejecución del ilícito. En delitos cuya descripción descansa en varios verbos típicos es preciso que esta división de tareas se manifieste en relación con el mismo verbo, ya que si uno de los coautores ha participado en la realización de otro verbo será en forma autónomo autor directo de ese verbo y ese tipo penal. Hay un tipo penal por cada verbo, una dificultad propia de este tipo de legislación a la que ya se ha hecho referencia.

El codominio del hecho implica división del trabajo correspondiente a la ejecución del hecho típico en el marco de un plan común. Este plan común remite a un plano subjetivo: todos los participantes en grado de coautoría deben encontrarse vinculados por una resolución común de realizar el hecho. Es por ello que, en materia de

lavado de dinero, cuando el hecho se ejecuta en el marco de una gran organización con varios niveles de jerarquía vertical es difícil que desde la cúpula organizativa y hacia abajo exista coautoría, ya que no en todos los niveles se tiene el mismo nivel de información. En el ámbito de ilícitos de tanta complejidad, como el lavado de divisas, ello es relevante porque sólo podrá imputarse coautoría a quienes se encuentran en una homogénea situación de conocimiento del plan común. Esta resolución común es la que justifica dogmáticamente que exista una recíproca imputación directa de todos los aportes al hecho.[33] Ello encuentra una adecuada limitación en la exigencia de que cada coautor debe ser un autor idóneo, él mismo, frente al ilícito que se comete. En el ámbito de la coautoría no rige el principio de la accesoriedad que para la doctrina dominante condiciona la imputación bajo las distintas formas de participación.

Sin embargo, últimamente Jakobs ha cuestionado la necesidad de esta exigencia de una decisión común en algunos casos de coautoría. Según Jakobs se pueden presentar casos en los cuales un partícipe colabora en tal alto grado de intensidad con el hecho "principal" que "codetermine esencialmente la configuración de la ejecución en cuanto a lugar, tiempo y modalidades", incluso sin que lo sepa el autor "principal".[34]. El ejemplo con el cual se ilustra el supuesto teórico es bastante gráfico: "Alguien le da un somnífero a la víctima, a quien se va a matar a golpes mientras duerme, sin mediar acuerdo con el ejecutor, le abre además la puerta al autor, deja preparado un instrumento comisivo apropiado y además después de utilizarlo, y finalmente, antes de la ejecución del hecho, impide que terceros perturben la ejecución. La autoría única (autoría simultánea) de los partícipes decae por la falta de acciones de ejecución propia, la autoría mediata por la falta de subordinación del ejecutor, y por último la coautoría, según la doctrina dominante, por la falta de un plan común, de modo que sólo quedará la posibilidad de complicidad, decisión cuando menos dudosa. Por eso será más correcto, en lugar de una decisión común del hecho, en el sentido de un acuerdo siempre recíproco, conformarse en estos casos con una decisión de ajustarse, con la que el partícipe que no ejecuta directamente, pero coopera en la configuración, vincula su aportación con el hacer del ejecutor. Si el ejecutor no sabe nada de esta aportación, no se le puede atribuir nada de la gravedad delictiva de ésta, lo que se deriva de las reglas generales".[35]

Más allá de esta objeción parece que es difícil considerar que el ejecutor que actúa con posterioridad, de un modo u otro, no sigue teniendo en forma absoluta y sin ninguna posibilidad de ser relativizado el dominio sobre las riendas del suceso.

El aporte objetivo al hecho de un coautor debe llegar a un nivel de trascendencia funcional que como mínimo permita suponer que el hecho no podría haberse cometido sin la participación del coautor que se trate.

La exigencia de una resolución común llevaría implícita la imposibilidad de que se pueda dar un supuesto de coautoría en el ámbito de un delito imprudente. En todo caso, se trataría siempre de supuestos de autorías

paralelas, si ello fuera posible en el delito imprudente, cuestión muy discutible (el problema remite al criterio del "comportamiento alternativo conforme a derecho" que integra el juicio de imputación del resultado).

Enrique Bacigalupo[36] entiende que la distinción entre la cooperación necesaria y la coautoría reside en primer lugar en un aspecto temporal: que ya exista o no comienzo de ejecución. Tal planteo merece alguna discusión. La división entre coautoría y cooperación necesaria desde ese punto de vista genera la dificultad adicional de casi aniquilar la posibilidad de que exista cooperación necesaria durante la ejecución del ilícito, lo cual deja entrever alguna laguna en donde se ubican los casos de cooperación necesaria durante el acto ilícito que, sin embargo, no llega hasta el punto de "tener las riendas" del suceso. Tal limitación no es correcta.

4. Los problemas concursales

Teniendo en cuenta lo novedoso de la estructura típica del lavado de dinero y su propia complejidad no sólo fáctica, sino también normativa, es posible que en los casos que tramitan por ante el sistema de administración de justicia penal los actos de lavado de dinero o lavado de divisas aparezcan relacionados con otras figuras normativas un poco más comunes. Es por ello que es preciso tener en claro de qué modo debe resolverse este tipo de conflictos de normas. Ello es materia de la teoría del concurso de delitos.

Por otra parte, considerando que el Código Penal dominicano no se ha ocupado en demasía de este tipo de problemas hermenéuticos, es necesario que el fino criterio interpretativo del juez resuelva gran parte de los problemas que aquí serán planteados. En última instancia, aunque la ley penal haga silencio, se trata de criterios generales de interpretación de la ley.

4.1. Las reglas concursales y el lavado de capitales

La teoría del concurso de delitos y del autor representan los dos complementos más importantes de la teoría de la imputación para terminar de configurar el conjunto de reglas que definen la materia de la prohibición y dan base al juicio de ilicitud en el ámbito del injusto.

En el caso de la teoría del concurso, pocos temas de la dogmática jurídico-penal han mantenido al día de hoy tan alto índice de confusión ya en las primeras reflexiones y en las manifestaciones prácticas de la teoría. Ello, probablemente, se debe a que los diferentes problemas han sido solucionados con métodos absolutamente disímiles y hasta contradictorios. Por un lado, algunas cuestiones han recibido un tratamiento puramente dogmático y con un índice indeseable de abstracción, mientras que otros temas han sido enfocados con un pragmatismo político criminal que sorprende -por ejemplo, el caso del delito continuado-. Este salto continuo

entre el sistema y las consecuencias, en un mismo ámbito temático, posiblemente ha hecho perder el norte de los juristas hasta el punto de que hoy la teoría del concurso se encuentra en un punto de estancamiento conceptual.

A esta bifurcación de métodos científicos se suma, como lógica consecuencia, la convivencia, no siempre productiva, de principios generales del derecho, axiomas de permanencia indiscutida en la cultura jurídica occidental - por ejemplo, "les specialis derogat legi generali"- y problemas que no pueden dejar de enfocarse, en algún porcentaje relevante, frente al caso concreto, como la determinación judicial de la pena.

Así como la construcción del supuesto de hecho que debe ser sometido al proceso de subsunción presenta innumerable cantidad de dificultades, a menudo el jurista debe superar un conjunto de obstáculos a efectos de definir el tipo penal aplicable al caso de punibilidad que debe recibir una respuesta normativa.

Dentro de esos obstáculos se encuentra la cuestión de la relación existente entre diversas normas que eventualmente pueden reclamar ser convocadas a la solución del caso.

La teoría del concurso de delitos, independientemente de las posibles imprecisiones de su nomenclatura, se ocupa de ofrecer un conjunto de reglas al intérprete para poder clasificar la relación existente entre esas normas y ofrecer una respuesta unívoca al momento de subsumir el supuesto de hecho y determinar en forma precisa el fundamento de la contrariedad al derecho de la acción analizada.

La cuestión presenta distintas aristas según se definan algunas características del caso en concreto como ser la existencia de una o varias acciones y la relación entre las diferentes normas que concurran.

Tradicionalmente se ha dividido el análisis de la concurrencia de delitos según la ubicación respecto a lo que la doctrina ha llamado un "concurso aparente de leyes" o un "verdadero concurso". Básicamente con esta clasificación se trata de determinar si se trata sólo de una relación de tipos penales, en la cual, uno de los tipos, por diferentes razones que serán enseguida revisadas, desplaza al otro o si, por el contrario, se trata de que los tipos penales que concurren reclaman, todos ellos, ser convocados a la solución del caso.

4.2. Concurso aparente de leyes

En los casos de concurso aparente de leyes penales a primera vista pareciera que una misma conducta recibe de parte del ordenamiento jurídico más de una valoración, aunque en verdad lo correcto es interpretar que sólo una de las normas concurrentes es la que tiene absoluta legitimidad dogmática para "valorar" la conducta analizada. Es decir, salvo la norma que legítimamente debe definir normativamente el caso, las otras son

desplazadas por imperio de un conjunto de principios de interpretación que ofrecen los argumentos para identificar el tipo penal en el que la acción se subsume en forma completa[37].

En el caso del verdadero concurso para valorar en forma absoluta el supuesto de hecho hay que recurrir a todas las normas que en el caso concurren. En cambio, en el marco del concurso aparente de leyes, solo uno de los tipos penales es legítimamente aplicable.

Es por ello que muchas veces se ha opinado que cuando se analiza correctamente al concurso aparente de leyes se advierte con claridad que no se trata de un problema de concurso, sino de determinación de la ley[38]. Aunque en verdad, no es claro que ello sea un extremo que los distinga del verdadero concurso (ideal o real), ya que también en el concurso clásico se trata de un problema de interpretación de la ley o determinación de los preceptos aplicables a un caso.

"En las situaciones que aquí tratamos -especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad- el concurso normativo[39] sólo es aparente, pues una ley determinada de acuerdo con ciertas pautas desplaza la aplicación de las restantes".[40]

Ahora bien, conviene detenernos, como él mismo lo hace, en la evaluación de cada uno de los supuestos.

Clásicamente los principios que han conformado a la teoría del concurso aparente de leyes son los siguientes:

4.1.1.1. Especialidad

Dentro del concurso aparente de leyes aparece con nitidez el principio de especialidad. No se trata de otra cosa que de una manifestación del axioma que estipula que la ley especial deroga a la ley general para la solución del caso en concreto (les specialis derogat les generalis). Esta relación de especialidad se comprueba cuando un tipo penal contenga todos los elementos constitutivos de otro con el cual entra en conflicto, pero presente una característica adicional. La relación podría graficarse como la que existe entre un conjunto de acciones definidas por sus características básicas y un subconjunto que agrupa, dentro de esos comportamientos, algunos que se identifican por la presencia de un elemento adicional. Es por ello que cada vez que se realiza la conducta del tipo penal que aparece a la vista del intérprete como especial, se realiza también -desde un punto de vista lógico-, el comportamiento definido por el tipo penal base.

Entre los dos tipos penales uno de ellos aparece como privilegiado o calificado.

Existen ejemplos que pueden demostrar esta relación de modo claro: el tipo penal del lavado de dinero

desplaza por especialidad a la forma básica del encubrimiento. No tendría sentido que un mismo autor sea sancionado dos veces por el encubrimiento tradicional y, además, porque su encubrimiento ha posibilitado dar apariencia de legitimidad al origen de los fondos. En ocasiones, la determinación de la relación de especialidad presenta dificultades que no es sencillo superar. En algunos tipos penales no se obvia la decisión acerca de si se trata de una relación de especialidad o de dos tipos que deben ser tratados como autónomos. A menudo, asimismo, no se ve con claridad si la relación es tipo básico-tipo agravado o tipo básico-tipo atenuado.

Para superar este tipo de obstáculos hermenéuticos se debe tener presente la necesidad, en ocasiones, de dar importancia relativa a las palabras de la ley y acudir a los bienes jurídicos protegidos en cada tipo penal y, eventualmente, al grado de protección (cuando se trata de un mismo bien jurídico).

4.1.1.2. Subsidiariedad

Los casos de subsidiariedad significan supuestos en los cuales sólo es razonable aplicar uno de los tipos penales en juego, desplazando al tipo auxiliar que sólo reclama aplicación en caso que fracase la intervención del tipo penal "de subsunción primaria" -les primaria derogat legi subsidiariae-.

Este principio resuelve casos en los cuales un tipo penal sólo pretende tener vigencia para la solución de un caso, en supuestos en que la acción no implique la realización de un tipo penal de mayor gravedad. Es en este sentido que el precepto desplazado es subsidiario en relación al que regula la conducta de mayor trascendencia. Por ejemplo, si un sujeto activo ha participado de algún modo prestando una colaboración para la realización del delito de lavado de dinero y al mismo tiempo ha realizado otro delito de posible mayor o menor gravedad con el mismo acto, por ejemplo algún delito de falsedad del instrumento o de administración fraudulenta de los bienes en juego en perjuicio de un tercero.

Este tipo de subsidiariedad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el propio legislador ha manifestado esta subsidiariedad en la configuración del tipo penal (por ejemplo: será sancionado con tal penal, siempre que la acción no signifique un delito más severamente castigado, etc). Es tácita cuando esta prevalencia de un tipo penal sobre el otro tiene que ser extraída del sentido mismo de las normas en juego (por ejemplo lo que sucede en un caso en el cual un sujeto ha sido partícipe y autor a la vez, o la relación existente entre el delito imprudente y el doloso, la imprudencia siempre es subsidiaria).

No ha estado fuera de duda la autonomía de este criterio, sobre todo, frente al concurso ideal.

La idea de que los límites entre el concurso ideal y el aparente son altamente difusos adquiere en el análisis de los casos de subsidiariedad elementos para apoyar la tesis. Tanto en el concurso ideal como en el aparente

por subsidiariedad no se exige ninguna relación en abstracto entre los tipos penales en juego, sino sólo la que otorga la acción en el caso concreto, aquella que se verifica cuando la acción ha violado dos tipos penales que no tienen entre sí vinculación lógica alguna, o por lo menos no necesariamente.

Incluso en el único caso que se podría advertir alguna relación, como en los supuestos de subsidiariedad expresa -aquella dispuesta en la misma ley-, la mayor parte de las veces es una manifestación de legislación orientada hacia los efectos políticos criminales en donde no hay razones de preocupación sistemática, sino de proporcionalidad punitiva.

En este tipo de concurso aparente, asimismo, tampoco hay razones para que, ante el fracaso de la punición por el delito privilegiado, no renazca la aplicabilidad del precepto desplazado. Generalmente las normas de subsidiariedad expresa condicionan la aplicabilidad de la norma secundaria a que el hecho no sea más "severamente penado" por la norma primaria, por lo cual si la mayor pena en el caso concreto no se verifica, la norma secundaria retoma la vigencia para la solución del caso.

4.1.1.3. Consunción

Se sostiene, en general, que hay consunción cuando el contenido del ilícito de una clase de acciones incluye otra acción, "de manera que la condena desde una perspectiva jurídica expresa ya exhaustivamente el desvalor de todo el suceso"[41], de modo que "normalmente la realización de un supuesto de hecho típico conlleva la de otro"[42]. En estos casos se supone que el legislador al regular la prohibición de la conducta más gravosa ha tomado en consideración que bajo esa forma típica se producen acciones cuyo desvalor acompaña normalmente al tipo privilegiado.

Una categoría como la de los "actos posteriores copenados" que a menudo ha sido analizada con algún grado de autonomía, en realidad comparte con la consunción la misma idea básica y, por ello, debe ser tratado como un subcaso.

Tampoco este grupo de casos han podido recibir un trato pacífico de la doctrina: no quedan claras, ante cada caso, las líneas divisorias con la subsiadiariedad y con la especialidad.

En el ámbito de los hechos y tipos penales que aquí se analizan ello puede darse con toda claridad, por ejemplo, en el caso de la tentativa y el delito consumado, también en el ámbito de los llamados "delitos progresivos", es decir, los supuestos en los cuales el accionar del agente va recorriendo diversas estructuras típicas de gravedad creciente (lesiones-homicidio; lesiones leves-gravísimas; tentativa-consumación, etc),

Por ejemplo, el sujeto presta primero una colaboración de asesoramiento (inciso c del art. 3) y luego administra (inc. a del art. 3). No tiene sentido penar al sujeto dos veces.

4.1.2. El verdadero concurso

Junto al juego propio de estas reglas de interpretación, existen los casos llamados de "verdadero concurso". Se trata siempre de supuestos en los cuales el agente ha realizado la acción descrita en varios tipos penales y todos ellos reclaman un lugar en el análisis dogmático del caso.

Normalmente existen dos clases de concurso, según haya uno o varios hechos o, para usar la terminología de la doctrina mayoritaria, una o varias acciones.

Habrá concurso ideal de delitos si se advierte una sola acción y más de una violación a la ley penal y concurso real si existe más de una acción que producen, asimismo, más de una violación a la ley penal.

Cada clase de concurso tiene distintas consecuencias jurídicas.

Como se ve, el criterio medular para determinar los límites entre los dos concursos posibles de delitos es la unidad de acción.

La complejidad propia del delito de lavado de dinero hace que en innumerables ocasiones junto con los actos encuadrados en los arts. 3 y siguientes de la Ley 72-02, los sujetos activos hayan cometido además otro tipo de ilícitos que pueden ser puestos en relación de concurso ideal (si todo ha sido realizado en un mismo proceso ejecutivo) o real (si hay autonomía de acciones).

Por ejemplo, si una entidad financiera utiliza fondos de los ahorristas, que extrae ilícitamente de sus cuentas, a efectos de producir operaciones complejas de compra de bienes en el extranjero, que son adjudicados como si pertenecieran legítimamente a sociedades o empresas radicadas en otros países, los responsables de esa entidad, junto con el proceso posterior de legitimación de activos ha realizado, previamente, un delito de administración infiel de los fondos depositados, cuya tipificación debe concurrir en forma real (varias acciones) con el propio delito del art. 3 de la Ley 72-02.

A pesar de que puede parecer lo contrario en una primera aproximación al tema, no ha sido nada sencillo definir con alguna consistencia doctrinal los criterios bajo los cuales se debe estructurar el concepto de unidad de acción.

Entran en pugna aquí, como en casi toda la teoría del delito, criterios naturalistas y criterios normativos. Por supuesto que hay casos en los cuales la cuestión no debería plantear ningún problema específico. Si un autor tiene dolo de producir una lesión a otra persona y para ello ejecuta un acto de disparar con un arma de fuego y logra el resultado, no habrá nada que discutir al respecto. Aquí hay una absoluta coincidencia entre la unidad natural del acto y su única valoración jurídica.

Sin embargo, es posible pensar en ilícitos cuya confirmación típica exige, sin lugar a dudas, una pluralidad de actos que, de todos modos, reciben un tratamiento unitario: delitos permanente (privación ilegítima de la libertad) o compuestos por varios actos (violación). Este tratamiento de varios actos como si fuera uno solo se funda en una determinada vinculación interna y unidad de sentido.

Un caso especial de construcción normativa de la unidad de acción es el delito continuado. Se trata de casos en los cuales, desde el punto de vista de su análisis fáctico, no hay duda que se trataría de un conjunto de ilícitos autónomos, producidos por cursos lesivos independientes (concurso real). Sin embargo, por razones de la más pura política criminal se pretende su tratamiento en forma unitaria. Cabe decir que si no fuera por esta decisión externa y de lege ferenda la solución debiera ser la del concurso real. Ello puede tener relevancia en el marco de las normas que aquí se analizan.

Para que se pueda predicar de un caso la hipótesis del delito continuado deben verificarse algunos requisitos:

- todas las acciones deben haber realizado el mismo tipo penal.
- el bien jurídico lesionado debe ser siempre y en todos los casos el mismo.
- debe haber una unidad de "voluntad" y un dolo de continuación.
- debe existir cierta continuidad temporal y cierta frecuencia entre los hechos.
- no deben afectarse bienes personalísimos (integridad física, vida).

4.2. La relación con el delito base

Uno de los principales problemas en este campo tiene que ver con la relación entre el delito base o aquel que provoca el beneficio económico o del cual se desprenden los fondos y la propia acción de la reconversión de ese dinero.

Como ya se explicara, el art. 3 de la Ley comienza del siguiente modo: "A los fines de la presente ley, incurre en lavado de activos la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave.... La realidad muestra que en la mayoría de las ocasiones los delitos de tráfico de drogas,

por ejemplo, y de "lavado de dinero" o bienes procedentes de los mismos aparecen entrelazados íntimamente, al generar enormes beneficios económicos que necesitan ser introducidos en el circuito económico, comercial y financiero hasta darles apariencia de licitud".[43]

(a) La acción prohibida consiste en participar, de alguna de las maneras previstas en la Ley, en la inversión o tráfico de ganancias o del beneficio económico obtenido por una operación de otro, por ejemplo, en la transferencia de dinero de un país a otro para ser invertido en este último país.

(b) La acción antecedente debe ser ilícita y punible, en el sentido de constituir un delito. Ello supone:

- que es típica, tanto objetiva como subjetivamente, en el sentido de alguna de las demás conductas prohibidas en esa Ley (ello ya indicaría, posiblemente, que se trata de una figura específica, agravada, de favorecimiento real [encubrimiento]);
- que, además, esa acción es antijurídica, esto es, que no está amparada por una regla de permiso;
- que el autor de la acción antecedente es culpable, esto es, que no opere en el caso alguna causa de disculpa, que evita el reproche, como, por ej., un estado de necesidad disculpante o el error sobre la ilicitud de su acción, que el autor de la acción antecedente estimó lícita;
- y, por fin, que esa acción antecedente es punible, es decir, que no exista una causa de exclusión de la pena para su autor.

Por lo demás, conforme a la prohibición mencionada y tratándose, por ejemplo, de una hipotética acción antecedente delictual no sucedida en el territorio nacional, la acción antecedente no sólo debería reunir esas características según nuestro orden jurídico, sino también, y principalmente, en el territorio extranjero donde ella ha sido llevada a cabo, según el orden jurídico allí vigente.

La cuestión acerca de la dependencia del tipo penal examinado de una acción antecedente ilícita, culpable y punible genera más de un problema desde el punto de vista de la interpretación de la Ley y, otros más desde el punto de vista de la posibilidad del sistema penal de probar los extremos vinculados a esa conducta que precede al lavado y le da sentido jurídico penal, mucho más aún si tal dependencia se pone en contacto con el dolo (tipo subjetivo) del autor del encubrimiento, esto es, de quien interviene en el tráfico o inversión posterior de las ganancias sin haber participado en la acción antecedente.

Es indudable que determinada legislación, al ampliar de modo posiblemente desorbitado las exigencias probatorias sobre el "supuesto de hecho", generará una condena anticipada al fracaso de cualquier investigación judicial, pero también absolutamente problemática es, sin duda, la afirmación, por ejemplo, de que el dinero provenía de algún delito "base" sin especificación de las acciones antecedentes y sus circunstancias modales, temporales y espaciales. Pregunta: ¿Se condenaría a un imputado de encubrimiento

(favorecimiento real) por haber comprado alguna cosa, si no existiera la posibilidad de fijar específicamente la acción antecedente, al menos, una denuncia, con visos de seriedad, sobre el hurto de la cosa comprada, acción sucedida en un determinado tiempo y lugar, y de una manera determinada, aunque no se conozca al autor?.

Estas múltiples cuestiones, generadas por la necesidad de partir de una acción antecedente, son potenciadas a un número difícil de imaginar si las ponemos en contacto con la exigencia, que demanda la prohibición, acerca de los conocimientos que debe poseer el autor del delito que examinamos para incurrir en la prohibición.

4.3. La construcción del dolo a partir de las circunstancias del hecho: nuevamente el artículo 4 de la ley 72-02

El art. 4 de la Ley 72-02 estipula que "el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de las infracciones previstas en esta sección, así como en los casos de incremento patrimonial derivado de actividad delictiva consignada en esta ley, podría inferirse de las circunstancias objetivas del caso".

El legislador ideólogo de la norma que se está analizando ha querido acotar los casos en los que al ser de tan difícil comprobación el elemento subjetivo, el tercer observador puede utilizar como herramienta de comprobación de la voluntad realizadora aquellas circunstancias objetivas de cada caso en particular.

Pareciera que esta introducción que aporta el legislador es poco clara en el sentido de que al no haberse definido qué se entiende por circunstancias objetivas, da la impresión que quedan incluidas todas las manifestaciones de la voluntad realizadora, sin ningún limite real a la exclusiva manifestación de la voluntad del sujeto.

Entonces se tiene por ejemplo, que en aquellos casos, en los que aparentemente por las "circunstancias objetivas" un agente haga suponer que posee (art.3, apartado a) bienes que sabía provenientes de una infracción grave, incurriría en lavado de activos.

Se entiende que el legislador, al advertir la imposibilidad de probar un delito antecedente, ha sugerido que por "circunstancias objetivas" que no han sido definidas, un sujeto podría incurrir en lavado de activos.

Es de difícil aceptación, básicamente, en virtud de los principios de culpabilidad y de derecho penal del acto.

Las circunstancias objetivas de cada caso deben estar definidas, y luego se deberá probar si el sujeto tenía la voluntad realizadora que exigen las conductas reprimidas en la presente ley.

5. La tentativa del lavado de activos. La estructura del delito tentado y su manifestación en el sistema represivo del lavado de activos

El art. 6 de la Ley 72-02 sobre el lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, sustancias controladas y otras infracciones graves, estipula que en todos los casos "la tentativa de las infracciones será castigada como la infracción misma".

Conforme ha quedado plasmado en la Ley, la sanción penal que deberá aplicarse a los casos en que el sujeto realice la conducta prohibida en grado de tentativa, será la misma que en los casos en que se haya consumado la infracción. Veamos un ejemplo. La sección III de la Ley está dedicada a las sanciones penales. En ese sentido, el art.18 dispone que "la persona que incurra en la infracción de lavado de activos previstas en las letras a) y b) del art. 3, será condenada a una pena de reclusión no menor de cinco (5) años ni mayor de veinte (20)...", es decir, si un sujeto a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave: a) convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes será pasible de la sanción penal del art.18 antes mencionado. La misma sanción penal será aplicada al sujeto que realice la misma infracción, pero en grado de tentativa (ver art. 6).

Es evidente que la técnica legislativa utilizada, por la cual se aplica la misma sanción penal a la tentativa que al delito consumado, no ha sido la más idónea.

Ha sido expresado por gran parte de la doctrina[44] que desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, denominado "iter criminis" o "camino del crimen", es decir, el conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito.

Así, encontramos para el desarrollo del delito, la concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico y agotamiento del hecho.

Solamente podrán se objeto de sanción penal dentro de los momentos del "iter criminis", lsa etapas preparatoria, de tentativa, la consumación y el agotamiento.

Todas aquellas etapas que suceden en el fuero íntimo del autor, en ningún caso podrán ser alcanzadas por la tipicidad, en virtud del principio "cogitationis poenam nemo patitur".

Se ha dicho que la regla general es que el "iter criminis" comienza a ser punible con la actividad ejecutiva, es decir, cuando existe un principio de ejecución, los actos preparatorios son atípicos.

La tentativa queda integrada por aquellos actos que van desde el comienzo de la ejecución hasta el momento de la consumación, todos los cuales, a diferencia de los actos preparatorios, si están alcanzados por la tipificación punitiva.

Ahora bien, se ha definido a la tentativa como una conducta tipificada a la que le falta el resultado, es decir, no se ha completado la acción típica. En este sentido, el disvalor de la conducta tentada es inferior al disvalor de la acción consumada, mereciendo en estos casos una escala punitiva también menor.

Es en este punto, en el que el legislador ideólogo de la Ley en análisis, se ha equivocado. Querer equiparar las escalas penales de las conductas tentadas a las consumadas aparece como una falencia en virtud de los diferentes disvalores que cada una contiene.

Es evidente que el legislador ha utilizado la llamada "teoría subjetiva", que funda la punición de la tentativa en la voluntad contraria o enemiga del derecho del autor, es decir, se ha querido combatir la voluntad criminal.

Al tratarse de un fundamento vinculado a la voluntad criminal del sujeto, en la tentativa y en el delito consumado, las voluntades contrarias al orden jurídico se equiparan y consecuentemente, también se equiparan las penas.

La referida teoría subjetiva ha sido materia de grandes críticas, vinculadas con la posibilidad de que el legislador haya querido de esa manera punir el ánimo del autor y extender el ámbito de lo prohibido a los actos preparatorios.

Otra de las críticas que ha recibido la teoría es la equiparación de la pena de la tentativa con el delito consumado. Debe entenderse que el legislador ha dejado de lado la punición de la tentativa en los casos en que el bien jurídico en concreto no corra peligro (teoría objetiva), resultando la atipicidad de la tentativa inidónea.

Para Zaffaroni[45] "la equiparación de la pena de la tentativa con la del delito consumado obedece a un desprecio por el aspecto objetivo del injusto que no es una consecuencia de la tesis del injusto personal y complejo, sino hijo dilecto del derecho penal de ánimo, que abandona lo objetivo para desvalorar una voluntad enemiga del derecho, contraria al deber, que nos lleva al terreno de la más pura arbitrariedad".

En consecuencia, la opción que ha utilizado el legislador –teoría subjetiva- a la hora de dar fundamento a la punición de la tentativa demuestra que será punible aquella conducta del sujeto que no afecte bienes jurídicos en concreto y, además, con un sentido general autoritario, pretendiendo extender la punición a los actos

preparatorios.

Si nos referimos a la estructura típica de la tentativa, debemos decir que se trata de una tipificación bimembre, es decir, la tentativa presupone una tipicidad subjetiva y su correlato objetivo, principio de ejecución y ausencia de resultado (falta de consumación).

Entonces, tenemos que, la tipicidad subjetiva en la tentativa, al igual que en los delitos consumados, requiere de un elemento esencial, denominado dolo.

Se define al dolo como el conocimiento y la voluntad de realizar todos y cada uno de los elementos de la tipicidad objetiva. En los casos de tentativa deberá exigírsele al autor haber tomado una decisión. Entonces, habrá dolo, cuando el sujeto ya ha tomado la resolución, cuya ejecución deja condicionada a que se de cierta circunstancia.

Veamos un ejemplo. El art.3 de la Ley en análisis exige que la conducta sea realizada a sabiendas, es decir, exige al sujeto que realice los verbos típicos con conocimiento y voluntad de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo. Así, debe conocer que "los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave…".

De ese modo la estructura general de la tentativa se define como un delito incompleto, es decir, contiene una tipicidad subjetiva completa y una tipicidad objetiva incompleta (ausencia de resultado).

Ya se ha dicho que el dolo es el mismo en los delitos consumados como en los delitos tentados. En consecuencia, si la conducta descrita en el tipo penal exige, aparte del dolo, algún elemento distinto, éste debe también integrar el aspecto subjetivo de la estructura de la tentativa.

Debe agregarse, que el grado de dolo exigido en los delitos consumados es el mismo para la estructura tentada. Así se tiene que en los casos en que el tipo penal deba ser realizado con dolo directo, en la estructura de la tentativa también se deberá exigir al sujeto que actúe con dolo directo. El mismo ejemplo debe ser utilizado para los casos en los que el tipo penal requiera una conducta realizada con dolo eventual.

5.1. Principio de ejecución: actos preparatorios y actos ejecutivos

Mucho se ha escrito sobre los criterios de distinción entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos.

Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que conforme ya ha quedado expresado no existe un "delito de

tentativa", es decir, como un tipo penal autónomo sino que existe tentativa de un delito.

Es en ese contexto que debe establecerse que el comienzo de ejecución siempre está relacionado con cada uno de los tipos particulares, respecto de los cuales la estructura tentada aparece incompleta, pues falta el elemento resultado en la tipicidad objetiva.

Conforme lo expresa Eugenio Zaffaroni, para poder distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutivos debe apelarse "a la tipicidad penal misma de la tentativa y tratar de delimitar desde el ángulo del bien jurídico y de su particular forma de afectación: los actos de tentativa sólo pueden ser aquellos que se muestran como amenazantes, como capaces de infundir temor y de perturbar, consiguientemente, la relación de disponibilidad con el ente que el derecho considera que el hombre necesita para su autorrealización".

Entonces tenemos que, para poder distinguir la inmediatez de la conducta respecto de la realización típica, debemos apelar a la forma particular que asume el tipo penal en el caso concreto, determinado también en cada caso concreto el plan del autor.

Este criterio ha sido definido por la doctrina como "criterio objetivo-individual", e intenta relacionar la conducta típica particular con un elemento individual, el plan concreto del autor, que es valorado por un tercero.

En conclusión, para ese criterio, la tentativa comienza con aquella actividad con que el autor, conforme al plan del delito, aplica en forma inmediata a la realización del tipo del delito.

Para dar un ejemplo, habrá tentativa de transferencia de fondos cuando el sujeto a sabiendas que los fondos son el producto de una infracción grave, concurra a una entidad bancaria, con el plan de realizar una transferencia a una cuenta en el exterior, cuyos fondos una vez acreditados serán entregados al sujeto y, luego de entregarle el formulario al empleado bancario, advierte que en realidad no envió el dinero a la cuenta en el exterior sino que realizó una donación a una organización no gubernamental.

5.2. La tentativa en delitos calificados, habituales y en la autoría mediata

Hay acuerdo en los autores en determinar que en los casos en que exista una conducta calificada, ésta pueda continuar a la conducta básica. En éstos casos, habrá tentativa cuando se de comienzo de ejecución a la conducta calificada.

En los casos contrarios, es decir, cuando la conducta calificada es anterior a la conducta básica, hay tentativa cuando exista principio de ejecución en la conducta calificada previa.

En los casos de delitos que exigen habitualidad, y esta es definida como un elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo, y que la repetición de conductas es una presunción de habitualidad, parte de la doctrina más destacada ha entendido que existe tentativa.

En ese sentido se ha entendido que "el delito habitual se configura como una conducta acompañada de la intención de su repetición habitual, de modo que, mientras ese elemento subjetivo acompañe a la tentativa, ésta será típica"[46].

Finalmente, en los casos de autoría mediata habrá tentativa cuando se acciona sobre el sujeto interpuesto para que cometa el hecho. Esta situación no se configurará cuando se determina a otro que actúa en forma meramente inculpable, en este caso, el interpuesto siempre será autor y el que determina no pasa de ser instigador, cuestiones que en definitiva serán resueltas por las reglas de la participación.

5.3. Tentativa inidónea, delito imaginario (o putativo) y ausencia de tipo

Ya se ha dicho que en la tentativa (idónea o inidónea) la causalidad se desvía de lo previsto en el plan de autor, provocando que no pueda concluirse con la conducta o que no pueda ocasionar el resultado.

Asimismo, en los casos en los que el sujeto actúa con un error de tipo, es decir, un error que recae sobre algunos de los elementos del tipo objetivo, tampoco puede avanzarse con la conducta, provocando que si el error es inevitable excluya el elemento subjetivo y concluya el análisis sobre la posible comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable.

En los casos de tentativa inútil (cuando el medio elegido es inidóneo para lograr la consumación) la doctrina se ha puesto de acuerdo en afirmar que ante la existencia de un objeto inidóneo no puede hablarse de tentativa, puesto que ella requiere un comienzo de ejecución de la tipicidad objetiva, que requiere necesariamente un objeto idóneo para su configuración.

Si se piensa en un ejemplo, podrá afirmarse que no existe tentativa, es decir, no hay principio de ejecución cuando conforme al art.7 el "empleado, funcionario, director u otro representante autorizado de los sujetos obligados, adultere un registro…" que no ha sido incluido en el numeral 4 del artículo 41 de dicha Ley, por ser en este caso, un objeto inidóneo.

6. El desistimiento voluntario en el marco del delito tentado

Puede ocurrir que el sujeto desista en forma voluntaria de la comisión del delito.

La doctrina ha discutido el lugar que ocupa en la pirámide de la teoría del delito. Así, se ha sostenido que el desistimiento es igual a atipicidad, argumento que no es correcto en virtud de que cuando el sujeto ha iniciado los actos ejecutivos, éstos son de carácter objetivos y subjetivos, en consecuencia no podría hablarse de atipicidad cuando la conducta ya se ha calificado de típica, aunque sí podremos coincidir en que la tipicidad se encuentra incompleta.

Otro sector de la doctrina ha encontrado al desistimiento como causal de inculpabilidad, pero la realidad es que al sujeto, sin perjuicio de que tomó la decisión de no continuar con la ejecución de la conducta prohibida, ese motivo posterior no podría dejar de lado que se le reproche por haber actuado en forma típica, antijurídica y culpable.

Finalmente, se ha sostenido que el desistimiento integra una causa personal que cancela la punibilidad del delito,[47] pero que no afecta ninguno de sus caracteres, que permanecen completamente inalterados.

En ese sentido, los partícipes no se benefician con el desistimiento del autor, salvo que ellos mismos desistan. Sin perjuicio de ello, la circunstancia de que el desistimiento del autor no beneficie al partícipe no excluye la posibilidad de un desistimiento del partícipe que tampoco beneficie al autor.

Creemos que ante un caso de desistimiento, es decir, cuando el propio autor es aquel que deja de lado el avance de las etapas previas que lo llevan a la consumación, el sistema represor renuncia a la aplicación de un castigo en virtud de que ha desaparecido el peligro que corría el bien jurídico protegido.

La formulación de que el sistema represor renuncia a la aplicación de un castigo tiene relación con la idea de que siempre es mejor que el autor desista antes de que se consuma la conducta prohibida.

Para que se den los presupuestos de un desistimiento, siempre debemos estar frente a una tentativa (presupuesto objetivo), es decir, frente a un principio de ejecución cuya tipicidad objetiva se encuentra incompleta por faltar el resultado y ante la presencia del elemento subjetivo, dolo, el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto de que realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo.

Puede ocurrir que desaparezca la tentativa cuando el sujeto deja de actuar con dolo, es decir, cuando advierte que está en presencia de una tentativa fallida. En estos casos no podrá el autor desistir de una conducta que

cree que es fallida, aunque en términos objetivos sea idónea.

Veamos un ejemplo. Cuando el sujeto sabiendo que los fondos que posee son el producto de una infracción grave, y comienza la ejecución de asistencia a un tercero ignorando que la asistencia que comenzó a otorgar no es idónea para lograr el lavado de activos y se arrepiente, estamos en presencia de un desistimiento voluntario en virtud de que el sujeto ignora que su tentativa es fallida, y objetivamente lo está.

7. La tentativa en los delitos de estructura omisiva

Conforme el art. 7, aparatado "c" de la Ley que se analiza, incurre en infracción penal "el funcionario público titular del órgano competente para la supervisión y fiscalización del cumplimiento por los sujetos obligados de las obligaciones puestas a su cargo en esta ley...no inicie el procedimiento administrativo sancionador en el plazo establecido...", es decir, en este caso de omisión puede afirmarse que existiría tentativa desde que el sujeto especial, con dolo de omitir la conducta ordenada, realiza una acción diferente, pues ya ha puesto en peligro el bien jurídico protegido, aumentando el peligro y disminuyendo la posibilidad de que se realice la conducta esperada.

En los casos de omisiones impropias el deber de actuar que emerge de la posición de garante, recién surge cuando aparece el peligro para el bien jurídico que se tutela. En consecuencia, con el primer hacer distinto del debido ya hay una tentativa, porque el sujeto debe actuar en razón de que hay peligro.

8. Responsabilidad por omisión en posición de garante

En principio no cabe ninguna duda que existe, en el marco de la Ley de lavado de dinero, la forma omisiva como modelo de imputación. Sin ir más lejos conviene recordar, por ejemplo, la omisión de inicio del procedimiento administrativo sancionador por parte del funcionario público encargado que se encuentra regulada en el art. 7 de la Ley mencionada.[48]

Pero, más allá de las formas omisivas expresas, fácilmente reconocibles, conviene tener presente que en cada tipo penal de comisión se esconde una posibilidad imputativa omisiva, algo que, si bien ha generado alguna controversia en relación con el mandato de les stricta, ha sido aceptado mayoritariamente por la doctrina dominante.

Se trata de los casos de omisión impropia, en el marco de los cuales se imputa o atribuye al omitente no haber evitado un resultado, en el caso que se den las demás exigencias típicas de las estructuras omisivas (situación

generadora del deber de actuar, capacidad de auxilio, no cumplimiento del deber), a las cuales se suma la posición de garante del omitente (ya como garante al cuidado de una fuente de peligro o como garante al cuidado de un bien jurídico sometido a riesgos).

Eso es importante, ya que en gran cantidad de ocasiones, sobre todo en hechos ilícitos realizados en el marco de estructuras de poder criminal o financiero organizado, el sujeto de máxima responsabilidad no realiza el hecho de modo activo sino que no interrumpe, cuando podría hacerlo, un proceso lesivo que en última instancia depende de él.

La forma omisiva impropia remite a la misma pena que la forma comisiva.

[1] Diego J. Gómez Iniestra, El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 21.

[2] Isidoro Blanco Cordero, El delito de blanqueo de capitales, Aranzadi, Pamplona, España, pág. 31.

[3] Manifestada en la llamada "lista negra" del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

[4] Un inconveniente que se debe adelantar aquí se relaciona con la utilización indiscriminada de verbos típicos con un afán de que todo lo que pase cerca de lo que entiende por "lavado de dinero" quede abarcado por la prohibición. Ello, como se verá, no sólo complica indebidamente la tarea de interpretación de la ley penal que corresponde a los jueces, sino que multiplica hasta el infinito los posibles tipos penales: no hay ninguna duda que cada verbo representa un tipo penal sustentado muchas veces en conductas de muy distinta gravedad.

Esta verdadera inflación gramatical ha posibilitado incluso que se transforme al delito de "blanqueo de capitales" en una de sus modalidades en un delito de tenencia, haciéndose cargo de todos los problemas que implica la incorporación del verbo tener en una figura penal. Entre otros el hecho tan simple como chocante de que "todos los significados de la palabra "tener" no conciernen ni remotamente a una conducta en el sentido de la ejecución u omisión de un movimiento corporal voluntario". El hecho de que este error ya ha sido cometido por varios legisladores de América Latina y del Caribe, e incluso de otros países en el derecho penal comparado, por ejemplo al momento de regular la "tenencia de arma de guerra", no puede ocultar que sólo es posible pensar en un "tener" como "actuar" en los casos siguientes: a) adquisición de la tenencia mediante una acción, por ejemplo, compra, recepción, sustracción de una cosa; b) impedir mediante una acción la pérdida de la tenencia que está por producirse, por ejemplo, ocultando armas ante un registro inminente o deglutiendo un recipiente con droga o c) emplear o utilizar la cosa, por ejemplo, viajar con el auto, disparar el arma, consumir droga, o comprar una empresa con el dinero que requiere ser blanqueado.

Sin embargo, "los casos de las actividades expuestas no pueden ser caracterizados según las reglas y el significado corriente del idioma castellano como "tener".

La incorporación de este verbo en la legislación analizada sólo responde a facilitar, en verdad hasta lo inadmisible, la actividad jurisdiccional de adquisición de prueba del ilícito.

No se olvide que la última vez que el mundo occidental utilizó estrategias similares en forma general ello coincidió con el positivismo criminológico italiano para el cual el "ser" de una determinada manera (por ejemplo "peligroso") ya constituía lo ilícito. Una de las conquistas más importantes del derecho penal liberal ha consistido justamente que en el pasaporte de un ciudadano para el sector de lo punible deba constar haber realizado una acción prohibida o haber omitido un cumplimiento de una acción debida.

[5] Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de Derecho Penal*, pág. 396, Editorial Ediar, 1987.

[6] *Diccionario de la Real Academia Española*, vigésima segunda edición, tomo I, editorial Planeta, Buenos Aires, 2001, página 648.

[7] Ob. cit, tomo II, pág. 2210.

[8] Ob. cit, tomo II, pág. 2212.

[9] Ob. cit, tomo I, pág. 49.

[10] Ob. cit. tomo II, pág 1808.

[11] Ob. cit, tomo II, pág. 2154.

[12] Ob. cit, tomo II, pág. 2260.

[13] Ob. cit, tomo II, pág. 2609.

[14] Maier indica que este es el primer antecedente que introdujo claramente el principio de inocencia. También anuncia límites al principio de incoercibilidad del imputado durante el proceso. Ver *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Tomo I, 1996, pág 511.

[15] Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal*, parte especial. Tomo VII, página 321, Abeledo Perrot.

[16] Marcelo Sancinetti, "Sobre la inconstitucionalidad del llamado del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (el adios al estado de derecho)", publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 8, - C, pág 943, Editorial AdHoc, Buenos Aires, Argentina.

[17] Gabriela B. Basualdo, "El delito de enriquecimiento ilícito", en *Nueva Doctrina Penal*, Editores del puerto, Buenos Aires, 2003, página 14.

[18] Maurach, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Astrea, pág. 320.

[19] Maurach, ob.cit., pág. 317.

[20] Roxin, Claus, *Autoría*, pág. 317 y ss.

21 Jakobs, Günther, pág. 791.

22 Patricia S. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Editorial Ad – Hoc, año 1996, página 132.

23 Maximiliano Rusconi, ob. cit., pág. 159.

24 "Supóngase en caso del gerente de una empresa importadora que –para lavar y repatriar dinero a otro estado- actuando en connivencia con una fábrica extranjera integrada como aquélla a la organización dedicada al blanqueo, ordena a un subordinado que viaje y concrete la compra de determinados artículos producidos por esa fábrica a cualquier precio (alegando tener un seguro comprador), el que es en definitiva sobrevaluado por el vendedor (de manera que se justifican en el país de origen de esos artículos las sumas que se derivan del sobreprecio girado por la firma compradora); en tal situación cabe atribuir el hecho al gerente de la empresa importadora como autor mediato que realiza el tipo a través de otro sobre quien siempre mantuvo el control de la actividad, ya que el empleado "instrumento" sólo actúo obedeciendo la orden del superior y con absoluto desconocimiento de la maniobra que éste llevaba a cabo por su intermedio, es decir, sin el dolo que requiere la figura de lavado".Ver, Jorge Barral, *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, julio 2003, pág. 212.

25 Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, pág, 122.

26 Hernández Placencia, *Autoría Mediata*, pág. 80.

27 Mir Puig. *Derecho Penal. Parte General*, Mir ediciones, pág. 385 y sgtes.

28 Jakobs, *La imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, pág. 16.

29 Ver, Juana Del Carpio Delgado, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia 1997, pág 273 y ss.

30 *Derecho Penal.Parte General*, Edsrsa, traducción de Gladis Romero, pág. 242.

31 Roxín, *Autoría*, pág. 270.

32 Kai Ambos, pág. 32.

33 Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 365 y ss.

34 Jescheck, *Tratado...*, pág. 616.

35 Jakobs, ob. cit., pág. 747.

36 Op.cit.

37 Bacigalupo, *Derecho penal. Parte General*, pág. 367.

38 Una posición original ha tenido, entre nosotros, Carlos Nino. En ella el autor argentino objeta la creencia generalizada de que en los casos aquí analizados se trate de un concurso de leyes que sólo existe "en apariencia".

"En las situaciones que aquí tratamos -especialidad, consunción, subsidiariedad y alternatividad- el concurso normativo sólo es aparente, pues una ley determinada de acuerdo con ciertas pautas desplaza la aplicación de las restantes.

¿Se justifica esta distinción tradicional? Creo que no. En efecto, la teoría explicada resulta artificiosa cuando presenta la cuestión como si en una primera lectura del código varias leyes parecieran concurrir en la calificación de una conducta, desvaneciéndose esa concurrencia en ulteriores lecturas mas atentas.

Lo cierto es que los casos desarrollados por la dogmática como de concurso aparente de leyes son, en su mayoría, casos de verdadera concurrencia. Justamente porque en esas situaciones hay varias leyes concurrentes en la calificación de un comportamiento es que la dogmática formula criterios para resolver tal concurrencia...

Por otra parte, la consecuencia mas importante que caracteriza, según el pensamiento dogmático, al verdadero concurso de leyes no es exclusiva del concurso formal, sino que se da también en algunos casos del llamado concurso aparente. Nos referimos a la posibilidad de aplicar la pena de la ley desplazada toda vez que el agente sea impune, por alguna causa de justificación, por ejemplo, de acuerdo con la ley de aplicación privilegiada. Según la dogmática esto sólo se da en el concurso ideal y no en el aparente. Pero rápidamente se incurre en contradicción cuando se sostiene que la característica distintiva de la subsidiariedad respecto a otra clase de concurso aparente es la aplicabilidad de la ley subsidiaria en caso de impunidad respecto a la ley privilegiada."

Nino, Carlos, *El concurso en el derecho penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1972, pág. 47 y ss.

39 Muñoz Conde, F, *Teoría General del Delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 200.

40 En este sentido es muy clara la definición de Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General*. "Fundamentos y teoría de la imputación", traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano Gonzalez de Murillo de la segunda edición alemana -Berlín, 1991-, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 1048 y ss: "En el concurso de leyes, el comportamiento del autor se ve abarcado por diversas leyes en el sentido de formulaciones de delito, mientras que sólo se da una única ley en el sentido de determinación de delito: un delito idéntico se formula varias veces, desde luego quizá en distintos grados

de concreción y por tanto de determinación de las consecuencias jurídicas. Por formulación de delito no ha de entenderse sólo el texto de la ley, sino el resultado de su concreción interpretativa en la subsunción, incluyendo la mención de los factores de determinación de la pena. Así pues, formulación de delito es la proposición jurídica concretada hasta la aplicabilidad al caso concreto".

41 La postura totalmente contraria ve en el concurso de leyes una situación que no tiene ninguna relación con el verdadero concurso sino con un problema de determinación de la ley.

Ver, Francisco Muñoz Conde y Mercedez García Arán, *Derecho Penal. Parte General,* tirant lo blanch, Valencia, 1993, pág. 414.

42Jescheck, op.cit., pág.674.

43Mir Puig, op.cit., pág.740.

44Diego Gómez Iniestra, pág. 17.

45 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General,* tomo IV. Editorial Ediar, Buenos Aires, septiembre de 1996, página 411 y ss.

46 Ob, cit, página 424.

47 Ob, cit, página 458.

48 Ob, cit, página 482.

49 Art. 7, inc. c) "El servidor público titular del órgano competente para la supervisión y fiscalización del cumplimiento por los sujetos obligados de las obligaciones puestas a su cargo en esta ley que, por omisión o a sabiendas de la falta grave incurrida por un sujeto obligado, su funcionario o empleado no inicie el procedimiento administrativo sancionador en el plazo establecido en el reglamento de esta ley".

5

ASPECTOS PROCESALES EN EL ENJUICIAMIENTO PENAL DEL LAVADO DE ACTIVOS

Norma Bautista, Heiromy Castro Milanés, Alejandro Moscoso Segarra y Olivo Rodríguez Huertas

1. Responsabilidades procesales del Fiscal y del Juez en el sistema acusatorio. La instrucción.

Sin dudas, la instrucción se ha transformado en la etapa en la cual se definen los ejes probatorios y la misma producción de la prueba.

El modelo de instrucción define, asimismo, el modelo de control de la policía y demás organismos de investigación.

Pero, además, en esta etapa reside el máximo riesgo de lesión de las garantías individuales (actividades coercitivas, personales y reales).

Por otro lado, por la instrucción pasan la gran mayoría de los casos y, por lo tanto, en ella se definen las líneas político-criminales que regirán las salidas intermedias en el marco del proceso (oportunidad, probación, etc.) y reside un caudal decisorio de tremenda importancia, como falta de mérito, sobreseimiento, actividades coercitivas, etc. Es aquella etapa frente a la cual procesalistas como D´Albora, han podido decir que presentan las características de ser preponderantemente escrita, limitadamente secreta, escasamente contradictoria, etc.

Existen dos formas de resolver procesalmente y técnico-legislativamente el sistema de la instrucción: el modelo inquisitivo y el modelo acusatorio.

En casos de delitos complejos como el lavado de dinero es inviable el logro de un modelo de investigación eficiente sin contar con un sistema de investigación a cargo del Ministerio Público.

Si el modelo inquisitivo que expone la figura del juez instructor se muestra en general ineficiente, ello se multiplica a la hora de investigar delitos más complejos.

El sistema acusatorio refleja un modelo más ágil, con mejores chances de acercarse a la producción del caso y con la ventaja adicional de que no contamina la imparcialidad del juzgador y con ello no lesiona la garantía del derecho de defensa.

Hoy ya es un lugar común la necesidad de aumentar los niveles de eficiencia de la administración de justicia penal, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones la comunidad deposita en su propio rol la garantía de la vigencia social de los valores ético-sociales.

Una comunidad sin una justicia penal eficiente siente una fuerte debilidad en la real manifestación en el tejido comunitario de los valores éticos fundamentales.

Nuestra justicia penal, lamentablemente, ha estado siempre muy influida por los modelos inquisitivos vigentes en Europa Central hasta la supervivencia del Antiguo Régimen.

La herencia española, en cuanto a la importación de modelos judiciales, ha sido especialmente dañina a la hora de estructurar un modelo judicial. La inquisición ha significado: debilitamiento del rol de la víctima, procesos secretos, violación de las garantías individuales, utilización excesiva de los mecanismos de coerción, instalación de modelos absolutamente burocráticos, aniquilación del paradigma republicano del no autocontrol, y vigencia irracional del principio –absolutamente mítico- de legalidad procesal: la instalación de un sistema de ejercicio de la acción pública indelegable, permanente, nunca condicionado por ningún interés procesal y, la instalación absolutamente dañina de la figura del juez a cargo de la instrucción, un modelo de investigación jurisdiccional poco eficiente y que ha relegado al Ministerio Público Fiscal a un papel debilitado en relación a lo que sucede en sistemas judiciales más avanzados.

Ese tipo de decisiones pueden significar, de acuerdo a como se desarrolle el propio camino de su puesta en funcionamiento, o una nueva experiencia de *más de lo mismo* o el comienzo de una transformación de envergadura.

Ahora bien, una reformulación del modelo de instrucción depende en mayor medida del Ministerio Publico más que de la función judicial. La manifestación de una eficiente política criminal está supeditada a él, porque de él depende la defensa de los intereses generales de la sociedad. Ello por varias razones:

- La inserción correcta del organismo posibilita la defensa de un conjunto de garantías orgánicas (vigencia

del principio de control externo).

- Como motor de la investigación es el mejor puesto de observación del flujo de información y de reformulación administrativa.
- De su mayor protagonismo depende la posibilidad de introducir criterios de política criminal. Por ejemplo, en las denominadas reglas de Mallorca se establece la necesidad de hacer coherente la política de persecución criminal en supuestos de Investigación Penal Preparatoria a cargo del Ministerio Público (regla A3). Asimismo, hoy es un lugar común que el principio de oportunidad requiere de un sistema acusatorio.

Hay una trilogía que permite comprender y evaluar político-criminalmente a los sistemas procesales: a) el Modelo de instrucción: en el sentido de la distribución del poder de persecución penal, b) el Rol procesal del Ministerio Público y c) el Principio acusatorio.

El Ministerio Público tiene, sin embargo, otra función de máxima trascendencia, quizá la más importante desde una visión constitucional o de organización política del Estado: el resguardo de la forma republicana del ejercicio del poder.

No cabe duda, hoy día, que el sistema penal representa una de las formas más fuertes y violentas del ejercicio del poder estatal. Es por ello que tal ejercicio del poder debe estar en consonancia con el programa ideológico que el sistema constitucional organiza para enmarcar ese ejercicio del poder.

El sistema de organización del poder de una Constitución Política no tiene sólo *efectos horizontales,* es decir, en el sistema de relaciones programadas para la comunicación institucional entre los tres poderes del Estado. Ello manifestaría una comprensión muy superficial del modelo republicano y directamente contraria a su espíritu.

El sistema de división del ejercicio del poder con su modelo de frenos y contrapesos y la vigencia del "paradigma del no autocontrol", no son indicaciones constitucionales que sólo tienen vigencia como orientación hermenéutica de la Carta Magna sino que constituyen todo un programa ideológico del ejercicio del poder que debe ser llevado con especial cuidado y fidelidad a la organización de cualquier ejercicio de ese poder y sobre todo el penal.

La concepción de los modelos republicanos nació y siempre estuvo vinculada a la necesidad del reconocimiento de la garantía de la libertad individual, por lo cual es fácilmente observable la importancia de que el proceso penal esté en consonancia con el sistema político del Estado. De otro modo, es seguro que habremos relegado al texto constitucional a una función de "mero indicador de lo preferible", y negado su protagonismo allí donde con más firmeza debe influir.

En ese sentido, es evidente que el sistema de "control externo " en el ejercicio del poder que la Constitución desarrolla tiene, afortunadamente, "*efectos verticales*" que deben ser trasladados al sistema organizativo del poder penal del Estado, en particular al modo como se diseña el sistema de enjuiciamiento: quien ejerce un poder en el sistema procesal penal debe tener un control externo de sus actos y no ser librado a la honestidad eventual de su "autocontrol". Ello debe ser definido como una garantía, para decirlo con las palabras de Ferrajoli, "orgánica".

Pues bien, el Ministerio Público es el organismo que más posibilidades tiene de provocar un diseño procesal que respete esa garantía.

Su ingreso como sujeto procesal en la escena del proceso posibilita la puesta en práctica de un sistema por el cual nadie deba ser "ni buen ni mal guardián de sus propios actos". Su presencia garantiza un modelo diseñado sobre la base de que quien ejerce el poder de investigar no tiene, al mismo tiempo, el poder de controlar.

Con ello se puede buscar, sin contradicción visible, la eficacia de la investigación y la eficacia del control.

En primer lugar, debemos aclarar que se parte de la *crítica al modelo inquisitivo* de ejercer el poder penal, como un modelo que no es sólo procesal sino fundamentalmente, una forma global de ejercer el poder penal del Estado. La cuestión central frente a la cual nos encontramos es un Ministerio Público reproductor del sistema inquisitivo o un Ministerio Público que comience a caminar hacia un sistema acusatorio. Esta decisión, en relación con los chances de lograr un sistema de investigación eficiente, es tremendamente trascendente.

Paradójicamente, en el proceso inquisitivo se ha invertido lo que debía ser la relación básica. Es el juez quien investiga (o hace que investiguen) y el fiscal "dictamina", es decir, opina sobre el valor de esa investigación. El Ministerio Público es un control de la administración de justicia. Por ejemplo, se le ha asignado la función de "ser custodio de la legalidad" (¿?); esta atribución de la tarea de "garante" de la legalidad, una de las opciones posible en la construcción del Ministerio Público, también ha contribuido a oscurecer su misión y, paralelamente, a oscurecer la misión de los jueces. "El Ministerio Público -señala Roxín- no fue concebido para cumplir una función unilateral de persecución, como ocurre con el acusador del proceso penal angloamericano, sino para ser "custodio de la ley". Ello significa: su tarea consiste en velar, a favor del imputado, porque se obtenga todo el material de descargo y porque ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado".

El Ministerio Público no ha hecho ni una cosa ni la otra; ni ha sido garante de la legalidad ni ha sido un investigador. Esto no ocurrió por la negligencia de las sucesivas generaciones de fiscales. Esta falta de funcionamiento se debe a que, en la práctica, no se ha abandonado la cultura básica del sistema inquisitivo, que es tan inquisitiva como lo era en la España de Felipe II y dentro de ella el Ministerio Público no es un

adolescente como sostiene Maier sino que es un extraño, un convidado de piedra, el invitado a una fiesta pero que nadie sabe para que está o que se espera de él.

El Ministerio Público, obviamente, se organizó sobre la base de esta oscuridad institucional y adquirió un tipo de *organización refleja*. Su identificación con el modelo de organización judicial fue completa. La institución extraña al sistema inquisitivo, la que según Roxín cobro vida como "medio de liberación ciudadana" frente a las arbitrariedades monopólicas del inquisidor, adoptó en nuestro continente los principios, modalidades y vicios de la cultura inquisitiva. Hoy todavía no sabemos, en qué medida, si el Ministerio Público es también una reserva de cultura inquisitiva. Frente a este panorama es necesario mirar al Ministerio Público como el órgano que puede comenzar a terminar con esa cultura.

2. La libertad durante el proceso de investigación del lavado de activos

Enfocaremos este aspecto desde la perspectiva de la figura jurídica de la prisión preventiva, y que constituye una de las medidas de coerción, también denominadas medidas cautelares personales.

La libertad del imputado durante el proceso de investigación del delito de lavado, que corresponde a lo que se denomina en el nuevo Código Procesal Penal como el "Procedimiento Preparatorio", y en el Código de Procedimiento Criminal jurisdicción de instrucción, está regida por dos principios constitucionales: el de la libertad y el de igualdad ante la ley, que por su categoría son de aplicación general a todos los tipos de ilícito y que conforman el debido proceso como se asume en la Resolución No. 1920, del 3 de noviembre del 2003, de la Suprema Corte de Justicia.

El estatuto de libertad establece que toda persona tienen derecho a la libertad y a la seguridad personales, que las medidas de coerción restrictiva de la libertad personal o de otros derechos tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que trata de resguardar (artículo 15 del Código Procesal Civil). En similar sentido se expresa la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus artículos 3 y 9; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Congreso Nacional el 27 de octubre de 1977, en sus artículos 9.3.4; la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y el Pacto de San José del 22 de noviembre de 1969, aprobado por el Congreso Nacional el 27 de octubre de 1977, en sus artículos 7.1.3 y .6; todas vinculantes para los jueces dominicanos.

El principio de igualdad de todos ante la ley, consagrado en el art. 8, numeral 5 de la Constitución política dominicana, estableced que "… la ley es igual para todos, no puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica". Y complementado este principio fundamental, el

Art. 100 de dicha Constitución dispone: "La República condena todo privilegio y toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos, entre los cuales no deben contar otras diferencias que las que resulten de los talentos y de las virtudes". De ambos principios debemos apoyarnos para regir el estado de libertad del procesado durante la fase de investigación y el juicio subsiguiente.

La interpretación del principio de igualdad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sienta la jurisprudencia de que "este principio de igualdad de las partes ante la ley contiene la prohibición explícita de todo tratamiento desigual y discriminatorio, de origen legal, y, en consecuencia, a no introducir en el ordenamiento jurídico, regulaciones discriminatorias, referente a la protección de los derechos reconocidos…"

A la luz de estos principios, la libertad de todo procesado es la regla y su prisión preventiva, la excepción, en toda materia, incluyéndose el lavado de activos.

Ahora bien, la prisión preventiva del imputado es una medida de coerción o cautelar que puede ser dictada en el proceso de investigación por el juez a requerimiento del Ministerio Público, que corresponde a la fase preparatoria en el nuevo proceso penal acusatorio adoptado en el ordenamiento jurídico dominicano, a la entrada en vigencia plena del nuevo Código. Y para los casos sometidos al amparo del Código de Procedimiento Criminal, a la jurisdicción de instrucción, que con la aplicación del art. 3 de la Constitución Política dominicana y la citada Resolución No.1920, ha quedado constitucionalizado.

Durante el proceso de investigación al procesado en materia de lavado de activos, el Ministerio Público puede solicitar y el juez ordenar, mediante resolución motivada, la prisión preventiva cuando concurran todas las circunstancias siguientes:

1. Existen elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción, en la especie, de lavado de activos;
2. Existe peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento (Artículo 227 del Código Procesal Penal);
3. La prisión preventiva en el caso de lavado de activo, tiene una duración máxima de dieciocho meses (Art. 370.2 del Código Procesal Penal);

El peligro de fuga es el principal criterio a que debe atenerse el juez o tribunal para aplicar la medida de coerción de prisión preventiva, tomándose en cuenta las circunstancias siguientes:

1. Arraigo en el país, determinando por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus

negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. *La falsedad o falta de información sobre el domicilio del imputado constituye presunción de fuga;*

2. La pena imponible al imputado en caso de condena;
3. La importancia del daño que debe ser resarcido y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante el mismo.
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

La prisión preventiva es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado, mediante la imposición de una o varias de las medidas de coerción personales que indicaremos más adelante (Art. 234 del Código Procesal Penal).

No puede ordenarse la prisión preventiva en los siguientes casos cuando se trate de:

1. Una persona mayor de setenta años, si se estima que en caso de condena no le es imponible una pena mayor de cinco años de privación de libertad;
2. Mujeres embarazadas;
3. Madres durante la lactancia; y
4. Personas afectadas por una enfermedad grave y terminal.

La prisión preventiva queda sometida a un régimen de revisión obligatoria cada tres meses e independiente del derecho del imputado de solicitar la revisión de esta medida de coerción, en cualquier época, cuando estime que han cambiado los presupuestos en que se apoye la misma. El juez examina los supuestos de la prisión preventiva y, según el caso, ordena su continuación, modificación o sustitución por otra medida de coerción cuya revisión se produce en audiencia oral con citación a todas las partes y el juez decide inmediatamente en presencia de los que asistan. (Art. 239 del Código Procesal Penal).

3. Medidas cautelares en la instrucción o fase preparatoria del proceso penal

Se definen como medidas de coerción, también denominadas cautelares, "aquellas actuaciones jurisdiccionales, llevadas a cabo en el seno del procedimiento, restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más correcta celebración del juicio y la eficacia de la condenación que definitivamente recaiga.[1]

El principio general con relación a las medidas de coerción está establecido en el Código Procesal Penal en el

Art. 222, de conformidad con el cual "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Las medidas de coerción tienen carácter excepcional y sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial motivada y escrita por el tiempo absolutamente indispensable y a los fines de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento", estas medidas están sometidas ante la jurisdicción de instrucción a los principios y garantías del debido proceso en la medida que tutelan los derechos constitucionales del procesado.

3.1. Medidas personales

Las medidas de coerción están clasificadas en el Código Procesal Penal como personales y reales. Las primeras son las que afectan, de manera principal, al estatuto de libertad, o sea, al principio de libertad y de seguridad personales del imputado como a su derecho constitucional de la libertad de tránsito (Artículos 8, numeral 2, letras b, y e y numeral 4 de la Constitución de la República Dominicana).

Las medidas de coerción reales son aquellas que recaen sobre el patrimonio del procesado para garantizar la reparación de los daños y perjuicios provocados por el hecho punible y el pago de las costas del procedimiento. Las partes pueden formular al juez la solicitud de embargo, inscripción de hipoteca judicial u otras medidas conservatorias previstas por la ley civil, y el Ministerio Público puede solicitar estas medidas para garantizar el pago de las multas imponibles o de las costas o cuando la acción civil le haya sido delegada (art. 243 del Código Procesal Penal). El trámite de las medidas de coerción se rige, en cuanto sean aplicables, por las reglas del Código de Procedimiento Civil y la legislación especial.

Las medidas de coerción personales están formuladas en el Art. 226 del referido Código Procesal Penal, como sigue:

1. La presentación de una garantía económica suficiente;
2. La prohibición al procesado de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
3. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez;
4. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que el designe;
5. La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;
6. El arresto domiciliario del imputado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga;

7. La prisión preventiva.

Para la aplicación de las medidas de coerción es necesario que existan suficientes elementos de prueba para sostener, razonablemente, que el procesado es con probabilidad autor o cómplice del delito que se le imputa; existe peligro de fuga, según los criterios desenvueltos precedentemente, y naturalmente que el tipo penal esté sancionado con pena privativa de libertad.

Las medidas de coerción se aplican a solicitud del Ministerio Público o del querellante, y el juez puede imponer una sola de las medidas de coerción previstas en este código o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y expedir las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimento. *Cuando se ordene la prisión preventiva, no puede combinarse con otras medidas de coerción.*

En ningún caso el juez está autorizado a aplicar estas medidas desnaturalizando su finalidad, ni a imponer otras más graves que las solicitadas o cuyo cumplimiento resulta imposible. (Art. 228 Código Procesal Penal).

El tipo penal de lavado de activos, en el nuevo Código Procesal Civil, cae en la categoría de "Procedimiento para Asuntos Complejos", por presentar las características de la "delincuencia organizada", además del elevado número de imputados o victimas que pueda involucrar, por lo que el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio y antes de presentarse cualquier requerimiento conclusivo, como es la apertura a juicio mediante la acusación, debe solicitar al juez de la instrucción, que autorice, mediante resolución motivada, la aplicación de las normas especiales para el conocimiento del procedimiento para asuntos complejos. Esto tiene diversas consecuencias jurídicas como lo es, en el aspecto de las medidas coercitivas, la duración de la prisión preventiva aumentada a dieciocho (18) meses en lugar de doce (12) meses como en el procedimiento penal ordinario.

En el caso específico de la libertad provisional bajo fianza, en la Ley No. 72-02 sobre Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y Otras Infracciones Graves, del 7 de junio del 2002, en su Art. 30 establece que no tendrán aplicación las leyes que establecen la libertad provisional bajo finaza, la libertad condicional y el perdón de la pena. En igual sentido se pronuncia la Ley 50-88 sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana vigente.

Estas leyes del ordenamiento jurídico dominicano están sometidas a la primacía de las disposiciones constitucionales, de los tratados internacionales y a sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos y, por consiguiente, al control difuso de su constitucionalidad por los jueces dominicanos, de conformidad con los artículos 3 y 46 de la Constitución de la República Dominicana; cuyas regulaciones prevalecen siempre sobre la ley; al Estado Dominicano aceptar, desde el 19 de febrero de 1999, la competencia

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las interpretaciones de sus órganos sobre todos los casos de aplicación de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) son vinculantes.

3.2. Medidas sobre bienes: incautación y decomiso

La incautación y el decomiso como figuras jurídicas vinculadas al proceso penal no constituyen términos jurídicos equivalentes[2]. No obstante, una y otra se encuentran estrechamente vinculadas.

La incautación constituye una medida cautelar que se adopta en el curso de las investigaciones de un proceso penal, con el objeto de evitar la pérdida, deterioro o distracción de los bienes que son susceptibles de ser decomisados, por haber sido utilizado, o ser el producto de una infracción penal.

La Convención de Viena de 1988, en su capítulo de definiciones denomina indistintamente a la "incautación" como "embargo preventivo", refiriendo que esta medida implica "la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporal de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente".

El Reglamento Modelo elaborado por el Grupo de Expertos de Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), de la Organización de Estados Americanos (OEA), en su Art. 1, utiliza igual denominación y definición que el utilizado por la Convención de Viena de 1988.

Por su parte, el decomiso es definido como "la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente".[3]

El carácter definitivo del decomiso es lo que lo distingue de la incautación, que "es una medida cautelar real que se puede acordar en cualquier fase del procedimiento, medida caracterizada por su carácter provisional e instrumental. *Provisional,* en tanto que puede resultar alterada en cualquier momento del proceso desapareciendo automáticamente en caso de que la sentencia sea absolutoria y convirtiéndose en definitiva si la sentencia condenase al sujeto. Es *instrumental,* en la medida en que no es un fin en sí misma, sino que es un medio para alcanzar un fin: que la sentencia que se dicte pueda ejecutarse".[4]

La ausencia de un mecanismo cautelar como la incautación podría conducir en los procesos de lavado de activos a que bienes susceptibles de ser decomisados a favor del Estado sean transferidos en el comercio jurídico a terceros de buena fé, no responsables del delito, imposibilitándose en consecuencia la posibilidad de que el órgano jurisdiccional disponga posteriormente su comiso a favor del Estado.

3.3. La incautación en la Ley 72-02

La Ley 72-02, sobre Lavado de Activos, no solo define en su Art. 1, numeral 5, la incautación[5], sino que precisa que uno de sus objetivos es lo relativo a las medidas cautelares que deben ser adoptadas en el curso de los procesos penales por lavado de activos[6], dedicándole la Sección II del Capitulo III[7].

El Art. 9 de la Ley 72-02, faculta al Ministerio Público y a los Tribunales del Orden Judicial para ordenar, en el curso de las investigaciones de una infracción de lavado de activos, *sin necesidad de notificación y audiencia previa,* la incautación de los bienes productos del lavado de activos hasta tanto intervenga una sentencia con autoridad de cosa irrevocablemente juzgada. Asimismo, están investidos con la facultad de disponer la inmovilización de los fondos que se encuentren en manos de las actividades empresariales, financieras y comerciales sujetas al cumplimiento de obligaciones de prevención del lavado de activos[8], entre las que se encuentran las entidades de intermediación financiera, las casas de cambio, las compañías de seguros, los casinos, etc.

3.4. El decomiso en la Ley 72-02

El Art. 1, numeral 4 de la Ley 72-02, dispone que se entiende por decomiso "la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal competente".

Por su parte, la Sección IV del Capítulo II de la Ley, reglamenta lo relativo al decomiso de bienes y el destino que debe dárseles a los mismos.

En cuanto al decomiso, el Art. 31 de la Ley 72-02 dispone que cuando "una persona sea condenada por violación a la presente ley, el tribunal ordenará que los bienes, productos e instrumentos relacionados con la infracción sean decomisados", precisando que la "orden de decomiso especificará la propiedad y contendrá los datos correspondientes para identificar y localizar la misma".[9]

3.5. Bienes susceptibles de estas medidas

Los bienes que son susceptibles de ser decomisados en los procesos de lavado de activos están conformados por aquellos "activos de cualquier tipo, corporales e incorporales, muebles e inmuebles, tangibles e intangibles" que se obtengan o deriven directa o indirectamente del delito previo.

3.6. Decomiso parcial. Situación de los bienes mezclados.

Es posible que la persona que forma parte, en calidad de imputado, de un proceso penal por lavado de activos

mezcle los recursos originados en la actividad delictiva con otros recursos líquidos obtenidos de forma lícita, o adquiera parcialmente, con el producto de la comisión de una infracción grave, activos mobiliarios o inmobiliarios. En estas hipótesis se produce lo que en la doctrina y la legislación sobre la materia se denominan los bienes mezclados.

El Párrafo II, del Art. 31 de la Ley 72-02, sobre Lavado de Activos, regula esta situación disponiendo que "cuando las propiedades obtenidas o derivadas, directa o indirectamente, de un delito han sido mezcladas con propiedades adquiridas de forma lícita, el decomiso de éstas será ordenado por el valor de los bienes productos o instrumentos del delito".

3.7. Comiso Sustitutivo y del valor por sustitución

Resulta muy frecuente en los procesos de lavado de activos que los bienes, productos o instrumentos derivados del delito no se encuentren en el patrimonio del imputado por haber sido destruidos, o sencillamente hayan sido transferidos a terceros de buena fé, imposibilitando su decomiso a favor del Estado.

De ahí que la legislación prevé esta realidad a fin de que en estos casos bienes del procesado de origen lícito puedan ser objeto de decomiso en sustitución de aquellos que, aunque provenientes directamente del lavado de activos objeto de proceso, no pueden ser decomisados por las circunstancias indicadas en el párrafo anterior.

La Ley 72-02, sobre lavado de activos, recoge esta situación al disponer en su Art. 32 que "cuando cualquiera de los bienes, productos o instrumentos, como resultado de cualquier acto u omisión del condenado, no pudieren ser decomisados, el tribunal ordenará el decomiso de cualesquiera otros bienes del condenado, por un valor equivalente u ordenará al mismo que pague una multa por dicho valor".[10]

Dos son las situaciones contempladas por el texto legal anteriormente citado. La primera, el decomiso de cualesquiera otros bienes del condenado por un valor equivalente, se corresponde con la figura del comiso sustitutivo. La segunda alternativa es la de la imposición de una multa por el valor que tenían los bienes cuyo decomiso directo se ha imposibilitado, lo que constituye el comiso por sustitución o comiso del valor sustitutorio.

4. La situación de los terceros de buena fé

Las medidas provisionales o definitivas sobre bienes con motivo de un proceso penal por lavado de activos, en

principio sólo son aplicables a los bienes que tengan su origen en los beneficios generados por una actividad ilícita, que sean de la propiedad de los procesados.

Cuando estos bienes son de la titularidad de un tercero de buena fé, es decir, una persona que sea ajena al lavado de activos objeto del proceso, no podrá ser objeto de decomiso.

La ley sobre la materia, aunque persigue como un objetivo de política criminal privar a los lavadores de los bienes originados en la comisión de una infracción grave, es respetuosa del tráfico comercial legítimo de los bienes. De ahí, que en aquellos casos en que no se pueda acreditar una participación del titular de esos bienes en la específica actividad delictiva objeto de juzgamiento la sentencia que intervenga no podrá ordenar su decomiso.

La Convención de Viena de 1988, en el párrafo 8 del Art. 5, señala de forma expresa a propósito del decomiso que "lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fé".

La Ley 72-02, de junio del año 2002, dedica la Sección V, de su Capitulo III (artículos 34 a 37), a la situación de los terceros de buena fé.

El artículo 35, de la Ley 72-02, dispone que dentro de los treinta (30) días siguientes a la incautación de un bien en un proceso de lavado de activos, el Ministerio Público dispondrá su publicación una vez por semana, durante tres (3) semanas consecutivas, en un diario de amplia circulación nacional, a fin de que todos aquellos que pudieran alegar un interés legítimo sobre los mismos se presenten a hacer valer sus derechos.

El artículo 36 de la Ley de Lavado de Activos, por su parte, reglamenta los casos en los cuales el Ministerio Público podrá devolver un bien previamente incautado:

(a) El reclamante tiene un interés jurídico legítimo respecto de los bienes, productos o instrumentos;

(b) Al reclamante no puede imputársele ningún tipo de participación, colusión o implicación con respecto a un delito de tráfico ilícito u otra infracción grave, objeto del proceso;

(c) El reclamante desconocía la adquisición o el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos, o bien teniendo conocimiento de esto, no consintió voluntariamente en la adquisición o uso ilegal de los mismos;

(d) El reclamante no adquirió derecho alguno a los bienes, productos o instrumentos de la persona

procesada en circunstancias que llevaran razonablemente a concluir que el derecho sobre aquello le fue transferido a los efectos de evitar el eventual decomiso posterior de los mismos; y

(e) El reclamante hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos.

Por otra parte, constituye un presupuesto esencial para que un tribunal apoderado de un proceso de lavado de activos pueda ordenar el decomiso de un bien de la titularidad de un tercero ajeno a la prevención penal, que el mismo sea citado a fin de que haga valer sus derechos.[11]

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Español en distintas decisiones han resaltado la necesidad del respeto al derecho de defensa del tercero titular de los bienes como condición sine qua non para que el Tribunal apoderado de un proceso en relación a tráfico de drogas o lavado de dinero pueda decretar el decomiso de estos bienes a favor del Estado (STC 123/1995; SSTS 17 de septiembre de 1991 y 17de diciembre de 1996).

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica mediante su Voto 174, Folio 95, del 24 de marzo de 1995, decidió casar una sentencia ya que dispuso el comiso de un vehículo registrado a nombre de un tercero a quien no se hizo comparecer en el curso del proceso, por lo que no podría resultar afectado a consecuencia de esa omisión.

En esta interesante decisión el citado tribunal señala que "corresponde aclarar que aún cuando el artículo 31 ibídem faculta –entre otros supuestos- a los tribunales de justicia para proceder al decomiso o embargo de "los bienes muebles o inmuebles, los vehículos, instrumentos, los equipos y demás objetos que se utilicen en la comisión de los delitos previstos en esta ley..." esto no puede interpretarse como una autorización irrestricta para proceder a la incautación de esos bienes en general, sino que debe demostrarse, además del uso en la actividad ilícita –acorde con la globalidad del ordenamiento jurídico- la propiedad de los bienes. Lo anterior significa que no basta con que se tenga por acreditada la utilización del vehículo para cometer el ilícito, para que pueda decretarse el comiso de manera irregular, sino que deberá probarse mediante documento idóneo la titularidad sobre el mismo, puesto que podría tratarse de bienes pertenecientes a terceros, sin relación alguna con los hechos delictivos sobre los que se pronunciaría el tribunal y en virtud de su disposición final se vería afectado el derecho de propiedad con apoyo en una responsabilidad objetiva".

5. Destino de los bienes decomisados

Se ha señalado como uno de los objetivos de política criminal sobre la materia el destinar el producido con los bienes decomisados a promover las estrategias de prevención del uso de drogas.

Como ha dicho Javier Zaragoza Aguado , "la idea central que debe servir para el adecuado enfoque de este problema es que existen miles y miles de víctimas afectadas por estas actividades delictivas, y que ante esa situación de "socialización del daño" es necesario y prioritario responder con la "socialización del beneficio" obtenido con la producción de este daño, de modo y manera que todos aquellos productos y ganancias procedentes del crimen reviertan a favor de quienes son víctimas impersonales y anónimas de esas actividades delictivas. Es, sin duda, una idea novedosa pero que responde a una tendencia cada vez más asumida en el derecho comparado: la lucha contra la droga debe ser financiada en la mayor medida posible con los beneficios y ganancias derivados de la actividad de tráfico ilegal de drogas y de otras actividades con ella relacionadas".

El legislador dominicano hace una distinción cuando los bienes decomisados tienen su origen en un delito de tráfico de drogas, o en cualquier otra infracción grave.

En el primer caso dispone la siguiente distribución:

(a) Cuando se trate de bienes decomisados provenientes del tráfico ilícito de drogas, el Comité Nacional contra el Lavado de Activos los destinará de la manera siguiente:

(1) 15% (quince por ciento) para las instituciones dedicadas a la regeneración de los adictos a drogas.

(2) 50% (cincuenta por ciento) para la Dirección Nacional de Control de Drogas, para ser utilizados conforme a sus necesidades.

(3) 35% (treinta y cinco por ciento) para el Consejo Nacional de Drogas, para prevenir y educar contra el uso de las drogas.

En los demás casos:

(1) El 50% (cincuenta por ciento) para las instituciones mencionadas en los numerales 1, 2 y 3 del acápite a) del presente artículo, en la misma proporción; y

(2) El 50% (cincuenta por ciento) restante se destinará al Fondo General de la Nación.

6. Los sistemas de valoración de la prueba y en particular sobre la valoración de medios de prueba en la investigación del lavado de activos

La prueba judicial tiene por finalidad esencial acreditar la certeza de un hecho controvertido, siendo la certeza o la verdad, en el ámbito penal, de naturaleza material, o sea, la reconstrucción histórica del hecho o que esté

tan cerca de la realidad del mismo - conforme a las leyes de la lógica, a los principios de experiencia y a los valores científicos-, que destruya toda duda razonable.

Entendemos preciso la conceptualización de valoración de la prueba judicial, entendida como la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual y por ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez. Pero lo ordinario es que se requieran varios de la misma o distinta clase para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos en el proceso contencioso o sobre lo simplemente afirmado.[12]

Nos referiremos en prima facie a los criterios que crean los principales sistemas de evaluación de la prueba.

Desde el punto de vista de la libertad dada al juez para la valoración de la prueba o dependiendo de la mayor o menor atadura del juez a la ley, para la reconstrucción de la narración conforme a la norma a aplicar, pueden encontrarse dos sistemas: el de la prueba legal y el de libertad de la prueba.

El sistema de la prueba legal

Los criterios de la prueba legal están destinados a limitar el poder del juez, a sustituir al juez por el legislador y, por consiguiente, a señalarle al juez el camino en forma minuciosa. La credibilidad del medio de prueba es pesada y medida por la ley, no por el juez. No obstante ser el juez quien tiene la atribución exclusiva para admitir y valorar la prueba, dentro de los límites de su legalidad, la ley intervenía para establecer el control previo para su admisión y apreciación.

En ese sistema las normas procesales le dan al juez indicación precisa acerca de cómo tiene que estructurar la información obtenida de los medios de prueba admitidos y discutidos por las partes, o sea, que obligan al juez a estructurar la información dentro del marco legal fijado por las normas procesales. Por ejemplo, sobre el valor de los documentos: según su clasificación en auténticos, bajo firma privada y simples datos, haciendo los primeros fe máxima, hasta su inscripción en falsedad.

Sistema de la libertad probatoria

En oposición al sistema de la prueba legal, o sea aquella cuya existencia y valor probatorio están determinados taxativamente por la ley, y tiene como objeto la verdad formal, que es el caso de la prueba en materia civil, en el sistema de la libre apreciación de la prueba se le confiere al juez la potestad para determinar sobre la

admisión de las pruebas y sobre la valoración de las mismas, dentro de los límites de la legalidad, para definir por sí mismo el valor de ellas, el grado de certeza o certidumbre para forjar su convicción. Este método también se denomina el de la certeza moral o de la íntima convicción, que ha evolucionado en el sistema acusatorio al de la sana crítica.

Con arreglo al método de la libre convicción, el juez debe examinar y apreciar todos los medios de pruebas de conformidad con su raciocinio y su conciencia. Con los principios de la experiencia y los principios científicos, en este contexto, los medios de prueba tienen por lo general un contenido material, del cual deduce sus inferencias o consecuencias el juez, para la obtención de la verdad material o judicial.

"… el objeto de la prueba es la obtención de la verdad material, esto es llegar a conocer que es lo que en realidad ocurrió en el mundo fenoménico, cómo y de qué manera se desarrollaron los acontecimientos, de forma que el resultado del juicio sería un calco de lo ocurrido en el momento de la comisión".[13]

La verdad material a que tiende la actividad probatoria del juez, que en última instancia debe formarse opinión para absolver o para condenar a un ser humano, debe ser como asevera el Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro: "…llegar a obtener la verdad procesal (cuanto más cercana a la material mejor), es decir a aquel estado probatorio, basado en los resultados de la encuesta, que permitan en conciencia, de buena fe, sin dudas, dictar un veredicto de culpabilidad, más allá de toda duda razonable, que fluya naturalmente de la causa y que pueda tomarse como la "verdad" tal como se presentó el caso en juicio".[14]

Y continúa afirmando que: "la búsqueda de una verdad material a ultranza puede conducir al sistema inquisitivo, a la tortura y a la búsqueda a toda costa de la confesión, visto que, en definitiva, en no pocas ocasiones, sólo el delincuente puede saber exactamente qué es lo que pasó".[15]

El principio de la libertad de prueba, propio del modelo acusatorio en su evolución actual, ha sido el adoptado en el sistema procesal penal dominicano, según se ha instituido en el Art.170 del Código Procesal Penal que establece:

"Los *hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa".*

Y esa prohibición legal se consigna en el Art. 167 que establece la exclusión probatoria que será analizada más adelante.

El desarrollo del derecho procesal contemporáneo parte de la premisa del principio de la libertad de prueba: que

pueda ser utilizada en juicio, o sea, ser presentada por las partes procesales; y que el juez admita y valore todo tipo de prueba, ya sea nominada o no en el Código Procesal Penal y en leyes especiales y en los tratados y convenios internacionales adoptados por el ordenamiento jurídico dominicano, así como en sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos, cuyas normas y principios son de aplicación directa e inmediata, en los casos sometidos a la jurisdicción de los tribunales y prevalecen sobre la ley, conforme la Constitución de la República Dominicana, en su artículo 3, que establece:

"La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado…"[16]

Y complementado con el Art. 10 de dicha Constitución que dispone;

"La enumeración contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa, y por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza".

En consecuencia, quedan incluidos con rango constitucional los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales integrados en "el bloque de constitucionalidad", asumidos y reconocidos en la Resolución de la Suprema Corte de Justicia No.1920-2003, del 13 de noviembre del 2003, con la finalidad de darles vigencia efectiva a los derechos y garantías procesales, y que textualmente dice:

"Primero: Reconoce y asume los siguientes principios fundamentales: 1. El principio del juicio previo; 2. El principio del juez natural o regular; 3. La imparcialidad y la independencia: 4. La legalidad de la sanción, condena y del proceso; 5. el plazo razonable; 6. El principio de la única persecución o "non bis in idem": 7. Garantía de respeto a la dignidad de la persona; 8. Igualdad ante la ley; 9. Igualdad entre las partes en el proceso; 10. Derecho a no declarar en contra de sí mismo o de no autoincriminación; 11.La presunción de inocencia; 12. Estatuto de libertad; 13. Personalidad de la persecución; 14. El derecho a la defensa; 15. Formulación precisa de cargos; 16. El derecho al recurso efectivo; 17. La separación de funciones; 18. La obligación de decidir; 19. Motivación de decisiones; 20. Legalidad de la prueba; y, 21. Derecho a la defensa o asistencia técnica, tal como se ha descrito más arriba como parte integrante del debido proceso y dispone su aplicación inmediata en todos los tribunales del país".[17]

La supremacía de la Constitución y los tratados es el primer principio consagrado en el Art. 1 del Código Procesal Penal que establece: "Los tribunales, al aplicar la ley, garantizan la vigencia efectiva de la Constitución Política de la República y de los tratados internacionales y sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos, cuyas normas y principios son de aplicación directa e inmediata en los casos sometidos a su jurisdicción y prevalecen siempre sobre la ley".[18]

Merece un comentario especial el principio de la legalidad de la prueba, establecido como el principio 26 del Código Procesal Penal y el de la libertad de la prueba en el Art. 170 más arriba trascrito:

"Art. 26. Legalidad de la prueba. Los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código. El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca nulidad del acto y sus consecuencias, sin perjuicio de las sanciones prevista por la ley a los autores del hecho". [19]

La libertad de prueba tiene como límite la ilegitimidad e ilicitud de la misma, lo que se califica como exclusión probatoria, en el artículo 167 del referido Código Procesal Penal que textualmente expresa:

"No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que implique violación de derechos y garantías del imputado, previsto en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código. Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información licita que arroje el mismo resultado.

Asimismo, no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de la forma que impidan el ejercicio del derecho a la tutela de la victima o impidan el ejercicio de los deberes del ministerio público, salvo que el defecto haya sido convalidado".[20]

Entendiéndose, por consiguiente, como ilegitimidad de los elementos de prueba que su obtención e incorporación al proceso sean hechas en violación a los valores y principios constitucionales y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, "bloque de constitucionalidad", cuya infracción tiene como sanción la nulidad del acto y de sus consecuencias, de conformidad con el control constitucional difuso, vinculante para todos los jueces del orden judicial y consagrado en el Art. 46 de la Constitución de la República Dominicana que estable:

"Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrario a esta Constitución".[21]

Por tanto, toda prueba ilegítima se torna en ilícita si es el resultado de un medio legalmente inadmisible como lo es, por ejemplo, el acta del allanamiento realizado sin la presencia y dirección del Ministerio Público, lo que constituiría una violación del domicilio, derecho constitucional, y al procedimiento legal establecido en el nuevo Código Procesal, en sus artículos del 179 al 184 inclusive, que requiere la autorización de la autoridad judicial competente; así como la interceptación de las llamadas telefónicas sin la autorización judicial. Es, además, prototipo de prueba ilícita la confesión obtenida en sede administrativa (o policial) en violación al principio

constitucional de que "nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo" (Art. 8, inciso 2, letra i) y en violación a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 7.3, que establece: "La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza"; y asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.3.g: "A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable"; o sea, mediante el empleo de coacción material o síquica.

Como considerara un autor antes citado, en "… el principio de la libertad de la prueba: las partes pueden acreditar sus puntos de vista del modo que entiendan conveniente, salvo que constituyera un mecanismo ilegal, violatorio de derechos, un ilícito o prueba prohibida.[22] Por otra parte, "La libertad de empleo de todos los medios de prueba disponible, permite también introducir en juicio la prueba trasladada, de especial importancia en sede de cooperación jurídica internacional, y en la lucha contra toda forma de delincuencia organizada especialmente si ella pertenece a la delincuencia transnacional".[23]

En consecuencia, la prueba ilícita es toda prueba contraria al ordenamiento constitucional, Convencional o legal de un país determinado.

El Dr. Miguel Langón Cuñarro, se refiere a los poderes de "policía del proceso"[24] que tiene el Juez, para desechar la prueba inconducente, impertinente o dilatoria, potestades disciplinarias y ordenadoras del juicio que deben ser usadas con toda prudencia y cautela. Esta policía del proceso es lo que se califica en nuestro Código Procesal Penal como los poderes sobre la "admisibilidad" de la prueba, que está sujeta a su referencia directa o indirecta con el objeto del hecho investigado (pertinencia) y a su utilidad para descubrir la verdad (conducente), por lo que el Juez o tribunal puede restringir los medios de prueba ofrecidos que resulten manifiestamente sobreabundantes (dilatorios), y también puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio que es definido como "aquellos que por su general y pública divulgación no necesitan ser probados. [25] (Art. 171 del Código Procesal Penal).

En resumen, el principio rector en la actividad probatoria es, pues, el de legalidad, según el cual los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas constitucionales y de los instrumentos internacionales relativos al proceso judicial, entre éstos la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, del 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Congreso Nacional el 25 de diciembre de 1977; del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Congreso Nacional el 27 de octubre de 1977; el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 19 de febrero de 1999 ; y del Código Procesal Penal y cuyo incumplimiento de dicha norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias (Art. 26 Código Procesal Penal) y en el Art. 167 que establece, como consecuencia del principio de la legalidad de la prueba, que solo pueden ser valorados como

elementos de prueba:

(a) Si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal;

(b) La violación a estos principios trae como secuela que no pueden ser apreciados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos;

(c) Son ilegítimas las pruebas recogidas con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías constitucionales, incluidas las contenidas en tratados internacionales y el Código Procesal Penal dominicano;

(d) No pudiéndose tampoco apreciar aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de la violación de principios constitucionales y del bloque de constitucionalidad; y

(e) Con la excepción de si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado.

En consecuencia, "la producción de prueba en contradicción a lo que establecen las normas, determina la ilicitud de la misma, y la ilicitud de la prueba puede llevar a la anulación del proceso, y, eventualmente, lisa y llanamente a una sentencia de absolución."[26]

Procede que se analice en este momento la "teoría del fruto del árbol venenoso", según la cual se contamina el proceso y lo anula, y que permite y obliga a apartar del proceso, por lo menos, a las pruebas ilegalmente obtenidas, si es que no lo vicia por completo, teoría que ha sido adoptada de manera atenuada en el Código Procesal Penal, ya que deja abierta la salvedad de "si ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado".[27]

En materia de lavado de activos, así como en delitos de igual naturaleza por su gran lesividad social, referentes a la criminalidad organizada y transnacional, al tráfico de drogas, "la teoría del fruto del árbol venenoso" ha sido objeto de diferentes posiciones doctrinales como la radical o garantista, que propugna por la inadmisibilidad absoluta de la prueba obtenida y nulidad del proceso, y en el caso del ordenamiento jurídico dominicano, toda prueba obtenida en violación a principios constitucionales es nula de nulidad absoluta, ya que la misma entra en el control difuso de la constitucionalidad, como ya se ha analizado, en la especie, de los actos contrarios a la Constitución, sancionados en su artículo 46; y en el Art. 167 del Código Procesal Penal, que regula la exclusión probatorio de elementos de prueba, sin que se extienda, necesariamente, a la nulidad del proceso o la contaminación del proceso, ya que se prevé, como se ha expresado con anterioridad, la posibilidad de otra información lícita que arroje el mismo resultado.

Según la opinión del Dr. Miguel Langón Cuñarro, "la doctrina alemana parece acercarse a la postura más aceptable en este punto y tiene que ver con los delitos particularmente graves, como … la criminalidad

organizada, el tráfico de droga, en cuyos casos por su excepcionalidad, por la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en riesgo, por consideración a la opinión pública y por el escándalo que provocaría la impunidad de estos crímenes, en mérito a lo que no pocos advertirían como meros "tecnicismos" se llega a admitir el ingreso de la prueba ilícita, en función del principio de proporcionalidad para proteger los valores esenciales de la comunidad (casos de toma de rehenes, terrorismo, etc.); y justifica la anterior posición con las ideas siguientes: " Este principio de proporcionalidad es visto como un derivado del estado de derecho, como un criterio válido de razonabilidad, cuando fuere éste el único medio de proteger bienes de mayor valor comparativo para evitar resultados desproporcionados, injustos o repugnantes".[28]

En el ordenamiento jurídico dominicano los principios y garantías constitucionales y los derechos humanos internacionales, nacidos de instrumentos internacionales, son de jerarquía constitucional y, por tanto, de aplicación imperativa, directa e inmediata (self execution).

Lo anteriormente analizado está conforme con la Convención de Viena en su artículo 2 al regular el alcance de esta Convención, en cuyo inciso 1) reconoce que: el propósito de esta Convención es promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diferentes aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tenga una dimensión internacional y en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención las Partes adoptarán las medidas necesarias en el orden legislativo y administrativo de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos; 2) Las Partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados; y 3) Una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte, por su derecho interno.

Sana crítica

Para Eugenio Florián en el transcurso de la valoración de la prueba, según el sistema de la libertad de apreciación, es utilizable el método de la investigación histórica, que tiene por meta la comprobación de la verdad: el encuadramiento del hecho en el Derecho, lo que implica una operación lógica, la absorción del presupuesto de hecho en el supuesto de derecho, o sea, la subsunción.[29]

Además, la investigación judicial es eminentemente sicológica, por tratarse de juzgar a un hecho humano, por lo que el juez debe apoyarse en los criterios sicológicos, que pueden aportar nuevos y preciosos factores para la apreciación de los elementos de prueba. De este modo, la investigación judicial se remonta a las cimas del razonamiento y se expande en el dominio de la psique humana. Así, el objeto del convencimiento del juez,

luego de la libre operación probática, es determinar la existencia o inexistencia de la imputación.[30]

Siguiendo el orden de ideas de Eugenio Florián: "las pruebas se aprecian de acuerdo con el raciocinio y la conciencia."

El libre convencimiento o íntima convicción debe combinarse con los fines del proceso y en este se trata de obtener que la apreciación de las pruebas se haga con arreglo a la verdad, el método del libre convencimiento debe siempre fundarse en pruebas lícitas.

Esas reglas de la sana crítica constituyen, pues, "un estándar jurídico", un criterio permanente y general para la valoración de la prueba judicial, pero no son inflexibles ni estáticas, porque son tomadas del normal comportamiento social e individual, que está sujeto a la ley de la evolución cultural, técnica, científica, moral y económica. Su naturaleza y flexibilidad son similares a las de "las reglas o máximas de la experiencia", que sirven para la formación del criterio del juez y de las partes en la tarea de conocer los hechos a través de la prueba aportada y para llenar su deficiencia, por lo cual creemos que aquellas son una especie de éstas, que se refieren a la valoración de la prueba y son razones especiales para su mejor entendimiento.

Por eso las reglas o máximas de experiencia sirven al Juez para rechazar las afirmaciones del testigo o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclusiones que se pretenden obtener de los indicios, y hasta el dictamen de peritos, cuando están en contradicción con ellas.

En el aspecto de la valoración de la prueba se advertirá que el grado y límite de la fuerza o valor probatorio de los medios de pruebas admitidos y sometidos a los principios, específicamente a los de la legalidad, oralidad, publicidad e inmediatez, no tienen siempre un mismo grado de eficacia probatoria.

La intensidad de la fuerza o eficacia probatoria resultante de las operaciones mentales requeridas para su apreciación, será proporcional al efecto que ella producirá en la conciencia del juez. [31]

Es ilustrativo citar al doctrinario Framarino dei Malatesta cuando resume las distintas fases por la que transcurre el juez en su actividad de lograr su convicción: "En estado de ignorancia, es decir, de ausencia de todo conocimiento; en estado de duda, en sentido estricto, que es conocimiento alternativo, que encierra en sí, por igual el sí y el no; en estado de probabilidad, o sea de predominio del conocimiento afirmativo; y en estado de certeza, que es el conocimiento afirmativo triunfante."[32]

El nuevo Código Procesal Penal en su Art. 172, respeto a la valoración de la prueba establece lo siguiente: "El juez o tribunal valora cada uno de los elementos de prueba, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos

científicos y las máximas de la experiencia y está en la obligación de explicar las razones por las cuales se les otorga determinado valor, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba."

En la valoración de la prueba se ha adoptado en el proceso penal dominicano, por tanto, el criterio de la sana crítica, ya que el Juez o tribunal valora cada uno de los elementos de prueba, conforme a las reglas de la lógica, es decir, conforme las formas correctas del razonamiento hacia la consecución de la verdad; los conocimientos científicos, que es un conocimiento cierto y evidente logrado por la observación, reflexión y demostración de la realidad y las máximas de la experiencia que han sido definidas por Stein como "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independiente del acto concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, adquiridas mediante la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación se infieren y fuera de los cuales presenta valor para otros casos."[33]

El Tribunal Supremo Español ha precisado "las máximas de la experiencia" como: "juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes, determinantes de conclusiones razonables en el orden normal de la convivencia, que el juez, sin excederse o sobrepasar el principio de aportación de hechos por las partes, puede utilizar…"[34]

En el estadio actual del desarrollo de la teoría y praxis de la prueba, denominada "ciencia de la criminalística", "ciencia de las pruebas" o "policía científica", se ha incorporado al patrimonio probatorio todo lo que es fruto de la ciencia, del análisis de indicio, trabajos de laboratorio, balística, estudio de huellas dactilares, de ADN, de medicina forense, de la tecnología digital, de la informática, telecomunicaciones, etcétera , por lo que la condena o absolución dependerá de lo que se haya o no probado en el juicio oral, público y contradictorio.

El derecho probatorio conforme con el nuevo Código Procesal Penal se fundamenta en primer lugar en el principio de legalidad, como ya se ha expresado, contenido en el Art. 26, principio que se define, en esencia, por su modo de obtención e incorporación al proceso conforme al principio de licitud, lo que significa que la recolección de la prueba sólo puede hacerse, para que tenga validez y pueda fundamentar la acusación y ser fundamento de la decisión judicial, en el respeto estricto a los derechos y garantías constitucionales o fundadas en el bloque de constitucionalidad, o sea, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y es pedagógico reiterar entre otros: Declaración Universal de los Derechos Humanos del 1948; Declaración Americana de los Derechos Humanos del 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Congreso Nacional, mediante Resolución No. 684 de fecha 27 de octubre de 1977; y la Convención Americana de Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Congreso Nacional mediante Resolución No.739, del 25 de diciembre de 1977, entre otros, en lo referente a las garantías judiciales y a los principios de igualdad, libertad y equidad.

Otro principio fundamental es el de libertad de la prueba, lo que abre la posibilidad de admitirse todo medio de prueba que se adapte al principio de legalidad, como ya también se ha examinado.

La admisibilidad de la prueba está sujeta, en consecuencia, al principio de la pertinencia, llamada también relevancia, que se produce cuando el hecho por probar está en relación con el objeto del litigio o la materia del proceso o del incidente según el caso,[35] o sea, "su referencia directa o inmediata con el objeto del hecho investigado". Solo los hechos que constituyen el fundamento de la pretensión o excepción deben ser probados y forman el tema u objeto de prueba, que se define como: hechos sobre los cuales habrá de decidirse, mediante los instrumentos y actividades, los medios de prueba, para fijar los hechos controvertidos.

Otro criterio de admisión de la prueba es su utilidad para descubrir la verdad. Para la admisión concreta de cada medio de prueba es indispensable que se cumplan los principios de conducencia, o sea que esté legalmente admitida la utilidad del medio, pertinencia del hecho que se va a probar, ausencia de prohibición legal de investigar el hecho e igualmente los requisitos extrínsecos de oportunidad procesal, legitimación de quien la pide o presenta y competencia del funcionario que debe admitirla u ordenarla.

Asimismo, la admisión de la prueba exige que los medios no sean "manifiestamente sobreabundantes";[36] y pueda prescindirse de los medios de prueba cuando se trate de acreditar hechos notorios.

Además, en la valoración de la prueba impera el principio de la unidad de la prueba[37], en razón de que los medios de pruebas aportados al proceso pueden ser múltiples cuando concurren, por ejemplo, el testimonio, el peritaje, la confesión, los indicios, entre otros. Todos ellos forman una unidad, un conjunto probatorio y como tal deben ser examinados y apreciados por el Juez, confrontando los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, y concluyendo el Juez conforme al convencimiento que de ellos globalmente se forme.[38]

Asimismo, se convierte en un principio cardinal el de la comunidad de la prueba,[39] lo que significa que esta no pertenece a quien la aporte sino, por el contrario, los medios de prueba aportados se hacen común a todas las partes y desde el momento que ellas produzcan la convicción o certeza del Juez, la función de éste se reduce a aplicar la norma reguladora de la situación de hecho controvertida, con independencia de quien ha aportado la prueba.

Aunque cada parte presente defienda sus medios de prueba, conforme a sus intereses, existe una unidad de fin y de función de esa prueba: obtener la convicción o certeza del Juez, y suministrarle "los medios a fallar conforme a la justicia" (Mittermair).

La valoración de la prueba, conforme al Art. 172 del Código Procesal Penal, conlleva justificar las razones por las cuales se le da valor de verdad o se descartan los medios de prueba, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba.

El Juez debe evitar la ignorancia, la pereza intelectual, debe dejarse asesorar por la jurisprudencia y la doctrina y en ocasiones, por expertos. Evitar, asimismo, dejarse llevar por simpatías y antipatías. El principio esencial es la imparcialidad del juez, que no debe limitarse a la primera impresión que dejan los medios de prueba o descuidar un examen de conjunto y el omitir una adecuada clasificación de los mismos.

Siguiendo la concepción de Hernando Devis Echandía, en el examen de la prueba es donde radica principalmente el concepto de justicia o injusticia que deja la sentencia en el lector imparcial. [40]

La valoración de la prueba es la expresión de la certeza dejada en la conciencia del juez la argumentación que se infiere de los medios de pruebas aportados y admitidos por él, lo que se canaliza a través de mecanismos intelectuales que van desde el correcto razonamiento, o sea, su conformidad con las leyes de la lógica, teniendo preeminencia los razonamientos inductivos, deductivos, abductivos, hasta culminar en la subsunción de los hechos fijados en la norma general que se individualiza; en conjunción con los principios científicos y las máximas de la experiencia para que la valoración sea objetiva, sin arbitrariedad.

Para robustecer las ideas previamente desarrolladas expondremos la doctrina sustentada por el Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro sobre la actividad probatoria y la valoración de la prueba:

"Prueba es al mismo tiempo el medio empleado para la averiguación de la verdad y el resultado de la actuación jurisdiccional en el caso concreto objeto de análisis.

(1) Por un lado es la actividad que tiende a obtener la verdad material de lo ocurrido, … y se ocupa por lo tanto de acreditar más allá de toda duda que:

   (a) existe el hecho incriminado como tal;

   (b) se ha comprobado la participación del involucrado;

   (c) su grado de responsabilidad (su culpabilidad), y

   (d) su personalidad, sus motivaciones, la razón de su actuar.

(2) Por otro, prueba son los "instrumentos" utilizados con tal fin.

"Para llegar a determinar la culpabilidad a través del proceso, dentro de las posibilidades humanas, con la prueba de cargo acumulada, se necesita alcanzar lo que llamamos la "verdad procesal", un hecho más allá de toda duda razonable".

"Del mismo modo la prueba debe ser asegurada, a través de incautaciones de bienes u objetos relevantes para el caso, inspección de lugares o personas, incluida la prisión preventiva como medida de naturaleza prevalentemente cautelar, para asegurar la presencia del interfecto en el juicio, así como evitar que destruya la prueba de cargo, amedrente a los testigos, o se de a la fuga".

"Y también debe ocuparse de establecer el grado de veracidad, la calidad de los deponentes, sean testigos o intérpretes o peritos dentro de sus respectivas especialidades y campos de actuación".

"El principio que adquiere relevancia en la actualidad, en este punto, es el de la libre valoración judicial, o de la libre convicción que supone la comprensión del verdadero alcance y valor de la actividad jurisdiccional, el reconocimiento de sus poderes discrecionales, implícitos en el ejercicio de su función., y de la forma en que los hombres pueden llegar a adquirir un conocimiento adecuado y firme sobre cosas que no han presenciado con sus ojos por lo que deben pasar por las representaciones de los demás hasta formarse un juicio de culpabilidad o no respecto de un individuo concreto en una situación específica de vida humana".

"Actúa aquí por supuesto el principio del in dubbio pro reo, que es parte de uno más general que enunciamos diciendo, en caso de duda debe primar la libertad, precisamente porque la culpabilidad debe determinarse a través del proceso, y si no se conmueve el estado de inocencia en que se halla el imputado, más allá de toda duda razonable, deberá decretarse su absolución".

"Se supone que es a través de esa "sana crítica" que el juez debe llegar a la convicción moral respecto de la realidad que tiene entre sus manos para juzgar. La intención criminal, el dolo, sigue siendo un aspecto exquisitamente individual, de la conciencia de cada cual, que no puede conocerse de otro modo que a través de la explicitación del mismo al exterior, no tanto por las declaraciones del involucrado, sino también y sobre todo por las trazas que deja en los hechos objetivos realizados".

"Esto es tan así que incluso la propia confesión de intencionalidad, que aparentemente sería la única vía de conocer el fondo del alma humana, debe pasar por el tamiz de la crítica, ya que en no pocas ocasiones se han confesado, por multitud de razones, delitos que no se han cometido, o intencionalidades que jamás pasaron por la cabeza del autor".

"Así por ejemplo se puede confesar un delito que no se cometió o una intención que no se tuvo por haber sido torturado, para salvar a otro (por ejemplo a un hijo o a un hermano), o por simple debilidad mental o por afán de protagonismo y aún de figurar en las primeras páginas de los diarios como autor de un delito que no se cometió".

"La convicción se debe basar en la prueba que se haya acumulado, se deben fundar y articular los argumentos y deducciones que la misma produjo, de forma tal que el juez pueda dejar de lado la presunción de inocencia, para afirmar en cambio, una sospecha de culpabilidad en el procesamiento, o una convicción de ello en el momento de la sentencia de condena".

"El juzgador, al resolver sobre una situación de vida humana concreta objeto de análisis no está sometido a un criterio de prueba tasada, sino que debe dar su veredicto según un juicio que se supone paradigmático del hombre medio, justo, experimentado, conocedor del corazón de los hombres, bueno, racional y razonable, que en base a los elementos obtenidos y al conjunto de la situación de que se trate, llega natural y razonablemente a una conclusión de culpabilidad que fluye como consecuencia no forzada de la prueba acumulada".[41]

Actividad probatoria en el lavado de activos

Partiremos de la tipificación del crimen de lavado de activos conforme con la Ley 72-02 que lo regula: El Art. 3 de esta Ley lo tipifica, o sea, describe la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, en el ámbito del lavado de activos como:

"…, incurre en lavado de activos la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave:

(a) Convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes;

(b) Oculte, encubra o impida la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o de derechos relativos a tales bienes;

(c) Se asocie, otorgue asistencia, incite, facilite, asesore en la comisión de alguna de las infracciones tipificadas en este artículo, así como a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones."

La actividad probatoria en el lavado de activos es compleja por las razones de:

(1) El tipo penal de lavado de activos es considerado en la Ley No.72-02 como hechos autónomos,[42] lo que implica que su investigación, enjuiciamiento y fallo se hace independiente de la infracción de que proceda (delito base) y de la jurisdicción territorial en que han sido cometidos.

El crimen de lavado de activos, aunque es autónomo con respecto al delito base, o sea, a la infracción grave de la cual procede, no puede desligarse en razón de que el crimen de lavado lo que lo tipifica, la nota diferencial, es que los bienes que se convierten, transfieren, transporten, adquieran, posean, detenten, utilicen o administren sean el producto de una infracción grave, por lo que existe entre ambas infracciones una vinculación necesaria, ya que el delito precedente le aporta la esencia al crimen de lavado.

El mismo razonamiento se aplica a la descripción del crimen de lavado en el aspecto de que se oculte, encubra o impida la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes o derechos relativos a tales bienes, fruto de una infracción grave. En este aspecto, se asimila el delito de lavado de activos al de encubrimiento.

Y siguiendo el análisis de la tipificación del delito de lavado de activo, a los fines de la actividad probatoria, en la letra c) del artículo 3, arriba transcrito, se tipifica, además, como tal la asociación para : otorgar asistencia, incitar, facilitar y asesorar para la comisión de las infracciones tipificados como delito de lavado de activos, asimilándose, además, la acción de eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, lo que es equivalente a la obstrucción de la justicia, y conforme a la sanción aplicable, que es la pena inmediatamente inferior a la aplicable al autor principal, o sea, a los descritos en las letras a) y b) según el Art.19 en su párrafo, se ha tipificado la complicidad.

De conformidad con esa tipificación del lavado de activos, el autor del delito previo puede asimismo ser considerado como autor de lavado de activos y ser pasible de ser penado en concurso con el delito precedente.

Concordamos con la doctrina sustentada por el Dr. Ricardo Pinto y Dra. Ophelie Chevalier, en *El Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo,* según la cual, "… por consideraciones de política criminal es aconsejable admitir la sanción del autor del hecho previo como posterior lavador. Así, vimos que existen organizaciones criminales que, entre otros delitos, se dedican a lavar capitales y afectan no sólo la administración de justicia, sino esencialmente el orden económico de los países y la comunidad internacional. Por lo tanto, para un control efectivo del fenómeno el blanqueo de capitales deber ser comprendido no sólo como una forma de encubrimiento sino como un delito independiente (autónomo) contra el orden socioeconómico".[43]

Esta es la concepción jurídica adoptada en la Ley 72-02 en su articulado No. 5, que prevé explícitamente:

"Las infracciones previstas en esta ley, así como los casos de incremento patrimonial derivados de actividad delictiva, serán investigados, enjuiciados, fallados como hechos autónomos de la infracción de que proceda e independientemente de que haya sido cometidos en otra jurisdicción territorial".

(2) El lavado de activos cae en la categoría de "asuntos complejos", según lo define Art.369 del Código Procesal Penal a causa de la pluralidad de hechos, del elevado número de imputados que pueden ser involucrados o de victimas, pero sobre todo por tratarse de crimen organizado.

Siendo autónomo el crimen de lavado de activos, conforme con el Art. 5 citado, se precisa establecer los elementos constitutivos de este tipo penal, así como del delito o delitos graves que lo preceden: el elemento

material o fase objetiva, dentro de la cual se debe establecer lo siguiente:

i. La acción u omisión típica, aquella que se adecua al tipo penal, o sea, al lavado de activo.

ii. La antijuridicidad, es decir, acción u omisión contraria a la voluntad del derecho

iii. La culpabilidad, en el sentido de conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo, el dolo directo o "a sabiendas".[44]

(3) El primer elemento que debe acreditarse es el denominado material que comprende: la acción u omisión que lesiona el bien jurídicamente protegido o lo pone en peligro; así como el resultado de la misma, conforme al supuesto ilícito establecido en la norma, también designado como la "faz objetiva", con sus componentes de sujeto o sujetos activos, ya sean autores o cómplices; el objeto material de la acción, es decir, cosa o persona sobre la cual la acción u omisión recae, con todas sus circunstancias de lugar. En la legislación dominicana sobre lavado de activos, es independiente de que se haya cometido en otra jurisdicción territorial.

Deben acreditarse, asimismo, las demás circunstancias, que puedan agravar la acción u omisión, que en el caso de lavado de activos están previstas en el artículo 21 de la citada Ley 72-02 sobre lavado de activos como son:

(a) La participación de grupos criminales organizados;

(b) El hecho de haber cometido el delito en asociación de dos o más personas;

(c) Cuando el agente autor del delito hubiese ingresado al territorio nacional con artificios o engaños o sin autorización legal, sin perjuicio del conjunto de delitos que puedan presentarse;

(d) Cuando el que comete el delito ostente un cargo público o fuese funcionario o servidor público encargado de la prevención o investigación de cualquier delito, o tuviese el deber de aplicar penas o vigilar su ejecución;

(e) Las reincidencias;

(f) El empleo de menores para facilitar la ejecución del delito y el uso de instituciones educativas a los mismos fines.

En la faz objetiva o elemento material en la configuración del delito debe quedar establecido el resultado de la acción u omisión, en el cual se concretiza la lesión o sea el daño- la consumación del delito- o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, como en el caso de la tentativa cuando es castigada como la infracción misma[45], o sea el delito de peligro concreto, para lo cual están disponibles como instrumentos probáticas todos los medios de pruebas legales, sin limitación.

En la faz subjetiva o elemento intencional, la actividad probatoria se dirige a la vinculación entre el supuesto sujeto o sujetos activos o cómplices y el daño o lesión o la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido.

En sentido genérico la conducta dolosa se caracteriza por el conocimiento del hecho que integra el tipo, con la voluntad del sujeto de realizarlo o aceptar el resultado que sobrevenga a consecuencia de su actividad voluntaria.

En el dolo concurren el elemento intelectual, o conocimiento del hecho antijurídico; y el elemento volitivo, o sea, la voluntad de realizar el hecho típico o de aceptar los resultados de la actuación contraria a la voluntad de la ley.

En el campo del delito de lavado de activo la existencia del elemento intencional o faz subjetiva queda caracterizada en el hecho de realizar la actividad "a sabiendas", lo que se establece por todos los medios de pruebas idóneos o sea legítimos, y aún se podría inferir de las circunstancias objetivas del caso, de conformidad con el Art. 4 de la Ley 72-02, o sea a través de la prueba indiciaria o circunstancial, de la cual nos ocuparemos más adelante.

Con relación al dolo como elemento subjetivo, desde el aspecto del objeto de la prueba, a que se refiere el citado Art. 3 no es sólo el denominado "dolo directo" que es aquel en que el objetivo perseguido por el agente es la realización del hecho típico, o sea "a sabiendas", sino que analizada esta norma en combinación con el Art. 4 queda incluido el dolo eventual, que algunos autores llaman "dolo indirecto" o de "segundo grado", que consiste en imputar un resultado no querido, pero previsto y asumido, lo que es coherente con el Art. 4 de la Ley 72-02 que establece:

El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de las infracciones previstas en esta sección, así como en los casos de incremento patrimonial derivado de actividad delictiva consignada en esta ley, podría inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

Con esta interpretación no se viola el principio de presunción de inocencia, sino que es una herramienta de interpretación y valoración de la prueba.

Es ilustrativo citar la doctrina de Langon Cuñarro sobre la prueba del elemento intencional:

"Por el contrario, la experiencia cotidiana muestra que la negativa más cerrada de intencionalidad criminal decae ante la contundencia de los hechos y la intencionalidad puede quedar objetivada en la forma de comisión".[46]

"De allí que la expresión de la Convención de Viena o del Reglamento Modelo sobre que la intención puede deducirse de las circunstancias objetivas del caso, no hace otra cosa que explicitar, en este caso concreto de las drogas, un principio general de interpretación legal".[47]

"El proceso de convencimiento del juez que lo lleve a la íntima convicción de culpabilidad, única que lo puede habilitar a condenar, debe ser un proceso fundamentado y racional, del cual deberá dejarse constancia en la sentencia de condena, de forma, entre otras cosas, de habilitar una revisión posterior, por un Tribunal de superior instancia, que pueda reconstruir el pensamiento que llevó al juez unipersonal a tomar tal decisión".[48]

En este aspecto de la prueba, puede concluirse que la faz subjetiva, el elemento intencional, tiene como centro establecer la culpabilidad del agente o agentes del tipo penal, conceptualizándose ésta como "la responsabilidad del hecho típico o antijurídico fundado en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho". [49]

Con el establecimiento de la culpabilidad, en el lavado de activos, ya sea por la verificación del dolo directo o ya por el indirecto, o sea, la actuación del agente "a sabiendas", queda configurado el elemento intencional del tipo criminal y se satisface el presupuesto de la norma, para la imposición de la pena, en cumplimiento al principio de legalidad de que "no hay pena sin culpabilidad".[50]

Comprobada la culpabilidad se individualiza la antijuridicidad del hecho imputado, lo que lo tipifica.

En la culpabilidad hay que establecer por los medios de pruebas correspondientes, la imputabilidad, lo que se entiende por el hecho de que el sujeto es capaz de conocer lo ilícito de su conducta y de actuar conforme a ese conocimiento. En consecuencia, la imputabilidad se basa sobre un cierto estado de normalidad y suficiencia de las facultades intelectuales y volitivas, por lo que si esas facultades se encuentran alteradas en forma apreciable que determinen que el sujeto o los sujetos no han alcanzado el desarrollo normalmente aceptado, son excluidos del proceso penal general por inimputables, los que están expresamente determinados por la ley, caso de los menores de edad que caen bajo una jurisdicción especializada, como los de niños, niñas y adolescentes y otros inimputables como los regulados en los artículos 374 al 376 del Código Procesal Penal.

Tanto en la faz objetiva como subjetiva se desenvuelven dentro de lo denominado por Rafael De Asis Roig, en su obra sobre *Jueces y Normas,*[51] como juicio de hecho, en que se produce una interacción entre los hechos imputados, las pruebas de cargo y descargo aportadas al proceso, y las argumentaciones de las partes en apoyo de las respectivas tesis de acusación y de defensa, que luego de la valoración de las pruebas en el ámbito penal, de conformidad con los principios de libertad de pruebas y de legalidad, los hechos quedan probados, fijados; habiendo quedado depurado en el silogismo jurídico la premisa menor, de lo fáctico, y

quedando expedito lo denominado el juicio de derecho, según el cual, acreditados los hechos conforme con la tesis de la acusación se produce la subsunción, o sea, el encuadramiento de los hechos fijados con el texto legal que configura la premisa mayor constituida por la norma violada, o sea, ha quedado establecido que el disvalor de que es portador un hecho ilícito, típico, que contradice las normas del deber contenidas en el ordenamiento jurídico, se ha consumado y procede la calificación de los hechos según el texto legal que lo tipifica; y concretizada la culpabilidad del agente o agentes, se hacen pasible de la sanción correspondiente, en virtud del principio de legalidad que estipula que no hay pena *sine lege previa*.[52]

6.1. La prueba documental

Se define doctrinalmente al documento como un medio de prueba indirecto, real, objetivo, histórico y representativo, en ocasiones constitutivo o declarativo de derechos, otras veces representativo como las fotografías, los cuadros, los planos, que puede contener una simple declaración de ciencia o un acto de voluntad con efectos jurídicos.

Es, en principio, un acto extra procesal, en sentido estricto, que lo diferencia de los actos y resoluciones resultantes de diligencias procesales que contienen decisiones del juez o actuaciones de las partes. En este caso no es un medio de prueba, salvo que la ley expresamente lo determine cuando se obtengan los actos procesales para la comprobación inmediata y medios auxiliares de prueba, conforme al Título II, del Libro IV, como en los casos siguientes:

(a) Inspección del lugar del hecho, en que los funcionarios del Ministerio Público o de la policía deben custodiar el lugar del hecho y comprobar mediante la inspección del lugar y de las cosas, los rastros y otros efectos materiales que sean el resultado del hecho punible y el funcionario a cargo de la inspección levanta acta en la cual describe detalladamente el estado de los lugares y de las cosas, recoge y conserva los elementos probatorios útiles dejando constancia de ello en el acta. Ésta debe ser firmada por el funcionario o agente responsable y de ser posible por uno o más testigos, y bajo esas formalidades puede ser incorporada al juicio por su lectura, sin perjuicio de que el funcionario y el testigo instrumental puedan ser citados para prestar su testimonio, conforme con el Art. 173 del indicado Código Procesal Penal.

(b) En el caso de registros de personas: En los que antes de procederse al registro personal el funcionario actuante debe advertir a la persona sobre la sospecha de que entre sus ropas o pertenencias ocultan un objeto relacionado con el hecho punible invitándola a exhibirlo y estos registros de personas se practican separadamente respetando el pudor y dignidad de las personas y en su caso por una de su mismo sexo. Dicho registro se hace constar en acta levantada al efecto que debe incluir el cumplimiento de la advertencia previa sobre el objeto buscado, la firma del registrado y si rehúsa a

hacerlo se hace mención de esta circunstancia, y en estas condiciones el acta puede ser incorporada al juicio por su lectura. Estas mismas normas se aplican al registro de vehículo.

(c) En este mismo sentido se regula en los artículos 179 al 184, el registro de moradas y lugares privados y registro de locales públicos. Cumplidas con las formalidades, como son el horario (Art. 179), a solicitud del Ministerio Público, con la orden de allanamiento del juez competente, demás requisitos indicados en el Art. 182, y el procedimiento establecido en el Art.183, en lo relativo al allanamiento de moradas y lugares privados, y con respecto al registro en los locales públicos, como son dependencias estatales, locales comerciales y los dedicados al esparcimiento público, en presencia del responsable o encargado del lugar, y a falta de éste de cualquier dependiente, de un vecino o persona mayor de edad, se levanta el acta que puede ser incorporada a juicio por su lectura, sin perjuicio de que el funcionario y testigos puedan ser citados a juicio para prestar su testimonio.

Esas actas, a consecuencia de los allanamientos y registros precedentemente indicados, tienen la categoría de documentos, que se incorporan al juicio oral, público y contradictorio mediante su lectura, como excepción al principio de oralidad.

En la legislación procesal dominicana no se define el concepto jurídico de documento. En el nuevo Código Procesal Penal se refiere a unos tipos particulares de documentos, al regular en el Art. 140 a las grabaciones, en el sentido siguiente:

"El registro de imágenes o sonidos se puede emplear para documentar total o parcialmente actos de prueba o audiencias. Queda prohibida, sin embargo, toda forma de edición de las imágenes o sonidos registrados.

La autenticidad e inalterabilidad de estos registros se asegura con los medios técnicos idóneos. Los originales se deben preservar en condiciones que garanticen su inviolabilidad hasta el juicio, sin perjuicio de la obtención de copias para utilizarse a otros fines del proceso.

Estos registros pueden ser incorporados al debate en los mismos casos previstos para la lectura de los documentos escritos.

En lo aplicable, rigen las formalidades previstas en el artículo anterior

El documento, se establece como medios de prueba cuando específicamente en el Art. 305 relativo a "Fijación de audiencia y soluciones de los incidentes", se expresa que:

"En el mismo plazo de cinco días de la convocatoria, las partes comunican al secretario el orden en que

pretenden presentar la prueba. El secretario del tribunal notifica de inmediato a las partes, cita a los testigos y peritos, solicita los objetos, documentos y demás elementos de prueba y dispone cualquier otra medida necesaria para la organización y desarrollo del juicio".

En ese mismo sentido el Art. 312 al hablar sobre las "Excepciones a la oralidad", expresa: "Pueden ser incorporadas al juicio por medio de la lectura: 1. Los informes, las pruebas documentales y las actas que este código expresamente prevé". Asimismo el Art. 329 referente a Otros Medios de Prueba dice: "Los documentos y elementos de pruebas son leídos o exhibidos en audiencia, según corresponda, con indicación de su origen". Se explicita, además, que: "las grabaciones y los elementos de prueba audiovisuales son reproducidos. Las partes y el tribunal pueden acordar, excepcionalmente y por unanimidad la lectura, exhibición o reproducción de esos medios de prueba, cuando esa lectura o reproducción baste a los fines del debate en el juicio."

Por esas disposiciones y por el principio de la libertad de prueba, consagrado en el Art. 170 que establece que los hechos punibles y circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier elemento de prueba permitido, salvo prohibición expresa, se permite el acceso del documento como medio de prueba idóneo.

Existen documentos necesarios para la existencia o validez de los actos jurídicos, lo que se entiende como requisitos ab solemnitatem o ad substantiam, cuya naturaleza es mixta, ya que son al mismo tiempo instrumentos de prueba cuya función se cumple tanto dentro como fuera del proceso y solemnidad substancial o material del acto jurídico para su validez se requiere el cumplimiento de formalidades substanciales, como ejemplo los testamentos, los actos constitutivos de sociedades comerciales, las asociaciones sin fines de lucro, entre otros. La mayoría de los documentos tienen un valor jurídico ad probationem.[53]

Los documentos pueden ser apreciados no solo como "medio de prueba", sino como objetos materiales, que presentan en sí, recogida y fijada, la manifestación de un pensamiento, de una voluntad o la enunciación de un hecho propio o la narración de un acontecimiento, llevado a cabo por una persona o personas conocidas o conocibles, y se excluyen de esta clasificación como objeto de prueba, los papeles que durante el procedimiento se certifican como declaraciones o acontecimientos procesales o en que simplemente se integran declaraciones, ya que estos constituyen documentos procesales.

En cuanto a su contenido, los documentos pueden ser cualquier cosa, con la condición de que reflejen una ciencia o conocimiento, una idea, una declaración de voluntad, una manifestación de un estado psíquico de su autor, o referirse a cosas y acontecimientos.

En cuanto a la forma, es excluyente toda limitación a priori del contenido material; puede ser recogido, fijado y expresado por todos los signos: escritura, cifras, dibujos, signos telegráficos y electrónicos, taquigráficos,

grabaciones: en madera, cobre o bronce, como por ejemplo las monedas, medallas, inscripciones sobre piedras, como serían las lápidas, soportes digitales, las notas musicales, la pintura, la escultura, superficie de muros, etcétera.

El documento en el proceso penal, tiene su propia dinámica en relación con la prueba ya sea como objeto de la prueba ya como medio de prueba.

El documento es objeto de prueba porque siempre es algo material, que se introduce al proceso para su observación, verificación, y para ser examinado tal como es.[54]

En el contexto del Código Procesal Penal, en el juicio oral, público y contradictorio, los documentos como elementos de prueba son leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen; las grabaciones y los elementos de prueba son reproducidos.[55]

Para que los hechos, en su sentido más amplio, y los documentos, se conviertan en objeto de prueba, es necesario que participen de la vida del proceso, que sean allegados o introducidos por medios legales adecuados.

La prueba documental por ser una prueba preconstituida juega un papel fundamental para establecer los elementos constitutivos que configuren el tipo penal del lavado de activos: determinar que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave, y cuyo agente ha actuado a sabiendas, lo que implica una multiplicidad de operaciones como convertir, transferir, transportar, poseer, tener y utilizar, con las características de ocultar, encubrir o impedir la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, destinos, movimiento o la propiedad de dichos bienes, o derechos relativos a los mismos.

Requisito para la validez del documento como medio de prueba, conforme a los siguientes criterios:

(I) Cuando se trate de instrumentos públicos o privados que se hayan cumplido las formalidades exigidas por la ley para su formación bajo sanción de nulidad:

(a) Cuando se trata de documentos públicos, o sea el denominado en nuestra terminología jurídica acto auténtico o solemne que es aquel que ha sido otorgado por ante oficiales públicos, como los Notarios, Oficiales del Estado Civil y quienes tienen derecho de actuar en el lugar donde se otorgó el acto y con las solemnidades establecidas por la ley. El mismo hace plena fe respecto a la convención que contiene entre las partes contratantes y sus herederos o causahabientes, es decir, hasta inscripción en falsedad, ejemplos las escrituras públicas otorgadas ante notarios, las actas del estado civil, sentencias publicadas, etcétera.

Se incluyen los actos solemnes que son una variedad de los públicos, para cuya validez la ley requiere el cumplimiento de ciertas formalidades, como en los casos de los testamentos, las donaciones entre vivos, y los contratos de matrimonios, entre otros.

(b) Documento privado o acto bajo firma privada, que es el reconocido por aquel a quien se le opone o tenido legalmente por reconocido, teniendo entre los que lo han suscrito, y sus herederos o causahabientes, la misma fe que el acto auténtico[56] y hacen fe, con respecto a terceros, hasta prueba en contrario. Tiene un valor jurídico equivalente al acto bajo firma privada, el acto auténtico otorgado por un oficial público incompetente o incapaz para instrumentarle o con defecto de forma, si está firmado por las partes.[57]

(c) Entre la prueba documental está el contradocumento o contraescrito, acto secreto destinado a modificar o suprimir los efectos de otro celebrado ostensiblemente y al mismo tiempo entre las mismas personas, y que hace de este último, por esa razón, un acto simulado en todo o en parte y, conforme al artículo 1321 del Código Civil, sólo surte efecto entre las partes contratantes, por lo que no es oponible con respecto a terceros, como lo sería el Estado, en caso de acusación por acción pública como lo es en caso del lavado de activos.

(II) Si el acto o documento es declarativo o constitutivo de derecho: que no se haya elaborado en violación al principio de la libertad jurídica del autor, o sea, contra la voluntad de quien otorga el negocio jurídico (negotium), lo que implica una violación a derechos y garantías del imputado, a su libertad o libre albedrío[58], ya sea que el consentimiento sea sorprendido por dolo, arrancado por violencia o por error sustancial.[59]

(III) Si se trata de copias que hayan cumplido los requisitos exigidos por la ley para su expedición.

(IV) Que se haya incorporado al proceso de un modo legítimo o sea que la aproximación del documento al proceso sea por un medio lícito[60], por ejemplo que no haya sido adquirido mediante la violación al derecho de propiedad que sobre el mismo tenga una de las partes o un tercero; ni que se empleasen la violencia, coacción o dolo para obtener el documento que está legítimamente en poder de otra persona, entre otros.

(V) Que se haya aportado y admitido al proceso el documento conforme al debido proceso de ley, o sea en cumplimiento, entre otros, de los principios de oralidad, publicidad, igualdad, contradicción e inmediación, como principios estructurales del debido proceso de ley. Se entiende la oralidad como el hecho de ser sometida la prueba documental al juicio oral, por quienes intervienen en el debate, conforme al artículo 311 del Código Procesal Penal, salvo la excepción establecida en el Art. 312, según la cual:

"Pueden ser incorporados al juicio por medio de la lectura: 1) Los informes, las pruebas documentales y las actas que este Código expresamente prevé; 2) Las actas de los anticipos de pruebas, sin perjuicio de que las partes soliciten al tribunal la comparecencia personal del testigo, cuando sea posible; 3) Los informes de peritos, sin perjuicios de que los peritos deban concurrir para explicar las operaciones técnicas realizadas y las conclusiones a las que han llegado; y siendo la excepción al principio de oralidad de orden público, cualquier elemento de prueba que se pretenda incorporar por medio de lectura a juicio fuera de los casos establecidos taxativamente por ley no tiene valor alguno".

El principio de contradicción implica que la parte contra quien se opone el medio de prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla lo que incluye el ejercicio del derecho de defensa, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes, lo que está garantizado en el Art. 8, inciso 2, letra j) de la Constitución de la República Dominicana.

El principio de igualdad ante la ley y de igualdad en el proceso o igualdad de armas, implica que la igualdad debe ser plena ante los tribunales y cortes de justicia, según la Resolución No. 1920 del 13 de noviembre del 2003; Art. 8.5 y 100 de la Constitución de la República Dominicana; Art. 1.1 Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El principio de inmediación, según el cual la discusión de la prueba documental se realiza con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes, en virtud del Art.307 del Código Procesal Penal, entre otros principios estructurales del debido proceso.

(VI) Los documentos como medios de prueba deben aportarse dentro de los plazos establecidos, y en el nuevo Código Procesal Penal, por las causales siguientes:

(a) Conforme con el Art. 293 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público a quien le corresponde el ejercicio de la acción publica, una vez concluido el procedimiento preparatorio de la investigación, que está bajo su dirección directa y funcional, debe requerir por escrito la apertura a juicio, ante el Juez de la instrucción, mediante la acusación. Ésta debe estar fundamentada en los elementos de prueba que sirven de sustento a dicha acusación y remitir al Juez, por consiguiente, los documentos que producirá como medio de prueba para fundamentar la aludida acusación.[61]

(b) La acusación, para someter a juicio al imputado, debe ser presentada por el Ministerio Público, cuando esté fundamentada con los elementos de prueba que la justifican.[62]

(c) El mismo Art. 294 establece de manera explicita en su ordinal 5) lo siguiente: El ofrecimiento de la prueba que se pretende presentar en juicio incluye lista de testigos, peritos y todo otro elemento de prueba - como lo es la prueba documental- con la indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar y lo es en el nuevo Código Procesal Penal, **a pena de inadmisibilidad**.

(d) En la audiencia preliminar ante el Juez de la instrucción al presentarse la acusación, el Secretario notifica a las partes y se le requiere al Ministerio Público, poner a disposición de las mismas, los elementos de prueba reunidos durante la investigación. Ellos pueden examinarlos en el plazo de cinco días, en cumplimiento al principio de contradicción.[63]

(e) El auto de apertura a juicio sólo se dicta por el Juez de la instrucción cuando existan los elementos de prueba suficientes para justificar la probabilidad de una condena, lo que implica que el o los documentos como medio de prueba deben ser aportados antes de la apertura del juicio.[64]

Eficacia de los medios de prueba

No es suficiente aportar los medios de prueba sino que deben llenar unos requisitos para la eficacia probatoria del documento. Exponemos los más relevantes:

(a) Que esté establecida o presumida su autenticidad como asevera Hernando Devis Echandía.[65] Este es un requisito indispensable tanto si se trata de un documento público como privado, como si es un documento no declarativo ni constitutivo de derechos como un plano, fotografía, un cuadro, una grabación magnética, electrónica, el disco duro de una computadora, dísete, CD-ROM, entre otros. El juez debe ponderar la autenticidad del documento para admitirlo y valorarlo como medio de prueba. Aquella puede resultar de una presunción legal como los instrumentos auténticos, mientras no se demuestre la falsedad material de la firma del oficial público que lo autoriza o la de su contenido. En el caso de documentos privados, mediante el reconocimiento de la parte a quien se opone, ellos no gozan de la misma presunción de autenticidad que los documentos públicos. Los documentos bajo firma privada no reconocida expresa o implícitamente carecen de autenticidad y de valor probatorio como medio de prueba, ni aún como simple indicio.

(b) Que cuando se trate de instrumentos otorgados en el exterior se cumplan las formalidades para su elaboración y autenticidad. Como documentos por excelencia nos referiremos a las sentencias dictadas por tribunales de otros Estados con los cuales se mantienen relaciones de cooperación internacional. En razón de que toda sentencia de un tribunal jurisdiccional es una expresión de la soberanía del Estado que la dicta, se requiere para su ejecución de la formalidad del exequátur u homologación por los tribunales nacionales y, de conformidad con el Art. 122 de la Ley 834 del 15 de julio de 1978, que modifica disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en este caso constituye el derecho común, según el cual "las sentencias rendidas por los tribunales extranjeros y los actos recibidos por los oficiales extranjeros son ejecutorios en el territorio de la República, de la manera y en los casos previstos por la ley".[66] Con relación al lavado de activos, la Ley No.72-02, sobre Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y Otras Infracciones Graves, del 7 de junio del 2002, cuyo Art. 64 establece que

"La sentencia dictada por un juez o tribunal competente de otro Estado, con relación a una infracción de lavado de activos que ordene el decomiso de bienes, productos o instrumentos situados en la República Dominicana, podrá ser homologada por el tribunal competente del país al tenor del principio de reciprocidad consignado en los acuerdos multilaterales y bilaterales de los que el país haya suscrito o adherido en la materia y ratificado por el Congreso Nacional".

En lo relativo a otros tipos de actos instrumentados por funcionarios extranjeros, como aquellos que produzcan hipotecas sobre bienes que radican en la República se requiere asimismo, para ser ejecutados, que un tribunal competente de la República los declare ejecutivos, conforme a los artículos 2123 y 2128 del Código Civil Dominicano.

La ejecutoriedad de actos extraprocesales rendidos en el extranjero a los fines de medidas cautelares o decomiso sobre bienes situados en el territorio nacional o a los fines de prueba informativa, deben estar debidamente autenticados y sometidos a los principios de reciprocidad conforme a los convenios multilaterales y bilaterales suscritos entre los Estados y con los principios de cooperación judicial internacional según se ha expuesto precedentemente.

(c) Que no haya prueba legalmente válida en contra de la sinceridad y veracidad de lo contenido en el documento, conforme con el principio de contradicción y la puesta en común entre las partes de todos los medios de prueba de igual o mejor calidad, de cuya confrontación resultará el mérito de cada uno de los elementos de prueba y de manera específica del documento admitido como instrumento de prueba, según los principios de la libertad en la valoración de la prueba, lo que es aplicable a los demás elementos de prueba como la testimonial, confesión o declaración del imputado.

(d) Que el contenido mismo del documento sea convincente, siguiendo el razonamiento de Hernado Devis Echandía.[67] En este aspecto ese requisito significa que el documento sirva para darle al Juez, por sí sólo o conjuntamente con otras pruebas, el convencimiento sobre los hechos investigados o que se pretende demostrar. En este punto hay que considerar la redacción, la claridad de las declaraciones y su alcance, según se trate de documentos públicos o privados, y si el Juez goza de libertad de valoración, según la naturaleza de la prueba.

(e) Que no se haya llevado al juicio con la reserva o secreto que la ley haya consagrado, como serían los casos de la correspondencia privada y del secreto profesional. En este aspecto en materia de lavado, y de conformidad con la Ley No.72-02 indicada, en el Art. 41 sobre los sujetos obligados quedan sometidos los profesionales liberales cuando actúen en el ejercicio de su profesión, como intermediarios financieros. Ellos no podrán invocar el secreto profesional para rechazar revelar la identidad de la tercera parte de la transacción (Art. 41.3). En igual sentido se rompe el secreto en los casos de reporte de transacciones en efectivo conforme al Art. 41.4 que ordena: "Comunicar, dentro de los primeros quince (15) días de cada mes, mediante formularios o a través de soporte magnético

a la Unidad de Análisis Financiero, vía la Superintendencia de Bancos, para las instituciones que estén bajo la supervisión de esta entidad, todas las transacciones en efectivo realizadas en el mes anterior que superen la cantidad de diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US$10,000.00) u otra moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional, calculado en base a la tasa oficial de cambio establecida por el Banco Central de la República. Las transacciones múltiples en efectivo realizadas en una o mas oficinas de la misma entidad, que en su conjunto superen la cantidad de diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US$10,000.00) u otra moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional, serán agrupadas y consideradas como una transacción única si son realizadas en beneficio de una misma persona, física o moral, durante un día laborable. En tal caso, dichas transacciones deberán ser reportadas a la Unidad de Análisis Financiero".

(f) Que se haya hecho el registro público del documento que la ley exige, caso de los documentos bajo firma privada, que no tienen fecha cierta con respecto a terceros sino desde el día en que han sido registrados, desde la fecha de la muerte de cualquiera que los haya suscrito o desde el día en que su sustancia se ha hecho constar en actos autorizados por oficiales públicos, tales como los expedientes de colocación de sellos o de inventario.[68]

(g) Requisitos especiales de ciertos documentos privados, como los que contengan Convenciones sinalagmáticas, no son válidos sino cuando han sido hechos en tantos originales como partes hayan intervenido con interés jurídicos distintos[69]. En el caso del testamento ológrafo el mismo no será válido si no está escrito por entero, fechado y firmado de manos del testador, y no está sujeto a ninguna otra formalidad.[70]

(h) Que el documento esté completo sin alteraciones, mutilaciones o tachadura que alteren su contenido y plena fe, según Mittermier "debe presentarse en toda su integridad, sin la menor señal de alteración o mutilación".

(i) Que el documento tenga la virtualidad de una prueba plena, en el sentido de dar prueba completa o perfecta sobre la certeza del hecho a probar.

Prototipos de medios de prueba documental en proceso de lavado de activos

Luego del sucinto análisis del concepto de documento, a título de ejemplo, revisemos a continuación una relación de cosas u objetos que pueden constituir documentos con fuerza probatoria en investigaciones o juicios al fondo por delitos de lavado de activos:

(a) Documentos de identificación: cédulas de identificación personal, registros civiles o eclesiásticos de nacimiento o del estado civil, tarjetas militares, pasaportes, visas o registros migratorios, licencias de conducir autos o naves aéreas o acuáticas, tarjetas de identificación de empleos particulares u

oficiales, etc., con los cuales se puede demostrar parentesco o relación entre imputados, cómplices o sospechosos, o bien para la necesaria identificación plena de personas implicadas.

(b) Documentos de pago: cheques, letras de cambio, recibos de consignación de dinero, recibos de transacciones de dinero a través de cajeros automáticos, pagarés, tarjetas de crédito, tarjetas de débito, cheques viajeros, giros postales (Money Orders), dinero efectivo en moneda nacional o extranjera, recibos de depósito a término fijo, cupones o desprendibles de cheques, entren otros, que pueden ser útiles tanto para probar la capacidad patrimonial de las personas, como para establecer si hay o no relaciones entre ellas.

(c) Documentos de propiedad: certificados de títulos duplicados del dueño, del acreedor hipotecario, o de otros derechos registrables conforme a la Ley de Registro de Tierras, vigente; escrituras públicas o privadas de compraventa, facturas, recibos de abonos por pagos a crédito, hipotecas, licencias de importación o exportación, manifiestos de aduana, testamentos, sentencias de sucesión, y similares.

(d) Contratos: laborales, de arrendamiento de bienes muebles o inmuebles, de compraventa de bienes muebles o inmuebles, de constitución o reforma de sociedades, contratos de comodato, contratos de mutuo, contratos de préstamos, de depósitos, etcétera.

(e) Certificados diversos: de registro inmobiliario, automotor y de naves aéreas o acuáticas; de Cámaras de Comercio, de Oficinas de Impuestos locales o nacionales (declaraciones de renta o pagos de impuestos), académicos (expediciones de títulos o certificados de escolaridad), de membresía de clubes, etc., que pueden servir para complementar, corroborar o desvirtuar pruebas de propiedad e incluso de una condición especial de alguna de las personas imputadas o sospechosas de haber incurrido en alguna actividad ilícita.

(f) Soportes informáticos: discos duros de computadoras, discos blandos (diskettes), discos compactos, discos de compactación de información (Zip), discos ópticos, impresoras, agendas digitales y electrónicas de toda especie, teléfonos celulares, cassettes de audio y video, discos de DVD, cámaras digitales y dispositivos de memoria paralela, que son útiles para los fines del aseguramiento de las pruebas.

(g) Escritos o imágenes impresas: manuscritos, libros de contabilidad y de comercio en general, fotografías y álbumes fotográficos, agendas de papel, libros que contienen anotaciones manuscritas o dedicatorias, cuadros, recetas médicas, recibos de pagos de peajes, tarjetas de invitación o de presentación personal, tickets aéreos o de otra especie, cupones de pases para abordar vuelos, marcas de mercancía (con mayor razón si son las marcas que a veces les ponen los narcotraficantes a los envíos de drogas, aunque a veces lo hagan para distraer a las autoridades), poderes conferidos a abogados, copias de procesos judiciales.

Amerita un estudio más detenido sobre los documentos que se describen a continuación, desde el punto de vista de su utilización como instrumentos probáticos partiendo de las consideraciones de Herman Rincón Cuéllar, en su exposición sobre *"Práctica y Aseguramiento de las Pruebas en el Proceso Penal"*:

1. *"Agendas electrónicas*. Con la ayuda de un técnico en la materia pueden buscarse los archivos, en los cuales ordinariamente se guardan números telefónicos, direcciones de correo electrónico, números de escrituras públicas, de cuentas corrientes o de ahorros, de certificados de depósitos, etc., que en un momento determinado pueden ser utilizados para el descubrimiento de la verdad".

2. *"Buscapersonas*. Es importante tener en cuenta que el hallazgo de buscapersonas no solamente puede ser útil para leer los mensajes actuales o que se encuentren en la memoria, sino además para acudir ante la empresa prestadora del servicio con el fin de obtener la historia de esas comunicaciones o fundamentos para ordenar judicialmente la intervención de otras, la identificación del usuario o la persona que pague el servicio, cuando haya razones legales para hacerlo. No hay que olvidar que en las organizaciones criminales con frecuencia los servicios de buscapersonas y teléfonos celulares son contratados a nombre de terceras personas para distraer a las autoridades".

3. *"Teléfonos celulares*. Explorar la memoria de un teléfono celular para conocer los últimos números marcados o de llamadas recibidas, al igual que los mensajes dejados en el buzón, puede ser de mucha utilidad para conocer los contactos del usuario del aparato. De la misma manera es conveniente verificar con la empresa prestadora del servicio, a nombre de quién fue vendido el equipo telefónico, quién y de qué manera paga las cuentas, por las mismas razones anotadas al final del numeral precedente. La búsqueda en las memorias de los teléfonos celulares puede ser mucho más útil si se tiene en cuenta que ya se usan para hacer conexiones con la Internet, para envíos de correo electrónico y dentro de poco estarán en el mercado aparatos de esta especie que permiten la comunicación audiovisual".

4. *"Computadores*. No es extraño que cuando se produce la incautación de equipos electrónicos, particularmente computadores, las autoridades de policía, del Ministerio Público o judiciales intenten disponer a la mayor brevedad posible de ellos en el cumplimiento de funciones oficiales, para suplir así las carencias o necesidades que se padecen a este respecto. No obstante ello, lo aconsejable es procurar que, antes de hacer uso de tales equipos, se ordene y practique, con la ayuda de un ingeniero o experto en sistemas, con el fin de buscar en la memoria información que pueda ser útil a los fines de la investigación, no sólo en los archivos corrientes, sino en los buzones de correo electrónico, servicios de Internet (páginas personales o comerciales consultadas) e incluso en las memorias de cámaras de video que hayan sido conectadas con el fin de tener comunicación audiovisual a gran distancia.

   En el mismo sentido debe recomendarse que, aún en el caso de que no se encuentre información en

la memoria de un computador por haber sido borrados, se procure explorar la memoria *printer* desde donde es posible la recuperación de archivos para los cuales se haya dado orden de impresión recientemente. La *memoria RAM* de la computadora es un área de almacenamiento a corto plazo para cualquier tipo de dato que la computadora está usando, pero también es el tipo más común de memoria que utilizan las impresoras. La *memoria ROM* conserva su contenido incluso cuando se apaga el computador, por eso se conoce como permanente y es utilizada además en calculadoras y dispositivos periféricos tales como las impresoras láser. Por esa razón fue que en 1994, cuando en un allanamiento se encontró una computadora e indicios de que recientemente se habían impreso archivos que alcanzaron a ser borrados, producida su retención la computadora fue llevada a Estados Unidos, donde expertos en informática pudieron recuperar de la memoria *printer* los archivos impresos, correspondientes a guías telefónicas, direcciones de funcionarios judiciales y de gobierno, placas de vehículos que ingresaban a la ciudad, etc., información que era utilizada por los miembros de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes".

5. "Diskettes. El hallazgo de diskettes al lado de computadores, en los que puede guardarse información relacionada con actividades delictivas, debe tomarse con mucha cautela, pues ha habido casos en que uno o varios de ellos han sido deliberadamente contaminados con virus para destruir información, han sido dejados a propósito para que quien los encuentre, al intentar leer los archivos contenidos en esos discos blandos, destruya otros existentes en el disco duro y que pueden ser comprometedores de la responsabilidad penal que pueda tener el usuario o dueño del equipo.

   En todo caso, es importante hacer el esfuerzo por inspeccionar y analizar los archivos contenidos en unidades de almacenamiento de información, tales como diskettes, discos del sistema Zip (grabadoras de discos especiales con capacidad para archivar aproximadamente unos 100 megabytes), discos ópticos o discos compactos".

6. "Discos *ópticos*. Considerados los cuantiosos recursos con que cuentan los narcotraficantes, lavadores de activos y en general la delincuencia organizada, pero también el incremento de la masificación de los medios informáticos, ya no es nada extraño encontrar archivos grabados en discos ópticos porque, dado su carácter de memoria auxiliar o "*periféricos de almacenamiento masivo*", les permite guardar archivos voluminosos que pueden mantener fuera de un computador y esconder más fácilmente. En efecto, los discos ópticos son removibles, tienen capacidad para almacenar masivamente datos en pequeños espacios, son portables y son más seguros en la conservación de los archivos porque la capa que los almacena es inmune a los campos magnéticos caseros".

7. "*Palm Pilot*. Además de las muy conocidas agendas de papel y electrónicas, el Palm es un organizador personal en el que se pueden almacenar direcciones, teléfonos, usar juegos sencillos, programar listados de cosas por hacer, escribir memorandos, pero además las versiones actuales

permiten conectarse a Internet y recibir mensajes de correo electrónico. Si a ello se suma el uso cada vez más frecuente de la Internet y el correo electrónico para realizar actividades delictivas relacionadas con los estupefacientes y el lavado de activos, se hace mucho más importante dedicar mayor atención a este tipo de aparatos electrónicos cuando son portados por una persona indiciada de cometer alguna de esas conductas o son hallados en la escena de uno de tales delitos".

8. "*Tarjetas telefónicas prepagadas*. No se debe olvidar que, además del aumento del uso de los servicios telefónicos prepagados para llamadas nacionales e internacionales, en la actualidad también hay tarjetas de esta especie con terminales de computador, que pueden ser usadas para comunicarse con cualquier aparato de esa clase. Por esa razón lo más recomendable es obtener el auxilio de expertos en telecomunicaciones con el fin de tratar de obtener información relacionada con el uso que se les haya dado a esas tarjetas, de tal manera que, por lo menos, se obtengan elementos de juicio para interrogar a un imputado o a eventuales testigos".

9. "*Tarjetas de débito*. Ordinariamente son tarjetas expedidas por los bancos para hacer retiros en dinero efectivo de cuentas corrientes o de ahorro; las más conocidas tienen bandas magnéticas pero también pueden tener barras de acceso que al ser leídas permitan el ingreso a una determinada cuenta para realizar una transacción. Igualmente existen las *e-cash* o *monederos electrónicos* y *smart cards* o tarjetas inteligentes, que cuentan con terminales de computación o chips incorporados para almacenar unidades de valor que con anterioridad se han depositado o cargado a una cuenta, de tal manera que el usuario pueda hacer pagos o descuentos hasta agotar la cuantía depositada o disponible y "recargarla" con un nuevo depósito. Aunque las empresas que ofrecen los monederos electrónicos han establecido pequeñas cuantías máximas, no se puede descartar que las mismas puedan ser utilizadas para hacer pagos relacionados con actividades ilícitas".

10. "*Tarjetas de crédito*. Algo que se debe tener en cuenta es que en allanamientos o en poder de personas capturadas se encuentran tarjetas de crédito expedidas a nombre de un tercero, que en muchos casos son utilizadas por narcotraficantes (las entregan a empleados suyos para pagos de viajes, gastos personales, etc.), lavadores o para pagar sobornos. Mayor cuidado hay que tener ahora que se ha puesto en el mercado la tarjeta de crédito virtual (*E-Card*) específicamente diseñada para compras por Internet, pues no se trata de una tarjeta física sino de un simple número, que ni siquiera requiere anotarse sino que hasta se puede consultar en la página de Internet del banco que la expide, previo uso de una contraseña".

"Aunque no constituya propiamente un documento, un pedazo de papel con unas características determinadas en un momento dado puede llegar a constituir prueba de la culpabilidad o inocencia de una persona a quien se imputa una infracción al estatuto de estupefacientes. En efecto, en una oportunidad el descubrimiento de un pliego de papel de regalo al que le habían cortado un pedazo, dentro de un escritorio del Comando de Policía al que pertenecían dos agentes de policía, permitió

establecer que éstos mentían cuando le atribuían a un individuo el porte de varias envolturas de cocaína base dentro de una caja de goma de mascar, pues el grabado del papel utilizado para las envolturas era el mismo del hallado en el escritorio de los agentes y además exhibía un corte en el que calzaban a la perfección los retazos utilizados para las envolturas cuyo porte se atribuía al imputado, quien en su indagatoria acababa de alegar que los uniformados le habían introducido la caja de chicles a su bolsillo".

"Otro ejemplo digno de mencionar consiste en la utilización de una fotocopia de una carta manuscrita, anónima pero con dos alias al final del texto, en la cual se delataba ante la DEA que una organización narcotraficante iba a enviar un cargamento de más de tres toneladas de cocaína a USA, por vía marítima y en unas condiciones especificadas en la carta, lo que efectivamente había ocurrido. Habiendo obtenido una copia informal, un fiscal dejó constancia de ello, ordenó la apertura de una investigación previa y, con base en solicitud de asistencia judicial, obtuvo copias de las pruebas relacionadas con la incautación del cargamento de cocaína y la captura de personas, como también se identificó al autor de la carta, quien rindió testimonio jurado, aceptó la redacción de la carta e informó sobre la manera cómo obtuvo la información."[71]

6.2. La prueba testimonial

Es el instrumento probático capaz de producir una representación de determinados hechos históricos, a través de la exposición oral del testigo que ha visto, oído o percibido a través de los sentidos el hecho alegado como ilícito y sobre la conducta, acciones u omisiones del imputado o imputados. Este medio de prueba hace posible trasladar al proceso una serie de hechos de la realidad que serán sometidos a las inferencias y valoración del juez para obtener la reproducción del hecho controvertido, y en materia penal uno de los medios de pruebas idóneos para la búsqueda de la verdad material.[72]

El testimonio, conforme a la doctrina sustentada por Hernando Devis Echandía, presenta las características siguientes:

"a) Es un acto jurídico conscientemente ejercitado; b) Es un acto procesal; c) Es un medio de prueba judicial; d) Consiste en una narración de hechos;"

Es un deber jurídico para con el Estado el rendir testimonio sobre el conocimiento que se tenga de los hechos que interesen en cualquier proceso sin que haya razones valederas para limitarlo al ámbito penal.[73]

Esta prueba testimonial dentro del sistema acusatorio adoptado en el ordenamiento jurídico dominicano, en cuanto al proceso penal, está regida en el Código Procesal Penal, en el título III del Libro IV sobre los Medios de Prueba, y está comprendida desde el artículo 194 al 203, vinculantes para toda la materia penal.

Se establece el testimonio como una obligación, según la cual, toda persona tiene la obligación de comparecer a la citación y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, salvo las excepciones de ley[74].

La persona llamada a testificar no está obligada a declarar sobre hechos que puedan comprometer su responsabilidad penal, lo que implica el derecho a no declarar en contra de sí mismo o de no autoincriminación, conforme al artículo 8, numeral 2, literal i) de la Constitución de la República Dominicana que dispone:"*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo*". En igual sentido se expresa el artículo 8.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de aplicación directa e inmediata y que prevalecen sobre toda ley que les sea contraria.[75]

El principio es que el testigo debidamente citado está obligado a comparecer[76].

Esta obligación general de testificar y de comparecer para satisfacer este deber sufre excepciones como son:

(a) Por la dignidad del cargo. Sobre este aspecto, el Art. 195 del Código Procesal Penal establece: Excepción a la obligación de comparecer. El Presidente de la República, el Vicepresidente, los presidentes de las cámaras legislativas, los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, el Presidente de la Junta Central Electoral, los embajadores y cónsules extranjeros, pueden solicitar que la declaración se lleve a cabo en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio;

(b) Por el carácter perjudicial de la declaración para quien la hace: "La persona llamada a testificar no está obligada a declarar sobre hechos que puedan comprometer su responsabilidad penal[77], esta excepción entra dentro del ámbito del derecho a no auto incriminarse".

(c) El grado de parentesco o afinidad: En este caso se crea una facultad de abstención de presentar declaración: 1) Al cónyuge o conviviente del imputado; 2) Los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, se prevé expresamente que antes de que presten testimonio estas personas deben ser advertidas de su facultad de abstención y pueden ejercer esta facultad en cualquier momento, aún durante su declaración, incluso para preguntas particulares.[78] Si el Juez o tribunal, y en su caso el Ministerio Público, estima que el testigo invoca erróneamente la facultad o el deber de abstención, ordena su declaración, conforme al citado Art. 194.

(d) Por razón del secreto profesional. El Art. 197 consagra el deber de abstención, según el cual deben abstenerse de declarar quienes según la ley, deban guardar secreto. Estas personas no pueden negarse a prestar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto. Este principio sufre una excepción en materia de lavado de activos, de conformidad con el artículo 41.3 de dicha Ley, cuando se trata de profesionales liberales, que actúan en el ejercicio de su

profesión como intermediario financiero; y en igual sentido, según el artículo 41.7, en razón del deber de colaboración con el Comité Nacional contra el Lavado de Activos, con respecto a cualquier hecho u operación en que exista indicio o certeza de que está relacionado con el lavado de activo, lo que implica que no hay reserva sobre el secreto bancario.

(e) Por el lugar de la residencia del testigo. El Art. 200 reglamenta en pro de la efectividad y aseguramiento del testimonio de los testigos residentes en el extranjero que se proceda conforme a las reglas de cooperación judicial internacional, pudiéndose requerir la autorización del Estado en el cual se encuentre la persona llamada a testificar, para que el representante consular o el Juez que conoce de la causa o por un representante del Ministerio Público, proceda a trasladarse a fin de ejecutar la diligencia según la fase del procedimiento y la naturaleza del acto de que se trate, innovación ésta aportada por el nuevo Código Procesal Penal, que facilita la prueba testimonial en un delito que como el lavado de activos se caracteriza por su naturaleza de crimen internacional, o sea, que su comisión se desarrolla o puede desarrollarse en territorios de diferentes Estados. Ya sea el lavado de activos en sí mismo o los crímenes anteriores que lo facilitan o encumbren.

(f) Testimonios especiales. Tal es el testimonio de personas que se encuentren en circunstancias especiales de vulnerabilidad, cuyo testimonio puede ser recibido en privado y con la asistencia de familiares o personas especializadas.[79]

(h) Testimonio de los menores de dieciocho años de edad, ya sean niños y niñas (hasta los doce años) y adolescentes (desde los trece años hasta alcanzar la mayoría de edad), que son utilizados por los inculpados en el delito internacional de lavado de activos, y por los derechos propios de esta franja de la población, con la categoría de derechos humanos, y por consiguiente de naturaleza constitucional. En esa categoría están los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Niño y en el Nuevo Código del Menor[80]

Partiendo de estos principios, el testimonio de los menores está sujeto a la siguiente regulación, según el art. 327 del Código Procesal Penal: Siempre que el interrogatorio puede perjudicar la serenidad del menor de edad, a petición de parte o de oficio, el tribunal puede disponer uno o más de las siguientes medidas: 1) Escuchar su declaración sobre la base de las preguntas presentadas por las partes; 2) La celebración a puerta cerradas de la audiencia; 3) Que el menor declare fuera de la sala de audiencia y que se dispongan los medios técnicos que permitan a las partes y al público a presenciar el interrogatorio desde la sala. Esta declaración puede ser revocada durante el transcurso de la declaración.

Durante este testimonio especial el presidente puede auxiliarse de un pariente del menor, de un experto en psicología o de otra ciencia de la conducta.

(i) Testimonio de personas que no hablen español o con impedimento. No es una causa inhabilitante para

ser testigo el hecho de que se trate de personas que no puedan expresarse fácilmente en español o que adolezcan de algún impedimento manifiesto. Pueden disponerse las medidas necesarias para que el interrogado sea asistido por un intérprete o traductor o se exprese por escrito o de la forma que facilite la realización de la diligencia, en virtud del Art. 202 del Código Procesal Penal.

(j) Testigos residentes en lugar lejano del tribunal: Si el testigo reside en un lugar lejano de donde deba prestar declaración y carece de los medios económicos para su traslado, puede disponerse la provisión de los medios económicos necesarios para asegurar su comparecencia, estando garantizada la comparecencia mediante la sanción de conducencia. [81]

(k) Testimonio del testigo reticente: Salvo las excepciones indicadas precedentemente, se garantiza la comparecencia del testigo, denominado testigo reticente, que es aquel que citado para prestar declaración no comparezca o se niega a satisfacer el objeto de la citación. En ese caso es sancionado con una multa por el equivalente de hasta treinta días de salario base por un Juez de primera instancia. Esta sanción la aplica el Juez a solicitud del Ministerio Público. [82]

La forma extrema de conminar al testigo a cumplir con su deber de testificar es la conducencia que procede en el caso en que si debida y regularmente citado el testigo no se presenta a prestar declaración, el Juez o tribunal o el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, puede hacerle comparecer mediante el uso de la fuerza pública.

La conducencia no puede prolongarse más allá del agotamiento de la diligencia o actuación que la motiva. [83]

La prueba testimonial como todo medio de prueba está sujeta a ser aportada conforme a los principios de la legalidad de la prueba, a la contradicción, a la oralidad o sea, ser producida en presencia de toda las partes, a viva voz, y en conformidad con el principio de inmediatez, con la presencia continua de las partes y el Juez, que permitirá la observaciones, impugnaciones, argumentaciones, con respeto a la dignidad de la persona del testigo y contra quien o a favor de quien se exponga el testimonio, que se refiera directa o indirectamente al hecho y circunstancias objeto de la actividad probatoria, o sea, la pertinencia y utilidad para descubrir la verdad. En el Art. 201 de dicho Código Procesal se regula la forma de la declaración, como sigue: Antes de iniciar su declaración, el testigo es informado sobre sus obligaciones y de la responsabilidad derivada de su incumplimiento de, según su creencia, prestar juramento o promesa de decir la verdad.

Acto seguido procede su interrogatorio por separado, que se inicia con las preguntas acerca de sus datos personales y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar la veracidad de su testimonio.

Si el testigo expresa temor por su integridad o la de otra persona puede ser autorizado excepcionalmente a no indicar públicamente su domicilio y otros datos de referencia, de lo cual se toma nota reservada, pero el testigo

no puede ocultar su identidad ni ser eximido de comparecer.

Como todo instrumento probática o medio de prueba, el testimonio está sometido a la admisión y valoración de parte del Juez, a quien va dirigida la prueba, ya sea como instrumento o medio, o como los argumentos, razones y motivos dirigidos a convencer al Juez sobre la fiabilidad del medio de prueba, así como la verosimilitud de los hechos cuya prueba o demostración se pretende a través del testimonio. Este será sometido a las reglas de la lógica, a los principios científicos y a las máximas de experiencia para conformar la sana crítica del Juez o tribunal.

Estas investigaciones tendentes a la recolección de la prueba para ser sometidas al Juez a los fines de admisión, están rodeadas de las más estrictas regulaciones a los fines de asegurar la licitud y legalidad de la prueba y el respeto a la dignidad humana y al derecho de defensa, conforme a las disposiciones constitucionales prescritas en el Art. 8 que consagra el régimen de las libertades fundamentales y derechos humanos, como finalidad esencial del Estado Dominicano.

6.3. La prueba informativa

Sentis Melendo define la prueba de informes como "la que ha de practicarse para incorporar a los autos, por medio de escrito, datos que existan registrados en contabilidad o archivos de una entidad pública o privada que no sea parte de un juicio, destinados a comprobar afirmaciones relativas a hechos controvertidos y que se aporten por quienes representen a la entidad y cuyo conocimiento de tales datos no tenga un carácter personal". [84]

Para Luís Muñoz Sabaté, la prueba de informes, sustancialmente, es aquella que tiene su fuente en un archivo, libro o registro de una entidad pública, la que puede extenderse a empresas privadas dotada de una macro-organización tal que haga más cómoda, fiable y operativa este tipo de prueba, añadiéndole como característica accidental la escasa influencia que sobre la misma pueda tener el principio del contradictorio, teniendo la contraparte como medio de oponerse a la misma la oportunidad de comprobar o infirmar la misma mediante la prueba en contrario, ya sea solicitando otros datos informativos, rechazarla o desviarla hacia la prueba testifical. [85]

Estos informes, como medios de prueba, son de uso cotidiano en los procesos judiciales, especialmente en la materia penal, hasta el punto que puede constituir la casi totalidad de la estrategia probatoria.

La prueba de informes en el derecho procesal dominicano en materia de lavados de activos tiene un fundamento legal.

Con relación a este instrumento de prueba, la Ley 72-02 sobre Lavado de Activo, establece en su capitulo IV la obligación de la prevención y detección del lavado de activos constituyendo la figura de los "sujetos obligados", para:

(a) Las entidades financieras legalmente reguladas;

(b) Las personas físicas o morales dedicadas al corretaje o intermediación de títulos o valores, de inversiones y de ventas a futuros;

(c) Las personas físicas o morales que intermedien en el canje de divisas (agentes de cambio, canjeadores);

(d) Banco Central de la República Dominicana.

El artículo 39 de dicha Ley expresa que se asimilarán a las instituciones financieras las personas físicas o morales que realicen, entre otras, las siguientes actividades:

(a) Operaciones sistemáticas de canje de cheques u otro tipo de valor negociable;

(b) Operaciones sistemáticas de emisión, venta o rescate de cheques de viajeros o giro postal, la emisión de tarjetas de créditos o débitos y otros instrumentos similares.

(c) Transferencias sistemáticas de fondos, sea por vía de las entidades financieras, por correos especiales, por medios electrónicos o cualquier otro medio (agentes de cambios, remesadores).

(d) Cualquier entidad que preste servicios financiero internacionales (offshore).

Quedando también sujetas a las obligaciones establecidas en el presente capitulo las personas físicas o jurídicas que ejerzan otras actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el lavado de activos. Se considerarán como tales, conforme al Art. 40 de la citada Ley,

(a) Los casinos de juegos;

(b) Las actividades de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles;

(c) Las empresas o personas físicas que de forma habitual se dediquen a la compra y venta de artículos;

(d) Compañías y corredores de seguros;

(e) Las actividades comerciales, en atención a la utilización habitual de billetes u otros instrumentos al portador como medio de cobro, al alto valor unitario de los objetos o servicios ofrecidos, o a otras circunstancias relevantes. Sin que sea limitativa, entre esas actividades figuran la compra y venta de armas de fuego, metales, artes, objetos arqueológicos, joyas, barcos, aviones;

(f) Los servicios profesionales;

(g) Cualquier otra actividad comercial que, por la naturaleza de sus operaciones, pueda ser utilizada para el lavado de activos.

En el Art. 41 de la Ley 72-02, se establecen como obligaciones de los "sujetos obligados" las siguientes:

Identificación de clientes; e

Identificación de terceros beneficiarios;

En el caso de los profesionales liberales que actúen como intermediarios financieros, no podrán invocar el secreto profesional para rechazar revelar la identidad de los terceros parte de la transacción;

Reporte de transacciones en efectivo, lo que implica para el sujeto obligado comunicar dentro de los quince (15) días de cada mes, mediante formularios o a través de soporte magnético a la Unidad de Análisis Financiero, vía Superintendencia de Bancos, a todas las instituciones que estén bajo la supervisión de esta entidad, todas las transacciones en efectivo realizadas en el mes anterior que superen la cantidad de diez mil dólares (US$10,000.00) u otra moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional, calculado en base a la tasa oficial de cambio establecida por el Banco Central de la República Dominicana. Asimismo, las transacciones múltiples en efectivo realizadas en una o más oficinas de la misma entidad que, en su conjunto, superen la cantidad de diez mil dólares (US$10,000.00) de los Estados Unidos de América u otra moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional, serán agrupadas y consideradas como una transacción única si son realizadas en beneficio de una misma persona, física o moral durante un día laborable y cuyas transacciones deberán ser reportadas a la Unidad de Análisis Financiero.

Transacciones sospechosas, las cuales son definidas en el literal 5 del referido Art.41.

Conservar los documentos durante un periodo de mínimo de diez (10) años que acrediten adecuadamente la realización de las operaciones y la identidad de las personas físicas o morales que las hubieran realizado o que hubieran entablado relaciones de negocio con la entidad.

Colaboración con el Comité Nacional contra el Lavado de Activos, como es comunicar por iniciativa propia o por solicitud del Comité Nacional contra el Lavado de Activo cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el lavado de activos.

Estas disposiciones sobre la prevención y detección del lavado de activo implica necesariamente el deber de los "sujetos obligados" de rendir informes sobre las actividades que realizan y que están legalmente definidas en la Ley 72-02, cuando les sean requeridas por los agentes administrativos y autoridades judiciales competentes, para los fines de fundamentar la acusación correspondiente como medios de prueba idóneos.

En cuanto a la naturaleza de este medio de prueba, Sentís Melendo la califica de prueba sucedáneo a la prueba testifical. Para Serantes Peña es un complemento de la prueba testifical, Almagro Focet la considera como "una síntesis de diversos elementos de prueba que se configuran de manera unitaria"; y para Luís Muñoz Sabaté, la prueba de informes es "un testimonio de altura, despersonalizado y manifiestamente objetivo que depone usualmente sobre datos registrados o máximas de experiencia.[86]

Como prueba sucedánea a la testifical el "sujeto obligado" o su representante legal, si es una persona moral, puede ser llamado a testificar, en calidad de testigo, según sus derechos y obligaciones expuestos más arriba.

6.4. El peritaje

Es el medio de prueba, particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica.

El peritaje es el medio de prueba idóneo cuando en el proceso penal se presentan cuestiones para cuya solución es preciso poseer determinados conocimientos científicos, técnicos o artísticos, para comprobar hechos de cierta naturaleza, por ejemplo en los casos de violación, establecer en el caso de lavado de activos, el encubrimiento de los hechos delictivos previos al lavado, por medio de la moderna tecnología en el ámbito digital, y sus consecuencias económicas en la industria del entretenimiento; configurar las características de algunos hechos para dejar tipificada la infracción como en las asociaciones del crimen organizado, su naturaleza, características, modo de operar, etcétera.[87]

Como analizaremos, en el nuevo Código Procesal Penal se hace una detallada reglamentación, que viene a suplir los vacíos y lagunas de este medio de prueba fundamental para la consecución de la verdad judicial, en sus artículos del 204 al 217 y 324.

Se conceptúa el peritaje como el medio para descubrir o valorar un elemento de prueba cuando sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, cuya prueba debe ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes[88] (Art.204).

Los peritos deben estar dotados de calidad habilitante: deben ser expertos y tener títulos, expedidos en el país o en el extranjero, sobre la materia relativa al punto sobre el cual son llamados a dictaminar, siempre que la ciencia, arte o técnica estén reglamentadas. En caso contrario, debe designarse a personas de idoneidad manifiesta.

No rigen las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció directamente, aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica. En este caso se aplican las reglas de la prueba testimonial. [89]

Están incapacitados para actuar como peritos:

(a) Quienes por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales no comprendan el significado del acto;

(b) Quienes deban abstenerse de declarar como testigos;

(c) Quienes hayan sido testigos del hecho objeto de procedimiento;

(d) Los inhabilitados.

Un aspecto que debe destacarse en cuanto al nombramiento de los peritos, es que expresamente deben ser designados por el juez o tribunal, o por el Ministerio Público en la etapa preparatoria, siempre que no se trate de un anticipo jurisdiccional de prueba. Se determina el número de peritos según la complejidad de las cuestiones planteadas y se oyen las sugerencias de las partes[90]. Se atribuye facultad a las partes de proponer peritos en reemplazo del ya designado o para que dictamine conjuntamente con el nombrado por el tribunal; pudiendo las partes proponer temas para el peritaje y objetar los admitidos o propuestos por otra parte (Art.208). En apoyo al derecho constitucional de defensa, a las partes se les permite asistir a las diligencias, asesoradas por sus consultores técnicos, solicitar aclaraciones, con la obligación de retirarse cuando los peritos inicien sus deliberaciones.[91]

Se reglamenta lo relativo al dictamen pericial y, en caso necesario, nuevos dictámenes. Se ha creado la modalidad en la prueba pericial del "Auxilio Judicial"[92], que consiste en que:

"El Juez o Ministerio Público, según la naturaleza del acto, puede ordenar la presentación o el secuestro de cosas y documentos, así como la comparecencia de personas, si fuere necesario, para llevar a cabo las operaciones de peritaje. También puede requerir al imputado y a otras personas que confeccionen el cuerpo de escritura, graben su voz o lleven a cabo operaciones semejantes.

Cuando la operación sólo pueda ser ejecutada voluntariamente por la persona requerida y ella rehúse colaborar, se deja constancia de su negativa y se dispone lo necesario para suplir esa falta de colaboración."

Otra innovación es la "Pericia cultural"[93], en los casos de hechos punibles atribuidos a miembro de un grupo social puede ordenarse una pericia cultural para conocer las pautas culturales de referencia, a los fines de valorar adecuadamente su responsabilidad penal.

En relación con la facultad de las partes en la práctica del peritaje, ellas pueden proponer otro perito en reemplazo del ya designado, o para que dictamen conjuntamente con él cuando por las circunstancias particulares del caso, resulta conveniente su participación, por experiencia o idoneidad especial.[94]

Las partes pueden proponer fundadamente temas para el peritaje y objetar los admitidos o propuestos por otra de las partes, es decir, que las partes tienen una participación pro activa en defensa de sus pretensiones siendo causas legales de inhibición y recusación de los peritos las establecidas para los jueces.

Ejecución del peritaje. Los peritos deben aceptar las funciones para las que han sido designados, son citados en la misma forma que los testigos y tienen el deber de comparecer y desempeñar el cargo para el cual han sido nominados.

Si los peritos no son idóneos, estando comprendidos en algunas de las incapacidades citadas, presentan un motivo que habilite su recusación o sufren un impedimento grave, así lo pueden manifestar, indicando los motivos.

El funcionario que ha dispuesto el peritaje resuelve todas las cuestiones que se planteen durante su realización.

Los peritos practican conjuntamente el examen, siempre que sea posible o conveniente. Las partes y sus consultores técnicos pueden asistir a la diligencia y solicitar aclaraciones pertinentes, con la obligación de retirarse cuando los peritos inicien la deliberación. Durante la etapa preparatoria, esta facultad no obliga al Ministerio Público a convocar a las partes a la operación.

Cuando algún perito no concurre a realizar las operaciones periciales, por negligencia o por alguna causa grave, o cuando simplemente desempeña mal su función, se procede a su reemplazo.

Dictamen Pericial

El dictamen debe ser fundado y contener la relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos, en su caso, y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado.

Los peritos pueden dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presenta por escrito firmado y fechado, sin perjuicio del informe oral en las audiencias.

Cuando el dictamen es dudoso, insuficiente o contradictorio, el Juez, a solicitud de parte, o el ministerio publico,

según corresponda, pueden ordenar su ampliación o la realización de un nuevo peritaje por los mismos peritos o por otros.[95]

Para la verificación y valoración del hecho punible o uno de sus elementos, conforme a los principios científicos, artísticos o técnicos, el nuevo Código Procesal Penal ha creado el mecanismo del auxilio judicial, que para su implementación requiere:

(a) De la orden del Ministerio Público, en la fase de investigación o del Juez, según la naturaleza del acto de presentación o secuestro de casos y documentos;

(b) Ordenar la comparecencia de personas, si es necesario, para realizar las operaciones de peritaje; y

(c) Ordenar al imputado y a otras personas que confeccionen el cuerpo de escritura, que graben su voz y otras operaciones semejantes, eficaces para la verificación y valoración de la prueba en el campo del lavado de activo y crímenes graves que lo preceden.[96]

Los dictámenes de los peritos no son vinculantes para el Juez, que conserva la libertad de apreciación y valoración de la prueba, lo que debe ser conforme a la regla de la sana crítica y debe fundar su decisión en una interpretación de los hechos de conformidad con los principios científicos, normas de experiencia y las reglas de la lógica.

6.5. La prueba anticipada

Es un tipo de prueba que presenta las siguientes características:

(a) Es de naturaleza preventiva, por la no existencia del proceso penal en el momento en que se van recogiendo o elaborando los datos, que recaen sobre operaciones de naturaleza sospechosa que apuntan hacia la comisión de un hecho punible, no precisamente de carácter subjetivo o sea sobre persona o personas determinadas, y como modelo de las mismas se tienen las verificaciones de operaciones o transacciones económicas indicadas taxativamente en los artículos 38 al 40 de la citada Ley 72-02 sobre Lavado de Activos.

(b) Carácter preconstituido, o sea, antes de la formulación de la acusación y del inicio del proceso, con el objeto de constituir o formar las pruebas con base en las cuales se fundamente la acusación.

(c) No existe certeza de la existencia de un hecho punible.

(d) Se origina con autorización legal[97] o judicial, como en el caso de la interceptación de telecomunicaciones.[98]

(e) Las pruebas anticipadas pueden tener por objeto preconstituir: la prueba de informes[99]; la prueba

testimonial; la prueba documental como fotografías, grabaciones de audio o video, soportes magnéticos, actas de incautación de drogas, de allanamiento de moradas o lugares privados y/o lugares públicos, etcétera.

(f) En el campo de lavado de activo las actividades tendentes a preconstruir la prueba son asignadas por la ley, a organismos o funcionarios, como en el caso de los reportes de transacciones en efectivo por las entidades bancarias bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos, destinadas a las Unidades de Análisis Financiero, conforme con el Art.41.4 de la Ley 72-02.

Puede afirmarse que con base a una prueba anticipada, que sólo puede constituirse para una actividad especificada por la ley o la autoridad judicial, que le da veracidad y fiabilidad a los datos verificados, y de naturaleza excepcional frente al principio de la presunción de inocencia, el agente oficial o los "sujetos obligados", de conformidad con la terminología de la Ley 72-02, empiezan a preconstituir pruebas de lo que puede ser un hecho punible, que serán el fundamento de la imputación o acusación y de la eventual condena penal.

Como señala Hernán Rincón Cuellar, especialista legal CICAD/OEA, "en el campo penal y particularmente en las investigaciones relacionadas con el lavado de activos, tráfico ilícito de estupefacientes, de precursores, de armas, cabe la posibilidad de preconstituir pruebas sin que implique vulneración de derechos o garantías del individuo, con amparo en leyes y tratados internacionales." [100]

El Código Procesal Penal tipifica la figura procesal del "anticipo de prueba", según el Art. 287, "excepcionalmente las partes pueden solicitar al juez un anticipo de prueba cuando:

1. Se trate de un peritaje que por sus características no permita que se realice posteriormente un nuevo eximan;
2. Es necesaria la declaración de un testigo que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio o, cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce.

El juez practica el acto, si lo considera admisible, y cita a las partes, que tienen derecho a asistir, y a hacer uso de la palabra con autorización del Juez. En todo caso, las partes presentes pueden solicitar que consten en el acta las observaciones que estiman pertinentes, incluso sobre irregularidades e inconsistencias del acto.

El acto se registra por cualquier medio fehaciente y será conservado por el Ministerio Público, sin perjuicio de que las partes se puedan hacer expedir copia."

La prueba anticipada tiene una naturaleza diferente "al anticipo de prueba". Aquellas es usada cuando se aporte información de que se puede estar cometiendo un delito sin que haya la certeza de la existencia de un hecho punible, sin estar iniciado un proceso penal y se ponen en ejecución con la autorización legal expresa o de las autoridades judiciales. En el ordenamiento jurídico dominicano, la autorización nace de la Ley 72-02 referida como una obligación de la prevención y detección del lavado de activos.

Por otra parte, que en el supuesto del "anticipo da prueba" se formaliza con posterioridad a la comisión del hecho punible y en la fase de la investigación, según resulta del artículo 287 del Código Procesal Penal transcrito.

La prueba anticipada como el anticipo de pruebas son modalidades de aseguramiento de la prueba.

6.6. El valor de los indicios

El indicio es la prueba racional o crítica en el proceso penal y su incidencia en los procesos por tráfico ilícito de drogas, delitos graves y conexos.

(a) Noción de prueba indiciaria

"Indicio, de la voz latina indicium, derivación de indecire que significa indicar, hacer conocer algo.

Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que exista entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste, ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes o sonidos, como resulta del testimonio y del documento.

Por lo que se entiende por indicio: un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en, principios científicos." [101]

Es denominada la prueba indiciaria como crítica, racional o aún presuncional porque se trata de extraer, a través de un razonamiento lógico de orden racional, una inferencia que permita descubrir el hecho desconocido (el delito) de una serie de hechos conocidos (hechos base) perfectamente acreditados en el juicio.

Se la define como las cosas, estados o hechos personales o materiales, ocurridos o en curso, aptos para convencer acerca de la verdad de afirmaciones o de la existencia de hechos objeto del proceso.

Se la clasifica entre las pruebas de carácter indirecto, de tipo residual (real o personal) de la que se puede

extraer una inferencia que permite formar un juicio de culpabilidad.

En el artículo 4 de la Ley No.72-02 sobre lavado de activos, se consagra de manera expresa la prueba indiciaria, como elemento probatorio, al referirse a las actividades delictivas tipificadas en el artículo anterior, que ya han sido analizadas, así como a los casos de incremento patrimonial derivado de las actividades delictivas con la frase de que *podría inferirse de las circunstancias objetivas del caso.*

Siguiendo con el texto de la Ley 72-02, los indicios o hechos conocidos, fuente de la inferencia probatoria, pueden resultar del incremento injustificado del patrimonio de una persona sin actividad económica lícita conocida; de operaciones sospechosas independientes de su cuantía que pueda estar vinculada con operaciones propia del lavado de activos; y de operaciones bancarias complejas, insólitas, significativas, frente a patrones no habituales.

La prueba indiciaria, circunstancial o presuntiva, aunque es de naturaleza racional, tiene un fundamento objetivo. La inferencia se hace no de un texto abstracto y genérico sino de un hecho, de una cosa, de un acontecimiento exterior, que conforme a las reglas de la lógica y a los principio de la experiencia es por sí mismo verídico, como sería el incremento de un patrimonio en un tiempo breve, teniendo como titular una persona sin recursos económicos que justifiquen una inversión productiva. Éste indicio indicador está unido a operaciones bancarias, inmobiliarias sospechosas, registradas por los "sujetos obligados", conforme a la Ley de lavado de activos; con expedientes de tráfico de drogas en el extranjero, con sentencias dictadas por tribunales de otros Estados que ordenan el decomiso de bienes situados en el territorio nacional. Ahí concurren las condiciones para evaluar los indicios conforme a los siguientes criterios expuestos por el Dr. Miguel Langón Cuñarro:

"Que estén relacionados con el hecho que se trata de probar, y que concurran en número suficiente para hacer plena prueba, esto es que deben ser variados y múltiples, no bastando uno solo;

Que sean de real envergadura o gravedad, de modo que refieran contundentemente al tema central objeto de prueba, que no se trate de minucias o asuntos colaterales o intrascendentes, o de detalle;

Que resulten inequívocos, concordantes, no contradictorios entre sí, no colindentes unos de otros, que sean precisos y lleven a una misma conclusión;

Que haya entre ellos una concatenación o ligazón lógica que permita realizar la inferencia sin dificultad y sin artificio de ninguna especie, como conclusión que fluye natural y libremente de la simple acumulación de pruebas;

Que estén plenamente probados cada uno de ellos, que en su articulación se pueda afirmar que cada uno de ellos es una prueba material.

Para dicho autor, "los indicios pueden ser genéricos, derivados de la conducta anterior del imputado, de su "modus operandi" etc. Así por ejemplo, indicio de que el individuo está lavando dinero actualmente y que esa es la conducta que lo lleva a transportar una gran cantidad de dinero en efectivo, puede serlo, además de lo visto, el hecho de que en el pasado hubiera sido condenado por tal delito o que hubiera estado involucrado de algún modo con narcotraficantes o con personas vinculadas al lavado de activos de cualquier naturaleza, o que frecuente a individuos que se dedican a tal tarea, etc. Es decir, de los antecedentes del sujeto, eventualmente de los registros policiales, de las denuncias recibidas con anterioridad que lo sindicaban como vinculado a tal tipo de actividades, pueden servir actualmente para configurar un indicio de que está reincidiendo en tal actividad."

"De algún modo los prontuarios, registros de antecedentes, historias de vida, la "conducción de su vida pasada", pueden echar luz sobre su involucramiento presente en un delito de tal naturaleza, de forma que, junto a otros pueda constituir al cabo plena prueba de lavado."

"Por indicios específicos se entiende los referidos especialmente al hecho en cuestión, en el ejemplo anterior serían tales como: el hecho de manejar dinero en efectivo, en grandes e inusuales cantidades, en billetes de baja denominación, sin poder dar una explicación satisfactoria sobre su origen ni sobre el destino que se le pensaba dar o sobre el modo particular de transportación, por ejemplo en un doble fondo, oculto entre otros."

"Como toda prueba los indicios pueden ser negativos (o de descargo, o colidentes, acreditadores de las coartadas o alegaciones que se hubieren formulado), o positivos (o de cargo, concurrentes, confirmatorios de la tesis de la acusación)".[102]

Por otra parte, sigue afirmando lo siguiente: "pero aquí, tal vez con mayor intensidad que en cualquier otra, los requisitos que se exigen para que la prueba de indicios llegue a ser, como puede serlo por si sola, plena prueba de delito y habilitadora por tanto de una sentencia de condena, son de estricto cumplimiento y de interpretación restrictiva, por lo cual la solidez de esta prueba debe estar acreditada de la mejor manera posible para impedir su destrucción y en definitiva su no consideración como plena prueba criminal".[103]

Como ilustrativo por su objetividad, y dada la naturaleza de este trabajo y su utilidad práctica, se transcribe del Dr. Miguel Langón Cuñarro el Catálogo no cerrado, sino solo indicativo, de indicios de lavado de activos:

(a) manejo de dinero en efectivo:

- El propio hecho de manejar efectivo. En el mundo actual es algo fuera de lo común el manejar en los negocios dinero en efectivo, y el transportarlo, sobre todo en grandes cantidades, por los riesgos que supone y por las dificultades que tiene operar de esa manera, teniendo a disposición un amplio menú de alternativas más convenientes para el interesado.
- La forma clandestina u oculta del traslado. La no declaración en aduanas, y sobre todo el hecho de llevarlo en maletas, o en otras formas inusuales de trasporte de dinero, por ejemplo, supone un hecho anormal, algo sospechoso de por sí, seguramente encubridor de algún hecho ilícito (quizás evasión de impuestos, desfalco contra la esposa o algún socio pero también producto de delitos con finalidad de legitimación).
- Origen injustificado, procedencia desconocida del dinero. Es verdad que el sujeto no tiene por que declarar en su contra, y puede permanecer callado o en silencio, sin que ello signifique una prueba en su contra. Pero cosa distinta es mantenerse callado ante una prueba material como es la que surge de los incisos anteriores, lo que no significa una inversión del onus probandi, sino simplemente la constatación de que el Estado ha adquirido elementos de cargo que solo está en las manos del imputado destruir, por lo cual si no lo hace, es decir si no desvirtúa la prueba acumulada, pudiendo hacerlo, se puede tomar a aquella como elemento suficiente, por acumulación de indicios y proceder a un juicio de condenación, prescindiendo en absoluto de su declaración.
- Destino desconocido, el cual, en concurrencia con todo lo anterior dibuja sin violencia laguna un cuadro incriminador.
- Medios de vida no acordes con la posesión de semejante riqueza constante y sonante. Esto se puede acreditar fehacientemente por el Fiscal o por el Juez, que con el auxilio de la policía pueden llegar a establecer un cuadro de vida real muy concreto para acreditar una disparidad evidente entre ese dinero que tiene en su poder y la forma de vida anterior que llevaran él y su familia. Se debe acreditar por ejemplo su condición de desocupado o de trabajador que recibe tal o cual remuneración o ingreso mensual; si es propietario de la finca donde vive o si es inquilino, en cuyo caso cuanto vale la vivienda o cuanto paga de alquiler; elementos de confort que la alhajan, si posee automóvil y su valor; eventualmente barrio en que habita; colegio al que van los chicos; movimientos de tarjetas de créditos que tenga; ingresos del núcleo habitacional, de forma y modo de establecer un cuadro vivencial del individuo y su núcleo más cercano (puede ampliarse a los padres si los tiene, a sus hermanos), educación, forma de emplear el tiempo libre, clubes a los que asista, cuentas bancarias que maneje etc., todo lo que puede llevar naturalmente a establecer que ese individuo con seguridad opera como testaferro de otro, a su servicio, porque la riqueza que exhibe (ese dinero en efectivo que se le incauta), no está en relación con su forma de vida, sus antecedentes, su status social. También aquí el sujeto podría evadir fácilmente las sospechas si tuviera una forma de acreditar la posesión de semejante riqueza, por ejemplo acreditando haber recibido una herencia, haber ganado un sorteo, etc.

No es que su silencio sea utilizado en su contra, sino que la prueba ya aportada a los autos no ha sido conmovida por contraprueba válida, permaneciendo incólume junto con el resto de indicios que claramente lo comprometen, al grado de justificar una sentencia condenatoria, con la seguridad, dentro de las posibilidades de falencia humanas, de que estamos condenando a un lavado.

(b) manejo de cuentas corrientes

- fraccionamiento injustificado de las mismas, especialmente cuando existen controles por cantidades por ejemplo mayores a los diez mil dólares, este indicio consiste en probar que, sin aparente beneficio de ninguna especie para el supuesto cliente, éste abre numerosas cuentas en diferentes instituciones por valor inferior al que permite el control individual, asumiendo una incomodidad irracional y adoptando una conducta sospechosa e inusual;
- transferencias múltiples y en general inmediatas, de unas cuentas a otras.
- cobro de comisiones elevadas por servicios.
- cualquier operación atípica, novedosa, no tradicional, compleja, sin utilidad aparente.
- ausencia de negociación jurídica que las justifique, inexistencia de negocios sustentables a los que puedan atribuirse dichos movimientos.
- complicación innecesaria de las operaciones, intervención de numerosas sociedades en los movimientos.
- utilización de cuentas situadas en países considerados "paraísos fiscales", donde el individuo no tiene intereses reales y tangibles de ninguna especie.

Como dijo Mittermeir los indicios o circunstancias "son otros tantos testigos mudos, que parece haber colocado la Providencia, para hacer resaltar la luz de la sombra en que el criminal se ha esforzado en ocultar el hecho principal, como un fanal que alumbra el entendimiento del juez y le dirige hacia los seguros vestigios que basta seguir para llegar a la verdad" [104]

Según Couture, el principio que exige valorar la prueba de acuerdo con "las reglas de la sana crítica" se aplica a todos los medios de prueba y no exclusivamente al testimonio. Por ejemplo, las presunciones del hombre y los indicios se basan en esas reglas de la sana crítica: "preceptos de higiene mental, que tienden a depurar la reflexión del Juez sobre los frecuentes equívocos en que puede incurrir. Para que el Juez pueda apreciar la "mayor o menor relación o conexión entre los hechos que la constituyen (presunciones no legales) y el que se trata de averiguar", con el carácter necesario que un solo indicio presente, o el valor de una sola presunción del hombre, o correlación, gravedad y precisión de varios indicios no necesarios, debe recurrir no solo a la lógica, sino a la psicología para el examen de sus propias reacciones e impresiones ante tales hechos.

Desde la óptica de Francesco Carnelutti, la prueba indiciaria emerge de la definición de la ley dada en el Art.2727 del Código Civil italiano donde se habla de "hecho conocido" que sirve para procurar el conocimiento de un "hecho desconocido". Eso es lo que corresponde al Art. 1349 del Código Civil dominicano que define las presunciones como "las consecuencias que la ley o el magistrado deduce de un hecho conocido a uno desconocido". Así, en el juicio penal el hecho desconocido es precisamente el delito que se debe constatar si ha sido cometido, y a este tipo de prueba Carnelutti la denomina prueba crítica, que esta constituida por un hecho diverso, sobre el cual se infiere un juicio, o sea una afirmación o negación de lo que se trata de probar. Al respecto, es ilustrativo el ejemplo siguiente: si después de haber ocurrido el delito el sospechoso se ha dado a la fuga, esto implica contra él una prueba crítica positiva; en cambio, si en el momento en que el delito ha sido cometido, se encontraba en un lugar distinto de aquel en el que se ha cometido, esto constituye una prueba crítica negativa a su favor.

Es decir, que la prueba crítica nace de la vinculación entre dos hechos según la experiencia, o sea, de acuerdo con una ley sacada de la experiencia, lo que se denomina en el Art. 172 del Código Procesal Penal, "las máximas de experiencias". De ahí los peligros de la prueba indiciaria de donde se deriva su valor relativo, o sea que el vínculo entre el hecho conocido al desconocido es un vínculo de probabilidad, por lo que se habla de presunción, partiendo de su sentido etimológico que se deriva de "*prae-sumere*"o sea que alude a un conocimiento no definitivo, por lo que se recomienda al Juez prudencia en el manejo de este tipo de prueba en el sentido de que él no debe admitir más que presunciones "graves, precisas y concordantes", reglas que no están contenidas de manera expresa en el proceso penal, pero responden a principios esencialmente lógicos que deben ser asimilados por los jueces y juristas que operan en el proceso penal.

Es de gran utilidad para el juzgador y las partes en el proceso penal, adentrarse en el análisis seguido por Francesco Carnelutti sobre la clasificación hecha en prueba histórica, que es aquella mediante la cual se hace la representación del hecho delictivo pasado, ya sea mediante el testimonio, peritaje o documento. La misma se toma en el sentido de hacer presente algo que está ausente; y la prueba crítica, según se ha analizado más arriba, con su expresión en la prueba indiciaria; y presenta como vicios de la prueba histórica la falacia, que se resuelve en la no verdad del juicio, es el error intelectual, el cual se subsana con el incremento de la cultura del juzgador; y la falsedad, que es la no verdad en el concepto, existe mala fe, engaño, cuyo remedio reside en el terreno de la ética y en el jurídico, mediante su tipificación y sanción, como resulta del crimen de falsedad en escrituras públicas, el perjurio, entre otros.[105]

Por consiguiente, el valor relativo de ambos tipos de prueba, la histórica y la crítica, se soslayan sus potenciales vicios, al poner el legislador a disposición del Juez, a través del principio de la libertad de la prueba, ambos tipos de pruebas, que se complementan para la adquisición de la verdad material por el juzgador.

El razonamiento lógico al que debe someterse en la forma de pensar jurídicamente el juez es consustancial con la prueba indiciaria, ya que se trata de probar un hecho a través de otros considerados como indicios, o sea de inferencias ya sean inductivas o deductivas, y cuya determinación se realiza a través de máximas de experiencia o principios científicos, y de normas jurídicas, hasta llegar a una conclusión de certeza, por la combinación de indicios serios, precisos y concordantes, o sea, "que entre los indicios y sus consecuencias exista armonía o concomitancia que descarte la irracionalidad o gratuidad en la génesis de la convicción".[106]

Vamos a cerrar la prueba indiciaria con la doctrina jurisprudencial, de alcance general, de la sentencia del Tribunal Constitucional de España que establece: "Si existe prueba indiciaria, el tribunal de instancia, deberá precisar, en primer lugar cuales son los indicios probados y en segundo término, como se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario…pues que el órgano judicial explicite no sólo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia".[107]

6.7. El valor de la declaración de un coimputado

Declaración de los coimputados

El principio que rige la declaración del imputado es el de libertad de declarar, que es un derecho a declarar o abstenerse de hacerlo o suspender su declaración en cualquier momento del procedimiento, de conformidad con el Art. 102 del Código Procesal Penal.[108]

En este caso procede la pregunta: ¿Puede uno de los coimputados rendir declaraciones sobre hechos que repercuten en el otro coimputado? O sea, ¿es jurídicamente admisible el testimonio de un coacusado?

Esta pregunta tiene relevancia no sólo desde el punto de vista teórico, sino práctico, por las consecuencias jurídicas inherentes al principio constitucional de que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.[109] A este respecto hay dos posiciones procesales:

(a) Aquella que considera que se trata de individuos acusados de una misma imputación, o sea partícipes de los mismos hechos debatidos en el proceso, coacusados en un mismo delito o delitos conexos;

(b) Aquella que estima se trata de coacusados llevados conjuntamente a juicio, pero no por la identidad de los delitos que se les atribuyan, ni por razón de la conexidad de diversos delitos, ya declarados.

En el caso de coacusados por un mismo hecho, la regla es que no se admita el testimonio de los coacusados por un mismo delito o delitos conexos, por el profundo interés que dada la comunidad y la conexión de la acusación tiene el coinculpado, por lo que el testimonio sería sospechoso.

Esta prohibición se fundamenta en el principio general del derecho procesal penal de: *Nemo tenetur se detegere* (nadie está obligado a delatarse a sí mismo), y al ser copartícipe en el mismo hecho o conexo, existe la posibilidad material de que al declarar sobre el mismo se esté obligando a declarar contra sí mismo o en todo caso de que su declaración sea interesada y que nada aporte en el descubrimiento de la verdad. De conformidad con el Art.13 sobre No Autoincriminación: del Código Procesal Penal se establece:

"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y todo imputado tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad ni puede ser valorado en su contra".[110]

La declaración del coimputado está sometida al principio establecido en el Art. 104 del Código Procesal Penal: "En todos los casos la declaración del imputado solo es válida si se hace en presencia y con la asistencia de su defensor."

Cuando se presenta un caso de comunidad del hecho, puede asimilarse a la prohibición constitucional de que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo.[111]

En el caso del coimputado en sentido amplio, o sea donde no existe el vínculo de la comunidad del delito, sino solo al hecho extrínseco y accidental del juicio, el testimonio debe aceptarse.

El Art. 312 establece que pueden ser incorporadas al juicio por medio de lectura: las declaraciones de coinculpados que se encuentren en rebeldía, registrados conforme a este Código. De ahí se infiere que la validez de las declaraciones del co-inculpado comparecientes al juicio y que haya manifestado su deseo de declarar queda regulada su declaración por el Art.104 que prevé que, en todos los casos, la declaración del imputado sólo es válida si lo hace con la presencia y asistencia de su abogado.

La credibilidad de la declaración del coimputado queda bajo la soberana apreciación del Juez al valorar la prueba.

Como la regla es que toda persona goza de capacidad para rendir testimonio, en el caso de absolución del acusado, sea por no haber cometido el hecho o porque el hecho no existe, conforme sentencia con autoridad de cosa juzgada, la declaración puede hacerse en la forma testimonial.

Según la doctrina española, la declaración del coimputado ha sido igualmente admitida como fuente de prueba siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias; lo que implica la ausencia de prejuicios dogmáticos.

Para fundamentar esta doctrina se cita la sentencia del T. S., Sala 2da. , 12 de mayo 1985, La Ley, núm.1492:

"...Puede cuando menos estimarse como constitutiva de la mínima actividad probatoria de cargo... siempre que no concurran las dos circunstancias de que:

(a) Exista en la causa motivo alguno que conduzca a deducir, aunque fuere indirectamente, que el complicado haya prestado la declaración guiado por móviles de odio personal, obediencia a una tercera persona, soborno policial, mediante o a través de una sediciente promesa de trato procesal más favorable, etcétera.

(b) Que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de auto-exculpación". [112]

La declaración del co-imputado está sometida, por tanto, a la limitación constitucional de la inviolabilidad del principio de la no autoinculpación, conforme al citado artículo 8, inciso 2, letra i) de la Constitución Dominicana y del artículos 8.2.g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que literalmente dice: "Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y en el mismo sentido el Art. 14.2.g); así como conforme con el principio en materia de testimonio de que toda persona tiene la obligación de comparecer a la citación y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, salvo las excepciones de ley, siendo éstas la facultad de abstención limitada a : el cónyuge o conviviente del imputado y los parientes hasta el tercer grado de consaguinidad o el segundo de afinidad; y el deber de abstención en el caso del deber llamada a testificar el de guardar el secreto profesional, el cual en materia de lavado de activos se ha liberado de este deber, de conformidad con el Art. 41.3 de la Ley No.72-2, más arriba transcrito.

En el Código Procesal Penal, en lo relativo a la prueba testimonial no existe una excepción expresa a la obligación de testificar de parte del coimputado, ni se le ha atribuido la facultad de abstención, por lo que este testimonio está regido por regla general de la legalidad de la prueba y su valoración conforme a la sana crítica, bajo la discrecionalidad y prudencia del juez o tribunal, conforme a lo expresado sobre este aspecto previamente.

Otros medios de prueba

En el ámbito del lavado de activos constituyen medios de prueba no sólo para obtenerla sino para el aseguramiento de la prueba:

El secuestro de correspondencia: Siempre que sea útil para el establecimiento de la verdad, pudiendo el juez ordenar, por resolución fundada, el secuestro de la correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra clase, remitida por el imputado o destinada a él, aunque sea bajo nombre supuesto, siendo aplicable las limitaciones del secuestro de documentos. [113]

Otro medio de prueba que concuerda con los avances tecnológicos utilizados para fines criminales es el de interceptación de telecomunicaciones, reguladas en el Art. 192 del Código Procesal Penal, para lo cual se requiere la autorización judicial para la interceptación, captación y grabación de las comunicaciones, mensajes, datos, imágenes o sonidos transmitidos a través de redes públicas o privadas de telecomunicaciones por el imputado o cualquier otra persona que pueda facilitar razonablemente información relevante para la determinación de un hecho punible, cualquiera sea el medio técnico utilizado para conocerlas. Se procede conforme a las reglas del allanamiento o registro.

La medida de interceptación de comunicaciones tiene carácter excepcional y debe renovarse cada treinta días, expresando los motivos que justifican la extensión del plazo.

La resolución judicial que autoriza la interceptación o captación de comunicaciones debe indicar todos los elementos de identificación de los medios a interceptar y el hecho que motiva la medida.

Otra novedad es que el informe pericial se puede incorporar al juicio por su lectura, sin perjuicio de que las partes soliciten la presencia del perito en la audiencia y que las partes y sus consultores técnicos pueden participar en el desarrollo del peritaje.[114]

Además de la prueba documental, se han diversificados y revalorizados los documentos expresamente elaborados para la comprobación de las infracciones ya sean actas o procesos verbales, sometiéndolos a un mayor control de parte del Juez, lo que representa un reconocimiento y defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, para garantizar la preservación de la prueba, vital en la investigación, acusación y juicio en materia de lavado de activos. Como ejemplo se tienen las actas levantadas con motivo del registro de personas (Art.176); registros colectivos (Art. 177); registro de moradas y lugares cerrados; allanamientos.[115]

Innovaciones en la legislación dominicana que diversifican el sistema probatorio

Un análisis del sistema procesal adoptado en el ordenamiento jurídico dominicano, con la supremacía de la Constitución, como norma primaria, y los convenios, pactos, tratados y declaraciones internacionales que consagran derechos humanos, conformando el bloque de constitucionalidad; con la Ley 72-02 sobre Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y otras Infracciones Graves, del 7 de junio del 2002, y en específico de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre del 1988 o Convención de Viena y demás instrumentos internacionales relativos al lavado de activos, así con el nuevo Código Procesal Penal, Ley 76-02, que abrogó el Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana, del 27 de junio de 1884 y sus modificaciones, resulta desde el punto de vista del sistema probatorio que:

(a) La cooperación judicial internacional, la que es objeto de un trato individualizado en la legislación adjetiva dominicana, dedicándosele el capítulo IV, del Libro III, sobre la Actividad Procesal del Código Procesal Penal, en sus artículos 155 al 165, que ha sido tratado en el Módulo I precedente.

(b) En el nuevo Código Procesal Penal se regula expresamente el procedimiento para asuntos complejos, para cuya aplicación se requiere, a solicitud del Ministerio Público, la autorización del Juez, y dada las características de los asuntos complejos, como es la pluralidad de hechos, el elevado número de imputados y victimas o tratarse de delincuencia organizada, entre los cuales están comprendidos el crimen de lavado de activos, proveniente del tráfico ilícito de drogas o sustancias controladas y otras infracciones graves[116];

(c) Para el aseguramiento de la prueba se ha instituido en el Art. 371 del indicado Código Procesal Penal, la producción de prueba masiva, cuando sea indispensable el interrogatorio de numerosos testigos por el Ministerio Público, con los requisitos siguientes:

- Los interrogatorios pueden ser registrados por cualquier medio;
- El Ministerio Público autorizado asume la obligación de presentar un informe que sintetiza objetivamente las declaraciones ;
- El informe puede ser introducido al debate para su lectura; y
- El imputado puede requerir la presentación de cualquiera de los investigadores en preservación al derecho de defensa.

(d) Que se prescribe la unificación de querellas cuando el Juez o tribunal advierte un gran número de querellas separadas con idénticos intereses, lo que puede facilitar la verificación y valoración de los elementos de prueba.

(e) Que se ha instituido para los procedimientos complejos la investigación bajo reserva equivalente al agente encubierto, que consiste en la facultad concedida por el Juez de la instrucción, a solicitud del Ministerio Público, de que uno o varios de los investigadores bajo su dirección, permanezca reservada su identidad, cuando sea manifiestamente útil para el desarrollo de la investigación; y cuyo plazo es fijado por el Juez en un plazo no mayor de seis meses, el cual es prorrogable si se renuevan los fundamentos de la solicitud.[117]

El Ministerio Público autorizado a realizar la investigación bajo reserva tiene el deber de: i) Concluido el plazo, presentar al Juez un informe del resultado de las investigaciones; ii) Revelar la identidad de los investigadores, que pueden ser citados como testigo de juicio; y iii) El Ministerio Público es responsable directo de la actuación de los investigadores.

(f) Que se ha creado el funcionario denominado Acusador Adjunto, en los casos complejos, que le da atribuciones al Procurador General de la República, a contratar los servicios de uno o dos abogados particulares, con las mismas condiciones de ley, para ejercer las funciones como Ministerio Público, para que actúen como acusadores adjuntos, con iguales facultades y obligaciones del funcionario al cual acompañan[118], lo que facilita una investigación técnica más profunda;

(g) Otra innovación en el sistema procesal es instituir los Consultores Técnicos, de acuerdo a la particularidad y complejidad del caso, a proposición del Ministerio Público y demás partes intervinientes, al Juez o tribunal, que debe autorizarlos, conforme a las reglas aplicables a los peritos, sin que tengan éste carácter;

Los consultores técnicos tienen las funciones de: i) Asesorar en una ciencia, arte o técnica; ii) Presenciar las operaciones de peritaje, acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y dejar constancia de sus observaciones; iii) Acompañar en la audiencia a la parte con quien colabora, auxiliarla en los actos propios de su gestión; y iv) Interrogar directamente a peritos, traductores o intérpretes, bajo la dirección de la parte a la que asiste.

- En el espacio de la cooperación judicial internacional, en la fase de investigación el Ministerio Público puede coordinar las operaciones con las autoridades encargadas del Estado interesado, pudiendo formarse equipos de investigación conjunta, dirigidos por el Ministerio Público y controlado por los jueces.[119]
- La incorporación expresa de la prueba indiciaria, conforme con el Art. 4 de la referida Ley 72-02 sobre Lavado de Activo, según el cual el conocimiento, la intención o la finalidad en el delito de lavado de activos, podrían inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

Conclusión

El ordenamiento jurídico de la República Dominicana está cimentado en la Constitución de la República, que declara la nulidad de toda ley, decreto, resolución, reglamento o actos contrarios a Constitucional misma, lo que implica el control difuso de la competencia de todos los tribunales del orden judicial. Y en lo relativo a los actos están comprendidos las sentencias u otros actos relativos al proceso, como cualquier elemento de prueba en que se fundamente la acusación y la condenación.

El sistema procesal penal dominicano, pues, cuenta con las herramientas conceptuales y procedimentales, para asumir la lucha judicial, procesal o extraprocesal, contra del crimen organizado nacional o transnacional, en su faceta más tenebrosa del lavado de activo, tráfico de estupefacientes y delitos graves. Asimismo, posee los mecanismos judiciales, rodeados de las garantías y principios del debido proceso de ley, para enfrentar con eficacia y respeto a las garantías constitucionales, el lavado de activos en todas sus manifestaciones, condicionado a que el recurso humano que encarna las diferentes funciones, los operadores judiciales, desde la investigación, recolección y aseguramiento de las pruebas, la acusación y el aspecto jurisdiccional supere en dedicación, preparación intelectual y voluntad a los que se oponen a la "voluntad de la ley", bajo la premisa de que sin prueba legítima, idónea y suficiente no es posible fundamentar la acusación, pasar de ésta a la condenación de los sujetos del delito, ya sean autores o cómplices. Es decir, que la prueba debe tener la potencialidad, virtud y eficacia, para destruir la presunción de inocencia, base del sistema acusatorio y garantía procesal de naturaleza constitucional.

7. Organismos estatales a los cuales el juez y el fiscal pueden pedir información en casos de lavado de activos

Saber cómo es un valor agregado que puede significar la diferencia en la ejecución de cualquier tarea. Para un Juez o investigador es de vital importancia tener la certeza de que existen instituciones que por la naturaleza de sus operaciones pueden ser útiles tanto para aclarar como para estructurar un caso.

Los casos de lavado de activos son, por lo general, difíciles de estructurar y tienden a manifestar situaciones que requieren, para su comprensión, cierto nivel técnico que no necesariamente está incluido en la formación de un buen abogado. De ahí que, se hace necesario contar con el apoyo pericial de técnicos con formación y experiencia en campos muy ajenos al legal.

A continuación se detallan las instituciones de gran utilidad para desenmarañar un caso y aportar pruebas e ideas medulares en la estructuración del mismo.

7.1. Unidad de Análisis Financiero

Se define como la estructura encargada de recibir, solicitar, analizar y difundir a las autoridades competentes los reportes de información financiera relacionados con las ganancias que se sospecha provienen del crimen o que están establecidas en su legislación o en su reglamentación nacional, con el fin de combatir el lavado de activos.

La Ley contra el Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y Otras Infracciones Graves (72-02) en su Artículo 57, crea la Unidad de Análisis Financiero, como brazo ejecutor del Comité Nacional Contra el Lavado de Activos. Además de los roles citados en la definición, deberá mantener los registros de todas las transacciones transadas en efectivo cuyo monto supere los US$10,000.00, su equivalencia en moneda nacional o en cualquier otro tipo de moneda; ofrecer apoyo técnico a otras autoridades competentes, en cualquier fase del proceso de investigación; organizar seminarios y entrenamientos que fortalezcan la capacidad preventiva, de detección y de cumplimiento por parte de los sujetos obligados, así como realizar inspecciones de verificación de cumplimiento e investigativas de ser necesario. Esto aplica para todos los sujetos obligados, estipulados en la ley.

7.2. Banco Central

Dadas sus funciones estipuladas en el Artículo 15 de la Ley Monetaria y Financiera (183-02), que son las de ejecutar las políticas monetaria, cambiaria y financiera, de acuerdo al programa monetario aprobado por la Junta Monetaria, este organismo es de vital importancia para todas las actividades económicas de un país. Más aún cuando representa parte de la estructura de lo que es la Autoridad Monetaria y Financiera[120].

El manejo del comportamiento económico de todos los sectores ya sean productivos o de servicios (comerciales, financieros) hace de este organismo una fuente de información que puede resultar de gran valor complementario en los casos que respecto al lavado de activos pueda manejar un Juez o un fiscal.

La Ley contra el Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y Otras Infracciones Graves (72-02), en su Artículo 38, literal d, tipifica al Banco Central como un Sujeto Obligado, esto con el espíritu de que se sujetara a la ley ante la posibilidad de que por razones monetarias coyunturales efectuara Operaciones de Mercado Abierto, a través de las que, con la emisión de Certificados de Participación, podría captar recursos del público. Además, de la capacidad de servir de banco corresponsal de otros bancos centrales y de bancos comerciales radicados en el extranjero[121].

7.3. Superintendencia de Bancos

Este organismo es parte de la Autoridad Monetaria y Financiera (Ver Art.5, de la Ley 183-02), con la responsabilidad de supervisar las entidades de intermediación financiera y cambiaria. Además, dentro de su estructura opera el Departamento de Inteligencia Financiera, que no es más que una Unidad de Inteligencia Financiera para las entidades que están bajo su supervisión.

Toda información que se necesite de las entidades que conforman los sectores financiero y cambiario, debe ser obtenida a través de la Superintendencia de Bancos a fin de no violar lo legalmente establecido en torno al secreto bancario[122].

Por otro lado, la Superintendencia de Bancos, está señalada como Autoridad Competente en el Artículo1, numeral 2, de la Ley 72-02, y de hecho había sido tipificada como tal en el Decreto 288-96, Reglamento de la Ley Sobre Drogas y Sustancias Controladas (50-88). En tal sentido, el Departamento de Inteligencia Financiera es operativo desde 1997, teniendo bajo su responsabilidad la prevención del Lavado de Activos. En el año 2000, se ingresó al Grupo Egmont, lo que provee un instrumento para requerir y compartir informaciones con Autoridades Competentes de otras jurisdicciones extraterritoriales. Desde el año 2001 forma parte del Subcomité de Control Financiero del Comité Interamericano Contra el Terrorismo de la Organización de Estados Americanos (CICTE-OEA).

El uso de la Superintendencia de Bancos, como órgano de enlace con el sistema de pagos, está revestido de una vital importancia en la estructuración de cualquier caso de lavado de activos (movimientos de las cuentas, productos/servicios financieros o cambiarios que, en cualquier modalidad, pudiera mantener la persona jurídica o moral acusada o sospechosa). La mayoría de las transacciones que se efectúan en una economía hacen uso de los servicios ofrecidos por las entidades que están bajo la supervisión de dicha institución, por lo que las informaciones a obtener pueden complementar cualquier caso de lavado de forma real y cabal.

También puede ser utilizada como apoyo técnico en la interpretación de Estados Financieros o de un producto financiero.

7.4. Dirección Nacional de Control de Drogas

En función de su naturaleza y de las actividades que realiza, policía especial contra drogas, las informaciones a obtener de este organismo son importantes. Por ejemplo, si el sospechoso o acusado ha sido investigado, si tiene ficha delictiva, si ha tenido conexidad con alguna persona investigada, acusada o condenada por tráfico de drogas, entre otros.

Aquí funciona la sede de la Policía Internacional (INTERPOL), por lo que también esto implica un instrumento adicional de mucha utilidad, cuando los casos son extra fronterizos. Además, pueden recibir apoyo técnico del Departamento de Investigación Financiera, que opera desde 1996.

7.5. Dirección General de Impuestos Internos

En esta institución del Estado pueden obtenerse datos vitales para una investigación, pues se podrá confirmar la existencia de una organización y los impuestos que ha pagado. En función de esto el investigador comparará la magnitud del negocio con los impuestos pagados, y de no coincidir se estaría en frente de un fraude o de un posible escenario de lavado de dinero.

Lo anterior aplica también para individuos, y atendiendo a sus ingresos y bienes se podrá comparar el nivel de impuestos pagados. Esa institución tiene a su cargo también, el registro de vehículos.

7.6. Dirección General de Migración

El disponer de las entradas y salidas del país de un sospechoso puede ofrecer informaciones adicionales que complementarían cualquier investigación, pues le podrían vincular aún más al caso.

7.7. Registro Mercantil

Disponer del registro mercantil da la certeza al investigador de la existencia de la empresa investigada, lo que no implica que este operando, pero allí se podrá obtener el registro de los accionistas, identificaciones numéricas y domicilios, con lo que el investigador establecerá vinculaciones, al tiempo de mejorar la calidad investigativa.

7.8. Contraloría General de la República

Cuando la investigación toque a una institución del Estado, la Contraloría General de la República es un organismo que puede ser de gran utilidad, pues a través de sus operaciones el investigador podrá constatar detalles relativos al control interno, manejo financiero, ejecución presupuestaria, entre otras variables que unirá a las que dispone.

7.9. Cámara de Cuentas

Siendo el órgano de verificación externa posterior de las instituciones centralizadas y autónomas del Estado, su importancia es vital al momento que una investigación implique a las mismas.

Los informes evacuados por la Cámara de Cuentas son ideales para fines comparativos en un proceso investigativo, pues podrían arrojar la luz que necesite el investigador para completar el caso.

7.10. Oficina Nacional de Propiedad Industrial

El uso de patentes de fachadas o fantasmas o el registro de un nombre comercial es una forma que se puede perfilar en un esquema de lavado de activos o de un crimen financiero, de ahí la importancia de que el investigador pueda contar con una institución en la que pueda verificar la propiedad de marcas o nombres de productos que se vinculen al caso investigado.

7.11. Superintendecia de Valores

El mercado de valores puede ser utilizado para lavar activos y para la comisión de crímenes financieros de alta sofisticación. El investigador, puede contar con la ayuda del organismo supervisor, que tiene la responsabilidad de aprobar las emisiones públicas de títulos valores, además de garantizar la correcta operación del mercado y sus componentes.

A través de este organismo el investigador podrá obtener todas las informaciones que requiera tanto de una emisión de valores como de una inversión en los mismos.

7.12. Otras Fuentes de Información Estatales

El investigador puede apelar a otras fuentes que le pueden ser útiles en el proceso investigativo. Por ejemplo, cuando desee comprobar la adquisición, venta, garantías, otros dueños o cualquier información trascendente relativa a un bien inmueble es de rigor que acuda a la Oficina del Registrador de Títulos.

Si desea investigar quién ha construido un edificio y de ahí determinar de dónde proviene el capital que lo ha financiado, puede obtener la información en las Oficinas de Catastro de los Ayuntamientos Municipales o en la Secretaría de Estado de Obras Públicas.

Para el caso de verificar pólizas de seguro, pueden ser verificadas a través de la Superintendencia de Seguros, así como los pagos y movimientos de dinero efectuados a Administradoras de Fondos de Pensiones, en la Superintendencia de Pensiones.

8. Organismos Privados de Utilidad Informativa

Todo aquel que genere una actividad comercial es un Sujeto Obligado al amparo de la Ley 72-02 (Ver artículos Nos. 38, 39 y 40). En tal sentido, tal y como lo estipula la citada Ley en su artículo No. 13, para los fines de cumplimiento y debida diligencia no existe el amparo del secreto bancario, ni el secreto profesional, por lo que toda persona física o jurídica tiene el deber de proveer todas las informaciones que le sean requeridas. Estas informaciones pueden ser verificadas, por las vías legalmente establecidas, en el sitio que fueron generadas.

8.1. Entidades de Intermediación Financiera y Cambiarias

Este es, sin dudas, el campo más fértil de informaciones en los procesos investigativos de lavado de activos, pues el producto que comercializan estas entidades es el dinero. De aquí su importancia, vulnerabilidad y la razón por la que todos los enfoques preventivos se inician con estos sectores.

De éstas el investigador puede obtener: movimientos de todas las cuentas que en cualquier modalidad tengan o hayan tenido registradas, destinos de los fondos, fechas, vinculaciones, tipo de relación comercial, entre otras informaciones. Para lograrlo deberá utilizar los canales pertinentes identificando a la persona física o jurídica investigada con su(s) nombre(s) y apellido(s), número de cédula de identidad y electoral o pasaporte y nacionalidad en caso de que sea extranjero(a), razón social, número del registro nacional de contribuyente o su equivalente si está establecida en otra jurisdicción territorial.

Toda información que se necesite de las entidades de intermediación financiera y cambiarias debe ser solicitada a través de la Superintendencia de Bancos, como Autoridad Competente responsable del sector que supervisa[123].

La Superintendencia de Bancos no tiene un rol de filtro o cedazo de informaciones sino de intermediaria entre las demás Autoridades Competentes y sus supervisados.

8.2. Organismos Internacionales

Existen una serie de instituciones que ofrecen servicios que pueden resultar útiles para cualquier investigación de lavado de activos, entre otras podemos citar las siguientes:

8.2.1. Comité Interamericano Contra el Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos (CICAD-OEA)

- Reglamento Modelo (Base para desarrollar estructuras legales contra el lavado)
- Tipologías de Lavado
- Entrenamientos y Asistencia Técnica

8.2.2. Grupo de Acción Financiera (GAFI)

- 40 Recomendaciones Revisadas más 8 Relativas al Financiamiento del Terrorismo
- Elaboración y Aplicación de Metodologías de Evaluación
- Clasificación de Países (Cooperadores/No-Cooperadores, Lista Negra)
- Tipologías de Lavado
- Entrenamientos y Asistencia Técnica

8.2.3. Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC)

- Aplicación de Evaluaciones
- Tipologías de Lavado (En función de la naturaleza de la región)
- Entrenamiento y Asistencia Técnica

8.2.4. Grupo Egmont

La unión de Unidades de Inteligencia Financiera de países de todo el mundo, cuya finalidad es la de generar las sinergias necesarias, vía el intercambio de informaciones y la cooperación.

A través de la Red Segura de Egmont los países miembros cooperan entre sí compartiendo informaciones, en función de lo que sus diversas legislaciones les permiten. Por ejemplo, hay países cuyas legislaciones exigen la firma de un convenio bilateral o memorando de entendimiento con otros estados o territorios y otros que no lo necesitan, tal es el caso de la República Dominicana[124].

8.2.5. Portales Electrónicos de Información

Para fines de conocer a las personas físicas o jurídicas, en el debido cumplimiento de lo legalmente establecido. Existe una serie de entidades públicas y privadas que ayudan a quienes estén interesados en investigar la veracidad de los datos, que ha ofrecido o de los que simplemente se disponen. Tal es el caso de la Lista OFAC,

World-Check, entre otros.

8.2.6. Las Resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Son muy importantes dado que en algunas se citan nombres de personas físicas o jurídicas vinculadas al terrorismo, con las cuales los países miembros de las Naciones Unidas deben abstenerse de hacer cualquier tipo de negocio y si lo han hecho deben informar al Consejo de los detalles de los mismos.

8.3. Empresas privadas de informaciones comerciales o de crédito

Los centros de información crediticia componen una excelente fuente de información, pues a través de los servicios que ofrecen el investigador podrá determinar el posible nivel de pasivos (deudas) que con el sector financiero pueda mantener una persona física o jurídica que esté bajo investigación.

9. Régimen legal para la administración de los bienes incautados

La incautación y decomiso de bienes tiene en los procesos por lavado de activos una especial relevancia toda vez que uno de los objetivos de política criminal en esta materia lo constituye el privar a los lavadores de los inmensos recursos de todo tipo que estas actividades ilícitas les generan.

De ahí que al ser tan numerosos y diversos los bienes objeto de incautación para fines de posterior decomiso en procesos de esta naturaleza se hace necesario que se adopten mecanismos que preserven el valor de estos activos a fin de que posteriormente puedan ser utilizados por el Estado para financiar los esfuerzos destinados a enfrentar estos fenómenos de la criminalidad.

La situación en nuestro país

La Ley 72-02, en su artículo 58, crea adscrita al Comité Nacional contra el Lavado de Activos, la Oficina de Custodia y Administración de Bienes Incautados y Decomisados, disponiendo que "tendrá por objeto esencial la custodia, administración y venta de los bienes incautados y decomisados con motivo de la comisión de cualquiera de las infracciones definidas en esta ley. Estará igualmente facultada para contratar con empresas privadas, nacionales o extranjeras, la administración de las propiedades incautadas. El Poder Ejecutivo, al dictar el reglamento para el funcionamiento de esta oficina, incluirá el procedimiento para la venta en pública subasta en los casos previstos en el artículo 14 de esta ley"

Estas disposiciones de la Ley sobre Lavado de Activos se encuentran complementadas por el Decreto No. 19-

03, de fecha 14 de enero del año 2003, relativo al procedimiento que debe seguir la Oficina de Custodia y Administración de bienes Incautados y Decomisados para el cumplimiento de las responsabilidades puestas a su cargo, en especial lo relativo a qué debe entenderse por bienes que puedan perecer, depreciarse o sujetos a deterioro ; la explotación de fincas ganaderas y agrícolas incautadas así como el procedimiento para la subasta pública de los semovientes y bienes muebles

Por otra parte, cuando los bienes incautados consistan en fondos inmovilizados en manos de entidades del sector financiero, los párrafos I y II del Art. 10, de la Ley 72-02, disponen que en los 30 días siguientes a la inmovilización los fondos serán transferidos a una cuenta especial de ahorros en el mismo banco a nombre de la Oficina de Custodia y Administración de bienes Incautados y Decomisados y, conjuntamente con los intereses que aquella genere, quedarán inmovilizados hasta tanto intervenga una sentencia con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.

10. Sugerencias para el desarrollo estratégico de la investigación de lavado de activos

El problema de la regulación jurídico-penal del "blanqueo de capitales" o "lavado de dinero" plantea, desde el punto de vista político-criminal, la necesidad de evaluar las reales posibilidades del sistema procesal penal para procurar una investigación eficiente.

En primer lugar, debe decirse que gran parte de la consolidación definitiva del Ministerio Público Fiscal y de la eficiencia en el control de las conductas aquí analizadas depende de la creatividad y profundización del sistema de relaciones que genere con las instancias de control administrativo.

La primera reacción, vinculada con este punto de partida, debe remarcar una advertencia: el fortalecimiento institucional de todos los organismos de control (judiciales y administrativos) dependen del establecimiento de una red de apoyo mutuo.

Es indudable que, a diferencia de los organismos que ejercen el poder, los que controlan la legitimidad de ese poder no tienen incorporada ya en la pila bautismal su propia vitalidad, sino que requieren llevar como una preocupación fundacional las reales posibilidades de desarrollar cierta capacidad de gestión.

En este sentido, estas instancias de control deben potenciarse en la implementación de un modelo de trabajo de red institucional que asegure, más allá de las eventuales y muchas veces declarativas autonomías de cada organismo, la vitalidad institucional suficiente como para enfrentarse con éxito a la creciente ilegitimidad del poder.

La multiplicación asistemática de las figuras y mecanismos de control puede ser el modo del tercer milenio de no controlar en forma eficiente, pero sí asegurarse un discurso burocrático aparentemente preocupado por la ética pública.

Ello, por supuesto, encuentra un nuevo justificativo en la optimización de los esfuerzos de investigación. Particularmente, es imprescindible mejorar la utilización de la información que produce cada organismo. En buena cantidad de ocasiones el Estado tiene información valiosa y suficiente sobre eventuales hechos ilícitos, pero sólo produce efectos cuando los diferentes bancos de datos son analizados en conjunto y luego de determinados cruzamientos. Ello en lo que respecta al ilícito de "lavado de activos" es debidamente determinante.

Por otro lado, la relación entre Ministerio Público y los organismos de control administrativo se transforma en una fuente indispensable para la planificación de la política criminal y de persecución penal que debe efectuar el primero.

La política criminal no es otra cosa que una de las más trascendentes políticas de control y, desde este punto de vista, muchas veces debe asumir el rol de "última ratio" o último eslabón en la cadena de reacciones estatales y supeditarse a los objetivos de control de las instancias administrativas, para lo cual debe haber una adecuada coordinación.

Por ejemplo, es claro que si la política de persecución penal del ilícito tributario tiene efectos nocivos en la recaudación ello requiere de modo urgente una solución institucional.

Asimismo, una de las más trascendentes preocupaciones actuales en el diseño orgánico del Ministerio Publico y de su rol procesal reside en la imperiosa necesidad de acercar temporalmente el trabajo de los Fiscales a la producción del caso. En otras palabras, y para decirlo en absoluta claridad, la distancia temporal y burocrática entre la comisión de un ilícito y el ingreso del caso al sistema de gestión del Ministerio Publico es enorme y ello obsta, posiblemente, a un aumento de los índices de éxito en la investigación del sistema penal.

Ello requiere un tratamiento diferenciado según se trate de los denominados por la criminología tradicional "delitos comunes" o de lo que hoy podríamos identificar como delitos complejos, socioeconómicos, delincuencia organizada, etc.

En el primer supuesto, un acercamiento temporal y burocrático entre el fiscal y el caso implicaría un traslado territorial al ámbito comunitario en donde se producen los ilícitos y actúa la instancia policial.

Ello permite dar pasos sólidos hacia un modelo en el que la actividad policial de investigación se transforme en un verdadero auxiliar del fiscal y no en un organismo con capacidad autónoma de definir su propia estrategia político -criminal, un modelo que permita un aumento de los niveles de especialización de los fiscales sobre la característica de los ilícitos de cada zona territorial, un sistema que favorezca una mejora de los niveles de información sobre el hecho a efecto de perfeccionar las pautas que subyacen en la aplicación de los criterios de oportunidad (si es que se toma la decisión legislativa de abandonar la dañina ficción del principio de legalidad procesal), una estructura orgánica que facilite la selección del camino probatorio en el comienzo del desarrollo procesal del caso impidiendo que el tiempo se transforme en un verdadero obstáculo para la obtención de prueba, y optimizar el tratamiento de los casos con autor desconocido.

Ahora bien, en el segundo supuesto, es decir el de los delitos no tradicionales o complejos, este acercamiento no se vincula con el desplazamiento territorial, si no con una relación cada vez más estrechas entre la actuación fiscal y el desarrollo de los controles administrativos que despliegan los demás organismos.

En muchas ocasiones los hechos que son evaluados por los controles administrativos no son otra cosa que ilícitos de enorme gravedad e impacto social y llegan a conocimiento del Ministerio Publico luego de un tiempo excesivo y la información que se ha obtenido sobre el hecho, a menudo, no es la que se requiere para la formación de la imputación penal.

En este sentido, la eficiencia de la investigación penal preparatoria muchas veces depende de que el Ministerio Público coordine su actuación con el trabajo de las instancias de control administrativo.

Eso mismo hay que trasladarlo a la ley 72-02, que reprime el encubrimiento y lavado de activos de origen ilícito, al generar –más allá de los detalles cuestionables que luego se detallarán- esta instancia de acercamiento con los diferentes organismos de control que pueden ofrecer distintas ópticas y diversos flujos informativos para advertir una "operación sospechosa" o inusual en la terminología de la ley mencionada.

10.1. El principio de oportunidad

Hoy día a nadie debería sorprender que, reconocido el derecho del Estado a "expropiar" el conflicto penal de las manos de los protagonistas (autor y víctima "lato sensu"), se afirme la vigencia casi absoluta del deber de los órganos de persecución criminal (Ministerio Público, Juez Instructor), una vez producida la "notitia criminis", de ejercer la acción penal sin ningún tipo de relativización o condicionamientos (principio de legalidad procesal y de oficialidad).

El hecho de que hoy se ponga seriamente y "sanamente" en duda la capacidad o la eficiencia estatal para si

no "solucionar" al menos "institucionalizar" con un grado de menor violencia el conflicto originario, no significa negar que la idea vigente en nuestro estadio histórico-socio-cultural sea la anterior. La persecución penal "ex-oficio" y la irretractabilidad de ese ejercicio terminan por dar completa forma a aquella expropiación del conflicto interpersonal.

La vigencia del principio claramente inquisitivo de legalidad procesal ha impedido que las legislaciones procesales o sustanciales regulen la necesidad de cierta relativización por medio de la consideración de algunos criterios de oportunidad.

Sin embargo, hoy no cabe duda que todo el problema del ejercicio de persecución criminal en el proceso está siendo fuertemente replanteado, incluso en sus mismos cimientos. En lo que respecta a nuestra región, el cuestionamiento se inscribe en un proceso total de reforma de los sistemas de enjuiciamiento basados en los parámetros de una Administración de Justicia Medieval.

En particular, los ataques contra la vigencia irrestricta de este principio, según puede observarse, provienen de dos líneas de reflexión, estrictamente vinculadas y quizá superpuestas en algún grado, pero por razones de claridad conviene detenerse en cada una de ellas en forma separada.

Conviene advertir que este pantallazo es ya clásico en el estudio de este tema, por lo cual sólo nos detendremos brevemente, debido a que se intenta proponer alguna corrección del trayecto argumental justificador del principio de oportunidad.

En primer lugar, se destaca el ingreso parcial de cierto utilitarismo, o por lo menos la necesidad de buscar un mayor aprovechamiento de los recursos de la administración de justicia penal.

De la mano de esta reflexión económica se ha advertido el costo, no pocas veces sin sentido, del mantenimiento de este principio sin restricciones.

Hoy no cabe duda que el Estado carece de capacidad de siquiera acercarse a la persecución de todos los delitos cometidos. Pocos casos, en relación al número de sucesos delictivos realmente acaecidos, son los que llegan a conocimiento del Sistema de Administración de Justicia, menos los que superan las etapas previas al proceso penal "stricto sensu" y escasísimos los que llegan a la etapa del Juicio (generalmente no se supera el 10 % de los casos ingresados al proceso penal).

La pretensión del Estado, de "hacer justicia" en todo injusto penal cometido, obligaría al mantenimiento de una estructura policial y de administración de justicia sencillamente descabellada.

Pero más aún también el efecto social de un Sistema de Administración de Justicia de estas características, si fuera posible, sería absolutamente indeseable.

Sin embargo, esta obligación de naturaleza inquisitiva ha desembocado en un Proceso Penal que, a la manera de una empresa deficiente, es un ejemplo palmario de mala utilización de los recursos del Sistema de Administración de Justicia.

Paradójicamente el Proceso Penal se encuentra abarrotado de casos consistentes en infracciones mínimas y de bajo costo social y es altamente deficiente para resolver los pocos casos que se le presentan en los cuales la infracción significa para la sociedad un costo económico de dimensiones trascendentes. Como ya se ha dicho, conviven un proceso de criminalización intensivo de "bagatelas" y un proceso de descriminalización de hechos delictivos de impacto social inmenso.

La falta de compromiso legislativo con la realidad ha transformado al Sistema Penal, para decirlo con palabras de un conocido jurista alemán (Hans Faller) en "un montón de menudencias".

El principio de legalidad procesal, inmerso no pocas veces en el diseño de una investigación preliminar o procedimiento preparatorio en manos de un Juez instructor (a cargo del sumario), ha impedido que la delincuencia no tradicional, es decir, socio-económica, terrorismo, narcotráfico, corrupción de la función pública, etc., deje de ser un escollo difícil de superar.

Planteado de esta forma el argumento crítico, ya se deja entrever la alternativa de solución. Si se parte de la validez de la comprobación empírica de la incapacidad del Estado de perseguir todos los delitos, es claro que lo razonable reside en que los órganos de persecución estatales posean la libertad jurídica de destinar los recursos hacia las infracciones de mayor gravedad, es decir, permitir un uso inteligente de los escasos recursos. Para ello, es preciso dejar abierta la posibilidad de la consideración de criterios de oportunidad, como modernamente se ha hecho en las legislaciones que lo contienen, relativizando la obligación inquisitiva de poner en marcha el aparato de persecución criminal sin excepciones. Es decir, posibilitar el ingreso legislativo de las razones utilitarias.

En segundo lugar, rige aquí la idea de una congénita selectividad de los sistemas penales. Este es uno de los puntos neurálgicos de la crítica criminológica de los últimos decenios a los sistemas penales.

Sin embargo, aquí es preciso insistir en dos cuestiones particulares. En primer lugar, la advertencia de que esa selectividad no es de ningún modo "inocente". Por el contrario, se encuentra, sin duda, socialmente "orientada". Un simple recorrido de los establecimientos penitenciarios, o un sencillo análisis del comportamiento policial en

las urbes, demuestra cómo el Sistema Penal es un instrumento que tiende a controlar a los sectores ubicados en las franjas más subordinadas de la estructura social.

Pero mas aún, esa "dirección social" del control penal se encuentra enmarcada en todo el diseño del ejercicio del poder. No cabe duda que el sistema penal cumple una función más que determinante en todo el diseño político del Estado.

Y esta selectividad fáctica de los organismos de persecución y represión criminal es un poder paralelo nada despreciable.

En toda esta representación, el principio de legalidad procesal viene a ser un cómplice perfecto de un sistema penal que actúa de este modo. Viene a fundamentar la consolidación de la ficción social, que permite la configuración de la Política Criminal a espaldas del discurso normativo.

Es por ello que en el marco de la investigación de delitos de tanta complejidad como el lavado de activos no hay chances de instalar modelos de investigación eficientes si es que no se permite a los organismos de investigación concentrar sus esfuerzos en los casos de mayor gravedad.

[1] Masa Martín, José Manuel. *La Prisión Preventiva. Constitucionalización del Proceso Penal* .Escuela Nacional de la Judicatura. Consejo Nacional de la Judicatura, Suprema Corte de Justicia, Cooperación Española. Editorial Corripio. 2002.

[2] No obstante, el legislador dominicano, al votar la Ley 50-88 que sirve de sustento a los procesos por tráfico de drogas, parece incurrir en ese error conceptual al utilizar ambos términos de manera indistinta.

[3] Esta es la definición que de esa figura ofrece la Convención de Viena de 1988 (Art. 1.f).

[4] Aguado Correa, Teresa. *El Comiso,* Editorial Edersa, págs. 39 y 40.

[5] "prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporal de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o autoridad competente".

[6] Art. 2. a), de la Ley 72-02.

[7] Arts. 9 al 17.

[8] Estas figuran descritas en los artículos 38, 39 y 40 de la Ley 72-02.

[9] Párrafo I, del Art. 31 de la Ley 72-02.

[10] La Ley 50-88, contenía igual previsión a este respecto. El artículo 106, agregado por la Ley 17-95, disponía que "serán decomisados todos los bienes, productos o instrumentos relacionados con un delito de tráfico ilícito o delitos conexos y si no pudieran ser decomisados como resultado de cualquier acto u omisión del condenado, *el tribunal ordenará el decomiso de cualesquiera otros bienes del condenado por un valor equivalente u ordenará que pague una multa por dicho valor".*

[11] "La doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas…tiene como finalidad evitar el fraude de la pura fórmula jurídica que se utiliza para dar cobertura a situaciones patrimoniales ilícitas. Conforme a ella, no puede alegarse la separación de patrimonios de una persona jurídica y una persona física cuando, en realidad, son la misma cosa, cuando con ello se siga un fin fraudulento. Esta doctrina ha sido acogida de forma reiterada por la jurisprudencia. Como declara la STS 20 de mayo de 1996, con cita de la precedente STS de 24 de junio de 1989, la jurisprudencia de esta Sala ha venido reconociendo que las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no puede prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad. La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal y por ello ha admitido que los Tribunales pueden "correr el velo" tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social".

[12] En ese mismo sentido, Zaragoza Aguado, Javier, La respuesta económica al tráfico ilegal de drogas.

[13] Especialidades de la legislación española en la adjudicación provisional, utilización, gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes procedentes de las actividades de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales durante la tramitación del procedimiento.

[14] Art. 33

[15] Echandía, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. (Tomo I), Víctor P. de Zavala Editor, 1972.

[16] Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro, Procurador ante lo Contencioso y Administrativo de Uruguay, *Principios generales sobre la formación y obtención de la pruebas en el proceso penal.*

[17] Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro, Ibid.

[18] Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro, Ibid.

[19] Constitución Política de la República Dominicana.

[20] Resolución No. 1920-2003 de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.

[21] *Código Procesal Penal de la República Dominicana.*

[22] Ibídem

[23] Ibídem

[24] Constitución Política de la República Dominicana.

[25] Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro, ob. cit.

[26] Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro, ob. cit. Ibidem.

[27] Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro, ob. cit. Ibidem.

[28] Muñoz Sabaté, Luís. *Técnica Probatoria*. Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, p.24

[29] Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro, *Principios generales sobre la formación y obtención de la pruebas en el proceso penal.*

[30] Código Procesal Penal, Art. 167.

[31] Prof. Dr. Miguel Langon Cuñarro, *Principios generales sobre la formación y obtención de la pruebas en el proceso penal.*

[32] Florián Eugenio. *De las Pruebas Penales*. (Tomo I) Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1998.

[33] Florián, Eugenio, ob. cit., p. 408.

[34] Echandía, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. (I Tomo) Víctor P. de Zavala Editor, 1972.

[35] Echandía, Hernando Devis. Ibídem.

[36] Muñoz Sabaté, Luís. Técnica Probatoria. Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia 1997. págs. 191 y ss.

[37] Sentencia de 24 de noviembre de 1986, RA 6499.

[38] Echandia, Hernando Devis, ob. cit p. 342.

[39] *Código Procesal Penal,* Art. 171.

[40] Echandia, Hernando Devis, ob. cit., p. 290.
[41] *Código Procesal Penal,* Art. 171
[42] Echandia, Hernando Devis, ob. cit., p. 290.
[43] Echandía, Hernando Devis, ibídem.
[44] Langon Cuñarro, Miguel. *Principio General sobre la Formación y Obtención de la Prueba en el Proceso Penal*. Procurador Ante lo Contencioso Administrativo, Uruguay.
[45] Ley No.72-02, Art. 5.
[46] Pinto Dr. Ricardo y Chevalier, Dra. Ophelie, *El delito de lavado de activos como delito autónomo*. OEA / CICAD, editado y aprobado por el Dr. Rafael Franzini Batlle.
[47] *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado.* OEA. CICAD.
[48] Ley 72-02, Art. 6.
[49] Langon Curraño, Dr. Miguel. *Principios generales sobre la Formación y Obtención de las Pruebas en el nuevo proceso penal.*
[50] Curraño, Ibídem.
[51] Curraño, Ibídem.
[52] OEA/CICAD: *Manual de Apoyo por la tipificación del Delito de Lavado.*
[53] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón,* Editorial Trotta, 4ta. Edición, Madrid, España, 2000.
[54] De Asis Roig, Rafael, *Jueces y normas,* Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995 págs. 99-104.
[55] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón,* Editorial Trotta, 4ta. Edición, Madrid, España, 2000.
[56] Capitán, *Vocabulario Jurídico.*
[57] Florian Eugenio. *De las Pruebas Penales.* (Tomo II), Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá-Colombia. 1998. p. 351 y ss.
[58] *Código Procesal Penal,* Art. 329.
[59] *Código Civil,* Art. 1322.
[60] *Código Civil Dominicano,* Art. 1318.
[61] *Código Procesal Penal,* Art. 166.
[62] *Código Civil,* Art. 1109.
[63] *Código Procesal Penal,* Art. 166.
[64] *Código Procesal Penal,* Art. 293.
[65] Art. 294 del *Código Procesal Penal.*
[66] Art.298 del *Código Procesal Penal.*
[67] Art. 303 del *Código Procesal Penal.*
[68] Echandia, Hernando Devis, *Teoría General de la Prueba Judicial,* Victor P. Zabalia Editor, Buenos Aires, 1979, p. 534 y ss.
[69] Modificación al Código de Procedimiento Civil Dominicano.
[70] Echandia, Hernando Devis, ob. cit., p. 534.
[71] *Código Civil,* Art. 1328.
[72] *Código Civil,* Art. 1325.
[73] *Código Civil,* Art. 970.
[74] Rincón Cuellar, Hernán. *Los Diferentes Medios de Prueba Documental en el Proceso Penal.* (Proyecto de Capacitación Judicial Continua. CICAD/OEA-Plan Nacional sobre Drogas-Agencia Española de Cooperación Iberoamericana. Tercer Módulo. La Antigua Guatemala, Guatemala, Mayo 21-25, 2001.
[75] Muñoz Sabaté, Luís, ob. cit., pág. 294
[76] Florián, *La Prueba Penal,* Editorial Temis, Bogotá. 1967.
[77] *Código Procesal Penal,* Art. 194.
[78] *Código Procesal Penal,* Art. 1 y 194.
[79] *Código Procesal Penal,* Art. 198.
[80] *Código Procesal Penal,* Art. 194.
[81] *Código Procesal Penal,* Art. 196.
[82] *Código Procesal Penal,* Art. 202.
[83] *Ley No. 136-03.*
[84] *Código Procesal Penal,* Art. 198.
[85] *Código Procesal Penal,* Art. 203.
[86] Código Procesal Penal, Art. 199.
[87] Muñoz Sabaté; Luís. *Técnica Probática. Estudio de las dificultades sobre la prueba en el proceso.* Editorial Temis, S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.
[88] Muñoz Sabaté, Luís, ob. cit. pág.

89 Sabaté, ob. cit., p.354.
90 Florián, Eugenio, op, cit., p. 351.
91 *Código Procesal Penal,* Art. 204.
92 *Código Procesal Penal,* Art. 205.
93 *Código Procesal Penal,* Art. 207.
94 *Código Procesal Penal,* Art. 211.
95 *Código Procesal Penal,* Art. 214.
96 *Código Procesal Penal,* Art. 216.
97 *Código Procesal Penal,* Art. 208.
98 Código Procesal Penal de los artículos 211 al 213.
99 Art. 214 del Código Procesal Penal.
100 Ley 72-02, Arts. 38 al 40.
101 *Código Procesal Penal,* Art. 122.
102 Artículos 38 al 40 de la Ley 72-02.
103 Hernán Rincón Cuellar, especialista legal CICAD/OEA.
104 Sabaté, Luís Muñoz, *Técnica Probatoria,* Editorial Temis, 1997, Bogotá, Colombia, págs. 185 y ss.
105 Langon Cuñarro, Miguel, ob. cit.
106 Langon Cuñarro, Miguel, Ibídem.
107 Langon Cuñarro; Miguel, ibídem.
108 Carnelutti, Francesco. *Derecho Procesal Civil Penal*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. Distribuidora Harla, México, 1997.
109 Asis Roig, Rafael. *Jueces y Normas*. Editora Marcial Pons, Madrid, 1995. p.141.
110 Sentencia 229/1988, del 1ro. de diciembre, fj.2. Tomada de Asis Roig, Rafael. Jueces y Normas, Editora Marcial Pons, Madrid, 1995. p.143.
111 *Código Procesal Penal,* Ver Art. 102 al 110.
112 Art. 8, numeral 2, literal i de la Constitución dominicana.
113 Art. 13, *Código Procesal Penal*.
114 Art.8, inciso 2, letra i) *Constitución la República Dominicana*.
115 Muñoz Sabaté, Luís, ob. cit., p. 282
116 *Código Procesal Penal*. Art. 196.
117 *Código Procesal Penal*. Art. 312.3.
118 *Código Procesal Penal*. Art. 180 y ss.
119 Código Procesal Penal Art. 359.
120 *Código Procesal Penal,* Art. 372.
121 *Código Procesal Penal,* Art. 373.
122 *Código Procesal Penal,* Art. 159.
123 Ley Monetaria y Financiera No. 183-02, Art. 5
124 Ley Monetaria y Financiera No. 183-02, Art. 26, literal a, y Art. 32, literal c.
125 Ob. cit., Art. 56, literal b
126 Ley contra el lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas y sustancias controladas y otras infracciones graves, No. 72-02, artículos Nos. 1, numeral 2; 41, numeral 4 y 48, así como el Decreto 20-03, Reglamento de la Ley 72-02 Art. 13 y 14.
127 Ley 72-02, Art. 61 y 62 y Decreto 20-03, Art. 19
128 Artículo 59.
129 Art. 2 del Decreto.
130 Art. 4 del Decreto.
131 Art. 6 del Decreto.
132 Arts. 7 y 8 del Decreto.

6

ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DEL LAVADO DE ACTIVOS

Olivo Rodríguez Huertas

1. Introducción: las implicaciones y posibilidades de la asistencia judicial internacional

Los esfuerzos para enfrentar el lavado de activos serían totalmente inoperantes si, entre otros aspectos, no se contara con mecanismos que permitan una cooperación judicial penal internacional. Ello es la consecuencia directa de la naturaleza transnacional de este fenómeno delictivo: en parte o totalmente, los procesados, los testigos, documentos probatorios, así como los bienes sujetos a decomiso por ser el producto de una actividad ilícita, pueden encontrarse, total o parcialmente, en una jurisdicción distinta a aquella donde se juzga el delito.

De ahí, que, en las últimas décadas, uno de los puntos que figuran en todos los instrumentos normativos internacionales, de alcance universal o regional, así como en las propias declaraciones y recomendaciones formuladas por grupos de trascendencia en la misma esfera, lo constituye lo que tiene que ver con el alcance y la forma en que debe ser prestada la cooperación judicial internacional que se requiere en materia de lavado de activos, entre otros delitos de naturaleza trasnacional.

Javier Zaragoza Aguado[1], Teniente Fiscal de la Fiscalía Especial Antidroga de España, respecto de este tema señala: "La aparición de mecanismos de cooperación entre los Estados en la lucha contra el crimen hunde sus raíces en pleno siglo XIX. Obviamente, las necesidades de cooperación en ese periodo histórico eran mucho mas limitadas y los instrumentos que la definían se circunscribían exclusivamente a la entrega de los delincuentes acusados o condenados por graves delitos mediante la sujeción al procedimiento de extradición.

La irrupción y el auge de graves formas de delincuencia asociada (terrorismo, narcotráfico y crimen organizado en general) y la transnacionalizacion de sus actividades criminales, han propiciado que la respuesta de los Estados sea, en igual medida, supranacional, y basada en los principios de colaboración y ayuda mutuas. La cooperación internacional entre los Estados en la represión del delito va a ser entendida de manera muy diferente y pasa a sustentarse en principios que restringen objetivamente la soberanía de cada país".

La forma en que se concretiza la Cooperación Judicial Penal Internacional se produce "cuando el aparato judicial de un Estado, que no tiene imperio sino dentro de la porción de territorio jurídico que le pertenece, recurre al auxilio, a la asistencia que le puedan prestar otros Estados, a través de su actividad jurisdiccional".[2]

La República Dominicana ha suscrito las principales Convenciones Internacionales para combatir la delincuencia organizada a nivel internacional, como lo constituyen las Convenciones de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988), contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo de 2000), y contra la Corrupción (Mérida de 2003). En el ámbito americano suscribió la Convención Interamericana contra la Corrupción auspiciada por la Organización de Estados Americanos (OEA). Solo la primera[3] y la última[4] han sido ratificadas por el Congreso Nacional. Por ello constituyen compromisos ineludibles del Estado Dominicano.

Esos instrumentos normativos internacionales tienen en común el hecho de que resaltan la importancia de la asistencia o cooperación judicial internacional en los esfuerzos frente a la criminalidad organizada, por lo que contienen reglas precisas para facilitar su utilización.

Otros instrumentos de igual naturaleza han sido suscritos en el ámbito americano, como la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, suscrita en Nassau, Bahamas, el 23 de mayo de 1992, en el marco de la Organización de Estados Americanos. No obstante la República Dominicana aún no ha suscrito la misma por lo que no podría ser utilizada por las autoridades judiciales en la investigación de ilícitos penales de connotación internacional en el ámbito americano.

Sin embargo, nuestro país ha suscrito numerosos acuerdos bilaterales con distintos Estados con los que mantiene relaciones diplomáticas que contienen aspectos relativos a asistencia judicial internacional entre otros delitos, al lavado de activos, y que podrán ser utilizados por las autoridades judiciales para la eficaz persecución de delitos de esa naturaleza juzgables en nuestro país, en la medida en que se hayan dado las condiciones para su entrada en vigencia, según lo prevén los mismos y nuestras disposiciones constitucionales.

2. La Convención de Viena de 1988

La Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, conocida de forma simplificada como la Convención de Viena de 1988, fue el primer instrumento internacional de alcance universal que otorga primerísima importancia a la cooperación entre los Estados a través de la asistencia judicial para enfrentar un fenómeno delictivo transnacional como el narcotráfico y el lavado de los activos obtenidos con los recursos producidos por tal actividad.

Esta Convención dedica los Art. 7 y 8, a lo relativo a la asistencia judicial recíproca entre los Estados, su alcance y procedimientos. Solo es aplicable a los delitos de lavado de activos provenientes del tráfico de drogas.

3. Convención de Palermo

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 contiene, al igual que la Convención de Viena de 1988, disposiciones precisas, aun mas detalladas, para la asistencia judicial internacional.

El Art. 13 de la Convención esta dedicado a la cooperación internacional para fines de decomiso; el Art. 18 a la asistencia judicial reciproca, y el Art. 19 a las investigaciones conjuntas, entre otros aspectos.

Las detalladas técnicas y mecanismos para la cooperación y asistencia judicial previstas en esta Convención aun no pueden ser utilizadas por nuestras autoridades judiciales en la investigación de delitos de lavado de activos generados en actividades ilícitas distintas del narcotráfico, ya que la misma aunque fue suscrita por nuestro país, no ha sido ratificada por el Congreso Nacional.

4. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

Siguiendo la línea de sus antecesoras, las Convenciones de Viena de 1988 y de Palermo del 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, abierta a la firma de los Estados en la ciudad de Mérida, México, en el año 2003, dedica especial importancia a todo lo atinente a la cooperación y asistencia judicial internacional entre los Estados para combatir eficazmente el flagelo de la corrupción a escala planetaria.

La disposiciones que al respecto consagra son más completas y están mejor sistematizadas que las Convenciones anteriores señaladas. En efecto dedica el Capitulo IV a la cooperación internacional (Art. 43 al 49), que tratan sobre extradición, asistencia judicial reciproca, remisión de actuaciones penales,

investigaciones conjuntas y técnicas especiales de investigación.

Asimismo en otro Capitulo[5], instituye mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional,[6] así como los procedimientos que deben ser adoptados en la cooperación internacional para fines de decomiso de bienes.[7]

A la fecha esta importante Convención no ha entrado en vigencia, y está pendiente en nuestro país la ratificación del Congreso Nacional.

5. Convención Interamericana contra la Corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción constituye un instrumento aplicable en el ámbito americano. Forma parte de nuestro derecho interno toda vez que la misma fue ratificada por el Congreso Nacional, mediante la Resolución numero 489-98.

Los Art. 13, 14, 15 y 16 de la Convención contienen aspectos que pueden ser utilizados en las investigaciones de lavado de activos provenientes de actos de corrupción, en especial lo relativo a la extradición, identificación y rastreo para fines de incautación y/o decomiso de los bienes que son producto de estos actos ilícitos. Asimismo, levantamiento del secreto bancario.

6. Los Tratados Regionales sobre Asistencia Judicial Internacional

En el ámbito americano, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA), han sido aprobados varios Tratados que tratan el tema de la asistencia judicial internacional[8], y que constituyen, para los países que lo han suscrito y ratificado, instrumentos a ser utilizados en procesos de lavado de activos. Entre ellos, podemos señalar los siguientes:

1. Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, suscrita en Ciudad de Panamá, Panamá, el 30 de enero de 1975. La misma fue suscrita y ratificada por la República Dominicana.
2. Convención Interamericana sobre Extradición, suscrita en Caracas, Venezuela, el 25 de febrero de 1981. La misma fue suscrita por la República Dominicana, pero aún esta pendiente de ratificación.
3. Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, suscrita en Nassau, Bahamas, el 23 de mayo de 1992. La misma no ha sido firmada por la República Dominicana.

4. Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, suscrita en México, Distrito Federal, el 18 de marzo de 1994. La República Dominicana no ha suscrito dicha Convención.
5. Convención Interamericana contra la Corrupción, firmada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996. La República Dominicana suscribió y ratificó esta Convención.
6. Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados, suscrita en Washington, D.C., Estados Unidos de América, el 14 de noviembre de 1997. Dicha Convención no ha sido suscrita por la República Dominicana.

7. Tratados Bilaterales suscritos por República Dominicana

La República Dominicana ha suscrito varios Tratados bilaterales con Estados con los que mantenemos relaciones diplomáticas que incluyen el tema de la asistencia judicial internacional en investigaciones del lavado de activos.

Entre ellos podemos citar el suscrito con Colombia, España, Argentina, Francia, México y Cuba.

Asimismo, existe el Convenio suscrito con Centroamérica, en fecha 6 de noviembre de 1997, para la prevención y represión de los delitos de lavado de dinero y activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Este Convenio prevé en su Art. 18 la cooperación internacional, sobre todo en lo que tiene que ver con el rastreo y localización de bienes provenientes del tráfico de drogas y delitos conexos, para fines de incautación y/o decomiso.

La cooperación judicial internacional prevista en este Convenio comprende además, otros aspectos como la obtención de testimonios, entrega de citaciones, examen de objetos y lugares, facilitación de información y elementos de pruebas y medidas cautelares, y levantamiento de secreto bancario.

La cooperación internacional en los términos del Convenio suscrito por nuestro país con Centroamérica se hace, a diferencia de lo previsto por los más importantes convenios sobre la materia, a través de la vía diplomática.

8. Aspectos sobre los que puede recaer la asistencia judicial internacional[9]

La asistencia o cooperación judicial internacional penal se efectúa en tres grados:

(a) un primer grado, de simple colaboración, como lo constituyen las diligencias de mero trámite como

notificaciones, informes o averiguaciones preliminares;

(b) un segundo grado, que incluye medidas que pueden causar un gravamen relevante y en algunos casos irreparables sobre los bienes de las personas como los registros, embargos, secuestros, entrega de objetos, incautaciones y decomisos, y finalmente,

(c) un tercer grado, que comprende las medidas que afectan la libertad y los derechos de una persona, como resultan de un procedimiento de extradición[10].

8.1. Formas de remisión

Las peticiones de asistencia judicial internacional en los delitos de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas en los términos de la Convención de Viena de 1988, pueden efectuarse de tres formas:

(a) Directamente

(b) Por la vía diplomática, y

(c) A través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), en caso de circunstancias urgentes.

Uno de los grandes aportes de esta Convención en opinión del Fiscal español José Luís Conde Salgado[11] es que "suprime la vía diplomática como modo normal de transmisión de solicitudes, considerada demasiado lenta". Ello así "porque la rapidez es un factor esencial en la lucha contra la gran delincuencia... por lo que serán los propios órganos jurisdiccionales los que decidan si van a usar o no la vía directa en los casos en que el Convenio lo permite".

8.2. Contenido de la solicitud

Las solicitudes de asistencia judicial internacional requieren de un conjunto de requisitos que figuran enumerados en la Convención de Viena de 1988, que deben ser satisfechos cuando sea requerida en ocasión de procesos de lavado de activos:

(a) La identidad de la autoridad que haga la solicitud;

(b) El objeto y la índole de la investigación, del proceso o de las actuaciones a que se refiera la solicitud, y el nombre y funciones de la autoridad que esté efectuando dicha investigación, dicho procesamiento o dichas actuaciones;

(c) Un resumen de los datos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes para la presentación de documentos judiciales;

(d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que la Parte requirente desee que se aplique;

(e) Cuando sea posible, la identidad y nacionalidad de toda persona involucrada y el lugar en que se encuentre; y

(f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

9. El reparto de bienes

El reparto de bienes es una figura originada en la Convención de Viena de 1988, que procura estimular la cooperación entre los Estados para enfrentar el flagelo del narcotráfico y el lavado de activos provenientes del mismo.

El Art. 5.5.b) ii) de dicha Convención dispone que el Estado que, en virtud de la asistencia judicial internacional haya decomisado bienes, podrá "repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, con arreglo a lo previsto en su Derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin".

En términos aún más sencillos, la Convención de Palermo del año 2000, contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se refiere a este tema en su Art. 14.3, letra b), disponiendo que cuando un Estado dé curso a una solicitud de decomiso presentada por otro Estado podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos en el sentido de repartirse "sobre la base de un criterio general o definido para cada caso, ese producto del delito o esos bienes, o de los fondos derivados de la venta de ese producto o de esos bienes, o los fondos derivados de la venta de ese producto o de esos bienes, de conformidad con su derecho interno o sus procedimientos administrativos".

La reciente Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, prevé con términos diferentes la posibilidad del reparto de bienes con motivo de la asistencia judicial internacional en su artículo 57.5 que dispone: "Cuando proceda, los Estados Partes podrán también dar consideración especial a la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos mutuamente aceptables, sobre la base de cada caso particular, con miras a la disposición definitiva de los bienes decomisados".

La Ley sobre Lavado de Activos de la República Dominicana contempla esta figura, en el Art. 33, al disponer que "en los casos en que en el proceso de investigación de la infracción hayan participado autoridades de otros países u organismos internacionales, el Estado Dominicano podrá convenir con los demás Estados u organismos internacionales el destino del producto de los bienes decomisados".

10. La asistencia judicial internacional prestada por nuestras autoridades judiciales

Uno de los objetivos esenciales declarados en el Art. 2 de la Ley 72-02, sobre Lavado de Activos, lo constituye lo relativo al marco jurídico a través del cual la autoridad competente de la República Dominicana otorgara asistencia judicial internacional sobre la materia a otros Estados, en virtud de los tratados bilaterales y multilaterales a que está vinculada.

Cónsono con ese objetivo dedica el Capitulo VI[12] a la cooperación internacional, a fin de facilitar al Estado requeriente las diligencias procesales necesarias en materia de pruebas[13], así como para identificar, detectar, incautar los bienes, productos o instrumentos relacionados con las infracciones de lavado de activos.

El ámbito sobre el que recae la asistencia judicial internacional que en la materia pueden prestar nuestras autoridades son las siguientes:

(a) Recibir testimonios.

(b) Presentar documentos judiciales.

(c) Efectuar inspecciones o incautaciones.

(d) Examinar e inspeccionar objetos y lugares.

(e) Facilitar información y elementos de prueba.

(f) Entregar copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, documentación bancaria, financiera, comercial, social y de otra naturaleza.

(g) Identificar o detectar instrumentos y elementos con fines probatorios, y

(h) Cualquier otra forma de asistencia.

La Ley sobre Lavado de Activos no solo prevé la asistencia judicial para procesos en curso, sino que además hace extensiva la misma para la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros que ordenen el decomiso de bienes situados en la República Dominicana, exigiendo como requisito la homologación de la misma por un tribunal competente del país.

11. Exigencias básicas de las cartas rogatorias en el Derecho comparado

En el ámbito de la cooperación o asistencia judicial internacional se denominan las cartas o comisiones rogatorias como "los medios de los que disponen las autoridades judiciales de un Estado para pedir a las de otro Estado que practiquen las diligencias que les encarguen y que son necesarias para las causas penales que

instruyan".[14]

Las cartas rogatorias contentivas de las solicitudes de asistencia judicial internacional en el ámbito penal contienen los aspectos esenciales siguientes:[15]

(a) La autoridad judicial que interviene y los datos de identidad de la persona procesada, así como el objeto y la naturaleza del proceso incoado y las normas legales aplicables al caso;

(b) El objeto y motivo de la solicitud de asistencia;

(c) Descripción adecuada de los hechos que constituyen el delito que motiva la asistencia, conforme al derecho interno del país requirente. Deberá transcribirse o adjuntarse el texto de las disposiciones legales pertinentes, debidamente certificados.

(d) Referencia fundamentada a cualquier aspecto o procedimiento especial que el Estado requeriente desea que se adopte.

(e) El plazo dentro del cual el Estado requeriente desearía que la solicitud de asistencia se cumpla.

(f) La descripción del lugar objeto del registro y de los objetos que deben ser aprehendidos.

(g) Mención expresa del tipo de bienes respecto de los cuales se solicita la inmovilización, decomiso, incautación, secuestro y/o embargo, y de su relación con la persona contra quien se inició o iniciará un procedimiento judicial.

(h) Cuando fuere necesario una precisión del monto dinerario a que asciende la afectación de la medida cautelar real.

(i) Las normas y modalidades especiales que eventualmente se requieran para la ejecución de las acciones solicitadas, así como los datos identificatorios de las autoridades del país requeriente o de las partes privadas (actor civil) que puedan participar en ellas.

(j) Cualquier otro dato o información complementarios que sean útiles para la ejecución de la solicitud.

Dos últimos aspectos resultan interesantes respecto del tema: uno, que las cartas rogatorias deben ser redactadas en el idioma del Estado requerido, y el otro, que este último puede solicitar información adicional al Estado requeriente, en caso de ser necesario.

12. Intercambio de información a través de Unidades de Inteligencia Financiera

Uno de los aspectos claves para la efectividad de las obligaciones de prevención que le son impuestas a un conjunto de actividades comerciales, empresariales y financieras, susceptibles de ser utilizadas en el proceso

del lavado de activos, lo constituye la estructuración en cada país de las Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera que se encargan de recibir, procesar y analizar los reportes de transacciones financieros sospechosas que le remiten los denominados sujetos obligados.

Dada la naturaleza internacional del lavado de activos, una gran parte de las Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera constituyó el Grupo Egmont, en Bélgica, en el año 1995 y posteriormente, en una Reunión Plenaria celebrada en Madrid dos años después adoptó un acuerdo que fomenta el intercambio de información entre dichas Unidades. Los puntos esenciales[16] en los que se apoya su materialización son los siguientes:

(a) se trataría de intercambio de información sobre operaciones financieras sobre las que existan sospechas de estar relacionadas con el lavado de dinero;

(b) la información intercambiada lo sería con fines de análisis e investigación encaminadas a la prevención y/o detección de procesos de lavado de capitales; y

(c) La información intercambiada iría destinada a la Unidad de Análisis o Inteligencia Financiera receptora y no sería revelada a terceras partes ni utilizada para fines diferentes al expresado en el punto anterior, sin el previo consentimiento de la Unidad comunicante.

A los fines de presentar como medio de prueba ante los órganos jurisdiccionales los datos intercambiados entre las Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera, deberá formalizarse una solicitud de cooperación judicial internacional.

13. La experiencia en materia de asistencia judicial internacional en casos que han sucedido en el derecho comparado

Caso Montesinos

En el marco de los procesos judiciales seguidos en Perú contra Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos se iniciaron diversas investigaciones vinculadas con posibles hechos de lavado de dinero.

En ese sentido la Fiscalía Anticorrupción, dirigida inicialmente por el Dr. José Ugaz contaba con un equipo especialista en delitos financieros, encabezado por la Dra. Astrid Leigh.

El origen de la colaboración eficaz entre Suiza y Perú radicó en una declaración pública del entonces Ministro de Justicia del Perú, Dr. Belaúnde, que informó sobre la existencia de cuentas bancarias de Vladimiro Montesinos Torres en tres bancos de Suiza. El Gobierno de Suiza dio a conocer que en esas cuentas el ex asesor

del Servicio de Inteligencia Nacional poseía 48 millones de dólares. Como consecuencia de este hecho la justicia suiza decidió abrir una investigación contra Montesinos por el delito de lavado de dinero en relación a las cuentas abiertas a su nombre en los bancos Bank Leumi de Israel, Fibi Bank de Zurich y el Bank CAI.

Sobre la base de diversos convenios de colaboración eficaz el Gobierno de Perú logró detectar cuentas en el exterior a nombre de Montesinos y /o testaferros por la suma de aproximadamente 436.000.000 de dólares (monto estimado por la Comisión investigadora del Congreso a fines de diciembre de 2002), de los cuales aproximadamente 146.000.000 habían sido repatriados, 210 bloqueados y 80 restaban por ser bloqueados.

[1] La Cooperación Judicial y el Blanqueo de Capitales.

[2] Raúl Cervini, La Cooperación Penal Internacional, Carlos Álvarez Editor, Valencia 1994, p. 6

[3] La Convención de Viena de 1988, fue ratificada por el Congreso Nacional mediante la Resolución No. 7-93 de fecha 30 del mayo de 1993.

[4] La Convención Interamericana contra la Corrupción fue ratificada por el Congreso Nacional mediante Resolución de fecha 2 de junio de 1999.

[5] Capitulo V

[6] Art. 54

[7] Art. 55

[8] Rincón, Herman, *Los Convenios en el Contexto Iberoamericano*.

[9] Los datos que son aportados en este número están hechos sobre la base de la Convención de Viena de 1988. En la medida que nuestro país ratifique los demás instrumentos de alcance universal o regional a que se hace referencia en este Capitulo, los mismos deberán ser tomados en cuenta por las autoridades de investigación y persecución del lavado de activos, aunque es bueno advertir que lo contenido en la Convención de Viena es muy semejante a los demás instrumentos normativos internacionales.

[10] Víctor Prado Saldarriaga, *Las Medidas sobre Bienes en el Contexto de la Cooperación Iberoamericana*. Punto 2. En este aspecto se cita al jurista Raúl Cervini en su obra citada.

[11] Ponencia "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", Viena, 1988.

[12] Art. 61 y siguiente de la Ley.

[13] Art. 61 de la Ley.

[14] Conde Salgado, José Luís. *Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotròpicas*, Viena, 1988.

[15] En este aspecto seguimos al Dr. Víctor Prado Saldarriaga, en su Conferencia "Las Medidas sobre Bienes en el Contexto de la Cooperación Iberoamericana", punto 4.2.

[16] Ponencia "La Cooperación entre Unidades de Inteligencia Financiera" por Alvaro Pinilla Rodríguez.

7

LA INVESTIGACIÓN FINANCIERA EN CASOS DE LAVADO DE ACTIVOS

Heiromy Castro Milanés

1. Introducción

El mundo delictivo funciona como empresa de tiempo completo. Los criminólogos de antaño dividieron la actividad delictiva en dos grupos:

- Delitos contra personas, tales como asesinatos, robos, entre otros.
- Delitos contra la propiedad, que implica asaltos a residencias, empresas, incendios provocados. En tal sentido, era muy natural describir las actividades delictivas por las víctimas.

Hoy, las actividades delictivas han evolucionado más allá de estas consideraciones, clasificándose por factores de motivación, es decir, por pasión o por ambición.

La avasalladora mayoría de los delitos cometidos son motivados por el dinero. Aquí estriba la importancia de la investigación financiera. En el momento histórico en que vivimos el terrorismo ha recobrado fuerzas, quizás a niveles insospechables, la corrupción dejó de ser un mito en función de que era un fenómeno que sólo se daba en el tercer mundo, siendo muy particular del sector público y el narcotráfico sigue blandiendo sus tentáculos por doquier, produciendo dolor y sus consecuentes crímenes colaterales.

Los sistemas financieros, dada su naturaleza, son blancos de los delitos señalados, pues el dinero generado o que se utilice para su financiamiento tenderá a ser movido o convertido al través de éstos.

Ese riesgo inherente que atenta contra el sistema de pagos de cualquier nación implica que las entidades que lo componen generen la conciencia necesaria para conocer de forma objetiva sus amenazas y debilidades. Una vez limitadas las incertidumbres podrán enfocar sus fortalezas hacia el aprovechamiento máximo de sus oportunidades.

El lavado de activos es usualmente un crimen financiero y por consiguiente un tipo muy particular de fraude, pues tima a la sociedad, al estado de derecho, genera competencia desleal, cataliza la impunidad, puede inducir a que se planifiquen políticas económicas erradas, con lo que se generarían crisis, caos y aumento en los niveles de pobreza. Como suma de todo lo anterior, el lavado atenta contra la gobernabilidad y por ende con el orden democrático de cualquier nación. En tal sentido, lo enfocaremos como un gran fraude y plantearemos su búsqueda en la determinación de pequeños fraudes, que son detonantes de grandes casos.

El trabajo que a continuación se desarrolla está enfocado a proveer instrumentos de investigación financiera de utilidad para el debido cumplimiento de los estándares legales nacionales e internacionales, tanto para Autoridades Competentes como para Sujetos Obligados, en relación a la prevención y detección del lavado de activos.

2. Principales crímenes gestores del lavado de activos

2.1. El Narcotráfico

Dado su alto nivel de riesgo la venta de narcóticos es muy lucrativa. La estimación del monto total del dinero generado por el narcotráfico es muy difícil de determinar, dado el carácter informal del negocio. Aún así, para finales de la década de los años 90 el Fondo Monetario Internacional (FMI) estimaba que el volumen operado a lavar anualmente oscilaría entre 300 mil y 500 mil millones de dólares norteamericanos. Esto sería, a ese momento, el 2% al 5% del Producto Interno Bruto (PIB) global que a su vez, representa aproximadamente el 8% del comercio internacional.

Para la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la cifra sería de 500 mil dólares norteamericanos, al período citado.

La magnitud de esas cifras denota la capacidad de este sector del crimen internacional, pues las mismas equivalen al PIB de varias naciones latinoamericanas.

2.2. La corrupción

Definida como la violación de una norma que puede ser legal, ética, moral o el abuso de autoridad, en diferentes niveles, para la consecución de un beneficio personal o corporativo[1].

2.3. El tráfico de armas

Otro de los crímenes internacionales que generan excelentes beneficios, que deben ser justificados para que puedan ser disfrutados.

2.4. El tráfico de seres humanos

Cuya operación ofrece muy buenos dividendos. Esta práctica de explotación esclavista, y que data de tiempos inmemoriales, lejos de desaparecer ha evolucionado, convirtiéndose en un problema social de dimensiones globales.

2.5. El financiamiento del terrorismo

He aquí otro caso muy particular, pues no siempre los recursos con los que se financian las actividades terroristas provienen de la comisión de un crimen, por lo tanto no son recursos mal habidos. Pero, por el hecho de que su destino sea el viabilizar actos terroristas hace que los mismos sean parte de la acción criminal.

La tipificación de "criminal" para el financiamiento del terrorismo debe ser asumida por todos los sistemas legales de los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), según lo estipula el Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo, así como la Resolución 1373/01, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. También es exigido en la Convención Interamericana Contra el Terrorismo de la Organización de Estados Americanos (OEA) y sugerido en las 40 Recomendaciones Revisadas del Grupo de Acción Financiera (GAFI), que sirven de base a todas las legislaciones contra el lavado de activos del mundo y es la médula de la Nueva Metodología de Evaluación del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial (BM).

3. Investigación del lavado de activos

Un punto importante a dominar dentro de la cultura investigativa de crímenes financieros y el lavado de activos es la de diferenciar las Unidades de Inteligencia de las Unidades de Investigación.

3.1. Unidad de Inteligencia Financiera

Es una estructura que se encarga de solicitar, recibir y difundir a las autoridades competentes, los reportes de información financiera relacionados con las ganancias que se sospecha provienen del crimen que esté establecido en su legislación o en su reglamentación nacional, con el fin de combatir el lavado de activos.

3.2. Unidad de Investigación Financiera

Es una estructura de tipo policial que se encarga de investigar los reportes enviados por la Unidad de Inteligencia y casos producto de denuncias. Además, efectúa requerimientos a la Unidad citada para el acopio de pruebas, investiga vínculos entre sospechosos, crea sus perfiles y les da seguimiento.

En la gestión de ambos roles, bajo la evidencia de sospecha, se deberá acopiar y analizar informaciones al través de:

- Revisión de Documentos: títulos de propiedad, declaraciones de impuestos, constitución de empresas, créditos, inversiones, cuentas corrientes, entre otras, de la persona sospechosa.
- Establecer la identidad de familiares, amigos, empleados, socios y estructurar un organigrama.
- Revisión de documentos de familiares, amigos, empleados, socios y obtener, de cada uno, las mismas informaciones señaladas en el literal a.
- Buscar elementos comunes en la información recopilada, ya sean bancos, tipos de inversiones, tipos de negocios, asesores, entre otros.
- Identificar las personas que administran o tienen cargos de responsabilidad en las instituciones identificadas con patrones comunes o las personas que mantienen vínculos con los allegados al sospechoso.
- Hacer un seguimiento a las operaciones bancarias y financieras, estableciendo enlaces o cadenas y patrones comunes.
- Crear enlaces en las instituciones de supervisión financiera, de valores, de comercio, de divisas, de seguros, de control fiscal, entre otros, con la finalidad de obtener la información que necesite.
- Establecer si el monto de las operaciones ubicadas en las cuentas de cada persona se corresponde con las operaciones ordinarias de los negocios o actividades productivas que han sido declaradas y comparar con la competencia (Ver Casos y Métodos).
- Hacer vigilancia personal y electrónica (si es legal y bajo el procedimiento establecido) de los sospechosos, a fin de establecer vínculos[2].
- En los allanamientos, buscar libros de registros, contabilidad manual o automatizada, para fines de establecer vínculos entre sus operaciones criminales y las ordinarias.
- Utilizar informantes.
- Entrevistar testigos y colaboradores.
- Mantener enlaces internacionales (INTERPOL, Grupo Egmont, DEA, CICTE-OEA).

- Hacer el balance contable de los negocios y demostrar con ello, de existir, el incremento injustificado (Ver Casos y Métodos).
- Con el análisis de la información, determinar el conjunto de indicios que permiten establecer los enlaces de las operaciones económicas con la persona vinculada a actividades sospechosas.

3.3. Indicios

Son los hechos de los que se infiere de forma lógica la existencia de otros hechos. Se parte de un hecho indicador que debe estar probado, y a partir de ahí se deducirá un hecho indicado que debe ser probado. Como conclusión lógica de la interrelación de ambos hechos se podrá inferir una conclusión que constituye el indicio[3].

Por ejemplo:

A	
Hecho indicador:	El señor XX presenta un incremento patrimonial de $YY.
Hecho deducido:	El incremento patrimonial no se corresponde con las operaciones ordinarias del negocio y de su competencia.
Conclusión:	El incremento patrimonial es injustificado.

B	
Hecho indicador:	Las personas que presentan este incremento patrimonial mantienen vínculos de parentescos, amistad o de negocios con el señor ZZ, a quien se relaciona con actividades ilícitas.
Hecho deducido:	Estas personas conocían de la comisión de las actividades ilícitas.
Conclusión:	Estas personas conocen o deben conocer que el dinero del señor ZZ tiene un origen ilícito.

C	
Hecho indicador:	El incremento patrimonial injustificado del señor XX se inició cuando se establecieron los vínculos con el señor ZZ..
Hecho deducido:	El señor XX y el señor ZZ mantienen relaciones de orden económico.
Conclusión:	El incremento patrimonial del señor XX deriva del dinero del señor ZZ.

D	
Hecho indicador:	Las explicaciones dadas por el señor XX sobre sus actividades no justifican el monto del incremento patrimonial. (Fondos procedentes de fuentes desconocidas. Ver Métodos)
Hecho deducido:	El señor XX mintió con respecto a su incremento patrimonial.
Conclusión:	Al señor XX lo han incriminado sus falsas declaraciones.

En este punto hay suficientes indicios para fines de un procesamiento judicial.

4. Sistemas de transacción[4]

Toda transacción económica se efectuará al través de los sistemas siguientes:

4.1. En efectivo

Se da cuando todas las transacciones se efectúan en efectivo. Las transacciones ilícitas, usualmente son cursadas en efectivo.

4.1.1. Ventajas

- Cualquier persona puede pagar con efectivo los bienes ilegales o legales, dando paso a una de las fases del lavado.
- La falta de registros dificulta la conexión de una persona con actitudes delictivas o con la compra de bienes ilícitos.

- No se gravan los ingresos no registrados.
- El dinero en efectivo es utilizado universalmente.

4.1.2. Desventajas

- En grandes cantidades, el efectivo genera sospechas.
- La falta de registros implica debilidad en el control interno.
- Las grandes cantidades de efectivo son difíciles de manejar, de transportar e implican mayores riesgos.
- Existen activos cuya adquisición en efectivo se dificulta, dado su volumen.

4.2. De Negocios

Es en el que todas las operaciones se efectúan a través de documentos, que pueden ser cuasi-efectivo. Los avales generan registros financieros. Estos últimos resumen la actividad financiera reflejando fuentes específicas, destinos participantes y fechas.

4.2.1. Ventajas

- Existe mayor eficiencia y seguridad en la operatividad comercial y financiera.
- Las pérdidas por concepto de robos estarían sujetas a un mejor control.
- Ofrece un abanico más amplio de oportunidades para fines de inversiones legítimas.
- Un negocio legítimo es una base valiosa de operaciones.
- Un negocio legítimo permite la adquisición de una posición dentro de la sociedad, el cual puede proporcionar un disfraz adicional para operaciones ilícitas.

4.2.2. Desventajas

- Deben pagarse impuestos.
- Los registros están sujetos a exámenes por parte de las autoridades.
- La falsificación de registros es un acto delictivo que al ser descubierto puede generar la apertura de un caso que conduzca a la realidad de los hechos.
- Las transacciones tienen una fuente de origen o de destino, lo que ayudará al investigador a seguir el dinero.

Seguir el dinero, es la ley procedimental de todo investigador financiero.

5. Métodos de lavado de activos

Existe una cantidad muy diversa de métodos que son utilizados para cosmetizar el origen ilícito de activos, y que pueden ir desde un simple canje de divisas hasta una sofisticada ingeniería financiera. A continuación, podrá apreciarse cómo se utilizan diferentes negocios, áreas y/o territorios, para los fines citados.

Se puede lavar activos al través de:

5.1. Negocios Legítimos

Éstas son entidades ideales para efectuar actividades de lavado, dada la fachada que ofrecen para mezclar activos lícitos con ilícitos. Por ejemplo, aquí un lavador podría hacer lo siguiente:

- Exagerar los ingresos legítimos.
- Exagerar los gastos legítimos.
- Utilizar los depósitos en efectivo.

A continuación veamos sus aplicaciones prácticas en el Caso "Zoom Videos"

Caso Zoom Videos

Veamos cómo la empresa Zoom Videos mueve dinero entre el Sistema de Efectivo y el Sistema de Transacción de Negocios. También introduciremos algunas estrategias de investigación que pueden utilizarse para detectar lavado de dinero.

Zoom Videos se localiza en un pequeño centro comercial metropolitano. Basa su actividad de negocios en la venta de discos compactos, cintas y la renta de videocintas. El propietario John Doe, un traficante local de narcóticos, trabaja tiempo parcial en la tienda y tiene cuatro empleados de tiempo completo que no están enterados de sus actividades de narcotráfico. La esposa de Doe, que sí está enterada de estas actividades ilegales, lleva los libros y registros del negocio. A los clientes se les solicita que paguen preferiblemente en efectivo por sus compras y, cuando lo hacen así, reciben un descuento del 15%.

Exageración de Ingresos Legítimos

Con este método de lavado de dinero se agregan productos ilegales a los registros de ventas de un negocio legítimo. El Sr. Doe, utiliza este esquema en Zoom Videos haciendo las tres cosas siguientes:

- Falsificación de facturas (reducción del valor de las facturas). Lee hace que su personal computarice el descuento del 15% sobre compras en el renglón de mercancía salida, pero los hace que muestren el precio total en la factura de venta "para fines de la contabilidad". Para el año 2002, las ventas legítimas en efectivo totalizan la cantidad de $300,000. El 15% de descuento por pago en efectivo redujo los recibos reales de efectivo en $45,000 lo que significó que los recibos netos en efectivo ascendieron a $255,000. Ahora el Sr. Doe puede depositar $45,000 de ganancias derivadas de la droga en la cuenta bancaria del negocio para reemplazar la reducción del descuento.
- Generación de facturas falsas. El Sr. Doe generó facturas por ventas falsas y facturas por rentas de video por un total de $65,000 y $32,000 respectivamente. La creación de ventas ficticias involucra un poco más de riesgo porque requiere la fabricación completa de todos los elementos de una venta, que es menos que modificar parte de una venta normal. Pero, aparentemente, valía la pena correr el riesgo. Pues así podría depositar una cantidad adicional de $97,000 de ganancias del narcotráfico.
- Exageración (inflación) del costo de los bienes vendidos. En el 2002 el costo real de bienes vendidos fue de $260,000. El Sr. Doe infló (exageró) esta cantidad por $28,000, copiando y después alterando las facturas de compras.

  El Estado de Ingresos de Zoom Videos al 31 de diciembre del 2002 muestra el efecto causado por el dinero de las actividades de lavado del Sr. Doe sobre su negocio. El resultado de las actividades antes descritas puede verse en la cifra de Ingreso Bruto (Gross Income).

  La exageración del ingreso declarado tiene una desventaja de importancia y es que el ingreso adicional está declarado abiertamente, por lo que la cantidad es gravable. A menos que los delincuentes financieros quieran pagar una gran porción de sus ganancias lavadas en impuestos, necesitaran encontrar una forma de reducir su incrementada obligación de impuestos. La forma como resuelven este problema es exagerando sus gastos legítimos de negocios.

Exageración (inflación) de gastos legítimos

El exagerar los gastos de negocios complementa la exageración de los ingresos. Debido a los gastos inflados, como los gastos actuales son deducibles de impuestos, la obligación adicional de impuestos causada por los ingresos inflados puede reducirse o quedar eliminada. Las posibilidades de exagerar los gastos quedan limitadas únicamente por la imaginación. Las cantidades que pueden ser "pagadas" por concepto de suministros o bienes jamás recibidos, consultores ficticios que "reciben" honorarios, empleados inexistentes a los que se les "paga" regularmente, la depreciación, entre otros, son cosas que pueden reclamarse sobre activos inflados o inexistentes.

Al revisar el Estado de Ingreso, al 31 de diciembre del 2002, puede apreciarse que el Sr. Doe infló los gastos

de su negocio legítimo en 2002 por $62,000. Agregó dos de sus distribuidores de narcóticos a su libro mayor de nómina e incrementó sus gastos anuales de sueldos por $48,000. Al retener impuestos y expedir estados de sueldos y salarios anuales, les ha dado a sus distribuidores una fuente aparente de ingresos legítimos. A través del año, exageró el pago a proveedores por $4,000 y después depositó sus cheques de reembolso a la cuenta bancaria del negocio como ingreso adicional por ventas. La cantidad original pagada al proveedor se registra como gasto y el cheque cancelado se utiliza como comprobación del gasto.

Un honorario por consultoría de $10,000 se muestra como gasto. Esto podría ser totalmente ficticio. Tal vez el Sr. Doe pagó $10,000 a un socio del narcotráfico en sus actividades ilegales, o tal vez utilizó el dinero para comprar bienes personales, o un bien personal.

El Sr. Doe manipuló las actividades financieras de su negocio exagerando tanto los ingresos como los gastos. No todos los lavadores de dinero utilizan los dos métodos juntos. Algunos utilizan solamente uno o el otro. Un traficante de drogas que desea generar una cantidad sustancial de ingreso para justificar un estilo de vida de derroche, puede únicamente exagerar sus ingresos. Por otra parte, un lavador de dinero que espera evadir impuestos, inflaría únicamente los gastos.

Depósitos en Efectivo

La tercera forma en que a través de un negocio legítimo se puede lavar dinero es depositando productos en efectivo generados por una actividad ilegal en las cuentas bancarias del negocio, sin ocultar los depósitos como recibos normales de los negocios operados.

Este método no puede resistir el escrutinio de un investigador porque cualquier cantidad de efectivo que va a un negocio debe provenir de algún lugar: de ingresos por ventas de bienes, de préstamos o inversiones por parte de los propietarios.

El método de depósitos en efectivo se utiliza principalmente para tomar ventaja de las cuentas bancarias del negocio y así transferir ganancias ilegales hacia el sistema de transacción de negocios.

Pueden expedirse cheques sobre las cuentas del negocio para gastos personales de manutención y comprar activos personales, etc., por lo tanto, se evita el que se generen sospechas que de otra forma surgirán si se tratara de grandes cantidades de efectivo.

Empresas Ideales para el Lavado de Dinero[5]

Como ha podido apreciarse en el ejemplo de Zoom Videos, el uso de empresas legítimas como mecanismo para ocultar y entremezclar dinero ilícito dentro de una operación incluye procedimientos contables de nivelación. El dinero ilegal es raramente mezclado físicamente con los recibos legítimos del negocio, más bien, los registros contables se falsifican para atribuir más ingresos o más gastos a la empresa e indirectamente a los propietarios de lo que en realidad se ganó o se gastó.

Idealmente, un establecimiento óptimo a través del cual se faciliten operaciones para lavar dinero sería uno que:

- Trate principalmente con efectivo
- Tenga costos fijos relativos
- Esté exento de reportar el efectivo depositado a las autoridades.

Tradicionalmente, los bares, restaurantes, cines, teatros y salones de masajes han sido utilizados como medio de operaciones en esquemas de lavado de dinero. Estos tipos de operaciones de negocios proporcionan una pronta ubicación para ventas ilícitas y reuniones clandestinas. Dependiendo del talento administrativo y de las personas involucradas, casi cualquier actividad de negocios puede utilizarse para el lavado de dinero. Sin embargo, los negocios que son altamente competitivos o requieren capacidades técnicas substanciales son menos atractivos para las actividades delictivas. La explicación de esto estriba en que es difícil administrar ambos a un mismo tiempo: un negocio que exige mucha dedicación y una organización delictiva, que exige también dedicación extrema.

Puede utilizarse un indicador independiente para desarrollar pistas financieras cuando se sospecha existe lavado de dinero. Por ejemplo, si Zoom Videos tenía un inventario de 400 videocintas y la cuota de renta era de $2.00 al día, entonces el ingreso mensual no debería exceder de $24,000 (400 x $2.00 x 30). Si la tienda reporta recibos brutos de $35,000 mensuales, el investigador debe deducir que $11,000 proceden de otra parte.

Mientras que pequeñas variantes no constituyen una prueba de fraude adecuada, el fraude a gran escala difícilmente soporte este tipo de análisis.

La validez de ciertos tipos de gastos puede determinarse a través del uso de indicadores independientes. Por ejemplo, la compra de gasolina reportada (un gasto de negocios) en cantidades que son suficientes para mantener un camión de servicio en operación durante las 24 horas del día todo el año, sería evidentemente sospechoso. La evidencia de empleados ficticios puede ser verificada independientemente por fuentes de

información que no son la nómina tarjetas de reloj tomador de tiempo, registros del sindicato, pagos de compensación a desempleados, registros de retención de impuesto, entre otros. Lo encontrado durante las investigaciones que revele que ciertas ventas no tuvieron lugar jamás, o empleados en nómina que no existieron nunca, o inventario reportado con artículos falsos, proporcionaría indicación significativa de una operación de lavado de dinero.

Para el investigador financiero, la detección del lavado de dinero depende muchísimo de la calidad de la documentación. Usando indicadores independientes para probar la validez del ingreso reportado y de los gastos puede determinarse el grado de variación de las verdaderas actividades relacionadas con el negocio.

ZOOM VIDEOS

Estado de Ingresos al 31 de diciembre del 2002

Ventas	**Sin lavado de dinero**	**Con lavado de dinero**
Caja	$255,000	$365,000
Cheques	120,000	120,000
Rentas de Videos	52,000	84,000
Total Ventas	427,000	569,000
Costo de mercancía vendida	260,000	569,000
Ingreso bruto	167,000	281,000

Gastos	**Sin lavado de dinero**	**Con lavado de dinero**
Sueldos y Salarios	96,000	144,000
Suministros	6,000	10,000
Renta	36,000	36,000
Gastos de interés	12,000	12,000
Teléfono	9,000	9,000
Honorarios Consultores	0	0
Total de Gastos	$159,000	$211,000
Ingreso Neto	8,000	70,000

5.2. Negocios Ilegítimos

Son negocios ilícitos o no registrados, generadores de dinero sucio, compañías fantasmas (Que se dice que existen pero no son reales), que usualmente necesitan una mayor complementariedad por parte de otras áreas para lograr legitimar fondos o asumen un mayor riesgo.

Dada su ilegitimidad, usualmente, los controles operativos no se registran o son a su vez irreales.

5.3. Transacciones de compra y venta

Por medio de este tipo de transacciones pueden manipularse las operaciones para ocultar el flujo de productos ilegales y dar apariencia lícita a los mismos.

La utilización de vinculados que adquieren bienes y luego venden a otros vinculados, generando una suerte de mercado secundario dentro de un grupo de personas que se compran y venden bienes. La realidad es que el dinero que fluye, tiene una procedencia ilícita y a través de las ventas y adquisiciones se legitimaría, pues después de una operación el vendedor podrá justificar su procedencia. Debemos apuntar que para un Gerente de Cumplimiento acucioso, aquella sería una operación inusual, que con una simple investigación de vinculados y conducta financiera se convertiría en una operación sospechosa. Es decir, con la simple aplicación de una política racional de "conozca su cliente".

Supóngase que alguien esté comprando una finca cuyo valor real es de $3 millones. El comprador acuerda con el vendedor que pagará $1 millón por la finca y que el resto se lo pagará fuera de libros (en efectivo, drogas, otros). Aquí la transferencia del sistema de transacciones en efectivo hacia el sistema de transacciones del negocio se ha logrado y ha tenido lugar una operación de lavado de dinero.

5.4. Paraísos Fiscales

Ya se ha apuntado la importancia que tiene para el investigador seguir el dinero. Si el dinero toca un país que ofrece un clima económico y legal adecuado para ocultar la procedencia de los fondos, la investigación puede tender al fracaso.

Un Paraíso Fiscal es el país o territorio que ofrezca los atractivos y características siguientes:

- Inviolabilidad del secreto bancario.
- Cuentas cifradas y anónimas.

- Se requiere de poca o ninguna identificación para efectuar operaciones.
- Uso de instrumentos monetarios pagaderos al portador.
- No existe monitoreo de efectivo al entrar y salir del país.
- Reglamentos laxos y sistemas financieros no bancarios, muy bien establecidos.
- Tipificación limitada o inexistente del lavado como crimen.
- No hay requerimientos sobre las instituciones financieras de que registren las transacciones importantes en efectivo, ni de que informen sobre transacciones sospechosas.
- Limitada capacidad gubernamental para confiscar bienes.
- Aceptación de transacciones en cualquier tipo de moneda.
- Limitados controles bancarios y monetarios
- Alto volumen de transferencias interbancarias de efectivo e instrumentos monetarios.
- Gran parte de las transacciones se inician fuera del país o territorio que es un paraíso fiscal.
- La mayoría de las entidades financieras son controladas por no residentes.
- Posibilidad de establecer sociedades de fundación instantánea.
- Excelente plataforma electrónica.
- Ubicación geográfica que facilite los viajes de negocios de ida y vuelta, desde países vecinos ricos.

Es de rigor establecer la diferencia entre un Paraíso Fiscal y un Centro Financiero Internacional. Usualmente, todos los Paraísos Fiscales son, por las ventajas que ofrecen, Paraísos Financieros. Pero no necesariamente éstos últimos son Paraísos Fiscales, tal es el caso de Panamá y Singapur. Estos países cuentan con un sistema financiero enorme, más no guardan las características anteriores, salvo las relativas a servicios electrónicos, ubicación geográfica y uso de cualquier moneda fuerte en sus transacciones.

5.4.1. Clasificación[6]

En estos paraísos es donde se establecen la mayor parte de entidades Off-Shore (extraterrritorial, fuera de orillas), debido a sus características. Los centros Off-Shore pueden clasificarse como:

- Centros Off-Shore Primarios, que son los que cuentan con sistemas de pagos avanzados y cuyos mercados cuentan con excelente liquidez. Estos se manifiestan en países desarrollados.
- Centros Off-Shore Secundarios, que tienen un sistema de pagos adecuado, pero requieren de otros mercados para obtener liquidez. Por ejemplo: Hong Kong, Singapur, Panamá, Luxemburgo, entre otros.

- Centros Off-Shore de Registro, que cuentan con entidades que pueden ser intermediarias y otras que simplemente funcionan como libros de registros, cuyas transacciones se concentran en otras jurisdicciones, pero se cruzan donde opera la entidad. Por ejemplo, los Paraísos Fiscales.

5.4.2. Métodos para movilizar dinero fuera o hacia un paraíso fiscal[7]

- Transporte Físico: cuando el dinero obtenido de forma ilegal es transportado físicamente desde un país hacia un Paraíso Fiscal en portafolios, equipaje, en personas que sirven de mulas, entre otros.
- Transferencia Cablegráfica: cuando una suma es depositada en una entidad bancaria de un país, usualmente un monto menor al requerido para fines de registro, y luego ese dinero es enviado mediante transferencia cablegráfica a una cuenta bancaria de una entidad financiera establecida en el Paraíso Fiscal.
- Cheque de Caja/Gerencia/Administración: se deposita como se ha apuntado antes y se solicita un cheque de gerencia, el que a su vez es enviado por correo o transportado físicamente al extranjero.
- Precios de Importación/Exportación: al registrar costos incorrectos en facturas de importación/exportación por concepto de productos enviados o recibidos. (Ver ejemplos en anexos)
- Administradores, Contadores y Administradores de dinero: ellos se les da el dinero que depositarían en una cuenta de fideicomiso. Esta es una cuenta bancaria mantenida por y bajo custodia de esta parte, que utiliza para fondos relativos a los intereses financieros y/o negocios del cliente. Los fondos pueden ser transferidos, a través de cablegrafía o cheques de caja, gerencia o administración, al extranjero.
- Cuentas de Corretaje: donde se depositan los cheques de cajas, de gerencia o de administración, de negocios ficticios o cheques personales. Los retiros subsecuentes se envían por correo o se trasportan físicamente al extranjero.
- Agentes de Cambio Remesadores (Servicios de Transferencias): las empresas que ofrecen este servicio pueden ser utilizadas para transferir fondos hacia los Paraísos Fiscales.
- Préstamos Ficticios: cuando una empresa ficticia establece una cuenta en un país extranjero y a través de éstas reciben préstamos de compañías cuya real operación se dificulta establecer.
- Inversionistas Extranjeros Ficticios: cuando se forma un negocio legítimo en un país, pero se utilizan "inversionistas ficticios extranjeros" que proporcionarían capitales a la empresa. Los pagos del sistema de transacción de negocios (cheques de Caja, de Gerencia o de Administración, transferencias cablegráficas y cheques de negocios, de negocio o de individuos ficticios) fluyen retrospectivamente hacia el país.
- Honorarios por Localización: cuando se generan honorarios por localización o pagos por servicios prestados. Estas transacciones falsas pueden ser para localizar inversionistas para negocios extranjeros, para negociar compro de bienes raíces, entre otros.

- Sueldos Corporativos: son los pagados por una empresa ficticia extranjera por medio de cheques corporativos, transferencias cablegráficas o cheques de caja, de gerencia o de administración.

Una vez los fondos se encuentran en una cuenta de un Paraíso Fiscal, puede hacerse una transferencia electrónica hacia una cuenta bancaria que bajo un nombre falso se aperture en otro Paraíso Fiscal, por una empresa que controla esa cuenta en ese último país o territorio. Desde aquí se hace "préstamo" a una empresa ficticia en un país cualquiera, que es controlada por un delincuente financiero, quien de hecho originó estos productos ilegales. Los problemas surgen cuando el proceso del lavado implica una jurisdicción extranjera, del tipo Paraíso Fiscal. La clave para detectar y resolver este tipo de operaciones es documentar el flujo de dinero con anterioridad a su salida del país, pues la mayor vulnerabilidad del crimen del lavado se manifiesta en su primera fase, es decir, en la colocación.

5.5. Sistemas financieros y cambiarios

El producto de intercambio de estos sistemas es el dinero, de aquí el atractivo que manifiestan estos sectores.

Es entendible que cualquier funcionario pueda ser engañado, pues los delincuentes no guardan reglas, por lo que siempre mantienen muchos pasos delante de las autoridades y de los programas de seguridad de las entidades financieras o cambiarias.

Por otro lado, el lavado puede darse por negligencia, por no completar la debida diligencia, dejándose utilizar por los lavadores. También, puede darse cuando las operaciones de lavado se efectúan a sabiendas.

Para fines de que no se alegue ignorancia existe muy buena literatura que indica la calidad inusualidad o sospecha de una operación financiera[8].

6. Cómo rastrear el movimiento del dinero en una negociación

La contabilidad es el lenguaje de los negocios. A través de ésta nos informamos, clasificamos y resumimos los efectos de las transacciones financieras.

Para fines de análisis asumiremos una empresa, pues usualmente ésta debe mantener registros financieros más acabados que las personas físicas.

6.1. Composición, definición y naturaleza de los Estados Financieros

Por considerarlo de rigor, para su correcto manejo e interpretación, a continuación explicaremos la estructura de un Estado Financiero, a saber:

6.1.1. Activos

Es el conjunto de todos los bienes, valores, propiedades y derechos de una persona física o moral.

- Activos Corrientes, compuesto por el efectivo y otras partidas que pueden convertirse en efectivo en el corto plazo.
- Activos Fijos, que son las propiedades de naturaleza relativamente permanente y que se emplean en las operaciones de los negocios. A su vez, éstos pueden ser tangibles (edificios, terrenos, equipos) o intangibles (patentes, franquicias, entre otras).

6.1.2. Pasivos

Que están constituidos por el conjunto de deudas u obligaciones pecuniarias. Al igual que los Activos se dividen en Corrientes y Fijos.

6.1.3. Capital

De la diferencia entre Activos menos Pasivos, se obtiene el Capital o patrimonio, que está constituido por aquella parte del activo que se encuentra libre de obligaciones.

6.2. Análisis de posicionamiento[9]

En la actualidad existen muchos tipos de análisis que son de gran utilidad para determinar el posicionamiento financiero de una empresa. Con esta determinación pueden ser comparados los valores obtenidos con el llamado Índice Promedio Industrial, que no es más que la media óptima del sector a la que pertenece la empresa investigada. De no existir podría determinarse con un promedio de una muestra real de la capacidad instalada en operación. Esto para economías con niveles de transparencias inadecuados.

Para determinar el posicionamiento de una empresa, los tipos de análisis más utilizados en la actualidad son los siguientes:

6.2.1. Análisis Fundamental

Consiste en la determinación tradicional de las razones o ratios de rentabilidad, liquidez, deuda, administración y el panorama de competencia para determinar factores que podrían impulsar o deteriorar la cotización de la empresa en el mercado. (Ver caso Lavaprontro, S.A.)

6.2.2. Análisis Técnico

Incluye lo anterior más la determinación de patrones de comportamiento del precio de las acciones para encontrar niveles históricos de negociación.

Este último es un tipo de análisis con fines netamente especulativos, pero que no deja de tener su importancia, pues le dirá al investigador cuales han sido los mejores momentos de la empresa.

En economías donde no existe un mercado de valores con una estructura y funcionabilidad adecuadas, este tipo de análisis puede tender a ofrecer datos poco fiables. En tal sentido, el investigador debe poner especial atención o apalancarse de otros instrumentos y métodos.

6.3. Análisis de los libros y registros[10]

Al análisis de los registros contables se conoce como "auditoria". Los técnicos de auditoria se basan en tres palabras de acción:

6.3.1. Análisis

Durante el análisis, los libros contables y registros se desglosan en las partes que los componen.

6.3.2. Escrutinio

Es la búsqueda de pistas en anotaciones poco usuales hechas en documentos, la ausencia de un propósito de negocios en una transacción o la falta de documentación en una transacción.

6.3.3. Comparación

Es la evaluación y comparación de los documentos contables que son fuente de información, con indicadores independientes disponibles, procedentes de fuentes externas.

En una investigación financiera el análisis de los Libros de Diario y de Mayor de un negocio y la comprensión de los procedimientos contables nos pueden ayudar a:

- Identificar el movimiento de dinero durante el proceso delictivo.
- Identificar las fuentes y/o aplicaciones de fondos efectuadas por un individuo o negocio por un período dado.
- Determinar los participantes en transacciones financieras específicas.
- Descubrir pistas adicionales para análisis posteriores.

6.4. Métodos de rastreo de fondos[11]

La cantidad de dinero resultante de actividades ilegales o fraude financiero puede rastrearse o establecerse por medio de los métodos siguientes:

6.4.1. Directo

También conocido como de asuntos específicos, se basa en las transacciones financieras específicas que realizan o paga el sujeto o empresa investigada.

6.4.2. Indirecto

Se basa en pruebas circunstanciales para establecer la fuente de procedencia del dinero y rastrearla hasta llegar a las actividades ilegales o al fraude financiero. Dentro de este método podrían incluirse los Métodos de Gastos, de Valor Neto, y el Depósito Bancario.

La clave para probar un delito financiero reside, usualmente, en la demostración de que el sospechoso ha dispuesto o ha recibido fondos ilegales. En tal sentido, veamos las fórmulas de los métodos siguientes:

Análisis del Valor Neto:

	Ingresos
-	Egresos
	Valor Neto
-	Valor Neto del año anterior
	Incremento del año
+	Gastos Conocidos
	Total Incrementos Valor Neto
-	Fondos Procedentes de Fuentes Conocidas
	Fondos Procedentes de Fuentes Desconocidas

Es decir, las alzas y bajas en el valor neto del negocio durante un período, dan como resultado la identificación de fondos desconocidos que pudieran ser recibidos ilegalmente.

Método de Gastos

	Gastos Totales
-	Fuentes Conocidas de Fondos
	Fondos Procedentes de Fuentes Desconocidas

Aquí se hace una comparación entre los gastos conocidos y las fuentes conocidas de fondos durante un período. Este análisis es concluyente en que cualquier gasto en exceso debe provenir de fondos desconocidos recibidos por el sospechoso.

Método de Depósitos Bancarios:

	Total Depósitos a Todas las Cuentas
-	Transferencias y Redepósitos
	Depósitos Netos a todas las Cuentas
+	Gastos de Caja (En Efectivo)
	Total Recibido Procedente de Todas las Fuentes
-	Fondos Procedentes de Fuentes Conocidas
	Fondos Procedentes de Fuentes Desconocidas

Aquí puede apreciarse como a través del análisis de los registros bancarios y las fuentes conocidas de fondos es posible determinar los posibles fondos de fuentes desconocidas.

6.5. Información contable

A menor control, mayor riesgo. De aquí la importancia de la contabilidad, especialmente del análisis de los Estados Financieros de las unidades económicas desde una óptica diferente a la comercial. Para ello se recomiendan los pasos siguientes:

- Analizar que la información financiera esté acorde al sector económico al cual pertenece el negocio.
- Evaluar la distribución de la información.
- Identificar las cuentas de mayor riesgo.
- Usar el flujo de efectivo para prevenir el lavado de dinero.
- Determinar indicadores para evaluar riesgos.
- Conocer, adicionalmente, casos y modalidades de lavado de dinero ya investigados.

Para la evaluación de la información financiera, de forma elemental, podrá interpretarse un balance teniendo en cuenta la distribución de la información para determinar su liquidez y su solvencia, lo cual refleja el sector

económico al que pertenece y la lógica del comportamiento con respecto a las compañías de su sector.

Por ejemplo:

$$\frac{\text{Activos Corrientes}}{\text{Pasivos Corrientes}} = \text{Grado de liquidez}$$

Esto respecto al Capital neto de trabajo. La rotación de los Activos corrientes facilita determinar su rápida conversión a Efectivo, tanto de sus inventarios o su cartera, como es el caso de empresas comerciales.

Para el sector industrial el análisis de la estructura de sus Activos Fijos y Pasivos a largo plazo permite observar la solvencia de la compañía. Este nos hará razonar lo lógico o ilógico que sería un volumen muy alto de efectivo, de inventario o un valor significativo de maquinarias, dadas las circunstancias actuales (Ciclo Económico) del sector industrial analizado.

Con lo anterior puede identificarse la lógica de un período y evaluar el comportamiento acorde al sector económico al que pertenece.

El análisis de flujo de caja es importante por lo que en sí representa: Ingresos y Egresos en detalle. El propósito de este tipo de análisis es identificar temporalmente la escasez o excesos de efectivo.

1. Primer paso: Determinar los recibos de efectivo durante cada intervalo de la investigación.
2. Segundo paso: Establecer los desembolsos de dinero.

Una vez que los ingresos y desembolsos han sido probados documentalmente, el investigador puede determinar los saldos de efectivo al final del período analizado. Es recomendable analizar que el saldo bancario superior al que figura en el mes anterior significa que existe efectivo en exceso, incremento patrimonial y debe establecerse por qué no se invirtió ese exceso para obtener su retorno.

El flujo de Activos corrientes que se manifiesta en un Estado Financiero dará la alerta a fin de considerar a una persona como sospechosa, lo que indica que deberá ser investigada. Esto es en esencia lo que se trata de demostrar en el caso Lavapronto, S.A. que, aunque no ofrece en si una certeza acabada de que la empresa analizada sea culpable del delito de lavado, no menos cierto que es resulta ser un complemento investigativo básico.

El proceso investigativo-financiero es diferente al investigativo de fuentes, formas o modos, de interrogación y seguimiento en campo. Uno va a las fuentes documentadas y analiza el proceso técnico de cómo llegan los fondos y cómo salen. El otro es técnicamente más difícil, pues basa y complementa el resto de la investigación.

De aquí surgen, genéricamente, los títulos de Unidad de Inteligencia Financiera y de Investigación Financiera, que ya han sido definidos.

Un proceso investigativo de lavado de activos es usualmente largo, aún en países que cuentan con leyes, instrumentos técnicos, preparación y recursos para actuar.

Aún actuando las unidades mencionadas, a su máxima capacidad, necesitarían del apalancamiento de otros organismos, nacionales o extranjeros, los cuales con su cuota redondearían el caso.

7. Las Razones financieras como instrumentos analíticos e investigativos[12]

Caso Lavapronto, S.A.

LAVAPRONTO, S.A.
Estado Financiero al 31 de diciembre del 2002

Activos	
Circulantes	
Caja	250,000.00
Bancos	2,575,000.00
Cuentas por cobrar	75,000.00
Inventarios	1,000,000.00
	3,900,000.00
Fijos	
Edificios	500,000.00
Terrenos	25,000.00
Mobiliarios	25,000.00
	550,000.00
Total de Activos	**4,450,000.00**
Pasivos	
Circulantes	
Cuentas por pagar	280,000.00
Documentos por pagar	170,000.00
	450,000.00
Capital	4,000,000.00
Pasivo + Capital	**4,450,000.00**

Aquí puede notarse el excesivo volumen que presentan los Activos circulantes y el bajo nivel de los Pasivos circulantes, lo que indica que el flujo de efectivo podría ser elevado. Esto puede determinarse en el llamado flujo de caja o de efectivo.

LAVAPRONTO, S.A.

Estados de Resultados

(Ganancias y Pérdidas)

	RD$
Ventas	12,000,000.00
Costo de Venta	7,000,000.00
Utilidad Bruta	5,000,000.00
Gastos de Ventas y Administración	1,500,000.00
Utilidades de Operación	3,500,000.00
Gastos por Intereses	180,000.00
Utilidades antes de Impuestos	3,320,000.00
Impuestos	170,000.00
Utilidad Neta	**3,150,000.00**

Razones o Ratios Financieros

Son la relación de una cifra con otra dentro o entre Estados Financieros de una empresa, que permiten ponderar y evaluar los resultados de las operaciones de la compañía. Se asumirá el Índice Industrial como el factor ideal o como la media usual en torno a la cual deben rondar los productos obtenidos de las razones financieras, indicando la calidad del desempeño financiero en unos casos y operativo en otros.

Las principales se encuentran clasificadas en las cuatro (4) siguientes:

1. Razones de Rentabilidad

1. (a)

$$\frac{\text{Utilidad Neta}}{\text{Ventas}} = \text{Margen de Utilidad}$$

$$\frac{3{,}150{,}000.00}{12{,}000{,}000.00} = 0.26 = 26\%$$

Mide el porcentaje de las ventas que logran convertirse en utilidad disponible para los accionistas comunes.

Índice Industrial 6.5%

1. (b) Rendimiento sobre la Inversión

1. (b) 1.

$$\frac{\text{Utilidad Neta}}{\text{Total de Activos}} = \frac{3{,}150{,}000.00}{4{,}450{,}000.00} = 0.70 = 70\%$$

1. (b) 2.

$$\frac{\text{Utilidad Neta}}{\text{Ventas}} \times \frac{\text{Ventas}}{\text{Activos Totales}} =$$

$$\frac{3{,}150{,}000.00}{12{,}000{,}000.00} = \frac{12{,}000{,}000.00}{4{,}450{,}000.00} = 0.26 \times 2.69 = 69\%$$

Indica la efectividad de la administración y su forma de proyectar las utilidades. En ambos casos se obtiene el mismo producto porcentual.

Índice Promedio Industrial 10%, el producto porcentual de 70% es muy elevado debido a la alta rotación que manifiestan los activos corrientes.

1. (c) Rendimiento sobre el Capital Contable

$$\frac{\text{Utilidad Neta}}{\text{Capital}} = \frac{3{,}150{,}000.00}{4{,}000{,}000.00} = 078 = 78\%$$

Mide lo que esta realizando la compañía para obtener rendimiento sobre los fondos que los accionistas han confiado a la administración.

Índice Promedio Industrial 15%, un 78% es elevado.

2. Razones de Liquidez

2. (a) Razón Circulante

$$\frac{\text{Activos Circulantes}}{\text{Pasivos Circulantes}}$$

Mide la capacidad e empresa de generar efectivo a partir de sus activos circulantes y así lograr cubrir sus compromisos. Mientras mayor sea el resultado de esta Razón, existe mayor posibilidad de que los Pasivos (deudas) sean pagados y si se torna exagerado como en el caso de la empresa " LAVAPRONTO, S.A.", entonces la indica como sospechosa de ser un instrumento para lavar dinero.

Ejemplo:

$$\frac{3{,}900{,}000.00}{450{,}000.00} = 8.66$$

Es decir que "LAVAPRONTO, S.A.", cuenta con RD$8.66 por cada peso adeudado. El Índice deber ser de 2.1

2. (b) Prueba de Liquidez o Acida

2. (b) 1.

$$\frac{\text{Activos Circulantes - Inventarios}}{\text{Pasivos Circulantes}}$$

2. (b) 2.

$$\frac{\text{Activos Monetarios}}{\text{Pasivos Monetarios}}$$

Aquí se incluyen las partidas cuya conversión en efectivo es inmediata, por lo que esta Razón expresará la disponibilidad inmediata de la empresa para cubrir sus deudas.

Ejemplo:

$$\frac{3{,}900{,}000.00 - 1{,}000{,}000.00}{450{,}000.00} = 6.44$$

Lo que indica que LAVAPRONTO, S.A. dispone de RD$6.44 por cada peso de deuda, de forma inmediata. El Índice Industrial es de RD$1.00, lo que nos muestra un exceso de liquidez que, a su vez, llama la atención indicando que esta empresa puede estar siendo utilizada para lavar dinero.

3.) Razones de utilización de Activos

3. (a) Rotación de Cuentas por Cobrar

$$\frac{\text{Ventas}}{\text{Cuentas por cobrar}} = \frac{12{,}000{,}000.00}{75{,}000.00} = 160$$

Nos indica el número de veces que rotan las cuentas por cobrar, es decir, cuantas veces al año pagan las facturas los clientes. El Índice debe ser igual a 10 veces como mínimo, por lo que 160 veces nos indica una calidad de clientes sencillamente "excelente".

3. (b) Rotación de Inventarios

$$\frac{\text{Ventas}}{\text{Inventarios}} = \frac{12{,}000{,}000.00}{1{,}000{,}000.00} = 12$$

Indica la rapidez con que estas entran y salen a la empresa, por lo que el resultado está expresado en cuantas veces la inversión de este tipo de activo es vendida. Si se compara la rotación obtenida 12 veces con el de la industria 7 veces notaremos que LAVAPRONTO, S.A., utiliza métodos muy eficientes de pedidos de inventarios.

3. (c) Rotación de Activos Fijos

$$\frac{\text{Ventas}}{\text{Activos Fijos}} = \frac{12{,}000{,}000.00}{550{,}000.00} = 12.8$$

Los Activos Fijos son adquiridos conforme a la capacidad de la empresa en función de las ventas esperadas. El Índice Promedio Industrial es de 5.4, al compararlo con el 21.8 obtenido, nos indica que LAVAPRONTO, S.A. tiene un movimiento considerable de inventarios y cuentas por cobrar que afectan hiperpositivamente las ventas.

3. (d) Rotación de Activos Totales

$$\frac{\text{Ventas}}{\text{Activos Totales}} = \frac{12{,}000{,}000.00}{4{,}450{,}000.00} = 2.69$$

Indica el número de veces que la empresa utiliza los activos para generar las ventas de los artículos que comercializa. El Índice Promedio es de 1.5, por lo que 2.69 es alta y excelente.

4.) Utilización de Pasivos

4. (a) Razón de Pasivos a Activos Totales

$$\frac{\text{Pasivos Totales}}{\text{Activos Totales}} = \frac{450{,}000.00}{4{,}450{,}000.00} = 0.10 = 10\%$$

Indica la proporción en que el total de recursos existentes en la empresa han sido financiados por instituciones o personas ajenas a LAVAPRONTO, S.A. El Índice Promedio es de 33% por lo que un 10% nos indica que la empresa o tiene un nivel de deuda apreciable. Es decir, el financiamiento de las operaciones con dinero ajeno es bajo.

El que los Pasivos sean notablemente reducidos no es un indicador por excelencia de que la empresa este lavando dinero. Debido a la cantidad de Activos que maneja a la rotación y rentabilidad no necesita del financiamiento de sus operaciones. La razón es que otras empresas, que podrían estar lavando dinero, pueden tener un exceso de pasivos caso contrario. Pero lo que no variará casi nunca será el flujo o movilidad de los activos corrientes, pues con estos irían resarciendo su alta deuda.

4. (b) Número de veces que se ganan intereses

$$\frac{\text{Utilidad antes de Impuestos e intereses}}{\text{Intereses}} = \frac{3{,}320{,}000.00}{180{,}000.00} = 18.4$$

El Índice Promedio Industrial es de 7. Mientras más elevada sea la razón, mayor será la capacidad que tenga la empresa para poder cubrir los Intereses que deba pagar. El 18.4 no indica que la empresa cuenta con más del doble del promedio Industrial.

En síntesis, se ha podido apreciar a una empresa que cuenta con un posicionamiento económico sólido, digno de ser paradigmático, pero en el entendido de que las Razones o Ratios Financieros no son indicadores completamente confiables, la investigación deberá profundizarse aún más. Es decir, se ha recibido la alerta, de

una posibilidad llena de incertidumbres que deberemos limitar a la mínima expresión. Por ejemplo, deberá constatarse qué tipo de operación ha generado ese volumen de dinero. Una forma de empezar es haciendo las comparaciones de entradas y asientos en el Diario General, o Libro de Asientos de Operaciones con el Flujo de Caja o Cash Flow y el Inventario.

Todo lo anterior tiene la limitante de que las cifras contenidas en los Estados Financieros deben ser reales. Cualquier duda al respecto implicaría la ejecución de una Auditoria.

Cualquier tipo de información que se logre, producto del análisis aplicado, será complementario a las investigaciones que desarrollan los organismos investigativos y posteriormente los organismos judiciales.

Reitero que el método de las Razones o Ratios Financieros es de gran utilidad en cualquier proceso investigativo, pero aisladamente considerado, no ofrecerá respuestas suficientemente objetivas para emitir un juicio acabado de la empresa analizada.

Antes de finalizar debe indicarse la importancia de la evaluación de la información del Flujo de Caja o Cash Flow, indicando dos razones, que son las siguientes[13]:

(1) Analizar cuando las fuentes de fondos a corto plazo se negocian y obtienen por adelantado para ser utilizados por la empresa. En la medida en que estos montos fluctúan existe un momento en que la disponibilidad tiende a cero. Estas caídas deben ser anticipadas con el fin de no atentar con la seguridad de los fondos en el momento de una crisis.

(2) En períodos de inflación, el resultado de fluctuaciones, la disponibilidad de dinero debe ser más alta que las necesidades inmediatas. Este límite de efectivo debe ser invertido en instrumentos de mercado monetario a corto plazo tan pronto como el dinero esté disponible, con el fin de preservar su poder de compra y contribuir con la rentabilidad de los bienes y derechos existentes.

8. Indicadores de Fraudes[14]

Alguna acción o indicador de la posible existencia de fraude, tal y como la omisión de algún ingreso específico, y registros inadecuados y grandes compras pagadas en efectivo podrían ser indicadores que denoten la ocurrencia de un fraude o de una actividad ilegal. El investigador financiero puede utilizar los siguientes indicadores de fraudes para ayudar a identificar a aquellos que están involucrados en actividades ilegales, identificando sus esquemas.

8.1. Cuarenta y seis (46) indicadores de fraudes

A continuación citamos cuarenta y seis (46) posibles situaciones sospechosas. Es bueno señalar que las mismas no son rígidas o estáticas, sino más bien dinámicas y han de existir muchas otras.

1. Mantener dos juegos de libros y registros.
2. Ocultamiento de activos.
3. Destrucción de libros y registros.
4. Grandes o frecuentes transacciones en divisas cuyas compras se efectúen en efectivo.
5. Pagos a compañías o personas ficticias.
6. Asientos y documentos falsos o alterados.
7. Facturas o notas falsas.
8. Compras o ventas de activos subvaluados o sobrevaluados.
9. Uso de nombres falsos.
10. Grandes préstamos de la compañía a empleados u otras personas.
11. Cobros frecuentes de cheques recibidos.
12. Uso frecuente de cheques de caja.
13. Uso de fotocopias de facturas o recibos en lugar de los documentos originales.
14. Gastos personales pagados con fondos corporativos.
15. Cheques en los que se ha dejado en blanco el nombre del beneficiario y en los que después se ha llenado en fecha posterior.
16. Excesivos descuentos en facturación.
17. Excesivos defectos o material echado a perder.
18. Doble pago de facturas.
19. Uso innecesario de cuentas de cobro.
20. Individuos que negocian cheques que eran pagaderos a una empresa.
21. Endosos de segundas y terceras personas en cheques corporativos (de la compañía).
22. Uso excesivo de cheques de cambio o retiro de cuentas.
23. Préstamos de compañías localizadas en países que son refugio fiscal.

24. Declaración de impuestos por cantidades menores a las reales, atribuibles a transacciones específicas y negociación por parte del causante de haber recibido el ingreso, o incapacidad para proporcionar una explicación satisfactoria de su omisión.
25. Incrementos substanciales no explicados en valor neto, especialmente sobre un período de años.
26. Depósitos bancarios de fuentes inexplicables que exceden en forma substancial el ingreso declarado.
27. Ocultamiento de cuentas bancarias, cuentas de corretaje y otras propiedades.
28. Explicación inadecuada de transacciones por grandes sumas de divisas, o el gasto inexplicables de divisas. (Especialmente cuando se trata de un negocio que no requiere grandes cantidades de efectivo).
29. Incumplimiento en el depósito de los recibos en la cuenta del negocio, contrario a las prácticas normales.
30. Incumplimiento con la declaración de impuestos, especialmente por un precio de varios años aunque se recibieran cantidades substanciales de ingreso gravable.
31. Reclamación de deducciones ficticias o inadecuadas.
32. Cantidades substanciales de gastos personales deducidos como gastos de negocios.
33. Asientos falsos o alteraciones hechas en los libros y registros, documentos fechados con fecha atrasada o post-fechados, facturas falsas o estados financieros falsos, u otros documentos falsos.
34. No llevar los libros adecuados, especialmente si ya se le dio aviso por parte del inspector como resultado de algún examen previo, ocultamento de registros o rehusarse a mostrar ciertos registros.
35. Distribución de ingresos a socios ficticios.
36. Inclusión de ingresos o deducciones en la declaración de un causante relacionado, cuando existe diferencia en las tasas de impuestos.
37. Declaraciones falsas, especialmente si se hicieron bajo juramento, respecto a un hecho material involucrado en la investigación.
38. Intentos de obstruir la investigación. Incumplimiento para responder a preguntas pertinentes o cancelación reiterada de citas concertadas. Evitar al investigador.
39. El conocimiento del causante respecto a impuestos y prácticas de negocios cuando aparecen diversos puntos cuestionables en las declaraciones.
40. Destrucción de libros y registros, especialmente si fueron confeccionados exactamente antes de la investigación.

41. Transferencia de activos para fines de ocultamiento.
42. Involucramiento en actividad ilegal (ingreso ilegal).
43. Incumplimiento para revelar todos los hechos relevantes a la persona que prepara la declaración.
44. Incumplimiento para seguir las indicaciones y consejos del contador o abogado.
45. Riqueza inexplicable.
46. Asociación de negocios con empresas localizadas en países que son paraísos fiscales.

8.2. Prácticas contables inadecuadas en el ciclo de tesorería[15]

En materia de fraude pueden presentarse situaciones y prácticas intencionales o errores por omisión. Se plantearán algunos casos en cuanto al uso del efectivo y de las inversiones.

En cuanto al efectivo:

- El hacer cortes incorrectos de ingresos y egresos de caja y bancos, aunque esto no implica necesaria y directamente una falsedad o fraude, se debe poner especial atención.
- Si no se cierran oportunamente los registros de ingresos, eso puede dar lugar a que se incluyan en las cuentas de caja y banco sumas que corresponden al período contable siguiente. Esto sobreestima el efecto del periodo contable realizado y puede alterar otras cuentas como las cuentas por cobrar.

El efecto contrario ocurre si los cortes de ingresos de efectivo se hacen con mucha anticipación.

- Si los registros de egresos están mas allá de la fecha de cierre del ejercicio contable, el efectivo y las cuentas por pagar pueden mostrar cifras inferiores a las reales, mostrándose un mejor índice de capital o liquidez.
- Es inadecuado no separar, ni especificar, los fondos que están restringidos, porque pueden estar comprometidos en usos o destinos especiales, - como, depósitos a término, fideicomisos -, o estar sujetos a gravámenes, embargos, o no estar disponibles para un desembolso en un momento determinado. Esto altera la liquidez de una empresa. Es necesario revelar este hecho y disponer físicamente de los documentos que lo muestran.

En cuanto a las inversiones:

- Si se tienen valores y títulos negociables deben estar ajustados sus costos en libros, porque de lo contrario se presentarán sus valores inflados y sobreestimados. Si hay una baja significativa en el mercado, si en ellos se presenta un alza y no se registra, no se expresaría en una forma inadecuada, salvo si se van a vender.

- Es prudente indicar en el balance general el precio o cotización en el mercado de los títulos y su clasificación en activos corrientes o a largo plazo, pues en caso contrario afectaría la liquidez, lo cual es incorrecto. Debe anotarse, también, el costo más los incrementos posteriores, en caso de que no estén ajustados en libros. Una forma de lavar dinero consiste en inflar el valor de las inversiones, produciendo incrementos ficticios que justifican niveles elevado de patrimonio.

9. Control interno[16]

Existe solo un sistema de control interno, el administrativo, que es el plan de organización que adopta cada empresa con sus correspondientes procedimientos y métodos, operaciones contables para ayudar, mediante el establecimiento de un medio adecuado, a lograr los objetivos siguientes:

- Mantener información fresca de la situación de la empresa.
- Coordinar sus funciones.
- Mantener una ejecutoria eficiente.
- Determinar si la empresa está operando conforme a las políticas establecidas que incluyen normas y procedimientos ortodoxos.
- Asegurarse que se están logrando los objetivos establecidos dentro de un riesgo moderado.

9.1. El Modelo COSO, para la prevención

El Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Comission COSO, desde mediados de los 80´s vislumbraba la necesidad de evaluar las técnicas de control utilizadas hasta ese momento. De aquí nace este modelo de control interno para llenar la insatisfacción a todo lo relacionado con las regulaciones.

En la actualidad en nuevo enfoque de supervisión bancaria se hace basada en el modelo COSO.

Cuestionario COSO

A continuación, se ofrece un cuestionario, aplicable a cualquier tipo de empresa, a través del cual podría implantarse el modelo de control interno COSO. A saber:

- ¿Cómo establecen y mantienen los directores y gerentes un fuerte ambiente y cultura organizacional apegados a la ética?
- ¿El ambiente de control establece el propósito de la organización y constituye la base para un sistema de

control interno eficiente?

- ¿Los directores y gerentes dan el ejemplo de integridad y ética que exige la organización?
- ¿Se ha redactado un código de conducta para empleados? ¿Es reforzado mediante la capacitación, la comunicación integral y la solicitud a los empleados jerarquizados para que realicen declaraciones periódicas por escrito acerca de su cumplimiento?
- ¿Son razonables y realistas los objetivos de rendimiento y los incentivos de compensación o se crea una presión excesiva sobre el cumplimiento de resultados a corto plazo?
- ¿Está claro que cualquier informe financiero fraudulento no será aceptado?
- ¿Se ha interrelacionado la ética con los criterios que se utilizan para evaluar el rendimiento de las funciones de negocios?
- ¿Reacciona la dirección en forma correcta cuando recibe malas noticias de sus subordinados y/o de las funciones de negocios?
- ¿Existe un proceso ético que resuelva las demandas éticas privadas?
- ¿Se identifican los riesgos del negocio y se discuten abiertamente con el directorio?
- ¿Cómo identifica y maneja los riesgos la organización?
- ¿El sistema de control interno permite que la agencia valore, monitoree y maneje los riesgos más importantes?
- ¿Se identifica, recopila y comunica oportunamente la información interna y externa importante para fines de tomar decisiones y actuar?
- ¿Se identifican y analizan los riesgos y se toman acciones de forma rápida, a fin de mitigarlos?
- ¿Existen controles que aseguren que las decisiones de la dirección se llevan a cabo correctamente?
- ¿Como evalúa la organización su sistema de control interno para asegurarse de que es efectivo?
- ¿Los controles internos deben ser monitoreados por la gerencia departamental en forma progresiva y deben estar sujetos a una evaluación periódica?
- ¿Demuestran la dirección y la gerencia que aceptan la responsabilidad de controlar en lugar de delegar todo lo concerniente al personal de finanzas y de auditoria?
- ¿Monitorea la gerencia en forma rutinaria los controles en el momento en que se desarrollaron las operaciones de la organización?
- ¿Asigna la gerencia claras responsabilidades en cuanto a la capacitaron y al monitoreo de los controles internos?

- ¿Se llevan a cabo y se documentan las evaluaciones periódicas y sistemáticas de los sistemas de control?
- ¿Dichas evaluaciones son efectuadas por el personal que tiene la responsabilidad, experiencia del negocio y conocimientos adecuados sobre los temas de la organización?
- ¿Cuáles criterios se utilizan para evaluar los controles?
- ¿Las fallas en los controles se informan a la gerencia general y se corrigen oportunamente?
- ¿Se incorporan los controles adecuados, a medida que se diseñan y se aplican nuevos sistemas?
- ¿Cómo usted puede determinar que el comité de auditoria del directorio es efectivo?
- ¿Un comité de auditoria esclarecedor y proactivo es un factor poderoso para la autorregulación de la organización?
- ¿El directorio ha revisado recientemente la suficiencia de la carta constitutiva del comité de auditoria?
- ¿Los miembros del comité de auditoria están trabajando y actúan en forma independiente de la dirección?
- ¿El comité de auditoria comprende y monitorea el ambiente de control de la organización, en su totalidad?
- ¿El comité de auditoria supervisa la oportunidad, importancia y confiabilidad de la información operativa y financiera suministrada al directorio, a inversionistas, demás accionistas y terceros?
- ¿Supervisa el comité de auditoria la existencia y el cumplimiento del estándar ético que se ha planteado la organización?
- ¿El comité de auditoria o la dirección en su totalidad tiene una relación significativa y a la vez desafiante con los auditores externos independientes, los auditores internos, los funcionarios de control financiero, los funcionarios del área de negocios?
- ¿Cómo sabe que la función de auditoria interna es efectiva? ¿Utiliza indicadores específicos para medir su gestión?
- ¿Una auditoria interna organizada y que funcione eficientemente proporciona a la dirección y al comité de auditoria un instrumento que les ayudara a monitorear la confiabilidad e integridad de la información financiera y operativa?
- ¿La función de auditoria interna cuenta con el apoyo total de la gerencia general, el comité de auditoria y de los directores? ¿Está correctamente posicionada en el organigrama?
- ¿El comité de auditoria ha controlado que el alcance de las responsabilidades de la auditoria interna sea el adecuado?
- ¿Es correcta la relación a nivel de organización entre auditoria interna y los ejecutivos de alto nivel?
- ¿Auditoria interna posee y emplea líneas abiertas de comunicación y de acceso privado a todos los

funcionarios de alto nivel y al comité de auditoria?

- ¿Los informes de auditoria cubren los temas correctos, se distribuyen a la gente adecuada y se cumplen de forma oportuna?
- ¿Los integrantes del departamento de auditoria, de mayor jerarquía, tienen el nivel de experiencia adecuado?
- ¿Cómo puede estar seguro de que los controles internos de la organización están realmente funcionando?

Los controles internos no aseguran el éxito a una organización, pues las malas decisiones, los gerentes incapaces, las conductas inmorales, la confabulación, las infracciones a los mismos controles y la presión de la competencia pueden generar problemas. No obstante, los controles eficaces ayudan a que las organizaciones alcancen sus objetivos, minimicen las incertidumbres y la ocurrencia de sorpresas desagradables.

El control interno es realizado por personas, y no es solamente un manual de políticas y formularios sino que hay personas que actúan en cada uno de los niveles de la organización. Se supone que el control interno proporciona una seguridad razonable, más no absoluta, a la gerencia general de la entidad. El control interno se ajustar al logro de los objetivos de la empresa en una o mas categorías, que están separadas pero superpuestas por ser parte de una misma estructura.

Al revisar, en su totalidad, la eficacia de los cinco (05) componentes de control COSO en su organización, podrá tener la certeza de que las futuras condiciones a las que se han hecho referencia podrán ser prevenidas, detectadas y corregidas en el curso de las operaciones normales de su empresa.

9.1.2. Diferencias entre el modelo tradicional y el modelo COSO[17]

Tradicional:	COSO:
Mecanismos	**Mecanismos**
• Registro • Segregación de Funciones • Niveles de Autorización • Cumplimiento de Normas y Políticas Impuesta • Custodia y Archivo	• Orientado a garantizar la confiabilidad de la información respecto a la realidad económica • Autocontrol mediante indicadores de gestión • Cumplimiento de normas y políticas concertadas y funcionales • Archivo electrónico protegido
Oportunidad	**Oportunidad**
• Correctivo-Reactivo • Detectivo	• Preventivo-Proactivo • Automático

10. La administración del riesgo[18]

Toda empresa debe tipificar sus riesgos, pues un riesgo no tipificado ni medido es un problema de Control Interno. Riesgo es la incertidumbre de concurrencia de una pérdida humana, moral o económica, que deben ser identificadas y clasificadas. Estas incertidumbres podrían llevarse a su mínima expresión, pero nunca podrán ser completamente eliminadas.

En la actualidad uno de los mayores riesgos a los que se exponen los sistemas financieros y cambiarios de todo el mundo es ser utilizados para lavar dinero o activos. Es, en síntesis, un riesgo inherente del que no están exentas las empresas de otra naturaleza. La experiencia de casos nos muestra que mientras más grande es la empresa, mayor es el nivel de riesgo que afronta.

El profesor Miguel A. Cano, en su libro Modalidades del Lavado de Activos, ha identificado cinco (5) variables a tomar en cuenta para prevenir el lavado de activos. El las llama "Las 5C del Control para Prevenir el Lavado de Activos." A saber:

- Concienciación y sensibilización.
- Conocimiento integral del delito.
- Conocimiento interno y del entorno de la institución.
- Conocimiento integral del cliente.
- Conocimiento de modalidades e identificación de controles y sanciones.

El seguimiento de estas 5C nos garantizará una Administración Efectiva del Riesgo.

11. Implicaciones económicas y sociales del lavado de activos[19]

11.1. Implicaciones Económicas

El lavador de dinero no coloca los recursos sucios en base a tasas de retorno esperados, sino en base a la facilidad de eludir controles. Es por lo que el dinero sucio tiene a ir a países con menos controles restrictivos.

La globalización de la economía mundial ha permitido el movimiento libre y rápido de importantes sumas de dinero a través de las fronteras en busca del ámbito económico más conveniente y de la tasa de retorno más alta.

La globalización de los Mercados de Capitales tiene sus consecuencias positivas, tales como las siguientes:

(a) Permite que el capital salga de los países donde su productividad es lenta y vaya a los países donde su productividad es alta, procurando, así, una mejor distribución de las reservas mundiales y consecuentemente una mayor tasa de crecimiento de la economía mundial.

(b) Facilita la superación de crisis, producto de la deuda, dado el fácil acceso al mercado internacional de capitales a países dispuestos a seguir las políticas necesarias de ajustes económicos.

(c) Ayuda en la enorme tarea de integración de las economías en transición al sistema económico internacional.

(d) Facilita el reciclaje de capital de países con superávit en las cuentas corrientes, a aquellos con déficit.

Si bien los beneficios potenciales de una integración económica y una libertad de movimientos de capitales mayores son obvios y significativos, inevitablemente esto tiene sus costos. Por ejemplo, ante la mayor libertad y amplitud en el movimiento de los bienes y ante el mayor volumen de intercambio comercial, se ha hecho más fácil para los narcotraficantes y traficantes de armas trasladar sus mercancías de un país a otro.

En cuanto el Mercado de Capitales, uno de esos costos es el movimiento de capitales ocasionalmente amplio, repentino y promovido por los especuladores que buscan ganancias rápidas, o por inversionistas legítimos que pueden verse incluidos por un instinto gregario a retirar su dinero del país donde lo habían invertido. El desarrollo de las sociedades de inversión y la creciente importancia de los derivados financieros (swaps, futuros, opciones, etc.) pueden haber contribuido a estos movimientos de capitales repentinos, susceptibles de crear dificultades para los países implicados.

Podríamos señalar otro costo potencial de la globalización y es que ésta permite que los países con déficit fiscales estructurales, es decir, con déficit no generados por el ciclo económico, posterguen la realización de las correcciones necesarias en sus cuentas fiscales en virtud de un fácil acceso al préstamo extranjero. Estos países pueden, de ese modo, tender a acumular más deuda de lo prudente.

Todo se traduce en una mayor facilidad que la integración de los mercados de capitales, proporciona a elementos delictivos para lavar internacionalmente el dinero adquirido de sus actividades ilegales.

Los costos a la economía mundial producto del lavado de dinero pueden ser, entre otros, los siguientes:

- Perjudicar las operaciones efectivas de las economías nacionales y promover políticas económicas más pobres. Especialmente, en los países en vías de desarrollo.
- Corromper lentamente el mercado financiero y reducir la confianza del público en el sistema financiero, con lo que aumentaría el riesgo y la inestabilidad.

- Reducir la tasa de crecimiento de la economía mundial, como consecuencia de lo anterior.

En razón del volumen de dinero que debe lavarse, a la concentración de este en pocos países y debido a que muchos países han adoptado políticas de prevención y detención que ponen en riesgo a estos delincuentes, se han observado intentos cada vez mas sofisticados tendientes a lavar intencionalmente estos bienes.

Hechos tales como:

- La privatización de empresas públicas a gran escala en muchos países.
- El crecimiento de los mercados bursátiles en países en vía de desarrollo.
- La creciente diversificación de instrumentos financieros en el mercado financiero internacional.
- La creciente participación de capital internacional controlado a través de entidades que aclaran tener su domicilio legal en países considerados paraísos fiscales.
- La falta de una efectiva regulación en muchos países y específicamente en economías en vías de desarrollo o en transición.
- La gran cantidad de capital extranjero absorbido por economías en transición y en muchos países en desarrollo, ha creado por un lado una fuerte demanda de capital financiero y por otro las condiciones que facilitan las inversiones anónimas de este capital.
- La crisis económica mundial producto del estancamiento de la producción.

La globalización de los mercados y la creciente sofisticación técnica han allanado el proceso. Es muy difícil distinguir entre movimientos de capitales alentados o inducidos por la diferencias en las políticas económicas y movimientos de capitales que reflejan intentos de lavado de dinero. Las estadísticas disponibles no permiten hacer esta distinción.

Una operación que podría generar sospechas es la del dinero que se desplaza de países con buenas políticas y tasas altas a países con ventajas inferiores, dando así la impresión de desafiar las leyes de la economía. Es como si 2+2=3.

Como consecuencia de esos movimientos de capitales contrarios al análisis objetivo de la realidad económica, los formuladores de políticas económicas pueden decidir ejecutar una opción errada. Por ejemplo, si éstos frente a una inflación elevada, un tipo de cambio sobrevaluado y un gran déficit fiscal, ven ingresar capitales, probablemente sostendrían un esquema de política económica expansiva, que es en términos políticos ideal. Pero la realidad es otra, pues la economía estaría sobre cimientos muy volátiles, aunque genera una ilusión de solidez que predispone al cambio a una política más conservadora.

En cuanto a la distribución óptima o, al menos, eficiente de los recursos, una gran reserva de capitales lavados puede producir cierta inestabilidad intrínseca en la economía mundial. La transferencia de un monto importante de un país a otro podría tener consecuencias económicas significativas, creando dificultades macroeconómicas para los países que reciben o que pierden este dinero, pues grandes egresos o ingresos de capitales podrían influir en variables como el tipo de cambio, las tasas de interés e inclusive en los precios de determinados bienes de inversión, tales como casas y terrenos.

11.2. Implicaciones Sociales

La apariencia lícita de los fondos que opera el lavador puede llevar a empresarios probos a negociar con él, lo que relacionaría de forma indirecta a personas ajenas al crimen con el mismo. Una vez el lavador logra colocar capitales sucios, genera relaciones de negocios conexas que infectarán a capitales bien habidos.

La operatividad de esquemas de lavado, sin su consecuente castigo, generaría males que afectarían sensiblemente los cimientos de la sociedad en general, pues atentaría contra la gobernabilidad. Fruto del lavado, las sociedades estarían a expensas de las situaciones negativas siguientes:

- Impunidad
- Falsos valores
- Competencia desleal
- Generación de riqueza ficticia
- Fraudes y engaños

El carácter ilegal de sus operaciones hace que los lavadores tiendan a enfocar su conducta hacia lo que les ofrezca el menor peso regulatorio posible, sistemas investigativos y judiciales débiles y, por lo tanto, fáciles de corromper, así como hacia estructuras mal concebidas.

En síntesis, toda acción lesiva a la economía es perjudicial a la sociedad. En tal sentido, con la previa explicación de las implicaciones económicas, se entiende que lo dañino del lavado ha sido por demás enfocado.

12. Bibliografía recomendada

Cano C., Miguel Antonio. Modalidades de Lavado de Dinero y Activos", Ecoe Ediciones, Bogotá, Colombia, 2001.

Cardenas, Mauricio Y Steiner, Roberto (Copiladores). *Corrupción, Crimen y Justicia. Una Perspectiva Económica,* Trabajos Presentados en la Región Anual de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Economía (LACEA), Tercer Mundo, S.A., Bogotá, Colombia, 1998.

Castro M., Heiromy. "Introducción a la Problemática del Lavado de Dinero". Conferencia, Superintendencia de Bancos, Santo Domingo, R.D., 1998.

_____. "Técnicas Financieras para la Investigación del Lavado de Dinero (Lavapronto, S.A.). Conferencia, Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogas (PNUFID), Santo Domingo, R.D., 2000.

_____. "La Investigación Financiera en Casos de Lavad de Activos. (Administración del Riesgo)". Curso, Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc., Santo Domingo, R.D., 2001.

_____. "Normas y Políticas Implantadas por la Autoridad Competente para la Prevención del Lavado de Activos". Conferencia, Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc., Santo Domingo, R.D., 2002.

_____. "Conociendo la Banca Off-Shore". Conferencia, Superintendencia de Bancos, Santo Domingo, R.D., 2003.

_____. "Crímenes Financieros: Corrupción, Financiamiento del Terrorismo y Lavado de Activos. Conferencia presentada en el marco de la III Seminario, Estado, Gestión y Control, Santo Domingo, R.D., 2003.

_____. "Financiamiento del Terrorismo". Conferencia, VII Feria Internacional del Libro, Santo Domingo, R.D., 2004.

Del Rosario Zorrilla, Héctor. "Análisis de Costo y Técnicas de Fijación de Precios", Editora Búho, Santo Domingo, R.D., 2001.

Estupiñán Gaitan, Rodrigo. Estado de Flujo de Efectivo y de Cambios en la Situación Financiera, Editora Roesga, Bogotá, Colombia, 2001.

Guajardo, Gerardo. Contabilidad Financiera, McGraw-Hill, México, 1994.

Jorge, Antonio Y Salazar-Carrillo, Jorge. *Price Policies and Economic Growth,* Praeger Publishers, Westport, CT, EUA, 1997.

Schott, Paul Allan. *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism,* Banco Mundial-Fondo Monetario Internacional, Washington, D.C., EUA, 2003.

Vidales Rodríguez, Caty. El Delito de Legitimación de Capitales: Su Tratamiento en el Marco Normativo Internacional y en la Legislación Comparada", Centro para la Administración de Justicia, Florida Internacional University, Miami, FL., EUA, 1998.

Financial Intelligence Units, An Overview, Fondo Monetario Internacional-Banco Mundial, Washington, D.C., EUA, 2004.

Transparencia & Corrupción: Conclusiones de los Seminarios Sectoriales, Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc.-Banco Mundial, Santo Domingo, R.D., 2002.

Prevencao e Combate á Lavagem de Dinheiro, Consejo de Control de Actividades Financieras, Brasilia, D.F., Brasil, 2001.

Financial Investigation Terminology, a Multilingual Glossary, Financial Crimes Enforcement Network, The Department of the Treasury, Washington, D.C., EUA., 1992.

Cyberpayments and Money Laundering: Problems and Promise, RAND Published, Santa Monica, CA, EUA, 1998.

Curso de Investigación Financiera para Unidades de Inteligencia Financiera, Internal Revenue Service (IRS), The Department of the Treasury, EUA, El Salvador, San Salvador, 1997.

[1] Castro M., Heiromy. *Crímenes Financieros: Corrupción, financiamiento del terrorismo y lavado de activos*. Conferencia. III Seminario de Estado, Gestión y Control, Mayo 2003.
[2] Curso de Investigación Financiera para UIF's, Internal Revenue Service IRS, U.S. Department of Treasury, El Salvador, 1997.
[3] Ob. cit.
[4] Ob. cit.
[5] Ob. cit.
[6] Castro M., Heiromy. Conociendo la banca off-shore. Seminario, Superintendencia de Bancos, Santo Domingo, Nov. 2003
[7] Curso de Investigación Financiera para UIF's, IRS, El Salvador, 1997.
[8] Para consulta ver *Guía de Lineamientos Para la Prevención del Lavado de Dinero en el Sistema Financiero Nacional y Agentes de Cambio* y Manual *Conozca su Cliente* emitidos por la Superintendencia de Bancos.
[9] Acampora, Ralph. *Entre el análisis técnico y el fundamental*. Wall Street Journal, Mayo 1999.
[10] Curso de Investigación Financiera para UIF's, IRS, El Salvador, 1997.
[11] Ob. cit.
[12] Castro M. Heiromy. *Técnicos financieros para la investigación del lavado de dinero (Lavapronto, S.A.)*. Conferencia, Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogras (PNUFID), Santo Domingo, R.D., Mayo 2000.
[13] Curso de Investigación Financiera para UIF's, IRS, El Salvador, 1997.
[14] Ob. cit.
[15] Cano C., Miguel Antonio. *Modalidades de lavado de dinero y activos*. Ecoe Ediciones, Bogotá, Colombia, Octubre 2001.
[16] Ob. cit.
[17] Ob. cit.
[18] Ob. cit.
[19] Tanzi, Vito. *El lavado de dinero en la economía mundial*. IMF Working Papers, 1999.

Justicia y Gobernabilidad
Fortaleciendo el estado de derecho

Escuela Nacional de la Judicatura
República Dominicana

USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE

UNIDAD II
DERECHO PENAL MATERIAL

- ✓ **IDEHPUCP-PUCP**. Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal, Lima, 2014

Compendio jurisprudencial sistematizado

Prevención de la corrupción y justicia penal

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS

idehpucp
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

ET LUX IN TENEBRIS LUCET
MCMXVII
PUCP

Compendio jurisprudencial sistematizado

Prevención de la corrupción y justicia penal

Compendio jurisprudencial sistematizado:
Prevención de la corrupción y justicia penal

Primera edición (500 ejemplares)
Lima, Perú
Julio de 2014

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-09433

Editor
Erick Guimaray Mori

Autores
Julio Alberto Rodríguez Vásquez
David Ricardo Torres Pachas
Ana Carolina Navas Bustamante
Yvana Lucía Novoa Curich

Corrección de estilo
Rocío Reátegui

Diseño y diagramación
Jorge Kajatt

Impresión
GRÁFICA DELVI S. R. L.
Av. Petit Thouars 2009, Lima 14 - Perú
Teléfono: (511) 471-7744

© Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2014
Calle Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú
Teléfonos: (511) 261-5859 / 461-3433
www.idehpucp.pucp.edu.pe

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de esta publicación por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ÍNDICE

ABREVIATURAS 9

PRESENTACIÓN 11

ADVERTENCIAS PARA EL LECTOR 13

ABUSO DE AUTORIDAD 15

1. Bien jurídico 15
2. Tipicidad de la conducta 15
3. Sistema concursal 17
4. Valoración de la prueba 18

ANTEJUICIO Y JUICIO CONSTITUCIONAL 19

1. Debido proceso en sede parlamentaria 19
2. Diferencias entre el antejuicio y el juicio constitucional 20
3. Antejuicio político e independencia del Poder Judicial y el Ministerio Público 23
4. Diferencias entre el antejuicio y la indemnidad parlamentaria 24
5. Juicio político, razonabilidad y control jurisdiccional 25
6. Infracción constitucional y su determinación 27
7. Inhabilitación política 29
8. Suspensión de plazo de prescripción de acción penal 31

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN 33

1. Autoría 33
2. Coautoría 39
3. Complicidad 40

BIEN JURÍDICO GENÉRICO 45

COHECHOS 47

COHECHO PASIVO PROPIO 47

1. Bien jurídico 47
2. Tipicidad de la conducta 47
3. Consumación 51
4. Valoración de la prueba 52

COHECHO PASIVO IMPROPIO 52
1. Bien jurídico 52
2. Tipicidad de la conducta 54
3. Problemas concursales 58
4. Consumación 58
5. Valoración de la prueba 58

COHECHO ACTIVO GENÉRICO 59
1. Bien jurídico 59
2. Tipicidad de la conducta 59
3. Consumación 61
4. Valoración de la prueba 62

CONCUSIÓN 63
1. Bien jurídico 63
2. Tipicidad de la conducta 63
3. Consumación 64

CONFESIÓN SINCERA 67

COLUSIÓN DESLEAL 69
1. Bien jurídico 69
2. Tipicidad de la conducta 70
3. Consumación 81
4. Sistema concursal 81
5. Valoración de la prueba 82

DETERMINACIÓN DE LA PENA 85

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO 87
1. Bien jurídico 87
2. Tipicidad de la conducta 87
3. Sistema concursal 89
4. Consumación 90
5. Valoración de la prueba 91

EXACCIÓN ILEGAL - COBRO INDEBIDO 93
1. Tipicidad de la conducta 93

INHABILITACIÓN 95
1. Concepto 95

2. Relación con el delito cometido 95
3. Inhabilitación de ejercer cargo o función pública 95
4. Ejecución de la inhabilitación 97

INTERPRETACIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN 99

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SU VALOR CONSTITUCIONAL 101

1. Interés constitucionalmente protegido 101
2. Mandato constitucional 102
3. Principio constitucional de proscripción de la corrupción 103

MALVERSACIÓN DE FONDOS 105

1. Bien jurídico 105
2. Tipicidad de la conducta 105
3. Sistema concursal 108
4. Consumación 109
5. Prescripción 109
6. Valoración de la prueba 109

NE BIS IN IDEM: SANCIÓN ADMINISTRATIVA 111

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE 113

1. Bien jurídico 113
2. Tipicidad de la conducta 113
3. Sistema concursal 118
4. Consumación 118
5. Prescripción 118
6. Valoración de la prueba 119

OMISIÓN DE ACTOS FUNCIONARIALES 121

1. Bien jurídico 121
2. Tipicidad de la conducta 121
3. Valoración de la prueba 122

PATROCINIO ILEGAL 123

1. Bien jurídico 123
2. Tipicidad de la conducta 123
3. Consumación 126

PECULADO **129**

1. Bien jurídico 129
2. Tipicidad de la conducta 130
3. Sistema concursal 144
4. Consumación 144
5. Reparación civil 146
6. Inhabilitación 146
7. Prescripción 147
8. Valoración de la prueba 148

PRESCRIPCIÓN **151**

1. Concepto 151
2. Cómputo del plazo de prescripción 151
3. Plazo de prescripción ordinario y extraordinario 152
4. Dúplica del plazo de prescripción 152
5. Plazo de prescripción en caso de extraneus 154
6. Suspensión e interrupción del plazo de prescripción 154

PRUEBA DOCUMENTAL **157**

1. Registro de inspecciones laborales 157
2. Documentos videográficos y audiográficos 157

PRUEBA PERICIAL **159**

1. Elementos 159
2. Valoración judicial 159
3. Necesidad de debate pericial ante contradicciones 159
4. Informes de la Contraloría de la República 160

PRUEBA POR INDICIOS **163**

1. Concepto 163
2. Requisitos 163
3. Clasificación de los indicios 164
4. Uso y valoración 165
5. Prueba por indicios en los procesos penales por delitos contra la Administración pública 167

PRUEBA PROHIBIDA **169**

1. Definición 169
2. Búsqueda de la verdad y prueba prohibida 169
3. Prueba prohibida como derecho fundamental 171

4. Prueba prohibida y violación de derechos fundamentales 171
5. Declaración obtenida mediante violencia 171
6. Validez de prueba incorporada de forma irregular 172
7. Efectos: inutilización y exclusión 173
8. Excepciones a la prueba prohibida 173

PRUEBA TESTIMONIAL 177

1. Declaraciones del coimputado 177
2. Declaraciones del agraviado 178

REPARACIÓN CIVIL 179

TRÁFICO DE INFLUENCIAS 183

1. Bien jurídico 183
2. Tipicidad de la conducta 184
3. Consumación 189
4. Valoración de la prueba 191

USURPACIÓN DE FUNCIONES 193

1. Bien jurídico 193
2. Tipicidad de la conducta 193

ÍNDICE TEMÁTICO 195

ABREVIATURAS

AA	proceso de amparo
AI	proceso de inconstitucionalidad
AV	antes visto por la Corte Suprema de Justicia
CJ-116	concordancia jurisprudencial con el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial
CP	Código Penal
CSJL	Corte Superior de Justicia de Lima
ESV-22	ejecutoria suprema vinculante de acuerdo con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial
Exp.	expediente
HC	proceso de hábeas corpus
p.	página
PA	proceso de amparo
PCC	proceso de conflicto competencial
p.ej.	por ejemplo
PHC	proceso de hábeas corpus
PI	proceso de inconstitucionalidad
pp.	páginas
R. N.	recurso de nulidad
R. Q.	recurso de queja
sic	así fue escrito
SPE	Sala Penal Especial
ss.	siguientes
TC	Tribunal Constitucional del Perú
vgr.	verbigracia

PRESENTACIÓN

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), con el apoyo de la Fundación para una Sociedad Abierta (OSF), tiene como una de sus principales líneas de investigación y ejecución de programas al fenómeno jurídico-social de la corrupción. Y, específicamente, este COMPENDIO JURISPRUDENCIAL SISTEMATIZADO en materia de delitos contra la Administración pública es el resultado de un trabajo académico y práctico relacionado con la prevención, el control y la sanción de conductas penalmente relevantes que ponen en peligro, o lesionan efectivamente, la naturaleza prestacional de los recursos y servicios con los que cuenta el Estado para cumplir sus fines constitucionales.

Con este COMPENDIO JURISPRUDENCIAL SISTEMATIZADO se intenta abarcar, cualitativamente, los principales argumentos, premisas, definiciones y valoraciones que nuestra judicatura realiza respecto de los principales conceptos que definen el marco normativo-penal que resguarda a la Administración pública.

De esta manera, conscientes de que el sistema jurídico anticorrupción se compone de una serie de medidas incluso ajenas al derecho penal, este COMPENDIO JURISPRUDENCIAL SISTEMATIZADO abarca, con un índice de búsqueda alfabético, la definición jurisprudencial de los principales comportamientos típicos contra la Administración pública como el delito de colusión, peculado, malversación o cohecho. Sin embargo, además del análisis penal de cada tipo, también se recogen las tesis más importantes usadas por nuestra judicatura respecto de una serie de figuras jurídicas de la parte general del derecho penal como, por ejemplo, la autoría y la participación, el dolo y la culpa, la tentativa del delito, el sistema concursal o la prescripción penal y reparación civil. Del mismo modo, y con el objetivo de presentar un estudio integral, en esta obra se recogen las posturas doctrinales más rigurosas que el Tribunal Constitucional aplica respecto de la «interpretación y aplicación de los tratados internacionales contra la corrupción», así como las que acoge para describir el sistema jurídico global de anticorrupción como, por ejemplo, la función congresal sancionadora, y los procesos políticos respectivos, sobre hechos de corrupción realizados por parlamentarios. Por último, y como no podría ser de otro modo, la materia procesal penal, con especial atención en la Teoría de la Prueba en delitos de corrupción, cierra el propósito de sistematización meticulosa al que esta obra apunta.

Este COMPENDIO JURISPRUDENCIAL SISTEMATIZADO es resultado del trabajo en equipo del Área Anticorrupción del IDEHPUCP, cuyos integrantes se encargaron de hacer una búsqueda exhaustiva de sentencias judiciales que pudieran sistematizarse para esta publicación. En este mismo sentido, queremos agradecer a quienes componen el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, pues tuvieron la amabilidad de brindarnos un banco de jurisprudencias sobre delitos de corrupción que fueron de mucha ayuda para concretar este trabajo.

La importancia de contar con un sistema judicial fortalecido con herramientas que le permitan enfrentar los casos de corrupción, cada vez más complejos y peligrosos, anima esta iniciativa académica, cuyo objetivo principal es constituirse en una de aquellas herramientas.

Erick Guimaray Mori
Editor

ADVERTENCIAS PARA EL LECTOR

El Compendio jurisprudencial sistematizado: prevención de la corrupción y justicia penal está ordenado alfabéticamente, a partir de lemas y sublemas del derecho penal, procesal penal, derecho constitucional y derecho internacional relacionados con la prevención de la corrupción. A efectos del empleo adecuado de esta herramienta, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Fuentes:

Sentencias del Tribunal Constitucional, Corte Suprema de la República, Cortes Superiores, Acuerdos Plenarios y Plenos Jurisdiccionales.

Lemas: (van en mayúsculas sobre fondo guinda al inicio de página impar)

Son figuras o términos jurídicos concretos ordenados alfabéticamente. Como regla general, se ha priorizado el elemento determinante del término.

Sublemas: (van en color guinda y son precedidas por un número)

Recogen un aspecto o desarrollo aplicativo de un lema específico. Los sublemas dentro de un lema están ordenados en razón de importancia, de lo más general a lo más específico.

Extracto jurisprudencial:

Los extractos jurisprudenciales están dentro de los lemas, y recogen una cita de la jurisprudencia que defina o desarrolle el lema y, en algunas ocasiones, el sublema. En su mayoría son textos literales de la jurisprudencia, aunque en algunas ocasiones han sido editados con el objetivo de desarrollar mejor el criterio del tribunal.

Datos de identificación:

El tipo, la fecha y el número del expediente, recurso, queja, acuerdo o pleno jurisdiccional están registrados en los datos de identificación. Los datos de identificación estarán en paréntesis y al final de cada extracto jurisprudencial. Se registrarán de forma resumida de acuerdo con las abreviaturas de este Compendio jurisprudencial sistematizado.

1. Bien jurídico

«El delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares». (Exp. 137-98, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de Lima del 18 de marzo de 1998)

«Que, el artículo trescientos setenta y seis del Código Penal, por el que se procesa al imputado contiene el delito de abuso de autoridad, el cual tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; nuestra normatividad sanciona que el funcionario público que abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera». (Exp. 7362-97, sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 18 de marzo de 1998)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo

«Los presupuestos legales que exige el tipo penal descrito por el numeral 376 del Código Penal, requieren que el sujeto activo no solo sea funcionario público, sino que se encuentre investido de autoridad y ejerza funciones públicas». (Exp. 335-95, Ejecutoria Suprema emitida el 17 de setiembre de 1998)

«Respecto al delito de abuso de autoridad cabe indicar que el Estado Peruano a ciertas personas por sus conocimientos o preparación o elección les otorga una función o un cargo público para actuar en su representación organizando o dirigiendo a sus administrados, por ende les otorga un poder que no es ilimitado pues este poder público no puede ser entendido como la omnipotencia, sino que se sujeta a la constitución y la ley, y además a las normas del Sector Público». (Queja Excepcional 313-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de mayo de 2013)

Relación con el cargo

«Para que se configure el delito de abuso de autoridad, la conducta ilícita, debe guardar relación con el cargo asumido, esto es, presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la administración pública, y consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente». (R. N. 2240-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de agosto de 2003)

«Lo esencial en esta figura delictiva es el obrar in *fraudem legis* del funcionario concernido, pues su actuación se basa en una falsedad consciente; el acto debe ser objetivamente ilegal —afirmación y ejercicio de un poder que se sabe ilegal, y afirmación y suposición de hechos que se saben falsos, como condición del acto de autoridad ejercitado— y, fundamentalmente, con conocimiento de esa falsedad, a sabiendas que se actúa vulnerando la ley. El funcionario, por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio funcional, pero lo hace en situaciones que no corresponde, conducta que está completada por el conocimiento de esa improcedencia». (Exp. 20-2003-A.V., Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

Elementos del tipo

«Esa conducta fue tipificada como delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo trescientos setenta y seis del Código Penal, que sanciona al funcionario público que en abuso de sus atribuciones, ordena un acto arbitrario en perjuicio de alguien. De la lectura de este tipo penal se advierten tres aspectos concretos: a) Un acto abusivo o arbitrario en perjuicio de tercero. b) La existencia de una orden emanada del agente especial del delito. c) La presencia del componente subjetivo, el dolo, en la conducta del funcionario público. Esto quiere decir, que actúe con voluntad y con el conocimiento de que abusa de las atribuciones que posee, en infracción de las leyes y reglamentos […] Cabe acotar que no es un acto arbitrario la conducta del agente que está amparada por la ley o se encuentra fundamentada en una decisión discrecional, ajustada a los principios del derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, también podría concurrir en un error de tipo, por desconocimiento de que el acto era ilegal y abusivo; en tanto esta circunstancia es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión». (R. Q. 17-2013, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de julio de 2013)

3. Sistema concursal

Carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad

«El delito de abuso de autoridad genérico es un tipo legal subsidiario —tiene lugar en tanto el acto concreto cometido por el funcionario público no esté previsto específicamente en otra figura penal cometida por funcionarios, carácter subsidiario que está dado por la naturaleza objetiva de la ilegalidad cometida—, en cuya virtud se debe realizar en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera». (Exp. 20-2003-A.V, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

Diferencia con el delito de usurpación de autoridad

«El funcionario público que abusando de sus funciones ordene o cometa un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de otro o haga mal uso de su función comete delito de abuso de autoridad. El delito de usurpación de autoridad consiste en el ejercicio ilegítimo de la autoridad pública, esto es, que se asuma o ejerza funciones públicas sin título o nombramiento expedido por autoridad competente». (Exp. 1971-92, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de mayo de 1993)

Diferencia con el delito de excesos en la facultad de mando (artículo 139 del CJMP)

«[…] es pertinente indicar que el Código Penal también sanciona en su artículo 376 el delito de abuso de autoridad. Se advierte entonces que en nuestro ordenamiento jurídico a nivel legislativo existe un delito de abuso de autoridad "común" (siendo competente para su instrucción la justicia ordinaria) y un delito de abuso de autoridad "militar" (el cual corresponde ser analizado en el fuero militar).

La existencia de un delito de abuso de autoridad previsto en el Código de Justicia Militar, cuyo juzgamiento está previsto en el fuero militar no implica que todos los actos de abuso de autoridad cometidos por personal policial o militar en el ejercicio de sus funciones deban de ser conocidos y juzgados en el fuero militar, sino solo aquellos que impliquen la vulneración de bienes jurídicos militares o policiales (es decir, bienes que se configuran a partir de las finalidades encomendadas por la Norma Fundamental tanto a las Fuerzas Armadas como a la Policía Nacional); esto es, cuando constituyen delitos de función». (Exp. 02284-2007-HC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 2 de setiembre de 2008)

4. Valoración de la prueba

«El delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; si no se acreditan dichos presupuestos cabe la absolución. En el presente caso al no haberse acreditado la arbitrariedad del acto de asignación en el número de horas académicas a la docente, procede absolver a la procesada». (Exp. 3436-96, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de noviembre de 1996)

1. Debido proceso en sede parlamentaria

Debido proceso

«Está consolidada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, en el sentido de sostener que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales […] su respeto y protección, además del ámbito estrictamente judicial, debe observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), tribunales arbitrales, etc.» (Exp. 7289-2005, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2006)

«Este Tribunal tiene afirmado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales […] las exigencias de su respeto y protección deben observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las persona […]». (Exp. 6149-2006, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 11 de diciembre de 2006)

Garantía al proceso previamente establecido

«Que, el artículo 10 de la Ley 25398 prescribe que las anomalías, entiéndase irregularidades, o vicio de procedimiento, que pudieran presentarse dentro de un proceso regular debe ventilarse y resolverse dentro del mismo proceso interponiendo el interesado los recursos impugnativos respectivos. Un proceso regular adquiere la calidad de irregular solo cuando se afecta al debido proceso que se manifiesta en el caso que no se cumplan normas de procedimiento o instituciones procesales estrictamente de nivel constitucional o mediante el incumplimiento o aplicación de ciertas leyes

que afectan el derecho procesal constitucional anotado; en consecuencia, la inobservancia de procedimientos previamente establecidos en la ley o los denominados vicios procesales de nivel legal deben resolverse según el caso en la instancia legislativa, tratándose por ejemplo del Antejuicio o Juicio Político […]». (Exp. 568-1996, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 18 de junio de 1998)

Garantía al juez imparcial e independiente

«Tal hecho podría considerarse un indicio de que, en el procedimiento de acusación constitucional, se haya vulnerado el derecho a un juez (parlamentario) "independiente" e "imparcial". Tal impresión, sin embargo, desaparece, no bien se repara en que el acuerdo en virtud del cual se mostró conformidad en que había mérito en que se denunciase al actor por diversos ilícitos penales, se aprobó en un órgano colegiado, donde confluyen tanto representantes de la mayoría como de la minoría, con cincuenta y tres votos a favor, ninguno en contra y cinco abstenciones. Tal carácter de la votación, desde luego, desvanece cualquier indicio de abuso de poder legislativo en contra del recurrente». (Exp. 1230-2002-HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 20 de junio de 2002)

2. Diferencias entre el antejuicio y el juicio constitucional

Coexistencia de dos instituciones distintas: antejuicio y juicio constitucional

«Que en segundo lugar, y en lo que respecta al procedimiento utilizado por el Congreso de la República para aplicar la sanción de destitución al demandante, este Colegiado entiende como premisa general, que nuestra Constitución Política vigente, a diferencia de anteriores Constituciones, no ha consagrado única y exclusivamente la institución del llamado "Antejuicio Constitucional", como un procedimiento destinado a determinar la procedencia de un juzgamiento penal de funcionarios de alto rango ante el Poder Judicial, previa habilitación del Congreso de la República, sino que a su vez ha reconocido la existencia de un auténtico "Juicio Político", que supone la potestad de procesamiento y sanción de la que privativamente está investido el Congreso, en los casos específicos de infracción de la Constitución por funcionarios de alto rango y en la que, en principio, no interviene en lo absoluto el Poder Judicial […] por consiguiente y si coexisten en nuestro ordenamiento ambos institutos, "Antejuicio Constitucional" y "Juicio Político", pueden presentarse en la práctica hasta tres variables: a) Puede haber casos en los que el Congreso de la República, sin estimar que hubo infracción a la Constitución empero si la comisión de delitos por

parte de funcionarios de alto rango, disponga ponerlos a disposición del Fiscal de la Nación con el objeto de que este último formule denuncia ante la Corte Suprema, quien a su vez resolverá sobre su juzgamiento o, en su caso, sanción, b) Puede haber casos en los que el Congreso, sin estimar que hubo conductas de tipo penal por parte de los altos funcionarios, quienes por tanto no se encuentran en condición de sometimiento a la vía penal, les imponga empero, sanciones de suspensión, inhabilitación o destitución, tras haber infringido la Norma Fundamental, y c) Puede haber casos en los que el Congreso de la República, además de sancionar a aquellos funcionarios de primer nivel, por infringir la Constitución, disponga concurrentemente y como consecuencia de haberse determinado su responsabilidad penal, se les ponga a disposición del Fiscal de la Nación a efectos de promover la denuncia correspondiente en la vía judicial penal». (Exp. 340-98-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 10 de julio de 1998)

Antejuicio

«Del privilegio del antejuicio político son beneficiarios el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (artículo 99 de la Constitución).

En virtud de dicho privilegio, los referidos funcionarios públicos tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual el cuerpo legislativo debe haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como su subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley.

En ese sentido, en el antejuicio solo cabe formularse acusaciones por las supuestas responsabilidades jurídico-penales (y no políticas) de los funcionarios estatales citados en el artículo 99 de la Constitución, ante los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia (que puede provenir de su propio seno) y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del dignatario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones, y poniéndolo a disposición de la jurisdicción penal.

De esta forma, en los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decisor (porque nunca sanciona). Y es que la facultad de aplicar sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial.

En síntesis, el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo.

El procedimiento de acusación constitucional contra los funcionarios enumerados en el artículo 99 de la Constitución, por los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (antejuicio), se encuentra regulado en el artículo 89 del Reglamento del Congreso. Queda ello meridianamente claro, cuando dicho artículo, *ab initio*, establece que "[...] mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político, al que tienen derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política [...]"». (Exp. 0006-2003-AI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 1 de diciembre de 2003)

Juicio político por infracción constitucional

«Por otra parte, el Tribunal Constitucional considera que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución, no solo puede ser ejercida en aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99, sino también en los casos en que se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede sancionar sobre la base de la "razón jurídica"), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la "razón política") no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.

Lo expuesto permite afirmar que en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados

en su artículo 99, en razón de las "faltas políticas" cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de "retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro". (BROUSSARD, Paulo. *O impeachment*. Segunda edición. Sao Paulo: Saraiva, 1992, p. 77). Al respecto, Bidart Campos refiere que «se lo denomina juicio "político" [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado». (BIDART, Germán. *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1986, p. 612).

Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por "infracción de la Constitución". Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.

De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas». (Exp. 0006-2003-AI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 1 de diciembre de 2003)

3. Antejuicio político e independencia del Poder Judicial y el Ministerio Público

«Por otra parte, este Tribunal considera que no existen criterios razonables que permitan concluir que la prerrogativa del antejuicio deba dar lugar a algún grado de interferencia con la independencia y autonomía de los poderes públicos encargados, por antonomasia, de la persecución e investigación del delito. Por ello, este Colegiado observa con preocupación lo expuesto en el tercer y quinto párrafo del artículo 100 de la Constitución. El primer párrafo establece: "En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente". Por su parte, el tercero prevé: "Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso".

El Tribunal Constitucional considera que las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el

Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso.

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a realizar la reforma constitucional correspondiente». (Exp. 0006-2003-AI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 1 de diciembre de 2003)

4. Diferencias entre el antejuicio y la indemnidad parlamentaria

«Los Congresistas gozan también de la inmunidad parlamentaria prevista en el último párrafo del artículo 93 de la Constitución y cuyo procedimiento de levantamiento se encuentra regulado en el artículo 16 del Reglamento del Congreso. Se trata de una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación.

[…] entre la prerrogativa funcional del antejuicio político y la inmunidad parlamentaria pueden establecerse distancias de orden formal y material. Las primeras señalan que, mientras todos los funcionarios que gozan de inmunidad (artículo 93, 161 y 201 de la Constitución), tienen, a su vez, la prerrogativa de antejuicio (artículo 99), no todos los que son titulares de esta, lo son de la inmunidad. Por otra parte, mientras la inmunidad parlamentaria tiene vigencia desde que se es elegido en el cargo hasta un mes después de haber cesado (artículo 93), la prerrogativa funcional de antejuicio permanece vigente hasta 5 años después de haber cesado en el cargo (artículo 99).

Desde el punto de vista material, a diferencia de lo que ocurre con el privilegio del antejuicio político, en el procedimiento para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, el Congreso no asume un rol acusatorio, sino estrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación. En estos casos, el Parlamento no pretende acreditar la responsabilidad penal del recurrente, sino, tan solo, descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse encubiertos en una denuncia de "mera apariencia penal".

De otra parte, un análisis lógico permite deducir que la garantía de la inmunidad parlamentaria opera solo respecto de delitos comunes, puesto que en el caso de los delitos funcionales, sin importar de quién haya provenido la denuncia, y aun cuando haya sido tramitada, en un inicio, con arreglo al segundo y tercer párrafo del artículo 16 del Reglamento, el Congreso deberá iniciar la investigación correspondiente conforme al artículo 89 del Reglamento, con el propósito de determinar si hay o no lugar a la formación de la causa, y, consecuentemente, si corresponde o no levantar la prerrogativa del congresista, concebida a estos efectos, ya no como la inmunidad a que hace alusión el artículo 93 de la Constitución, sino según el contexto del privilegio de antejuicio al que alude el artículo 99 constitucional. De igual manera, si el Congreso advirtiera que la materia sobre la que versa la denuncia solo puede ser subsumida en la configuración de un delito común, aun cuando en un inicio el procedimiento haya sido tramitado como si se tratase de una acusación constitucional, debe limitarse a levantar la prerrogativa funcional sin formular acusación alguna, pues los casos de delitos comunes no se encuentran contemplados en el artículo 99 de la Constitución.

Sin embargo, independientemente de las distancias existentes en la configuración propia de cada institución, en lo que atañe al privilegio funcional de los altos dignatarios del Estado, tanto el procedimiento regulado en el artículo 16 del Reglamento del Congreso (levantamiento de la inmunidad parlamentaria) como el regulado en el artículo 89 de la misma norma (antejuicio político), tienen un objeto sustancialmente análogo; a saber, la proscripción de ser procesados penalmente sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido en el seno del Legislativo». (Exp. 0006-2003-AI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 1 de diciembre de 2003)

5. Juicio político, razonabilidad y control jurisdiccional

«Que a este respecto y si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de

destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como "political cuestions" o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional […] no obstante la consideración precedente y tomando en cuenta lo que aparece de los autos, es incuestionable que en el presente caso el Congreso de la República no ha ejercido la potestad de destitución dentro de circunstancias inciertas o carentes de motivación, sino como consecuencia de la existencia de actos, que a su juicio y a entender de lo que aparece objetivamente en la Norma Fundamental, se presentan como infracciones a su texto». (Exp. 340-98-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 10 de julio de 1998)

«Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado. Ello, sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; si no que exige también el control y balance *(check and balance)* entre los órganos del Estado.

En tal sentido, la facultad de imponer sanciones políticas por parte del Congreso es una facultad privativa y discrecional de él; pero, tal discrecionalidad es posible solo dentro de los límites que se derivan de la propia Constitución y del principio de razonabilidad y proporcionalidad […] como ningún poder constituido está por encima del poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, sea posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento para imponer sanciones, cuando de ellos devenga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los derechos fundamentales». (Exp. 3760-2004-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 18 de febrero de 2005).

«Que, en ese sentido, el procedimiento de acusación constitucional mediante el cual se realiza el antejuicio político culmina con la expedición

de la resolución legislativa en la cual conste el acuerdo del Pleno del Congreso de haber lugar a formación de causa o no. Dicho procedimiento puede ser sometido a revisión si se ha vulnerado alguno de los derechos constitucionales que comprende el debido proceso; sin embargo, el supuesto daño se convierte en irreparable si el dignatario denunciado pierde la prerrogativa funcional antes señalada y es sometido a la jurisdicción penal. En tal caso, se debe observar la independencia de dicho órgano en el ejercicio de su función jurisdiccional, conforme al mandato constitucional contenido en el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución, el cual, en su segundo párrafo, dispone que "ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones"». (Exp. 05312-2006-PA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de noviembre de 2006)

6. Infracción constitucional y su determinación

«[…] nuestra Constitución reconoce la existencia de un juicio político destinado a sancionar las infracciones a la Constitución. Es decir, todas aquellas violaciones a los bienes jurídicos-constitucionales establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción —en caso de su incumplimiento— por norma legal alguna. Con esto, se busca proteger la Constitución evitando la impunidad de quienes la violen por medios no previstos ni sancionados en la ley. Ello es así en la medida que el carácter normativo de la Constitución determina que las infracciones a su texto sean proscritas en todos los ámbitos, y en especial en el público. […] es posible advertir en nuestra Carta Fundamental diversos supuestos prohibidos por el constituyente y que son pasibles de generar —en caso de ser violados por los funcionarios señalados en el artículo 99 de la Constitución— un juicio político por infracción constitucional. En esa línea, con ánimo ilustrativo, podemos considerar como conductas generadoras de infracción constitucional las siguientes:

En el ámbito de los deberes hacia el Estado y la Nación (Título II, Capítulo I de la Constitución)

- La rebelión o sedición cometida por determinada autoridad al arrogarse el poder del Estado que emana del pueblo (artículo 45 de la Constitución).
- La obediencia a un gobierno usurpador y la obediencia a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y las leyes (artículo 46 de la Constitución).

En el ámbito del régimen tributario y presupuestal (Título III, capítulo IV de la Constitución)

- La expedición de un decreto de Urgencia que contenga materia tributaria (artículo 74 de la Constitución).
- La aprobación de operaciones de endeudamiento interno o externo del Estado, fuera del marco de la ley (artículo 75 de la Constitución).
- La aprobación de la Ley Anual de Presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública (artículo 78 de la Constitución).
- La aprobación de tributos referidos a beneficios o exoneraciones sin haberse recibido el informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas (artículo 79 de la Constitución).
- La negativa de remisión de la Cuenta General de la República dentro del plazo señalado en el artículo 81 de la constitución (conducta que también se encuentra tipificada como delito en el artículo 377 del Código Penal).

En el ámbito de la estructura del Estado: Poder Legislativo (Título IV, Capítulo I de la Constitución)

- El desempeño de un parlamentario como miembro de una comisión parlamentaria de carácter internacional, sin la previa autorización del Congreso (artículo 92 de la Constitución).
- La disposición del ingreso de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en el recinto del Congreso, sin la autorización del presidente del Congreso (artículo 98 de la Constitución).

En el ámbito de la estructura del Estado: Consejo de Ministros (Título IV, Capítulo V de la Constitución)

- La Gestión, por parte de un ministro, de intereses propios o de terceros, así como el ejercicio de actividad lucrativa, o de intervención en la dirección o gestión de empresas o asociaciones privadas (artículo 126 de la Constitución).
- El desempeño del encargo de un despacho ministerial, fuera del plazo señalado (artículo 127 de la Constitución).
- La no concurrencia, por parte de todos o alguno de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos (artículo 131 de la Constitución).

En el ámbito de un régimen de excepción (Título IV, Capítulo VII de la Constitución)

- La renuencia de dimisión en el cargo de ministro, a pesar de haberse aprobado el voto de censura o no haberse obtenido el voto de confianza (artículo 132 de la Constitución).
- El decretamiento del estado de emergencia o del estado de sitio por un plazo indeterminado, o fuera del plazo establecido en la Constitución (artículo 137 de la Constitución).

En el juicio político, llevado a cabo por el Congreso de la República, la propia Constitución es el parámetro normativo para evaluar si alguno de los altos funcionarios, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución, ha cometido o no una infracción contra ella. En efecto, la tarea del Congreso de la República consiste en determinar, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si los hechos denunciados en un juicio político constituyen o no una infracción de la Constitución. Tal atribución no solo le ha sido conferida al Congreso de la República, por los artículos 99 y 100 de la Constitución, sino también por el artículo 102 inciso 2 de la misma norma suprema que le impone el deber de velar por el respeto de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Para el caso particular del juicio político tal responsabilidad no es otra que la política. Por tanto, así como en el caso de un delito el juez penal debe hacer una tarea de subsunción de los hechos en el tipo penal establecido en la ley, en el caso del juicio político el Congreso de la República tiene la tarea de encuadrar los hechos y establecer su relación directa con la norma constitucional pertinente, a fin de configurar la infracción constitucional, según el caso». (Exp. 3593-2006-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 4 de diciembre de 2006)

7. Inhabilitación política

Concepto

«En principio cabe señalar que la *inhabilitación política* es una sanción política discrecional pero sujeta a criterios de razonabilidad constitucional, que impone el Congreso de la República. […] la inhabilitación política es una sanción política que impone el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos competidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que solo comportan una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que sea sancionado».

(Exp. 3760-2004-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 18 de febrero de 2005)

Alcances

«La inhabilitación política despliega sus efectos sobre los derechos políticos que son aquellos mediante los cuales los ciudadanos participan en la formación y dirección de las actividades del Estado; son, por tanto, derechos que permiten a los ciudadanos participar en la vida política y pública.

Ahora bien, la inhabilitación política incide sobre estos derechos en dos ámbitos: material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza.

Dentro del ámbito temporal, el Congreso de la República puede inhabilitar al funcionario público "hasta por diez años" (artículo 100 de la Constitución), lo cual implica que el Congreso tiene discrecionalidad, dentro de los límites que establece la Constitución y el Reglamento del Congreso, para definir el tiempo durante el cual el funcionario quedará inhabilitado para ejercer sus derechos políticos.

Para el Tribunal Constitucional, esta limitación en el ejercicio de toda función pública no afecta al contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, porque su imposición es razonable y proporcional al daño constitucional cometido. Atribución que el poder constituyente le otorga al Congreso de la República en la Constitución Política, en tanto que él ocupa, dentro del ordenamiento constitucional, una función de tutela de los principios y valores democráticos». (Exp. 3760-2004-AA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 18 de febrero de 2005)

Diferencia con inhabilitación judicial

«[…] está inhabilitado para ejercer toda función pública durante diez años, computables a partir del día siguiente a la publicación de la referida norma legal. Dicha inhabilitación es consecuencia de un juicio político y es distinta de la inhabilitación judicial. La primera opera por decisión del Congreso de la República y tiene los efectos de inhabilitación para el ejercicio de toda función pública. La segunda es consecuencia de una sentencia judicial que suspende el ejercicio de la ciudadanía, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución Política del Perú». (Exp. 2791-2005-PA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 10 de junio de 2005)

8. Suspensión de plazo de prescripción de acción penal

«La suspensión de la prescripción de la acción penal se encuentra definida en el artículo 84 del Código Penal. A diferencia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, la suspensión no cuenta con causales establecidas en el Código, sino que se dispone que "Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido". En tal sentido, puede considerarse como causal de prescripción, por ejemplo, la cuestión prejudicial, regulada en el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales. Se puede considerar, también, la prerrogativa del antejuicio». (Exp. 4118-2004-HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

1. Autoría

Teoría de la infracción del deber

«Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio de autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agraviado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros —denominados delitos de dominio—. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor —características intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios o servidores públicos». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

«En los delitos de infracción de deber, por el contrario, la figura central es el definido en el tipo como obligado por el deber extra-penal, cuya infracción es el elemento principal de la ilicitud, de manera tal que el único que puede ser autor es el obligado especial. De esta manera en los delitos de infracción de deber, el hecho principal, al cual se deben referir las acciones de participación es la conducta infractora del deber del sujeto especialmente obligado. Por tanto, autor será quien infrinja el deber, aunque no tenga el dominio del hecho que finalmente ocasiona la lesión del objeto protegido. A su vez, serán participes los que, sin infringir el deber, tomen parte en el hecho. El hecho de los partícipes, en consecuencia, será referido a la acción del infractor del deber». (Exp. 085-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de enero de 2011)

«El autor del delito —de infracción de deber— no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su

ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

«[…] constituye un delito de *"infracción de deber"*, cuyo fundamento de la responsabilidad penal subyace no en el dominio sobre el riesgo típico, sino en la infracción de deberes especiales positivos, deber de garante de los funcionarios o servidores en virtud de responsabilidad institucional o *"incumbencia institucional"* o deberes en virtud de una *"competencia institucional"*, pues dichos deberes especiales, atribuciones, funciones o competencias funcionales no se encuentran al interior del tipo penal, sino en *"normas extrapenales",* constituyendo así los deberes especiales extrapenales. En efecto, las funciones de los funcionarios y servidores públicos no solo se encuentran formalmente reconocidas en la normatividad pertinente, sino que están vinculadas a la tutela penal y control o vigilancia del correcto funcionamiento de la administración, custodia o salvaguarda de los caudales o efectos públicos que le han sido confiados en razón de su cargo o competencia funcional». (Exp. 00111-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos el 5 de diciembre de 2011)

«[…] los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de"infracción de deber", que supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores contra la administración pública), por vinculaciones paterno filiales, de confianza o jurídicas, etc. *"Relaciones extra penales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento —con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial— explica la existencia del delito de infracción de deber"*». (R. N. 2065-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 5 de octubre de 2009)

«[…] tipo penal no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano con el correspondiente deber negativo de "neminen laede" o de no lesionar a los demos en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional, siendo

evidente, por las razones anteriormente anotadas, que los procesados han defraudado las expectativas normativas referidas a su rol especial, incurriendo en responsabilidad penal». (R. N. 4098-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de agosto de 2011)

Teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico

«Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de estos en la realización del delito especial de que se trate […] Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado». (Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004, Tema 5, Acuerdo Primero)

«En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción —como conducta peligrosa para los bienes jurídicos— complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116)

«[…] La calidad de funcionario o servidor público ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

Autoría

«El funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio —claro está— de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el

vínculo funcional con el objeto». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

«El artículo 40 de la Constitución Política del Estado, rige únicamente para fines laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad penal de quienes manejan fondos públicos, pues sostener lo contrario sería propiciar la impunidad de los innumerables ilícitos penales que a diario se comenten en el manejo de fondos públicos, a través de las diferentes empresas creadas por el Estado en el ejercicio de su gestión económica». (Exp. 251-98, Ejecutoria Suprema del 3 de agosto de 1998)

«En los delitos especiales propios e impropios, solo pueden ser autores los sujetos que reúnan las condiciones específicas establecidas en los tipos penales, considerando su capacidad de control del bien jurídico protegido. En consecuencia, no es admisible la coautoría entre un intraneus y un extraneus dado que cada uno de ellos responde de acuerdo al tipo común o especial que le corresponde». (Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo de 11 de diciembre de 2004)

«Es admisible que el sujeto cualificado (intraneus) pueda ser considerado autor mediato de un delito especial, en el que se utilice como intermediario a un particular en la medida que el intraneus o sujeto calificado, tiene el dominio social respecto de la disponibilidad del bien jurídico tutelado». (Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo del 11 de diciembre de 2004).

Concepto de funcionario público

«Contemplándose en el artículo 425 del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido, no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo, siendo esta una norma de reenvío.

Sin embargo, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425 del Código Penal, no se produce el reenvío, considerándose que es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción.

Así, la norma citada comprende como funcionario o servidor público:

Artículo 425.- […] 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier

naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas actividades u organismos […]

Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho Penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

«Es funcionario o servidor público la persona que, jurídica, jerárquica o disciplinariamente se haya integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuere su régimen laboral, siempre que este tenga funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de servicio público a la Nación». (Exp. 1556-96, Ejecutoria Suprema del 8 de abril de 1998)

«Funcionario público es toda persona que en virtud de designación o investidura otorgada por elecciones populares o autoridad competente, dentro de un contexto de normas y condiciones establecidas, se encarga de declarar o ejecutar la voluntad del Estado para realizar un fin público». (Exp. 429-96, sentencia emitida por el 43 Juzgado Penal de Lima el 29 de mayo de 1998)

«[…] que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos su niveles jerárquicos, indicando que se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos […]». (Exp. 032-2006, sentencia de la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente del 7 de enero de 2010)

«Que el concepto penal de funcionario público es amplio. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado». (R. N. 1923-2012, Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2013)

Funcionario de facto

«Que, el acusado Vladimiro Montesinos Torres, en el caso que es materia de examen tiene la condición de autor del delito por el cual se le juzgó, por cuanto, detentó la administración de hecho de fondos públicos, supuesto que por lo demás ha sido recogido por la doctrina al señalar que "Sujeto activo de este delito puede ser también el "funcionario de hecho" y el funcionario incompetente […]" (MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal: parte especial*. Volumen III: «Delitos en particular». Bogotá: Temis, 1995, p. 162), por su parte el Tratadista Argentino Sebastián Soler señala que: "[…] si se trata de un funcionario de facto, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuido de estos. En ambos casos, el sujeto presenta exteriormente el aspecto del funcionario legal […] en consecuencia, la sustracción que aquel ejecute es peculado" (SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1951, tomo V, pp. 203-204); y en dicha condición ejecutó el hecho punible». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«Este Colegiado y la Suprema Corte de la República, (aun cuando existe debate en la doctrina) ya han establecido que resulta plenamente admisible que esa condición de facto sea asumida por Montesinos Torres, como custodio y administrador de los dineros públicos ingresa dentro del tipo penal contemplado por el artículo 387 del C. P. […], puesto que el requerimiento legal no está circunscrito a una formal y legal competencia de administrador o custodio, sino más bien de manera amplia a la posibilidad cierta, real y concreta de disponibilidad que tenga un funcionario, respecto de bienes públicos, vale decir que la responsabilidad no gira en torno a la atribución legal formal que tiene el funcionario, sino que sin discriminar la condición legal únicamente se refiere al funcionario que por el cargo que ejerce (de derecho o de facto administre fondos públicos), pues no hace distinción expresa la norma penal por lo que no cabe al interpretar la ley se haga distinciones donde la ley no las hace, razón por la que esta vinculación alcanza inclusive a la relación de hecho que existe entre el funcionario y el patrimonio estatal». (Exp. 045-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 15 de noviembre de 2005)

«Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal». (Exp. 2758-2004-HC/TC, sentencia del 23 de noviembre de 2004)

«El procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor». (R. N. 1813-2003, sentencia emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 14 de noviembre de 2003)

Funcionario electo

«Que este accionar delictivo del procesado en cuanto al cohecho pasivo propio, se ve aún más agravado por cuanto, conforme al texto expreso del artículo noventitrés de la Constitución Política del Estado que había jurado cumplir, los Congresistas tienen derecho al antejuicio **"desde que son elegidos",** significándose con ello, que también desde aquel momento de su elección tienen las obligaciones recíprocas a ese derecho, como lo es el de emitir sus votos sin estar sujetos a ningún mandato imperativo; y que en el presente caso se refleja en haberlos emitido bajo la presión del vil dinero; es decir, por un mero móvil de lucro, antes que del interés de la Nación a la que quedó obligado luego de su juramento». (Exp. 06-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 12 de febrero de 2003)

2. Coautoría

«Cuarto: Que, en el nuevo juicio oral el tribunal superior debe tener en cuenta que en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: (a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; (b) una división de funciones y (c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello; que para establecer la concurrencia del dolo en la

conducta de los imputados y determinar si eran conscientes o no de que estaban contribuyendo a la realización del tipo legal previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, debe recurrirse a la prueba indiciaria o circunstancial, utilizar el criterio basado en las características y conocimientos especiales que tenían los sujetos, y la posición que ocupaban dentro de la organización del Estado, ligados a los hechos juzgados, que tengan trascendencia para la imputación del conocimiento». (R. N. 3181-2009, Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 18 de octubre de 2010)

3. Complicidad

Unidad del título de imputación

«Este tipo de delitos restringe el círculo de autores —como se anotó—, pero se admite la participación del *"extraneus"* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación del *"extraneus"*.

Esta posición, sostiene lo siguiente:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible.

Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber —el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única—. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26 CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación […] Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias).

«[…] la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que, la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo autores y cómplices, deben ser enmarcados en el mismo *nomen juris* delictivo, por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada […]». (R. N. 3203-2000, Ejecutoria Suprema del 14 de enero de 2003)

«No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, solo responden por el delito de infracción de deber en calidad de inductores o cómplices —sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó—, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal». (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

«Entender al autor como aquella persona que contribuye voluntariamente en la realización del hecho mediante actos de favorecimiento, cooperación e inclusive incentivando o induciendo al autor material. Esta forma de establecer el grado de participación de cada acusado, se sustenta en que si un particular (extraneus) participa en el delito cometido por el funcionario (intraneus), este habrá de responder por su participación delictiva en relación con el delito realmente ejecutado. El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal.

[…] La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir la teoría de la unidad del título de imputación, donde Autor del hecho solamente podrá ser el intraneus, los extraneus participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no dominio o codominio funcional del hecho». (Exp. A.V. 11-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[…] que será forzoso mantener la unidad del título de imputación, ya que el hecho realizado solo puede calificarse de una determinada forma y, además, porque no cabe otra posibilidad de exigir responsabilidad criminal al extraño que favorece su ejecución, pues, de lo contrario, habría que

declarar su impunidad. Ante la alternativa de considerar al extraño impune o calificarle como partícipe del delito especial, la justicia material y la estructura técnica de la institución de la participación imponen se opte por la segunda solución». (Exp. 098-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 20 de diciembre de 2010)

«[…] en caso un particular *(extraneus)* auxilie a un funcionario público *(intraneus)* en los delitos contra la Administración Pública, se puede incluir al partícipe en el tipo especial ya que la condición especial de ser funcionario público es comunicable; y concluyen en que dicho precepto consagra la accesoriedad limitada.

Así, la responsabilidad penal de los autores serían perfectamente comunicable a los partícipes. Dicho de otro modo, si la calidad del funcionario público en los delitos especiales propios es su fundamento, este sería perfectamente comunicable a interviniente que no ostente dicha calidad, como en el caso de autos donde el sujeto portador de la calidad especial es el padre, siendo los extraños no cualificados la esposa y los hijos aquí mencionados». (Exp. 098-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 20 de diciembre de 2010)

«[…] en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado». (R. N. 1813-2003, Sentencia emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 14 de noviembre de 2003)

«Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la "accesoriedad de la participación", es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas "extraneus" que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación.

Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo». (R. N. 375-2004, Ejecutoria Suprema del 11 de octubre de 2004)

«Conforme al modelo de delito de infracción de deber, si el delito no está consumado porque el autor aún no ha alcanzado el resultado de enriquecimiento, entonces el testaferro podrá ser sancionado como autor si es *intraneus* (no solo funcionario sino especialmente obligado) o, como ocurrirá en la mayoría de los casos, a título de cómplice si es extraneus». (Exp. 099-2009, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 25 de enero de 2011)

«La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el "correcto funcionamiento de la administración pública" […] Este Tribunal, conforme a lo advertido líneas arriba sobre los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de colusión ilegal, reitera que de modo genérico los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39 de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de "buena administración", a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico, los principios constitucionales que rigen la contratación pública (imparcialidad y trato igualitario a los postores) […] A su vez, no debe perderse de vista el hecho de que el legislador al momento de decidir si recurre a la sanción penal para combatir actos de corrupción tiene ante sí no solo principios constitucionales a ser protegidos como el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que dicha necesidad de represión de actos de corrupción viene reforzada desde la Constitución». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«[…] no todos los delitos comprendidos allí (capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales) tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo con el correcto funcionamiento de la administración pública […]». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010)

«Al respecto debemos precisar lo siguiente: a) es importante tener presente que si bien el merecimiento de la pena a una conducta delictiva es una condición necesaria para imponer una pena a un caso concreto; sin embargo, es insuficiente pues resulta necesario además que la pena sea útil y reporte a la sociedad y al condenado un beneficio respecto a la conservación de los bienes jurídicos y la estabilidad normativa; b) en ese sentido, es importante verificar si en el caso de autos es necesario recurrir a la pena privativa de libertad efectiva para proteger y asegurar el bien

jurídico: correcto funcionamiento de la administración pública y si la pena efectiva va a lograr los fines de prevención especial con la sentenciada, esto es, rehabilitarla y reinsertarla en la sociedad, más de lo que podría lugar una pena suspendida […]». (R. N. 3293-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de octubre de 2010)

«Cabe precisar respecto a los hechos objeto de acusación, que los delitos de Malversación de Fondos y Peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado […]». (R. N. 1336-2012. Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia el 10 de enero de 2013).

«Que en los delitos contra la Administración Pública, como es el caso de autos, el bien jurídico protegido dentro de este rubro es la recta funcionabilidad de la Administración Pública, por ello el sujeto pasivo por excelencia es el Estado o sus organismos autónomos o dependientes de este […]». (R. N. 668-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de junio de 2008)

COHECHO PASIVO PROPIO

1. Bien jurídico

«[…] el bien jurídico protegido en esta clase de delitos [cohechos], es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos […]». (R. N. 1406-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de marzo de 2008)

«El bien jurídico protegido en este título es el correcto funcionamiento de la administración pública; es decir, se intenta proteger, fundamentalmente, la objetividad que debe presidir la actuación administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales». (Exp. 00063-2011, sentencia emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria el 15 de junio de 2010)

«El interés a cuya protección se ha tipificado el delito in comento, en términos genéricos, es el "funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia […] de la venalidad, aún ejercida con relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento. En el cohecho pasivo propio, el objeto específico de tutela es el principio de imparcialidad y probidad». (Exp. 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011)

«La ubicación sistemática de la infracción punible en el rubro de los delitos cometidos por funcionarios públicos es trascendente, pues definen su ámbito de aplicación. Así, el bien jurídico protegido —para los delitos de cohecho— lo constituye el correcto funcionamiento del desempeño funcionarial del agente público». (R. N. 943-2009, Ejecutoria Suprema del 11 de junio de 2010)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo y pasivo

«El sujeto activo puede ser cualquier funcionario o servidor público que actúe proveyendo competencia genérica en razón del cargo o función.

Incluso los jueces, fiscales, etc., cuando el supuesto de hecho imputado excede los marcos de tipicidad. Como se observa aquí la vinculación funcional posee una naturaleza flexible y amplia. No puede ser sujeto activo el particular pues se trata de un tipo especial propio imputable solo al funcionario o servidor. El autor de cohecho pasivo propio puede ser único o a título colegiado si todos resultan involucrados (coautores)». (Exp. 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011)

Conducta típica

«[…] que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento de quien se deja corromper, en tanto que la activa corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario». (R. N. 1091-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de marzo de 2005)

«Que, el delito de Corrupción de Funcionarios —cohecho pasivo propio— en agravio del Estado se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, y la describe entendiéndosela como la aceptación hecha por un funcionario público, por la persona encargada de un servicio público para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características de dicho tipo penal, solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento de pago, la promesa, ni el acto indebido». (R. N. 88-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003)

«El cohecho propio castiga a la autoridad o funcionario que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en

el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito. Es necesario destacar que el acto no tiene por qué ser necesariamente, constitutivo de delito contra la Administración Pública, basta que sea una actividad delictiva realizada en el ejercicio del cargo». (Exp. 00063-2011, sentencia emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria el 15 de junio de 2010)

«Según Fidel Rojas, los comportamientos típicos previstos en el artículo 393 integran tres supuestos de hecho de ilicitud penal:

a) Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar un acto en violación de sus obligaciones;

b) Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja para omitir un acto en violación de sus obligaciones y;

c) Aceptar donativos, promesa o cualquier ventaja a consecuencia de haber faltado a sus deberes. Cada supuesto, a su vez, comprende diversas modalidades específicas de comisión delictiva». (Exp. 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011)

«El delito de cohecho pasivo propio requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional ilegal (infracción de deberes funcionales), en consecuencia, debe probarse que el agente solicitó o aceptó dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido —el funcionario debe pretender violar sus deberes o debe haberlos violado a través de un acto cualquiera». (Exp. 5134-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de abril de 2007)

«Que el delito de Cohecho Pasivo Propio, previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, abarca, en sus distintos párrafos, diversas modalidades comisivas, que a su vez, irrogan distintas consecuencias jurídicas penales, en virtud de la mayor o menor intensidad del injusto en cada una de aquellas modalidades de comportamientos lesivos a la Administración Pública. Así, el delito de Cohecho Pasivo Propio, recoge: **a)** la modalidad comisiva prevista en el primer párrafo del código Penal, referida a "aceptar" o "recibir" donativo, promesa o cualquier otra ventaja, lo que se produce, respectivamente, ante el solo ofrecimiento que realiza el agente corruptor (extraneus); o ante la materialización de dicho ofrecimiento mediante la entrega que realiza el sujeto corruptor, y en el que el sujeto intraneus (funcionario o servidor público) percibe o recibe el donativo o cualquier ventaja o beneficio, a cambio de la realización de una conducta

que contraría las obligaciones que le impone el cargo público que ostenta, apreciándose en tal supuesto la bilateralidad del evento, puesto que ambos sujetos intervinientes (intraneus y extraneus) hacen confluir sus conductas en la entrega por una parte y en la recepción por otra de dicho medio corruptor; **b)** la prevista en el segundo párrafo: cuya acción típica se concentra en el verbo rector "solicitar", el cual implica una actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular una ventaja indebida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones; y **c)** la modalidad recogida en el tercer párrafo, la que se encuentra constituida por el verbo legal "condicionar", supuesto este último en el que el sujeto activo, también a través de una actuación unilateral como en la modalidad anterior, supedita la ejecución del acto legítimo e inherente al cargo que desempeña el agente público a una contraprestación a favor de este último, requiriéndose una vinculación causal entre la entrega material o promesa de donativo o ventaja y el desarrollo de las funciones públicas propias del funcionario o servidor público que a raíz de dicho medio corruptor se impulsó a su ejecución […]». (R. N. 2667-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de marzo de 2011)

«Asimismo, se omitió considerar que el delito materia de estudio, conforme a la imputación fiscal, es uno de encuentro, en tanto desde dicha tesis se presentó un comportamiento de cohecho activo y pasivo, lo cual amerita un pronunciamiento del persecutor del delito». (R. N. 636-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de julio de 2012)

«Que, a manera de introducción es menester precisar que el delito de *cohecho pasivo propio* previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, tiene como verbo rector aceptar, recibir o solicitar, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a sus deberes […]». (R. N. 1728-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 21 de julio de 2011)

«[…] es del caso indicar que el elemento objetivo que sanciona el delito de cohecho pasivo impropio se encuentra referido a que el sujeto activo —funcionario o servidor público— solicite, directamente o indirectamente, donativo promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, por tanto, es obvio que un defensor público puede efectuar tan cuestionable conducta, toda vez que su labor se encuentra dirigida al asesoramiento jurídico gratuito a las personas de

escasos recursos económicos, por lo que, la solicitud de dinero resulta ser un acto reñido a su función, no importando el ardid o argumento utilizado para concretar tal hecho, en consecuencia, no existe fundamento alguno para conceder el presente recurso de casación». (Exp. 125-2011, sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República el 11 de octubre de 2011)

Delito de mera actividad y de resultado

«La viabilidad de esta apreciación jurídica a título de complicidad primaria se sostiene en la doble estructura del delito de cohecho pasivo propio, esto es, tanto como uno de mera actividad, amparado en los supuestos "de aceptar promesa o cualquier otra ventaja o beneficio" —supuesto que no admite participación alguna—, como uno de resultado, al castigarse el "recibir donativo, o cualquier otra ventaja o beneficio" —que consiente perfectamente la complicidad— […]». (R. N. 35-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 29 de marzo de 2012)

3. Consumación

«La consumación se produce con la mera solicitud de una actuación administrativa que sea contraria al ordenamiento jurídico, incluyéndose en esa denominación los ilícitos administrativos y civiles en su más amplio concepto». (Exp. 00063-2011, sentencia emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria el 15 de junio de 2010)

«Que, el delito de cohecho pasivo impropio tipificado en el articulo trescientos noventa y cuatro del Código Penal, se configura, cuando el agente —funcionario o servidor público— solicita a otro una promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, siendo por ello un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado —en palabras del profesor Manuel Abanto Vásquez— consiste en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendiéndose por solicitar, al "acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de oficio", no siendo necesario para que se configure el delito que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que como se ha dicho puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones, —a su vez, el profesor Fidel Rojas Vargas considera que "el comportamiento activo de solicitar [implica que] el

delito se consume con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o la ventaja"—, por lo que, esta modalidad delictiva no admite la tentativa». (R. N. 4130-2008, Ejecutoria Suprema del 29 de enero de 2010)

4. Valoración de la prueba

«[…] que esa falta de uniformidad, contradicciones sustanciales de los relatos entre sí y falta de concreción en las afirmaciones a la que se opone la versión exculpatorio de los acusados imputados, afecta la credibilidad de las declaraciones, pues no es posible que existan posiciones opuestas sobre un mismo acontecimiento, proveniente de las mismas personas y en diferentes lapsos de tiempo, lo que impide formar convencimiento pleno de culpabilidad por la comisión del delito de cohecho pasivo propio, en tanto en cuanto, no genera seguridad e irrefutable solidez para sustentar una sentencia condenatoria; que esta situación excluyente de certeza beneficia a los acusados como garantía en la culminación del debido proceso, no porque se haya demostrado que sean inocentes, sino por respeto a las garantías constitucionales […] que estas circunstancias preexistentes a la denuncia por delito de cohecho pasivo propio son suficientes para restar credibilidad a las declaraciones por la presencia de un móvil espurio, pues en el momento de hacer la denuncia existió un resentimiento notorio de Marcelino Pablo Quispe Fernández hacia los inculpados por las intervenciones que realizaron en su domicilio donde se halló estupefacientes, por la detención de sus familiares y la de él, en posesión de drogas; Sexto: Que, desde esa óptica procesal, las declaraciones testimoniales no tienen la entidad suficiente para generar certeza judicial de culpabilidad de los acusados Miguel Antonio Aguirre Venturi, Carlos Vicente Guevara Taboada y Fernando Luis Dávila Rodríguez, pues, estando a lo expuesto, carecen de credibilidad y, además, no han sido corroboradas con otros elementos de prueba, más aún si son contradictorias entre sí y se colige la presencia de un móvil espurio en la incriminación». (R. N. 1294-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 20 de setiembre de 2011)

COHECHO PASIVO IMPROPIO

1. Bien jurídico

«El bien jurídico genérico es el correcto, transparente y normal funcionamiento de la administración pública. Mientras que respecto al bien jurídico específico, en la doctrina se han planteado hasta tres posiciones:

1) Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos.

2) Tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos, pues sus decisiones deben adoptarse sin interferencias.

3) Tutelar los actos de oficio de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

De lo que se advierte que las posiciones referidas resumen visiones distintas del bien jurídico específico que pretende tutelar el tipo penal. [SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Segunda edición. Lima: Grijley, 2011, p. 486]. Considerando este colegiado que el bien jurídico específico tutelado en este tipo penal está referido no solo a la tutela de los deberes que nacen del cargo o función, sino también a cautelar el principio de imparcialidad en el cumplimiento de las funciones de los sujetos públicos». (Exp. 00086-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima el 18 de setiembre de 2012)

«El bien jurídico tutelado es el funcionamiento normal y correcto de la Administración Pública a través de la rectitud, honestidad y probidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y deberes. También es afectada la lealtad y el respeto a la Administración Pública por parte del otro partícipe necesario de la infracción, que es el cohechante [sic]. Asimismo, se reprime la venalidad […] del servidor público, porque su sola existencia constituye la amenaza para el funcionamiento normal de la Administración, sin importar que el acto sea justo o injusto, puesto que no interesa tanto la naturaleza del acto sino su motivo, que es la recompensa de cualquier tipo, incluso honorífica (ejemplo, condecoración), que se convierte en el móvil que induce al funcionario a actuar de determinada manera, cuando su proceder no debe ser por ella. La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es, en esencia, distinto. […] el derecho penal no puede plantearse como objetivo la protección de la administración pública como mera organización, pues tal consideración convertiría a esta en un fin, dejando de ser lo que es, un medio o instrumento necesario para alcanzar fines sociales». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo

«Tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público, el cual debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete. De modo que si el funcionario actúa como particular o no se halla el medio corruptor vinculado con los actos de función que le son inherentes, habrá insuficiencia de tipicidad objetivo-normativa por cohecho pasivo. [ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 702].

No puede ser sujeto activo del delito cualquier funcionario público, sino solo aquel que actúa en el ámbito de sus propias funciones. El tipo penal de cohecho solo se refiere al funcionario que actúa directamente. El elemento funcionario no existe cuando el sujeto todavía no ha asumido el cargo o ya no lo posee. [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 427-428.]». (Exp. 00086-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima el 18 de setiembre de 2012)

«El cohechado [sic] es el funcionario público que por el hecho de recibir dinero o cualquier otra dádiva (dones o presentes) o aceptar una oferta o promesa, se compromete a hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones […] Para ser sujeto activo de cohecho es necesario que el acto comprado esté sometido a la competencia del funcionario o servidor público que lo va a llevar a cabo, caso contrario podrá ubicarse en cualquier otra figura delictiva pero nunca en cohecho». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)

Conducta típica

«El tipo penal recoge diversas conductas o comportamientos típicos analizando el aplicable al caso: "aceptar o recibir donativo para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación.

A. Los verbos rectores: "aceptar o recibir"

El verbo rector "recibir" se entiende como percibir, embolsar, tomar o acoger algo. Por tanto, el hecho punible se configura cuando el funcionario o servidor público con la finalidad específica de realizar un acto sin quebrantar sus deberes al interior de la administración pública, percibe, toma, acoge, embolsa o recibe de un tercero (sea otro funcionario o un particular), un donativo o cualquier otra ventaja indebida. Es un delito de

mera actividad. El aceptar es una modalidad tradicional de "cohecho" que implica, en principio, admitir una promesa de recibir algo para el futuro. Se refiere tanto a una entrega inmediata de un bien, como a la promesa de un cumplimiento futuro. El primer caso es lo que se conoce en otras legislaciones como "recibir", o sea, entrar en la tenencia material del objeto que la otra parte ofrece con la voluntad de hacerlo suyo (traslado físico de bienes). La aceptación no requiere de ninguna formalidad propia del Derecho civil; también hay aceptación cuando el funcionario recibe los bienes con la reserva de devolverlos eventualmente (en caso de que el acto funcionarial no sea favorable al interesado), pues también allí se ha consumado el pacto venal. En la modalidad de aceptar (bienes o promesas) usualmente habrá una convergencia de voluntades entre el funcionario-vendedor y el particular-comprador; pero, en el caso de que la iniciativa provenga de este último, puede resultar discutible si tal convergencia debe consistir en una identidad para que exista el cohecho pasivo del primero". [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 431-432] […]

B. El medio corruptor: "*donativo*"

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, no siendo debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresa una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc. [SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Segunda edición. Lima: Grijley, 2011, p. 484]. […]

C. "Para practicar un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación"

Se trata de actos comisivos o de acción, la norma penal no contempla la modalidad omisiva, pues ella ya está incorporada en la tipicidad del cohecho pasivo por omisión (artículo 393), al ser una conducta violatoria de obligaciones. El comportamiento finalístico [sic] consistente en la posibilidad vinculante de practicar un acto propio del cargo o empleo, esto es que corresponda al normal y regular ejercicio de funciones o servicios del funcionario o servidor público, es derivado de otro comportamiento previo y de mayor relevancia penal: solicitar o aceptar donativo, promesa o ventaja.

Acto propio del cargo es el que por ley, reglamento o delegación legal y superior le compete al agente en el desarrollo de su rol funcional dentro del marco general de la administración pública. El acto propio del cargo puede ser único o múltiple, estar expresamente reglado o hallarse sujeto a la actividad discrecional del sujeto público. Sin faltar a su obligación alude a la posibilidad negada que los actos propios del cargo practicados o por practicar, del sujeto activo del delito puedan generar una infracción o menoscabo a sus roles especiales, circunstancia bajo la cual se configuraría cohecho pasivo propio. La frase sin faltar a su obligación se constituye así en el límite del cohecho pasivo impropio y define el marco reglado de deberes que deberá observar siempre el sujeto público en el ejercicio de sus atribuciones. No se requiere que el sujeto activo cumpla con ejecutar el acto en función, pero sí necesariamente que exista vinculación causal imputable entre los actos funcionales o de servicio y el mecanismo corruptor, lo cual descarta por atípicas las actividades no funcionales o privadas realizadas por parte del sujeto público». (Exp. 00086-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima el 18 de setiembre de 2012)

«El cohecho pasivo consiste en que el sujeto activo del delito que es el funcionario público, acepte o reciba una dádiva, obviamente como un acto posterior a la oferta o promesa realizada por el cohechador [sic] y que además estén dentro de la competencia territorial y material del funcionario, caso contrario, no será sujeto de cohecho […] El cohecho impropio es aquel que pretende la realización de un acto que no es ilegal, es decir, de un acto justo pero que correspondería realizarlo correctamente y no por dádiva». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)

«Que el delito de cohecho activo genérico previsto en el articulo trescientos noventa y siete del Código Penal, sanciona al agente que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones; que en el caso de autos se aprecia que los hechos incriminados están referidos al comportamiento del encausado […] quien habría ofrecido y entregado la suma de mil nuevos soles a los efectivos policiales intervinientes a fin de que estos omitan su obligación de detenerlo, debido a la orden de captura que pesaba en su contra». (R. N. 1168-2209, Ejecutoria Suprema del 20 de abril de 2010)

«Que el delito de cohecho activo genérico es un delito que para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero sí de su conocimiento directo

del ofrecimiento ilegal. En tal sentido, sostiene DONNA: "El comportamiento *delictivo* […] se consuma con *la* sola propuesta venal, que es conocida por *el* funcionario *público. En esto* se demuestra la autonomía del *tipo* penal del cohecho *activo,* de modo que es independiente de *la* aceptación de la propuesta por parte del funcionario *público*" [DONNA EDGARDO, Alberto. *Delitos contra la Administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 106]». (R. N. 321-2011, Ejecutoria Suprema del 7 de marzo de 2012)

«Que, es más, cuando la referida efectivo policial rindió su declaración en sede policial refirió que en circunstancias que solicitó al imputado su licencia de conducir se la entregó *"aparentemente"* con billetes de diez nuevos soles, declaración que ratificó a nivel de instrucción —véase fojas ocho y noventa y cinco, respectivamente—. *Quinto:* Que, al respecto, la descripción legal del tipo penal contenido en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal exige como verbo rector "ofrecer, dar o prometer", el mismo que se entiende como la acción de entregar —en el caso concreto determinada suma de dinero a la autoridad policial para que omita un acto legítimo y propio de su cargo. *Sexto:* Que, siendo así, al no haberse acreditado que el encausado ofreció una suma de dinero a la efectivo policial interviniente a cambio de que no le imponga una papeleta por infracción vehicular y, estando a que la actividad probatoria desarrollada por la parte acusadora —Ministerio Público— no ha logrado destruir la presunción de inocencia que la Constitución reconoce a todo justiciable, se concluye válidamente que lo resuelto por el Colegiado se encuentra arreglado a ley […]». (R. N. 2677-2009, Ejecutoria Suprema del 23 de abril de 2010)

Dolo

«Todas las modalidades que recoge el tipo penal son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público. El dolo supone que el funcionario o servidor público conozca su proceder indebido [y], sin embargo, voluntariamente procede. Solo es posible dolo directo, no es posible que alguna conducta de cohecho pasivo impropio se materialice por medio de dolo eventual. El agente desde el primer momento sabe y conoce que acepta o recibe la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto al que está obligado a efectuar de acuerdo con sus funciones y atribuciones del cargo o empleo que desempeña al interior de la administración pública». (Exp. 00086-2011-7, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima el 18 de setiembre de 2012)

«El cohecho se encuentra dentro de los tipos dolosos porque existe el conocimiento y la voluntad necesarios para el pacto ilícito. Así tenemos que el elemento subjetivo que motiva al funcionario es la oferta o promesa, en tanto que al corruptor le motiva la obtención de un beneficio representado por la realización de un acto o por la abstención de otro». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)

3. Problemas concursales

«Y es que, en efecto, no puede perderse de perspectiva que, conforme lo puntualiza la Doctrina, "*en el tráfico de influencias el sujeto active es un "intermediario" entre el funcionario y el interesado (sin participación del funcionario), o alguien que finge ser intermediario del funcionario público* [*Luego*]. *En el caso de que se llegue a ofrecer el "beneficio" al funcionario habrá concurso con el "cohecho activo" consumado (como autor o cómplice, según el dominio del hecho) lo* que, a su vez, resulta coherente con su fundamento político criminal, desde cuyo ángulo, constituye una *"figura […] de puesta en peligro al bien jurídico administración pública", y que, en ese sentido, se trata de "un delito de consumación anticipada, en el cual se adelantan las barreras de protección penal"* [ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley, 2007, p. 800] (R. N. 05-2008-10, Ejecutoria Suprema del 31 de mayo de 2011)

4. Consumación

«Este delito se perfecciona por el mero acuerdo o pacto, basta que el agente acepte la promesa o reciba el don o presente, esto es, no se exige que el contenido del acuerdo se ejecute, es decir, que se haga o no alguna cosa en la administración pública». (Exp. 05-2002, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 3 de junio de 2008)

5. Valoración de la prueba

«Que tales apreciaciones a criterio de este Supremo Tribunal constituyen el hecho base que considerado por sí solo no puede formar parte del delito que se pretende probar, que necesariamente deben estar unidos y acompañados de otros elementos indiciarios que sean plurales y suficientes, con tal fuerza acreditativa de hechos indirectos que concordantes recíprocamente nos hagan inferir la acreditación de la aceptación de una ventaja económica para practicar un acto propio de su cargo o que haga presumir que dicha ventaja también provenía de la comisión de un delito […]». (R. N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2009)

COHECHO ACTIVO GENÉRICO

1. Bien jurídico

«El interés o bien jurídico protegido en específico es la regularidad e imparcialidad en la administración de justicia». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo

«Lo primero que aquí cabe precisar es que cuando se habla de cohecho activo no se está haciendo referencia al contenido de la acción, pues el funcionario o servidor público que solicita también realiza un comportamiento activo y, sin embargo, es imputado penalmente a título de corrupción pasiva; sino al punto de origen donde se inicia la propuesta corruptora, esto es, el sujeto indeterminado o el abogado o el que forma parte de un estudio de abogados». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010)

Conducta típica

«Los comportamiento típicos que configuran las modalidades de cohecho activo específico son ofrece, da, promete o corrompe a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo; o a un secretario, relator, especialista auxiliar, testigo, traductor o intérprete o análogo, con donativos promesas, ventaja o beneficio. El objetivo de dichas acciones típicas es influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia del sujeto público. El verbo "ofrece" define una acción de propuesta u ofertamiento [sic] unilateral que en el caso del cohecho activo específico parte de un sujeto indeterminado […] hacia el sujeto pasivo especificado con el objeto de influir en su decisión. Así, la acción del sujeto activo se vincula con la conducta de tales sujetos pasivos, que en un ámbito de perfecta bilateralidad acepta el medio corruptor en el contexto de la finalidad planteada por el agente […] En el acto de ofrecer se pone de manifiesto un compromiso de dación o entrega o de prestación que asume el sujeto indeterminado, sin que ello suponga que efectivamente se entrega o concede medio corruptor al sujeto público o a un tercero según la indicación de dicho sujeto, o que este se vea forzado a cumplir o incumplir sus actos funcionales o de servicio […].

Con el verbo "da" se define una acto de entrega material, por parte del sujeto activo, y otra de recepción, por el sujeto público, lo cual es indicativo de que nos encontramos ante un delito de resultado, en el que no basta el ofrecimiento, es más, no es el ofrecimiento elemento típico de esta modalidad, vista ex post podría considerarse que entregas fallidas hagan radicar en el ofrecimiento o los intentos de entrega, fases de tentativa. Es bueno tomar en cuenta que pese a tratarse de acciones alternativas en determinados casos pueden concurrir tanto una acción de entrega como una de ofrecimiento, como cuando el donativo que el agente "da" es parte de los que debe todavía completar más adelante; o bien se entrega un donativo en dinero, bienes muebles o inmuebles y se pacta en dicho acto (de entrega) o con antelación una ventaja futura consistente, por ejemplo, en ascensos laborales. Aunque el subtipo bajo análisis no prevé la modalidad "promete", siendo abierta la posibilidad de configurarse, conviene analizarla. Así, a diferencia de las acciones anteriores es un comportamiento dirigido a futuro en cuanto a la concreción del donativo o ventaja. Tal acción supone el pacto o acuerdo establecido entre los sujetos concurrentes en la acción típica […] de entrega o concesión futura del donativo o ventaja respectivamente y de la recepción, es decir, del negociamiento [sic] que hacen los agentes del acto de función o empleo, al igual que en las anteriores modalidades. La promesa puede jugar aquí el papel de una suerte de condicionamiento colocado a la entrega del donativo o la concesión de la ventaja-beneficio […] Las tres acciones desvaloradas penalmente en el contexto del cohecho activo (ofrecer, dar o prometer) son de fronteras abiertas, al emplear la norma penal la frase complementaria "bajo cualquier modalidad", es decir, directa o indirectamente; en este último caso bajo estándares de suficiente inequivocidad [sic] y direccionamiento de la conducta típica, de modo escrito u oralmente. Cuando el subtipo analizado utiliza el verbo corrompe, lo que está haciendo es generalizar una conducta de manera inadecuada, pues igual corrompe el abogado o un tercero cuando "ofrece" que cuando "da" el medio corruptor al funcionario o servidor público [ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley, 2007, pp. 741-742 y 523]». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010)

Ventaja o dádiva

«[…] Compulsando los actuados, es de apreciarse que las declaraciones proporcionadas por la agraciada no son informes, restándole credibilidad; por otro lado, no existe en autos el certificado médico legal que corrobore el dicho de la agraviada de haber accedido a las prácticas sexuales con el sub oficial de la Policía Nacional en la carceleta judicial del Palacio de Justicia

del Callao bajo promesa de ayudarla a huir; que la simple imputación no corroborada con otras pruebas no es suficiente para un fallo condenatorio […]». (R. N. 2679-1995, Ejecutoria Suprema emitida el 5 de marzo de 1997)

Dolo

«El delito es doloso. El sujeto activo dirige su comportamiento a un objetivo determinado. El dolo requerido es el dolo directo para el sujeto indeterminado. En el caso del comportamiento de los sujetos especiales resulta suficiente el dolo eventual. Así, en el caso del abogado, por tratarse de un sujeto activo especial, bastará verificar que actuó con dolo eventual». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010)

3. Consumación

«El delito efectivamente perpetrado es el de cohecho activo genérico, previsto y sancionado por el artículo 399 del Código Penal, que solo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a "comprar" la función pública, no hace falta —aun cuando los incluya— un acuerdo previo; que el tipo penal en mención requiere que el agente, a través de dádivas, promesas o ventajas, trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario involucrado, esto es, genere en él un estado de disposición para la "venta" de la función pública (…)». (R. N 3778-2003, sentencia emitida el 14 de junio de 2004)

«La consumación de esta modalidad de cohecho activo plantea de tal modo la existencia de la bilateralidad del delito. No obstante, dicha bilateralidad no aparecerá si el sujeto público rechaza y desestima el ofrecimiento, lo cual no implica que nos situemos en un ámbito de tentativa del agente, por cuanto en esta modalidad de cohecho activo el tipo es de simple actividad […], es decir, la negativa del sujeto público no impide que el delito se halle consumado. […] El delito se consuma, en la modalidad de ofrecer, con la simple actividad de ofrecimiento […] sin que la no aceptación del funcionario sea de interés para destipificar [sic] el hecho; en cambio, la aceptación del sujeto público activará el concurso con delito de cohecho pasivo específico. En el supuesto de dar, ya se dijo que la consumación requiere de un acto material de entrega por parte del sujeto indeterminado o abogado y de recepción del sujeto público. En el supuesto de la promesa realizada, estamos ante un delito de simple actividad, que supone la concurrencia de dos voluntades: la de prometer y aceptar la promesa, es decir, un pacto de mutuas complacencias. (Exp. 37-2006, sentencia emitida

por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 11 de febrero de 2010)

4. Valoración de la prueba

«Que el encausado […] en su recurso formalizado de fojas novecientos cincuenta y ocho sostiene que no existe elemento probatorio alguno que sustente su condena, pues: i) que si bien se le imputa haber ofrecido al encausado profesor […] la suma de ochocientos nuevos soles a cambio de que le facilite el recojo de la madera donada a la Institución Educativo Particular número setenta mil cuatrocientos ochenta y siete; sin embargo, el Colegiado Superior no tuvo en cuenta que dicho encausado (en sede plenarial [sic]) señaló que la persona que le entregó el dinero era flaco y moreno, mas no el encausado […], quien se desempeñaba como chofer […]; y ii) la estructura normal del delito de cohecho es que un particular corrompe a un funcionario público para obtener beneficios legales, empero, los Magistrados no han establecido quién es el funcionario corrompido, el cual debe ser sancionado por cohecho pasivo». (R. N 3395-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de octubre de 2011)

1. Bien jurídico

«[…] al respecto tenemos que nuestro legislador, en el caso que nos ocupa, busca proteger el regular funcionamiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública conjuntamente a la corrección y probidad de los funcionarios y servidores públicos». (Exp. 44-06, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de junio de 2011)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo

«El injusto de la naturaleza descrita en el artículo 382 del Código Penal, importa un delito típicamente *funcionarial*, donde la cualidad de autor solo la puede tener aquel que se encuentra revestido de las potestades funcionales». (Exp. 44-06, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de junio de 2011)

«Los cargos de concusión y corrupción de funcionarios atribuidos al procesado por actos realizados cuando ya no reunía la calidad de funcionario público, no resultan configuradores de los delitos imputados, ya que estos requieren la calidad de funcionario o servidor público en el sujeto activo al momento de cometer el delito». (Exp. 6084-97, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de marzo de 1998)

Elementos del tipo

«[…] este delito es uno de infracción de deber, en cuya virtud el agente público, mediante abuso del cargo que tiene —de las propias funciones o facultades que se tiene—, despliega violencia, amenaza o engaño para someter a una personas y, de este modo, obligarla (amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la propia Administración Pública) o inducirla (con engaños o mentiras) —son las acciones típicas propiamente dichas— a dar un bien o cualquier otro beneficio patrimonial para sí o para otro». (R. N. 1062-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de marzo de 2013)

«El delito de concusión se caracteriza por que el núcleo rector del comportamiento típico es "abusar del cargo" para obligar a inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un

beneficio patrimonial». (R. N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de abril de 2006)

«En el delito de concusión, previsto en el artículo 382 del Código Penal, para su configuración se requiere que el sujeto activo además de ejercer abusivamente los actos que son propios de una autoridad pública, le atribuya el carácter de oficial a dicha conducta». (Exp. 4050-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de agosto de 2002)

«i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia, ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o, ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada; y, iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva al uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones […], en dar —entregar, transferir algo a alguien— o prometer —efectuar un ofrecimiento a futuro— en forma indebida —prestación sin sustento alguno— un bien o un beneficio patrimonial para sí o para otros, es decir, que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona». (R. N. 1601-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de enero de 2009)

«[…] para poder determinar la configuración del delito objeto de acusación se debe valorar si se cumplen los supuestos objetivos y subjetivos del tipo penal contenido en el artículo ochenta y dos del Código Penal, esto es, que el funcionario o servidor abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, de donde se colige que dicho delito es eminentemente doloso donde el agente busca un ánimo de lucro ya sea para él o para una tercera persona». (R. N. 1433-2007, Ejecutoria Suprema del 3 de marzo de 2008)

3. Consumación

«Asimismo, es menester indicar que el referido tipo penal, es un delito de consumación mixta de resultado y actividad (que no descarta la modalidad omisiva en el supuesto de la inducción) y que contiene dos modalidades básicas: el de concusión mediante constricción (violencia o amenaza) y el de concusión mediante inducción o convencimiento, por ello los núcleos rectores, posibilita técnicamente la presentación de las dos siguientes modalidades o supuestos típicos como son: a) obligar a una persona a dar

o prometer y b) inducir a una persona a dar a prometer, por lo que ambas modalidades tienen un sistema de consumación doble. En el primer caso, el delito se consuma en dos momentos distintos al verificarse o producirse la entrega del bien o beneficio mediante compulsión (delito de resultado) o al producirse la promesa (delito de simple actividad). Idéntica situación ocurre en el segundo caso o supuesto típico». (R. N. 3168-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de enero de 2013)

Falta de confesión sincera

«[…] y el hecho de que no existió una confesión sincera, ya que la asunción de responsabilidad penal durante la sesión de audiencia […] —posterior al trámite de conclusión anticipada—, fue consecuencia del material probatorio que corroboró su vinculación con el evento criminal, ya que en el curso del proceso se invocó inocencia en los hechos juzgados —manifestación policial […] y declaración plenaria […]» (R. N. 3822-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de octubre de 2010)

1. Bien jurídico

«[…] es preciso indicar que el bien jurídico protegido en dicho delito [colusión], concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido, constituye un delito de infracción de deber». (Exp. 1296-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de diciembre de 2007)

«El delito de colusión ilegal —que es un delito de infracción de deber— cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la Administración Pública, en su ámbito objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto». (Exp. 20-2003-A.V, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

«Conforme lo expresan los tratadistas, el bien jurídico tutelado lo encontraríamos en la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales de parte de los funcionarios o servidores públicos. La Corte Suprema de Justicia de la República ha referido que en el Delito de Colusión "[…] dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional […]". Y en la Ejecutoria Suprema de fecha 12 de Diciembre del 2007 se precisa que el bien jurídico protegido en el delito de Colusión "[…] es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber […]"» (Exp. 34432-2010-17, sentencia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima el 22 de julio de 2013)

«Que la colusión desleal prevista en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal es un tipo penal especial propio de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado cuyo contenido de reprochabilidad [sic] es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real a la administración […]». (Exp. 79-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 15 de febrero de 2005)

«La eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución]. En este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384 del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«Que, el delito de Colusión previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal, para su configuración, debe acreditarse *"el acuerdo clandestino entre dos o más personas paro conseguir un fin ilícito, mediante la traición a la confianza o la elusión de la actividad legítima de terceros"*, en el cual el bien jurídico protegido es: el desarrollo de la Administración Pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que deben guardar en la gestión de la función pública […]». (R. N. 3307-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de mayo de 2009)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo

«En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«Asimismo, consideramos que el tipo penal de colusión es un delito especial propio, porque el círculo de intervención del autor está delimitado al funcionario o servidor público, configurándose además como un delito de infracción de deber porque sus roles funcionales se encuentran previstos en normas extrapenales (leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas, etc.). En relación al aporte de los cómplices en la ejecución del hecho punible, es válidamente aplicable el "Principio de accesoriedad de la participación", así como la "Teoría de la unidad del título de imputación", esta última de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia». (Exp. 108-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 27 de agosto de 2012)

Conducta típica

«El delito de colusión viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero». (Exp. 027-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de octubre de 2004)

«La concertación, como se sabe, significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria». (Exp. 20-2003-A.V, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

«Que, asimismo, se imputa al citado encausado la comisión del delito de colusión desleal, en mérito a la pericia contable […], por haber hecho adquisiciones directas sin que exista registro de proveedores, solicitudes de cotización, cuadro comparativo ni órdenes de servicio para la adquisición de bienes; que, sin embargo, esas omisiones o deficiencias de la gestión administrativa no tipifican el delito de colusión desleal, por cuanto dicha figura requiere que el alcalde en el ejercicio de su cargo, ilegalmente, acuerde de modo subrepticio con los interesados determinadas adquisiciones, servicios o negociaciones en perjuicio patrimonial de la municipalidad, lo que no se ha acreditado de modo alguno; es decir, no obra prueba en autos que revele que las adquisiciones fueron revaluadas o que de otra forma importaron un atentado efectivo o perjuicio al patrimonio municipal». (R. N. 310-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 5 de abril de 2004)

«El delito de colusión sanciona el supuesto según el cual determinado funcionario público CONCERTA, en razón de su cargo, con determinado particular respecto de algún procedimiento de provisión de bienes o servicios en el que el Estado participe como parte. Nótese que el injusto aquí radica en un deber funcional que se expresa justamente en la concertación. Dicho de otro modo, puede que la finalidad de la colusión no se consiga, lo cual en nada niega la inobservancia funcionarial con contenido penal. La acepción del vocablo "concertar" es: "traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas o intenciones diferentes". Esto indica que la colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. La jurisprudencia suprema al interpretar el tipo penal no ha requerido necesariamente un perjuicio patrimonial efectivo del Estado, sino solo que el acuerdo colusorio ponga

en peligro el patrimonio». (Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora el 7 de noviembre de 2011)

«La concertación involucra al sujeto activo (funcionario o servidor público) quien abusando de su cargo o comisión encomendada acuerda con particulares a efectos de defraudar al organismo que representa, destacándose que conforme a la Ley 29758 la participación del funcionario o servidor público puede ser "directa o indirectamente". La Ejecutoria Suprema del 12 de Diciembre del 2007 establece que "[…] —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa"». (Exp. 34432-2010-17, sentencia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima el 22 de julio de 2013)

«La acción típica, es la de "consentir en un acuerdo preventivo o resolutorio o en un convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o un tercero que implique la estipulación de ventajas especiales para el agente si el acuerdo, convenio o transacción es apoderado en el juicio concursal. El delito requiere de parte del agente (acreedor), una doble actividad: convenir con el deudor o el tercero ventajas especiales para el caso de la aceptación del acuerdo, convenio o transacción y después prestar su consentimiento válido en el juicio para que este acuerdo, convenio o transacción sea aceptado. En concreto, lo que el agente promete como contraprestación de las ventajas especiales que se le otorgan, es su apoyo para que el acuerdo, convenio o transacción se apruebe"; finalmente dice el autor que "el convenio no exige formalidades de ninguna especie, puede ser escrito o verbal; basta con que se acredite su existencia pero tienen que tener ventajas especiales para su acreedor que va a dar su voto favorable al acuerdo, convenio o transacción, condicionadas a la aceptación de estos en el juicio por parte de la masa de acreedores"». (Exp. 32-2006, sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Especial de Lima el 7 de enero de 2010)

«Por otro lado, dentro de su estructura típica se exige la presencia de los elementos objetivos "concertación" (acuerdo colusorio) entre el intraneus (funcionario) y los extraneus (interesados) en las distintas modalidad u otras análogas de contratación pública; y la "defraudación" al Estado o entidad u organismo concreto del Estado, así como la vinculación normativa del funcionario con el bien jurídico protegido (deber especial positivo y patrimonio estatal)». (Exp. 108-2011, sentencia emitida por la Sala de Apelaciones de Lima el 27 de agosto de 2012)

«El núcleo del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por este mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. El tipo objetivo del delito de Colusión incorpora en su estructura dos elementos: i) concertación, y ii) la defraudación al Estado o ente público concreto». (Exp. 34432-2010, sentencia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima el 22 de julio de 2013)

«Que, a manera de introducción es menester referir que constituyen elementos configurativos del delito de colusión desleal: a) que el funcionario o servidor público por razón de su cargo o comisión especial intervenga en los actos de contratación, subasta o en cualquier otra operación semejante, b) concertación del agente público con los interesados y c) que su conducta en relación a los momentos de la ejecución-consumación, está así dada, por la concertación dolosa con la consiguiente defraudación patrimonial a los intereses del Estado […]». (R. N. 4012-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de abril de 2008)

«Que el tipo penal incriminado (colusión: artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal) exige como elemento objetivo que el funcionario o servidor público se concierte con terceros interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros para defraudar al Estado, lo que implica la necesidad de que dichos interesados intervengan, como contrapartes, en el acuerdo colusorio y en la operación defraudatoria al Estado […]». (R. N. 1295-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de noviembre de 2008)

«[…] que en cuanto al delito de colusión no se advierte la concurrencia de los elementos típicos del citado hecho punible, esto es, que no se evidencia un acuerdo ilícito entre los encausados para aprovecharse económicamente, teniendo su conducta solo connotación administrativa». (R. N. 508-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de abril de 2008)

Defraudación

«Debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar al patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente sus recursos públicos». (Exp. 1296-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de diciembre de 2007)

«Que el delito de colusión fraudulenta, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial —potencial o real— para la administración». (Exp. 1480-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de julio de 2004)

«[…] además para su configuración debe darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado, el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio o no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, la defraudación—, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar al patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa». (Exp. 1296-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de diciembre de 2007)

«Por otro lado, en cuanto a la defraudación, como este Tribunal lo ha entendido en una oportunidad anterior, la conducta que lo define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. Lo que es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo legal, de ahí el peligro potencial que se requiere, es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos». (Exp. 20-2003-AV, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

«Que, sin embargo, el delito de colusión no comprende irregularidades en la formación de Exps. [sic] técnicos o en los términos contractuales ni en el

necesario cumplimiento de los términos del contrato celebrado con un ente público, sino la existencia de una concertación indebida de un funcionario público en beneficio del interesado y a sí mismo, mediante maniobras de engaño, esto es, de manera oculta y con la posibilidad de perjudicar los intereses de la Administración […]». (R. N. 1342-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de octubre de 2007)

«[…] Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384 del Código Penal contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros […] siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas entre otras». (Exp. 1402-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de julio de 2002)

«[…] la defraudación, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos». (R. N. 1296-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de diciembre de 2007)

«Distintas son las posiciones en la doctrina sobre el fundamento del injusto de los delitos de colusión desleal. La doctrina peruana se encuentra dividida […] La jurisprudencia nacional se inclina por una posición mixta. Así, se ha dejado establecido que el delito de colusión ilegal —que es un delito de infracción del deber—, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado. El delito de colusión exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales, de ahí que se trata de un delito de resultado, cuyo desvalor de acción supone la realización de un concierto fraudulento. En ese contexto, el delito de colusión ilegal contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones

o suministros, entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado. En ese sentido, el delito de colusión ilegal supone la infracción de los deberes de lealtad y probidad inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial por parte del funcionario o servidor público, que tienen el deber de actuar con veracidad durante el ejercicio funcional». (Exp. 27-2003-AV, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de setiembre de 2011)

«Que en el delito de colusión importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concierte con los interesados defraudando al Estado; que en el presente caso el concierto es obvio por la forma y las circunstancias del otorgamiento de la buena pro y, también, de la elaboración y suscripción del contrato; que la defraudación en tanto medio comisivo, ha tenido como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitario indebido, el cual incluso —como una exigencia adicional a la consumación típica que solo requiere peligro potencial— en el presente caso resultó dañado no solo por el hecho de aplicar fondos públicos de modo irregular en un proceso violatorio de la ley, sino especialmente por haberse otorgado la buena pro a una empresa que ofertó un producto a mayor precio que las restantes, sin que esto último aparezca justificado en atención a otras circunstancias razonablemente atendidas». (R. N. 350-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 20 de julio de 2005)

«En este orden de ideas, en cuanto al término "defraudar", este ha merecido en la doctrina penal interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo, en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento [sic] a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Palestra, 2003, p. 313). En efecto, si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación, las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial. […] Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición

cuestionada a través de la introducción del término "patrimonialmente" puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual "Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado"». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«Que para que se configure el delito de colusión ilegal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, la defraudación—, que debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado, y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa [En Recurso de Nulidad número mil doscientos noventa y seis gui6n dos mil siete, de fecha doce de diciembre de dos mil siete]». (R. N. 215-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de marzo de 2012)

«Que, respecto de la situación jurídica de los encausados Elvia Efigenia Álvarez Vásquez, Carlos Samuel Albújar Navarro y Jorge Gustavo Rocillo Valdez por el delito de colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, en primer lugar corresponde precisar que este injusto penal exige que el funcionario público —intraneus— defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados —extraneus— en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que propiamente

la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traducen en un perjuicio patrimonial —potencial o real— para la Administración […]». (R. N. 334-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de junio de 2010)

Contexto típico

«La Sala, […] encuentra que el factor de comparación, de similitud, no necesariamente ha de limitarse o identificarse con los supuestos de una única norma, en este caso la invocada por la defensa: la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues como apunta Castillo Alva: "[…] la doctrina remarca con razón, que los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos o civiles que suscribe la entidad estatal, pero que poseen naturaleza eminentemente patrimonial o económica"». (Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de noviembre de 2011)

«[…]en el tipo penal de Colusión, el acuerdo colusorio puede presentarse en las etapas previas, en la suscripción del contrato e incluso en la etapa de ejecución del contrato […]». (Exp. 108-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 27 de agosto de 2012)

«Por otro lado, es necesario explicar que este delito consiste básicamente en el comportamiento del funcionario o servidor público —que intervenga por razón de su cargo o comisión especial— orientado a la producción de un menoscabo en la gestión pública: los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, mediante la concertación con los interesados en esos negocios jurídicos. En ese contexto, no es autor de este delito cualquier funcionario, sino solo aquellos que participen en esos procesos de contratación pública u otros señalados en el tipo penal, siendo el delito de naturaleza defraudatoria». (R. N. 1318-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 29 de agosto de 2012)

«Que, el delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público, que en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, en que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, concerta con los interesados, defraudando al Estado; en ese sentido, resulta elemento esencial del tipo penal la concertación entre el funcionario público competente y el tercero beneficiario […]». (R. N. 320-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de setiembre de 2011)

«Que, el delito de colusión, tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al "funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros"». (R. N. 4469-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de marzo de 2010)

Infracción de deber

«Que, antes de pasar a resolver la controversia, es necesario delimitar la estructura-normativa de este delito, este tipo penal no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de "ne*minen* laede" o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional especifico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [JAKOBS, Gunther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 1006 ss.]; asimismo, esta exigencia formal —de "funcionario o servidor público"— debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial, [GARCÍA CAVERO, Percy. «Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal». En Percy García Cavero y José Luis Castillo Alva. *El delito de colusión*. Lima: Grijley, 2008, p. 32] toda vez que su sustento está en el "deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, por lo que, para el presente caso habrá que determinarse si estos funcionarios efectuaron el acuerdo colusorio y si tuvieron en su ámbito institucional —funcional— la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros"». (R. N. 4469-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de marzo de 2010)

«En este sentido, el núcleo rector de este tipo penal es "defraudar al Estado", entendiéndose esto, como el quebrantamiento del Principio de confianza depositada en el ente funcionarial, por parte del Estado, al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público,

asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional». (R. N. 2472-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 15 de enero de 2008)

«[…] que, el delito de colusión previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, se tipifica cuando, *"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga par razón de su cargo a comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros".* En este sentido, lo que se reprime son "los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados" [Castillo Alva, José Luis. «Colusión ilegal». En Percy García Cavero y José Luis Castillo Alva. *El delito de colusión*. Lima: Grijley, 2008, p. 78]; asimismo, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *"neminen laede" o* de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [Jakobs, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición: Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 1006 ss.]». (R. N. 4564-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 26 de marzo de 2008)

Dolo

«Examinados los actuados, existen elementos de prueba razonables que nos permiten colegir que los citados encausados concertaron voluntades entre sí en el proceso de adquisición de cómputos para la entidad agraviada al haberse infringido lo dispuesto en el reglamento único de adquisiciones y omitir dolosamente evaluar las cotizaciones con la finalidad de favorecer a la empresa proveedora; hechos que evidencian que los funcionarios públicos procesados cometieron la figura penal de gestión desleal, al haber intervenido en actos contractuales defraudando al Estado con el propósito de ser lucrados ilegítimamente». (Exp. 992-97, Ejecutoria Suprema emitida el 15 de enero de 1998)

«Del estudio de autos se advierte que, si bien es cierto, se ha llegado a establecer la existencia de irregularidades en el proceso de inscripción de

varias empresas proveedoras ante el Ministerio de Agricultura, las cuales consignaron datos inexistentes; sin embargo, no se ha llegado a acreditar que los procesados en su condición de funcionarios de la entidad agraviada, se hayan coludido o concertado con estas a efectos de defraudar al Estado, y menos que este haya sufrido perjuicio económico alguno como consecuencia de la actitud dolosa de los representantes de las empresas proveedoras en referencia […]». (Exp. 2916-2000, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de noviembre de 2000)

3. Consumación

«Que el delito de Colusión previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal […] al ser un delito de mera actividad se consumaría con la simple "colusión" o sea con el acto de concertación». (R. N. 3209-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de marzo de 2009)

4. Sistema concursal

«[…] los delitos de omisión de funciones y aprovechamiento indebido del cargo son supuestos subsidiarios del delito de colusión, allí donde no se puede probar la concertación. Subsidiariedad que se expresa en conductas omisivas y comitivas respectivamente. Bajo estas consideraciones es importante que, frente a un caso concreto en el que se encuentren involucrados todos estos delitos, se tenga las siguientes consideraciones:

- La colusión es la figura más compleja que, si se verifican sus elementos, debería tener la opción preferencial sobre el resto de figuras delictivas. Esto porque desvalora cabalmente el suceso delictivo a diferencia del resto que tendrían déficit de desvaloración del hecho.

Sin embargo, la imputación por colusión solo es posible en la medida que pueda afirmarse la participación delictiva dolosa tanto de funcionarios responsables como de particulares en el hecho […] En ese sentido, si se evidencia que algún interviniente no conocía la concertación entre funcionarios y particulares entonces correspondería aplicar las otras figuras delictivas (omisión de funciones o negociación incompatible)». (Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de noviembre de 2011)

«La intervención, secuencial y conforme a un plan delictivo, de todos los imputados está probada [ya que] cada uno aportó, desde su rol funcional, un eslabón necesario para la consumación de la colusión y de falsedad

ideológica. Entre estos dos delitos existe una relación de concurso aparente o unidad de ley; los delitos mediales, en nuestro ordenamiento punitivo, no constituyen casos de unidad de ley». (R. N. 2736, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de octubre de 2010)

«Que, los hechos como han sido descritos y analizados, subyacen tanto en el delito estafa como en el de colusión, por lo que se habría producido un concurso aparente de normas penales, una de ellas subsidiaria y general (estafa) y la otra específica (colusión), el mismo que debe resolverse con la exclusión de la primera, en aplicación del principio de consunción —por haberse realizado una incorrecta calificación jurídica—, pues su contenido prohibitivo se encuentra subsumido por la mayor riqueza descriptiva de la segunda, no configurándose el delito de estafa —previsto en el artículo ciento noventa y seis del Código Penal— al no concurrir el "engaño" como elemento constitutivo del tipo penal, toda vez que el acto de disposición patrimonial se habría derivado de la concertación entre los funcionarios de la entidad edil agraviada con los interesados y los ganadores de la buena pro en el proceso de adjudicación directa». (R. N. 1934-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de marzo de 2009)

5. Valoración de la prueba

«Si de la pericia contable y bromatológica no se derivan irregularidades ni perjuicio al ente público, no existe prueba [de] que haya habido concierto para defraudar al Estado en la adquisición de alimentos en precio, cantidad y oportunidad entre los funcionarios y empresa privada». (Exp. 2395-96, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de octubre de 1997)

«Se encuentra acreditada la responsabilidad penal del justiciable, pues de los informes periciales efectuados por el juzgado y ratificados en el juicio oral, así como en los peritajes de parte, se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron sobrevaluados por encima de los precios reales, causándole perjuicio aunque no ha demostrado en autos que se requería la necesidad de adquirir otros vehículos, por lo que su actuar se adecua al tipo delictivo descrito en el artículo 384 del Código Penal». (Exp. 303-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de abril de 2002).

«En cuanto al elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de pactos ilícitos, componendas o arreglos, acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito o acuerdo subrepticiamente —incluso puede ser conocida [sic] o pública dentro de la entidad estatal o

el circuito económico— sino de factores objetivos tales como la simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros:

- Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos
- Precios sobrevaluados o subvaluados
- Inexperiencia comercial de los postores
- Plazo de la garantía de los postores
- Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos
- Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección
- Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta
- La no correspondencia de calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor
- Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas
- La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas
- Apariencia de ejecución de la contratación
- Reintegro a los terceros interesados
- Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia». (Exp. 185-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 11 de abril de 2013)

«El hecho colusorio y el perjuicio a la Municipalidad agraviada está consolidado con el mérito que arroja el Informe Especial de la Contraloría General de la República. El conjunto de indicios probados —debidamente descritos por el dictamen del señor Fiscal Supremo […]— establecen que, en puridad, no existió un proceso público de selección y adjudicación, que se "levantó" un Exp. [sic] falso para encubrir el concierto y que todo estaba preordenado para favorecer a la empresa […] —no se trataron de simples incumplimientos legales o irregularidades, sino que vistas en su conjunto y mutua relación denotan un concierto lesivo—. Además, según se advierte del Informe […] del precio pagado no se descontó la amortización de los adelantos en efectivo y materiales entregados por un monto de […] A la pérdida de oportunidades en orden a posibilidad una contratación más

ventajosa para la Municipalidad se une el pago excesivo por rubros que no debieron cancelarse; el perjuicio económico, entonces, es claro […] su actuación concertada para consolidar un egreso de fondos municipales para adquirir bienes y servicios son fundamento técnico, así como para elaborar un Exp. [sic] falso, con los pagos verificados, denota el concierto punible y el perjuicio económico a la hacienda municipal […] lo evidente de las incorrecciones incurridas denotan un concierto ilegal con ambos contratantes con el resultado notorio de una afectación patrimonial a la hacienda municipal. No son simples errores o irregularidades funcionales, lo escandaloso de estas prácticas denotan inconcusamente un acto de concertación ilegal en perjuicio de la Municipalidad, al punto que ni siquiera se iniciaron las acciones de cobro correspondientes». (R. N. 2736, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de octubre de 2010)

«[…] para la determinación de la pena, conforme a lo establecido en el artículo 46 del Código Penal, corresponde tener en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño o peligro, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; los móviles y fines, la unidad o pluralidad de los agentes, su edad, educación, situación económica y medio social; la reparación espontánea que hubiera hecho del daño, la confesión sincera antes de haber sido descubierto, las condiciones personales y demás circunstancias que lleven al conocimiento del agente y su habitualidad». (Exp. 030-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 20 de abril de 2010)

«[…] el artículo 46 A del Código Penal que determina una penalidad mayor al que incurre en delito utilizando o valiéndose de la función pública que cumple. Este agravamiento de la penalidad, queda excluido si el tipo penal tiene una agravante propia y en aquellos casos en los que además el tipo penal ya establece la calidad especial del autor, "cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando este sea elemento constitutivo del hecho punible"». (Exp. 045-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 15 de noviembre de 2005)

«Respecto al otro acusado encontrado responsable en calidad de cómplice, ciertamente el Código Penal faculta, potestativamente la posibilidad de imponer una penalidad similar a la de autor, cuando el cómplice tiene la calidad de ser primario, por cuanto la colaboración prestada es de tal magnitud que sin su participación probablemente no se hubiera cometido el delito, sin embargo el juzgador debe evaluar ese grado de colaboración». (Exp. 045-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 15 de noviembre de 2005)

«Que, de otro lado; en atención a lo establecido en el artículo 46 del Código Penal, cabe señalar que para los efectos de la fundamentación de la pena se deben también considerar las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres además de los intereses del agraviado; apreciándose en el caso de autos que el acusado Walter Ramón Jave Huangal es una persona con formación superior, egresado de la Escuela de Oficiales del Ejército Peruano, que alcanzó el grado de General de División, habiendo desempeñado responsabilidades públicas importantes como: Comandante

General de la Quinta Región Militar en Iquitos; Inspector General del Ejército; Comandante General del COINDE; Jefe del Servicio de Intendencia del Ejército; Jefe de la Dirección Nacional del Servicio de Inteligencia; Presidente de la Cuarta Zona Judicial del Ejército en el Cuzco y otros; no resultando en modo alguno posible que desconociera la gravedad de su accionar ilícito, sino que era consciente de lo que implicaba la generación irregular de patrimonio aprovechando la función pública; no registrando antecedentes penales ni judiciales». (Exp. 084-2008, Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial Corte Superior de Justicia de Lima el 7 de diciembre de 2010)

«Para la imposición de la pena concreta se ha tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 46 del Código Penal, es decir, aplicando las circunstancias genéricas, tomando en cuenta las variables tales como la naturaleza de la acción —delito doloso— el medio empleado para consumar el delito —haciendo uso de una suma de dinero— la importancia de los deberes infringidos —acto de corrupción contra agente del orden público— la unidad de agente, la edad, educación, situación económica y social del imputado —sujeto de 26 años, grado de instrucción secundaria, no goza de situación económica estable, medio social condición económica regular. Hay que tener en cuenta para la imposición de la pena concreta aplicar el principio de proporcionalidad, el evento criminoso, así como las calidades personales del imputado, el reconocimiento de culpabilidad y participación de los hechos, así como el ánimo de resarcir el daño causado». (Exp. 00130–2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos el 3 de octubre de 2011)

«[…] para efectos de la graduación de la pena debe tenerse en cuenta la forma y circunstancias de la comisión del delito, las características personales del imputado, la culpabilidad por el hecho cometido, así como la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena que sustenta el artículo noveno del Título Preliminar del Código sustantivo, por lo que resulta razonable concluir que la pena aplicada es proporcional con los factores antes enunciados». (R. N. 1987-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de mayo de 2010)

1. Bien jurídico

«[…] lo que se ha lesionado es el Bien Jurídico "Administración Pública" como objeto de tutela penal que significa: ejercicio de funciones y servicios públicos; observancia de los deberes de cargo o empleo; continuidad y desenvolvimiento normal del ejercicio; prestigio y dignidad de la función; probidad y honradez de sus agentes; y protección del patrimonio público de los símbolos y distintivos estatales». (R. N. 09-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003)

«En relación al bien jurídico afectado en el delito de enriquecimiento ilícito se tiene que: Lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal "administración pública", el mismo que significa: Ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo, empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes de protección del patrimonio público». (Exp. 99-2009, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 25 de enero de 2011)

2. Tipicidad de la conducta

Elementos del tipo

«[…] el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, incrementa su patrimonio en forma indebida —enriquece ilícitamente—; que este ilícito penal no requiere que el incremento del patrimonio del agente debe provenir necesariamente de fondos del Estado que los administra o maneja o si el mismo es producto de dinero que recibe de particulares en procura de un beneficio, pues basta para que se configure que el funcionario o servidor público incremente su patrimonio ilegalmente por razón de su cargo». (R. N. 5318-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de setiembre de 2007)

«[…] de acuerdo con lo estipulado por el artículo cuatrocientos uno de la norma sustantiva penal, constituyen elementos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito, los siguientes: i) exista un contraste ostensible entre el patrimonio económico ex-ante y el patrimonio económico ex-post del sujeto público; ii) incremento relevante, es decir que el contraste

sea excesivo o, también se puede decir "notoriamente superior"; iii) no se cumpla el deber de justificación por parte del agente del delito; iv) exista una relación funcional del enriquecimiento con el cargo; y, v) el agente actúe dolosamente, esto es con la voluntad de enriquecerse ilícitamente, teniendo conocimiento de su ilicitud». (R. N. 3238-2006, Ejecutoria Suprema del 15 de abril de 2008)

Incremento patrimonial

«[…] dicho ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derecho o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como interpósita persona, o de extinción o disminución de pasivos que integran patrimonio». (R. N. 847-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de octubre de 2006)

Delito permanente

«Consiguientemente, el incremento patrimonial ilícito, precedentemente descrito en el análisis probatorio, con sus particularidades fácticas en cuanto a origen, tipo de configuración y dinámica que denotan un proceso fáctico complejo de resultados típicos ininterrumpidos y a lo largo de un marco temporal bastante prolongado, donde que la situación antijurídica generada acentuada en el año 1995 no cesó sino hasta el año 2000, evidentemente, se corresponde con la estructura dogmática del delito permanente». (Exp. 004-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 9 de febrero de 2010)

Abuso del cargo

«Asimismo, se tiene que el transcurso del tiempo, este tipo penal también establece entre otros elementos, que el funcionario o servidor público actúe por razón de su cargo —como prescribe en el texto original— o abusando de su cargo —previsto en el texto actual—; al respecto, debe entenderse que el legislador no está cambiando el verbo rector del tipo penal, sino que solo está haciendo referencia tanto al momento en que debe producirse el enriquecimiento como al vínculo que debe existir con el cargo para enriquecerse […] se establece que tales modificaciones no han variado el núcleo esencial del injusto típico, ni tampoco han incorporado elementos típicos nuevos, sancionando la misma conducta de enriquecimiento patrimonial injustificado legalmente, efectuando únicamente presiones a los elementos objetivos del tipo penal». (Casación 343-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de abril de 2013)

Relación entre la ilicitud del enriquecimiento y el uso del cargo

«Si es necesaria la configuración de una relación de causalidad, toda vez que por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio […] El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición». (Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008, Lima, Tema II)

«Que el Enriquecimiento Ilícito […] es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto el desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el período de ejercicio funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, no siendo los cargos y empleos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales». (R. N. 09-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003)

Participación

«Establecido el enriquecimiento ilícito antes descrito, a partir de su origen, tipo de configuración y dinámica propia como un proceso fáctico complejo que se corresponde con la estructura dogmática del delito permanente, por tanto, como el delito se encuentra menoscacabando el bien jurídico protegido (administración pública) de manera constante, en dicho marco, la intervención de un extraneus en el mismo lo torna en partícipes de dicho delito indiscutiblemente en fase consumativa […] lo antes analizado conlleva a concluir que la acusada […] coadyuvó de manera objetiva a configurar y disimular el enriquecimiento ilícito perpetrado por su co-acusado y cónyuge de manera coetánea al proceso de enriquecimiento ilícito; siendo que su apoyo prestado resultó idóneo para haber dotado de confianza al citado procesado de cara a perennizar su proceso de enriquecimiento […]». (Exp. 084-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 7 de diciembre de 2010)

3. Sistema concursal

Subsidiariedad

«Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configura otro delito en el que hubiere podido

incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría —concurso aparente de tipos—. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso, permiten deducir con certeza que el incremento fue futuro, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por peculado, por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el Enriquecimiento Ilícito —*Lex primaria derogat lex subsidiariae*—». (Exp. 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de enero de 2011)

«[…] este Supremo Tribunal estima se procedió correctamente al concluir por la absolución a los procesados […] por el delito de enriquecimiento ilícito y a […] por el delito de enriquecimiento ilícito y peculado, y la condena al sentenciado […] por el delito contra la administración pública —peculado—. Sexto: Que se arriba a esta conclusión en cuanto a la irresponsabilidad penal del proceso […] por el delito de enriquecimiento ilícito, especialmente porque el desbalance económico imputado se debe al dinero ilícitamente apropiado en su calidad de funcionario público representante de la Comuna agraviada». (R. N. 2565-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de marzo de 2008)

4. Consumación

«[…] en el presente caso se hace evidente que nos encontramos ante un delito permanente en el que se aprecia la producción de resultados típicos constantes verbigracia la desproporción mes a mes entre sus ingresos y sus gastos si bien el delito de enriquecimiento se consuma con el incremento real del patrimonio cuyo origen no es lícito se hace posible hablar de una situación antijurídica en tanto y en cuanto persistan los actos individuales relacionados al incremento del mismo, durante el ejercicio de sus funciones y en dicha etapa o mantenimiento no deja de realizar el tipo penal a través de distintos actos individuales de manera ininterrumpida a los cuales corresponde valorar de manera unitaria; además la situación antijurídica relevante no culmina al momento de la consumación que es propia de los delitos instantáneos, sino con la fijación de la permanencia; en el delito permanente el menoscabo a los bienes jurídicos, esto es, a la administración pública es constante hasta el cese del estado antijurídico así la intervención de los *extraneus* es decir de los cómplices, en el mismo los torna en partícipes del delito […]». (Exp. 85-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Especial de Lima el 11 de enero de 2011)

5. Valoración de la prueba

Desproporción notoria del incremento del patrimonio como indicio de enriquecimiento ilícito

«[…] el delito de Enriquecimiento ilícito bajo los alcances de las Leyes 28355, 29703 y 29758, considera como indicio de comisión, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita, regla que incide directamente en el Derecho Probatorio Penal. Sin embargo, la desproporción notoria del incremento del patrimonio del servidor o funcionario público no es prueba acabada o determinante, pues se hacen necesarias pruebas adicionales o concurrentes que corroboren dicho indicio […]». (Exp. 01-2011, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de Lima el 27 de enero de 2012)

Importancia de la pericia contable

«Que, en el caso sub examine, se advierte que el Colegiado no ha efectuado el agotamiento de la actividad probatoria tendiente a acreditar la responsabilidad o irresponsabilidad de los procesados antes referidos; toda vez, que no se ha realizado la pericia contable con el objeto de determinar el desbalance o desmedro económico». (R. N. 3861-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de julio de 2006)

«Que la pericia contable […] proporciona un dato concluyente, que valorado en su conjunto con las circunstancias de la responsabilidad penal del impugnante […] al establecer la existencia indubitable de un desbalance patrimonial ocurrido entre los años de mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y siete, cuyo monto ha sido especificado en el último dictamen ampliatorio […] y que corresponde a la suma de cuatrocientos diez mil ochocientos cuarenta y ocho dólares americanos, como reafirmadas en la diligencia de ratificación pericial realizada en el acto oral […] que el periodo cuestionado es históricamente coherente con las fechas en las que se realizaron las adquisiciones de los certificados bancarios, como tal, permiten concluir la ilegitimidad de las sumas dinerarias con las que se adquirió los certificados bancarios, lo que además no han podido justificarse […]». (R. N. 2976, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de diciembre de 2004)

Valoración de la pericia contable

«[…] cierto es que el Juzgador no puede quedar atado fatalmente a las conclusiones de los peritos, dado que un criterio de tal naturaleza importaría

investir al perito de la condición de juez de jueces. Y es que no obstante la relevancia —por su nivel de especialidad— de un dictamen pericial, aquel apareja, en contrapartida la sujeción del mismo a determinadas exigencias, tales como que sus conclusiones sean convincentes, por lo que la adopción de estas en la decisión final demandará descartar la no existencia de otro u otros medios de prueba que desvirtúen su carácter asertivo o concluyente y, evidentemente, en sus elementos sustentatorios. A su vez, la valoración judicial que debe merecer una pericia, no puede limitarse a una recepción a-crítica y autónoma solamente de las conclusiones, sino a recoger los datos —confiables— del análisis que resulten idóneos para debido esclarecimiento del hecho imputado […]». (R. N. 710-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 2011)

1. Tipicidad de la conducta

«El tipo penal descrito en el artículo 383 del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda a la tarifa legal; es decir, que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio». (Exp. 4628-98, Ejecutoria Suprema del 20 de setiembre de 1999)

«El concepto de exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo "extorsiona" con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar; en ambos casos media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias». (Exp. 1380-98, Ejecutoria Suprema recaída del 13 de octubre de 1998)

«En cuanto al delito de concusión que se le imputa previsto en el artículo trescientos ochentitrés del Código Penal, cuyo nomen juris también es "pago indebido" y "exacción ilegal" establece que comete este delito "el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal, será reprimido. […]"; que la imputación respecto a este delito estriba en el hecho que en su condición de alcalde, se hizo pagar beneficios que por ley no le correspondían, es decir que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio, señala Rojas: "Que la exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita) en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo "extorsiona" con un acto de autoridad injusto. En la segunda oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar en ambos casos media un abuso de autoridad con el cual el funcionario coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias"; en consecuencia en la concusión,

quién ostenta el poder y se vale de él para hacerlo exige a la víctima prestar la cosa como consecuencia del terror infundido y no por otra causa, que no se ha llegado a establecer que el procesado haya compelido a los servidores de la municipalidad a pagar beneficios que no le correspondían». (R. N. 3448-2004, Ejecutoria Suprema del 26 de mayo de 2005)

«Que, la exacción ilegal alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta —implícita—; en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo extorsiona con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de un deber con respecto a lo que debe integrar; en ambos casos, media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entregar o afrontar otras consecuencias». (R. N. 3019-2008, Ejecutoria Suprema del 19 de noviembre de 2009)

«Que el delito de Exacción Ilegal, sancionada en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal; para su realización requiere que el funcionario o servidor público aprovechando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede la tarifa legal al sujeto pasivo, extremos que no se han dado en autos, toda vez que la contribución viene a ser la cuota o prestación personal que se impone con la finalidad de atender las necesidades del Estado y sus organismos autónomos o dependientes de ella, lo cual viene a ser sinónimo de impuesto, tributo, arbitrios, tasas, subsidio, gabelas; todo lo cual tiene su propia construcción en relación a los servicios que se presta, cuyos montos a abonarse está establecido en lo normatividad legal que regula cada uno de estos ítems; mientras el emolumento esta exclusivamente vinculado a remuneración, el cual viene a ser el pago por los servicios prestados en un cargo o empleo, incluyéndose en estos los honorarios profesionales, extremos que no se han configurado en el proceso». (R. N. 668-2007, Ejecutoria Suprema del 3 de junio de 2008)

1. Concepto

«La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio a su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar, o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

«Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos —personales, profesionales o políticos—; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades —públicas inclusive—. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad […] dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad». (Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116 emitido el 13 de noviembre de 2009)

2. Relación con el delito cometido

«[…] la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho mediante dicha pena». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

3. Inhabilitación de ejercer cargo o función pública

Pena principal y conjunta

«El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez

cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisible consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de la liberad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos […] si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido a esa previsión». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

«[…] la norma alude a una relación de derecho público e indica "privación", es de entender que el penado pierde el cargo, no solo su ejercicio —privación de titularidad—. Se trata por tanto de una privación definitiva —no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente […] Solo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquel se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos desde que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito […]». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

«[…] que se advierte que la sentencia recurrida no precisa el plazo de duración de la inhabilitación de los encausados, que, en tal sentido al ser esta de aplicación inmediata y de tener la calidad de pena principal y conjunta, debe ser fijada por el mismo término de la condena […]». (R. N. 817-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de junio de 2010)

Ne bis in ídem: inhabilitación penal y sanción administrativa

«[…] el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal prevé la pena conjunta de inhabilitación de uno a tres años conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del citado Código; que el inciso uno del citado artículo treinta y seis dispone la privación del cargo que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular y el inciso dos importa la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; que la sentencia de instancia solo contempló la inhabilitación prevista en el inciso dos del artículo treinta y seis del Código Penal: incapacidad para obtener cargo público, por lo que solo cabe definir, más allá del error del A Quo —imposible de remediar en esta sede en atención al principio de interdicción de la reforma peyorativa—, **Si** es posible compensarla con la sanción administrativa; que, en el presente caso, no

cabe una compensación porque no se da una compatibilidad de sanciones, que solo se produciría con medidas que importen la separación del servicio, además la incapacidad para obtener cargo público tiene efectos futuros, no importa apartar al condenado del cargo que ejerce; que, por otro lado, por la forma y circunstancias del delito, su entidad y las condiciones personales del imputado, el tiempo de duración de la inhabilitación no puede ser mayor de un año». (R. N. 3937-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de enero de 2010)

4. Ejecución de la inhabilitación

«[…] el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente —aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional— o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas». (Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116 emitido el 13 de noviembre de 2009)

«Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unidad como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada […] es imposible deje de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si está —en el presente caso la inhabilitación. Está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

«La ejecución de la pena de inhabilitación […] requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332 del Código de Procedimientos Penales […] A continuación, ese mismo órgano jurisdiccional debe remitir la causa al Juez Penal competente para das inicio al proceso de ejecución […]». (Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008)

INTERPRETACIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN

«Tal como afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997, "[L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos […] la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio […]". Estos factores despejan toda duda respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado, ya que anula todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad, al equipararla al arresto domiciliario. Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental». (Exp. 0019-2005-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 21 de julio de 2005)

«En materia de ampliación de la competencia de los tribunales nacionales de un país respecto a delitos que trascienden las fronteras, debe destacarse asimismo el contenido de los tratados suscritos en materia de lucha contra la corrupción. En este sentido conviene recordar que de conformidad con el artículo V de la Convención Interamericana contra la Corrupción, los Estados Parte de este tratado —entre ellos el Perú— se han comprometido a asumir jurisdicción respecto a los delitos tipificados conforme a la Convención, sea que hayan sido cometidos en su territorio, o cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de su nacionalidad. En el Preámbulo de la Convención se establece que "[…] la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente". Asimismo, se señala que la corrupción "[…] socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos". En ambos fundamentos puede apreciarse que la corrupción viene siendo considerada

como un acto contrario a los intereses de la comunidad internacional». (Exp. 01271-2008-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 8 de agosto de 2008)

«A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. En esta misma línea, el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece que: "Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedad al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«En el delito de Colusión, tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público. Contemplándose en el artículo 425 del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo, siendo esta una norma de reenvío. Sin embargo, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425 del Código Penal, no se produce el reenvío, considerándose que es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción». (Exp. 00148-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 28 de octubre de 2013)

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SU VALOR CONSTITUCIONAL

1. Interés constitucionalmente protegido

«Una ponderación no menos equilibrada se requiere en un asunto en el que, como en el presente caso, se encuentra directamente involucrada la eficacia de la lucha anticorrupción prevista por el Estado peruano como su principal objetivo en el diseño de la política criminal de los últimos 5 años. No solo por una cuestión de connotación sociológica, sino porque, en el plano normativo-constitucional, tal como ocurre con el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, el Constituyente ha advertido la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocidos por la Constitución.

Es así que, como una medida preventiva, ha considerado en el artículo 41 de la Constitución que "Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley". E incluso hace alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse en el procesamiento de delitos de dicha índole: "Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo para su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado". El cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, la consecución de la plena eficacia de los fines de la pena privativa de libertad en un Estado social y democrático de derecho, en especial en aquellos supuestos en los que es impuesta a los individuos que han incurrido en actos de corrupción, es un valor de especial relevancia en el ordenamiento constitucional». (Exp. 0019-2005-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 21 de julio de 2005)

«La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho Penal en el "correcto funcionamiento de la administración pública". A su vez, este Tribunal entiende que ello

puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (vgr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal "De la Función Pública". Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39 de la Constitución que establece que "[…] los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación […]", subyace el principio de "buena administración". A su vez, conforme al artículo 44 de la Constitución que establece que "[s]on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación", tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos […] A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho Penal, sino que el propio combate de toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39 y 41 de la Constitución […] así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución. Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual establece que: "la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados a tal ejercicio". De modo análogo, cabe señalar que este Tribunal para el caso de tráfico ilícito de drogas, ha derivado de la obligación constitucional de combatir dicho delito la necesidad de una política nacional para la erradicación absoluta de este flagelo, del mismo modo, el interés constitucional de combatir la corrupción viene reforzado desde la Constitución». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

2. Mandato constitucional

«Que la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución. Admitir la insustentable distinción entre el ámbito legal y constitucional puede servir como excusa para, so pretexto de someterse a la ley, desvincularse de mandatos constitucionales, con la consecuente anarquía del ordenamiento y el descrédito institucional que ello supondría. Esta distinción es también

contraproducente en un contexto en el cual se debe reafirmar una actitud judicial decidida en la lucha contra la corrupción. Y es que un órgano jurisdiccional no puede limitarse a ser un mero "aplicador" de las leyes, sino que, a través de la interpretación y argumentación jurídicas, debe tutelar los derechos fundamentales, pero sin descuidar la tutela de otros valores y principios que la Constitución consagra». (Exp. 006-2006-PCC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 23 de abril de 2007)

«Del informe presentado en calidad de *amicus curiae* por el *Open Society Justice Iniciative*, se advierte que una de las finalidades principales de la difusión de la mayor cantidad posible de información contenida en las declaraciones juradas de los funcionarios y servidores públicos, es la lucha contra la corrupción. Respecto a este punto, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, en anterior jurisprudencia ha considerado que "la lucha contra la corrupción constituye un mandato constitucional. Así lo señaló, por ejemplo, en la Resolución de fecha 23 de abril de 2007 […]". Posteriormente […] la lucha o proscripción de la corrupción fue consagrada como principio constitucional, en cuya labor de defensa el Tribunal Constitucional ha adoptado un rol activo. Por ello, menciona lo siguiente: "El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción —tanto aquellas vinculadas al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil— obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de jurisdicción constitucional concentrada y difusa, [a] tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello un directo atentado contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país». (Exp. 04407-2007-PHD/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 14 de setiembre de 2009)

3. Principio constitucional de proscripción de la corrupción

«La corrupción es en sí misma un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro y fuera de la administración del propio Estado, la política apuntada deberá establecer el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del "programa" constitucional, exige una actuación integral. Precisamente, se debe partir por considerar que el ordenamiento constitucional, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción; en tal sentido, el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97 y 98 de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139 de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200 de la Constitución), el control administrativo, entre otros. El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción —

tanto aquellas vinculadas al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil— obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país. En ese sentido el Tribunal Constitucional, en tanto, supremo intérprete de la Constitución, le corresponde también instalarse en una posición de defensa y soporte de la misma, que permita la consolidación de un proyecto normativo de superación de cualquier forma de crisis de la convivencia social y política, de los distintos intereses de trascendencia pública, que posibiliten su gestión responsable y el restablecimiento de una ética social. Proyecto que adquiere una dimensión jurídica propia en los principios constitucionales de transparencia y publicidad, cuya consolidación permitirá fundamentar un modelo de Estado y de sociedad, basado en una abierta cooperación entre el Estado y los distintos agentes sociales, en el cumplimiento del deber constitucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 44 de la Constitución). Pues, solo de esta forma se posibilitará la creación y consolidación de un entorno ético fundamental que rechace enérgicamente la tolerancia social con respecto a todas las formas posibles de corrupción y de irregularidad en la gestión de los intereses públicos». (Exp. 009-2007-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 29 de agosto de 2007)

1. Bien jurídico

«En la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el Principio de Legalidad Presupuestal; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio». (Exp. 3630-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de enero de 2003)

«Que, conforme lo ha establecido el Supremo Tribunal: "En el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo del dinero y bienes públicos; se trata en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio [Recurso de Nulidad número tres mil seiscientos treinta guion dos mil uno Ucayali]». (R. N. 2239-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de febrero de 2013)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo: posición y relación funcionarial

«En este delito se aprecia una infracción a los deberes esenciales del cargo funcionarial, es decir, el sujeto activo asume la calidad de "Garante", de los bienes que administra, apreciándose una vinculación funcional con el patrimonio estatal. Son los deberes de custodia y de protección que se infringen por el intraneus, cuando incurre en la conducta prohibida objeto de denuncia […] Quien malversa fondos del Estado (dinero y bienes) es el funcionario o servidor vinculado funcionalmente con dichos fondos; dicha vinculación es de carácter legal, no exclusivamente en función al cargo, puede ser también por delegación de funciones o por mandato de autoridad competente». (Exp. 34432-2010, sentencia emitida por Sexta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de Lima el 14 de setiembre de 2011)

«El delito de malversación de fondos, desde la perspectiva de la acción típica consiste en que el agente de una aplicación pública diferente a los dineros o bienes públicos de aquella a la que están destinados. El destino

de los bienes, en este caso, de los dineros públicos, debe estar legamente asignado en una norma concreta y pese a ello, el funcionario público vinculado funcionalmente con estos —que tiene el control jurídico— los desvía a otro ámbito o esfera pública». (Exp. 20-2003-AV, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005)

Elementos del tipo

«[…] el delito de malversación de fondos […] requiere para su configuración típica que el funcionario o servidor público le dé al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a los que estaban destinados y que ello afecte el servicio o la función encomendada». (R. N. 3157-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de febrero de 2010)

«En el delito de malversación de fondos, la conducta del funcionario o servidor público que se cuestiona se asienta siempre en dar una aplicación pública definitiva a los bienes públicos, diferente a la que originariamente estaban destinados de manera oficial, con lo cual se afecta el servicio o función encomendada, se exige pues, la acreditación de un inconveniente en la prestación de un servicio o función, establecidos previamente, cuyo origen sea precisamente la indebida aplicación de los recursos estatales. Como consecuencia de lo señalado, se tiene que el delito en mención requiere para su configuración una afectación —en los términos descritos— identificada plenamente, —en tanto dicha circunstancia se presenta como esencial a fin de determinar de manera concreta el perjuicio ocasionado.

En ese orden de ideas, queda claro que el destino oficial tiene que estar señalado expresamente en la norma correspondiente, siendo precisamente dicho respaldo legal el que permite luego la corroboración de la aplicación diferente de los fondos públicos asignados o administrados por el sujeto activo —o respecto de los cuales existía un vínculo funcional—; debe tenerse en cuenta además, que la aplicación diferente del dinero o bienes públicos debe ser definitiva, es decir, que debe verificarse la imposibilidad de que estos vuelvan o se encaminen al destino oficial que tenían fijado legalmente en un inicio; así, no ser relevantes penalmente las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, en atención al principio de lesividad». (R. N. 3641-2011, Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Transitoria el 25 de mayo de 2012)

«En este sentido, se debe indicar que, malversar significa hacer un mal uso de los fondos públicos, ejecutar incorrectamente el presupuesto público, disponer de forma deficitaria el erario público, contrariando las normas presupuestales en rigor. Que, esta figura se encuentra contenida en el

artículo trescientos ochenta y nueva del Código Penal donde el desvalor reposa **en el desvío de los fondos por parte del funcionario público, a un destino diverso al establecido en la ley, pero aplicándolo en el ámbito mismo de la administración;** esto es, que se sanciona la conducta del funcionario que da una aplicación definitiva distinga a los fondos públicos al previamente establecido por la propia administración pública». (R. N. 2239-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de febrero de 2013)

Aplicación definitiva diferente

«Que, el delito de malversación de fondos, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, requiere que el funcionario o servidor público dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente a aquella a las que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada; que, por tanto, este delito exige, en primer lugar, un cambio de destino —siempre dentro del ámbito público—, de los involucrados; en segundo lugar, que este cambio resulte definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de los bienes desviados […]». (R. N. 5022-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de mayo de 2007)

Actos de malversación

«El comportamiento típico en el delito de malversación de fondos (…) se sintetiza en cuatro conducta específicas de malversación: a) dar aplicación oficial diferente a aquella destinada; b) comprometer sumas superiores a las fijadas; c) invertir en forma no prevista; y d) utilizar los fondos en forma no prevista». (R. N. 100-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de enero de 2005)

Omisión impropia

«De los hechos indiciariamente establecidos, ciertamente, destacarían posibles omisiones del denunciado pasibles de connotarse como infracciones de deberes que tienen conexión causal con la concertación defraudatoria, pues habría tenido la posibilidad de haber evitado la misma observando con diligencia sus deberes de supervisión, dado su posición de garante frente a los recursos públicos involucrados en su gestión. Lo señalado, empero, centra su intervención a un nivel estrictamente coetáneo a la fase ejecutiva del delito imputado de Colusión y Malversación, a título de omisión». (Exp. 34432-2010, sentencia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de Lima el 14 de setiembre de 2011)

Destino original de los fines públicos

«Suponiendo este tipo penal un cambio de destino público del patrimonio (bien o dinero), es necesario en primer lugar, determinar la aplicación a que originalmente estaban destinados los caudales; luego es preciso determinar la aplicación distinta que presuntamente se hizo de los mismos, para establecer finalmente si el encausado en el ejercicio de sus funciones ordenó el cambio de destino público». (Exp. 101-1998, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de marzo de 1998)

Perjuicio a la función encomendada

«[…] en tercer lugar, como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función encomendada, esto es, que peligre la ejecución del servicio o función pública, se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio del presto». (R. N. 5022-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de mayo de 2007)

Estado de necesidad justificante

«Que la absolución se sustenta en la invocación del tipo negativo o causa de justificación prevista en el artículo 20, inciso 4, del Código Penal: estado de necesidad justificante. Es cierto que es posible alegar en delitos contra la Administración Pública el estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor, pero la interpretación de sus alcances —por su excepcionalidad, más aún tratándose de agentes públicos— deber ser, en esta materia, restrictivamente contemplado; y, por sus presupuestos, probados acabadamente. La simple alegación de falencia de liquidez de la Municipalidad no es suficiente. Debe comprobarse con medios idóneos. Es importante exponer que probados por la parte acusadora los hechos constitutivos del tipo penal —como están en el *sublite*— corresponde a la parte acusada probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de responsabilidad». (R. N. 4009-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de enero de 2013)

3. Sistema concursal

Diferencia con el delito de peculado

«Cabe precisar respecto a los hechos objeto de acusación, que los delitos de Malversación de Fondos y Peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el Peculado

consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado, y su característica más relevante es que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no sale de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso de Peculado». (R. N. 1336-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de enero de 2013)

4. Consumación

«Para la realización del tipo penal del delito de malversación de fondos, no entra en consideración los fines para los cuales se haya invertido el dinero del Estado, bastando para su consumación el hecho que le haya dado destino diferente del primigenio». (R. N. 804-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de junio de 2005)

5. Prescripción

«Que en el delito de malversación de fondos la acción del agente activo recae directamente sobre el patrimonio del Estado al disponer una aplicación diferente y definitiva a la ya asignada; que tal presupuesto típico hace viable la aplicación de la duplicidad de los plazos de prescripción, tal como se encuentra regulado en la parte in fine del artículo ochenta del Código Penal; que, por tanto, encontrándose sancionado el ilícito mencionado con una pena privativa de libertad no mayor de cinco años, resulta que el plazo extraordinario de prescripción, con la dúplica del mismo, sería de quince años». (R. N. 3204-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de octubre de 2010)

6. Valoración de la prueba

Prueba de fin público destinado

«Si bien la imputación se sustenta sobre la malversación de fondos, no existe en autos ninguna prueba que acredite dicha imputación, ni la supuesta existencia de un programa de inversiones por la entidad municipal, como para inferir que el encausado haya violado el principio de legalidad presupuestal, elemento que caracteriza este delito por la desviación de fondos públicos predeterminados por ley o por actos administrativo […]». (Exp. 3923-96, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de noviembre de 1997)

Prueba de la posición del funcionario

«Que, sin embargo, en el caso de auto no se acreditó que ninguno de los acusados, fuera titular del pliego de la institución agraviada, ni que tuviera

disposición o decisión directa sobre el particular, no obrando tampoco en autor prueba que determine el origen específico que tenían los fondos involucrados […]». (R. N. 1348-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013)

NE BIS IN IDEM: SANCIÓN ADMINISTRATIVA

«[…] que en estas condiciones, consolidados los hechos conformados, debe analizarse si, en efecto, se presenta un supuesto que niega la punibilidad del hecho en atención a la regla del *ne bis in idem* —concretamente, el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material—; que si bien los hechos objeto del proceso penal y del procedimiento administrativo sancionador son los mismos y existe unidad de imputado, no existe en cambio unidad de fundamento o de bien jurídico vulnerado entre el tipo administrativo disciplinario y el tipo penal de peculado —más allá de la relación de especial sujeción entre el funcionario y la Administración o sin que esta fuera relevante—, pues el ámbito de tutela es disímil y los intereses protegidos difieren: el delito de peculado tutela en sentido estricto la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad, en cambio el tipo administrativo disciplinario se concreta a salvaguardar, desde una perspectiva formal, el correcto cumplimiento de los deberes funcionariales, sin que se pueda interpretar u otorgar un alcance a sus disposiciones como equivalentes o sustitutivas de los tipos penales; que la sanción administrativa en función a los supuestos del artículo veintiocho del Decreto Legislativo número doscientos setenta y seis no tiene su fundamento en el castigo por un apoderamiento de caudales públicos —propio del delito de peculado— sino en el incumplimiento de un deber de acatamiento a las disposiciones administrativas al que se encuentra sometido todo servidor público en el ejercicio de sus funciones». (R. N. 3937-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de enero de 2010)

«[…] el principio *ne bis in ídem* determina una interdicción de la duplicidad de procesos o de sanciones, administrativas o penales o, entre ellas, respecto a un mismo sujeto, un mismo hecho y con identidad de fundamento, sin embargo, un mismo hecho no puede existir y dejar de existir para los Órganos del Estado, lo que habilita a que en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos sobre un mismo hecho, penal y administrativo, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbado, pues el Derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo, en tanto el Derecho administrativo sancionador opera como respuesta a conductas reguladas por su propio ordenamiento legal, y de ningún modo

actúa rigiéndose por el principio de lesividad, lo que sí se produce en un proceso penal […]». (R. N. 817-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de junio de 2010)

1. Bien jurídico

«Que el bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente —no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública— y en sujeción a los interés públicos (tienen un deber especial y la infracción del mismo los hace merecedor del reproche penal)». (R. N. 1318-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 29 de agosto de 2012)

«El bien jurídico tutelado: Es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. Precisando al respecto Rojas Varga que *"El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública". El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a ella.* [Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración pública.* Lima: Grijley, 2007, p. 818]. Consecuentemente, lo que se incrimina es el peligro determinado por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración». (Exp. 66-2011, sentencia emitida por la Sala de Apelaciones de Lima el 31 de enero de 2013)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo: relación funcionarial

«[…] solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público, que tenga una vinculación funcional con los contratos u operaciones que celebra el Estado y son objeto del delito. A su vez, el artículo 425 del Código Penal prescribe las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. No es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancia o a fijar la legalidad de la operación. Esto es, que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, en razón de su cargo, es decir, que debe el funcionario formalmente poder desplegar una actividad que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto». (Exp. 23-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 15 de octubre de 2013)

«Vinculación funcional: El interés indebido debe estar referido a cualquier contrato u operación en que interviene el funcionario o servidor público en razón de su cargo, esto es, de acuerdo a las competencias prevista en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia del agente, así como los procedimientos de actuación funcional del servidor. Sin embargo, no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación. Esto es, que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, en razón de su cargo, es decir, que debe el funcionario formalmente poder desplegar una actividad que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto». (Exp. 66-2011, sentencia emitida por la Sala de Apelaciones de Lima el 31 de enero de 2013)

Interesarse indebidamente

«[…] delito de negociación incompatible, en el elemento objetivo del tipo ***"interés indebido"***; tenemos en cuenta que conforme a la doctrina en este delito, el interesarse con lleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de el funcionario público, ya que participa en los contratos u otras operaciones favoreciendo intereses de particulares». (Exp. 036-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 29 de mayo de 2012)

«Por interés debe entenderse cualquier acto material, que en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo». (Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de noviembre de 2011)

«El interés que se criminaliza es todo aquel que sea distinto al de la Administración Pública —basta cualquier móvil de interés privado—. La ilicitud procede de la especial situación en que se encuentra el agente que le impide actuar en forma privada en la contratación pública, para cuya realización es competente […]». (R. N. 3144-2009, Ejecutoria Suprema del 11 de octubre de 2010)

«El tipo penal conforme se encuentra estructurado tiene como verbo rector el interesarse indebidamente; al respecto, el término interesar significa, atañer, concernir, incumbir, compromete o importar algo, y por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta del delito de negociación incompatible, le importa o se interesa en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con finalidad de obtener un provecho

económico indebido en su favor o a favor de terceros. El mencionado interés puede darse en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas. A su vez, dicho interés no es necesario que sea contrario al del Estado, siendo tal interés de naturaleza económica. En este sentido, se precisa que *se daría igualmente el delito aunque el interés está constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquella (p.ej., que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la administración* [Cres, Carlos. *Derecho penal parte especial*. Buenos Aires: Astrea, 1998, tomo 2, p. 300]». (Exp. 23-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 15 de octubre de 2013)

«[…] la conducta incriminada al acusado no constituyó el delito establecido en el numeral trescientos noventisiete del Código Penal, toda vez que la condición requerida para el tipo, en cuanto a que la acción del agente sea indebida; no se dio porque dicho accionar no estuvo prohibido expresamente por ninguna norma legal». (R. N. 308-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de marzo de 2003)

Interesarse de forma directa

«Estando en el marco de imputación que delimitó el interés directo, se tiene en cuenta que tal interés significa que el agente público por razón de su cargo funcionarial actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de un tercero». (Exp. 183-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 8 de febrero de 2013)

Interesarse de forma indirecta y a través de un acto simulado

«Y en este sentido, cuando se alude a interesarse de manera indirecta el agente (funcionario o servidor público) se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su interés indebido. A su vez, el acto simulado alude también a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales». (Exp. 066-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de enero de 2013)

«El acto simulado alude a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar

defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales». (Exp. 23-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 15 de octubre de 2013)

Contexto típico

«En este delito no es punible la intervención del agente público en los actos de Administración, sino aquellos actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación pública que pongan de manifiesto un interés indebido a favor propio o de un tercero. Y es que a diferencia del contrato privado, la Administración actúa unilateralmente a título singular (subastas, licitaciones, adjudicaciones, servicios personales, etc.) y como persona pública». (Exp. 183-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 8 de febrero de 2013)

Irrelevancia de la etapa del negocio

«En cuanto al momento en que tal interés se evidencia, siguiendo a Creus es irrelevante la etapa del negocio en la cual se produce la inserción del interés privado del funcionario, pues puede ocurrir antes del perfeccionamiento de aquel (p. ej., en la etapa previa al llamado a licitación); mientras dura su constitución jurídica o ejecución en y dentro de esta última hasta el momento en que no se ha terminado de llevar a cabo su liquidación (entrega de efectos, rendiciones de cuentas, pagos, etcétera).

Asimismo, Laje Anaya refiere que este delito se consuma cuando el interés ya no es ajeno sino propio, pero de ello no ha de inferirse que este momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión. Y en la misma línea Donna, afirma: "El indebido interés que se refleja en la intervención del funcionario público en la operación en la cual participa en función de su cargo puede manifestarse en cualquier etapa de ella, es decir, el espurio interés puede presentarse en la etapa de tratativas llegando hasta su conclusión definitiva"». (Exp. 036-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 29 de mayo de 2012)

Autoría y participación: intervención de órgano colegiado

«Estando a lo anotado, estimamos que la argumentación contenida en la resolución impugnada en relación al elemento interés indebido el señor Juez, no ha considerado que respeto a la adopción de acuerdos en el marco de un órgano colegiado se sostiene que *"[…] no hay razón alguna para que se exonere automáticamente de responsabilidad a quien ha votado en contra del acuerdo, puesto que desde el punto de vista del Derecho penal habrá que*

asegurarse que la exteriorización coincida con la verdadera voluntad, siendo decisivo valorar entonces, el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del sujeto" [MEINI MÉNDEZ, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 231]. Asimismo, no ha considerado que en la adopción del acuerdo colegiado en el proceso licitorio no solo se configura con la sola convocatoria, observaciones a las bases, presentación y entrega de propuestas, y con la votación; sino la ejecución del hecho final (otorgamiento de la buena pro), lo cual es un tema a dilucidar con la actuación probatoria correspondiente. Tampoco ha considerado que pese a la votación en contra del acuerdo, el imputado no observó el cambio de motor gasolinero a petrolero, no obstante haber tenido acceso y conocimiento de las Bases de la mencionada licitación en segunda convocatoria […]». (Exp. 036-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 29 de mayo de 2012)

Intervención del extraneus

«Como el delito de negociación incompatible es especial propio, todo aquel que tome parte de modo alguno en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para el autor es un cómplice. Este es el caso del encausado Navarro Canales, quien se favoreció con la contratación pública en la que se interesó su coimputado en función a su vínculo de parentesco. Su aportación no ha sido mínima en la realización del tipo legal —que es un delito de encuentro—; su contribución era necesaria para que el interés se concrete y el contrato pueda tener lugar, como en efecto fue así. La conducta atribuida, en ambos casos, es delictiva». (R. N. 3144-2009, Ejecutoria Suprema del 11 de octubre de 2010)

Dolo

«El tipo penal exige que el agente actúe con dolo, no se sustenta en lo que meramente "sabía" o "podía conocer" sino lo que "debía conocer" del conocimiento concreto de todos los elementos objetivos del tipo dentro del marco de su posición de deber institucional de funcionario público. Asimismo, el dolo es entendido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurado del tipo penal […]». (Exp. 183-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 8 de febrero de 2013)

No exigencia de perjucio patrimonial

«Conforme se reseñó precedentemente, en el rubro referido a los aspectos dogmáticos y jurisprudenciales del delito su examine, específicamente en el Acuerdo Plenario número uno-dos mil diez, la doctrina mayoritaria nacional

definió que se trata de un delito de peligro, que no exige para su consumación el desmedro patrimonial; en efecto no se requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado, por tanto, tales alegaciones en torno a la existencia o no del perjuicio patrimonial, no resulta atendible, menos aún enervan la configuración del delito anotado». (R. N. 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013)

3. Sistema concursal

Diferencia con el delito de colusión

«[…] la colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa […] [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública […] el porqué se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcionarial, sino que medien actos de concertación». (Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el 7 de noviembre de 2011)

4. Consumación

«**[…] un delito de peligro se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones.** El tipo no requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro. No se requiere que en la intervención del sujeto activo del interés de este sea totalmente Ilícito, es decir, contrario a la administración pública». (R. N. 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013)

5. Prescripción

«Igualmente, no resulta de aplicación la dúplica del plazo de prescripción a que se refiere el último párrafo del artículo ochenta del citado Cuerpo legal, pues el delito de aprovechamiento indebido del cargo no incide

directamente en el desmedro patrimonial estatal, sino que se configura cuando se advierten actos que vulneran el ejercicio de la función pública y van en contra de la observancia de los deberes del cargo, la regularidad, el buen desenvolvimiento, el prestigio y dignidad de la función». (R. N. 117-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 11 de enero de 2013)

6. Valoración de la prueba

Ausencia de transparencia y formalidad en la contratación como indicio incriminatorio

«De todo lo antes referido, se tiene que para la contratación de los bienes y servicios, se eligió a personas específicas con quienes se comunicaron directamente, descartando con ello toda forma de invitación en forma público, sino que la entidad contratante eligió a la persona natural o jurídica de su preferencia, descartándose la invitación a otros proveedores, concediéndosele de esta forma, la prestación de servicios a un reducido número de persona. En esta mismo sentido, abona a ello, la testimonial presta por […] manifestando que participó como proveedora del Municipio; que su empresa o negocio a la fecha se encuentra suspendida y que no se encuentra inscrita en la lista de proveedores; que llegó al municipio para hacer alguna relación comercial y de "pasadita" le invitaron para que dé su cotización y por teléfono le dijeron que había ganado la buena pro, y emitieron la orden de compra de la cual se evidencia la informalidad en el actuar al realizar las respectivas contrataciones a favor de la Municipalidad, hecho en el que además se advierte la absoluta ausencia de transparencia; aunado a ello la testigo […] no se encontraba registrada en la comuna, era proveedora y para realizar las cotizaciones iban unos jovencitos desconocidos a su establecimiento, lo cual evidencia que para el contacto se hacía uso de personas sin identificación alguna, medida que no resulta razonable, ya que una contratación debe ser celebrada transparentemente, bagaje probatorio que evidencia la direccionalidad en las invitaciones, carente de publicidad, quedando evidenciado el interés en la contratación de determinadas personas». (R. N. 3281-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de enero de 2013)

OMISIÓN DE ACTOS FUNCIONARIALES

1. Bien jurídico

«[…] lesiona esencialmente el correcto funcionamiento de la Administración Pública —como bien jurídico protegido—, en cuanto persigue garantizar la regularidad y legalidad de los actos realizados por los funcionarios públicos en el desarrollo de las actividades propias del cargo y evitar una actuación arbitraria que sea contraria a la Constitución, leyes o deberes —distinto a los delitos de peculado, concusión impropia, malversación, enriquecimiento ilícito u otros contenidos en el capítulo de delitos contra la Administración Pública donde se afectan directamente los intereses patrimoniales». (R. N. 2347-2008, Ejecutoria Suprema del 21 de enero de 2010)

2. Tipicidad de la conducta

Elementos del tipo

«En cuanto al delito de omisión o retardo de acto debido, el artículo 377 del Código Penal señala que el funcionario público, ilegalmente, omita, rehúse o retarde algún acto de su cargo; omitir significa no hacer lo que se debe y puede hacer de un determinado tiempo o momento; rehusar cuando el funcionario rehúsa llevar a cabo un acto de su cargo para el que se le ha requerido legítimamente, mientras que retardar es diferir la ejecución de un acto propio de la función». (Exp. 5201-99, Ejecutoria Suprema del 14 de enero de 2000)

Retardar

«Se entiende por retardar el diferir la ejecución de un acto del cargo público, de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna». (Exp. 2357-98, Ejecutoria Superior emitida por la Sala Penal de Apelaciones con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima el 22 de setiembre de 1998)

«Retardar significa diferir, detener, dilatar, actuar con lentitud, entorpecer, dejar para fecha posterior, suspender algo pero sin desistir». (Exp. 2730-98, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima el 12 de mayo de 1998)

«Presenta como acción típica la de "omitir, rehusar o retardar algún acto propio del cargo de funcionario público", entendiéndose retardar a "diferir

la ejecución de un acto del cargo público, de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuna"; es un delito eminentemente doloso, en el que no cabe la tentativa». (Exp. 2357-98, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima el 22 de setiembre de 1998)

«No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado consistente en haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resolvió la queja administrativa interpuesta por el agraviado se debió a la carencia de competencia del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos». (Exp. 4689-97, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de abril de 1998)

3. Valoración de la prueba

«Si no existen elementos convincentes que lleven a la certeza que el encausado, oficial de la Policía Nacional, haya actuado dolosamente en los actos arbitrarios imputados, al disponer que la labor investigadora fuere efectuada por un oficial subalterno, pero sí la convicción de que actuó negligentemente al no dictar las medidas correctivas pertinentes, sus actos no se subsumen en el delito doloso por naturaleza del abuso de autoridad». (Exp. 5676-97, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de marzo de 1998)

1. Bien jurídico

«[…]es el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública, tratando que los poderes e investiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventajas y privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo, así como también, procurando el normal desempeño de funciones imparcial y libre de presiones de otros funcionarios». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo

«Tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público […] Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho Penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones.

[…] El hecho punible se configura si el patrocinio de intereses de particulares ante la administración pública, se efectúa por el agente valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público.

Según la doctrina, valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de funcionario o servidor público. El sujeto activo abusa del cargo público que ostenta, utiliza su condición especial, sus calidades en el orden social, tendenciosa o abusivamente, para privilegiar a sus particulares». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

«[…] respecto al delito de patrocinio ilegal, la conducta del encausado no se ajusta en forma precisa a la definición allí establecida, pues se requiere expresamente que el agente se haya valido de su condición de regidor para patrocinar intereses particulares, lo cual no ha sucedido en autos». (R. N. 1054-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de agosto de 2001)

Conducta típica

«El término se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, esto es, se exige la verificación de actos concretos, de manera personal o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.), que impliquen una intervención, no siendo suficiente el simple asesoramiento sin intervención ante la Administración Pública. No se refiere al simple consejo, ilustración, ni parecer sino al acto de defender, favorecer, apoyar, amparar, gestionar, representar o interceder, el verbo rector "patrocinar" es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar.

El patrocinio puede ser formal o explícito (alegatos, peticiones) o disimulado (acompañado a los procesos, formulando pedidos a los encargados de los despachos, tomando conocimiento de medidas reservadas, etc.)

El patrocinio puede ser gratuito o remunerado, no interesa que se haga para conseguir un provecho patrimonial para sí mismo o para un tercero, por lo que es indiferente cualquier tipo de beneficio, como también resulta irrelevante el resultado positivo o negativo del patrocinio». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

Intereses particulares ante la Administración pública

«Se refiere al patrocinio de intereses de particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas) ante cualquier estamento de la administración pública. Importa abogar. Gestionar los intereses de los particulares ante la Administración para obtener a favor de estos, situaciones ventajosas en una situación determinada. Conducción que puede acontecer en los diversos niveles de la Administración Pública, sea en el ámbito judicial, legislativo, gubernamental, etc., solo a título de una modalidad comisiva, rechazándose la modalidad omisiva. Asimismo, es indistinto que el patrocinio sea desventajoso o ventajoso para los intereses estatales, pues puede resultar en algunos casos que los intereses de la Administración, como por ejemplo, si la contratación con determinada empresa del ramo resulta ventajosa e idónea para la entidad estatal; pues la represión penal se fija en el torcimiento de la actuación pública que debe estar orientada a velar por el interés de la administración y no ser desplazada por el interés a favor de particulares.

Los funcionarios o servidores públicos han de guiar su actuación según la esfera axiológica, al asumir la investidura pública tienen el deber de servir a la comunidad, por tanto, el funcionario o servidor público encargado de

una determinada labor, solo debe tomar en cuenta los intereses generales para que la Administración funcione con eficiencia, dejando de lado cualquier interés subalterno tendiente a distorsionar la tarea pública, por ello se penaliza esta conducta que superpone los intereses de los privados estatales.

Este tipo penal no diferencia la licitud o ilicitud del interés del patrocinado, pues es suficiente que el funcionario o servidor haga mal uso de su calidad para patrocinar intereses particulares, estando impedido a ello por ética funcional, decoro y/o expresas prohibiciones o incompatibilidades. Lo que interesa es que el funcionario no use su investidura más allá de lo que permite la ley. También resulta irrelevante la finalidad o el móvil que impulse al funcionario a patrocinar un interés privado.

Indistintamente a la modalidad que se adopte, (sea que el patrocinio sea explícito o disimulado), el delito se configura siempre que los intereses privados que patrocina el funcionario o servidor público no correspondan a actos propios de su oficio.

Este patrocinio también comprende los casos de incompatibilidad de la función pública con actividades privadas, siempre y cuando lleve a actividades de patrocinio efectivo, como por ejemplo, si el Juez ejerce como abogado ante otro Juez de la misma jurisdicción a favor de un privado. La mera infracción a la incompatibilidad que no trascendiera la Administración Pública sería impune, aunque sí pueda constituir una infracción administrativa, incluso grave, como sería el caso de magistrados que ejercen un negocio privado, etc.

No debe tratarse de intereses propios ni de los intereses de la Administración Pública, ni de intereses de particulares que el funcionario debe proteger en razón del desempeño de sus propias funciones, como por ejemplo el Defensor del Pueblo, etc.

Esta conducta supone la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales. El objetivo de esta disposición es evitar que el funcionario actúe en aras de satisfacer intereses particulares ajenos a los de la función o servicio público que ejerce y representa.

Tampoco exige el tipo penal una concentración con el patrocinado o con el funcionario ante el cual se patrocina el interés particular. El funcionario cumple el tipo incluso patrocinando un interés por propia cuenta sin que el particular se lo haya solicitado o lo hayan acordado previamente». (Exp.

21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

Dolo

«El elemento subjetivo del tipo, es el accionar doloso del agente, pues el funcionario o servidor público actúa conociendo que tiene impedimento de patrocinar intereses de particulares, pese a lo cual desarrolla la conducta prohibida». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

Supuestos de atipicidad

«Una carta de recomendación por sí misma no reúne las características de tipicidad exigidas por el artículo 385 del Código Penal, pues dicho tipo penal requiere que el sujeto activo del delito patrocine intereses de particulares ante la administración pública, entendiéndose ello como asesoramiento o defensa traducidos en diversidad de actos, que denoten una intervención directa y concreta a favor de intereses particulares que el funcionario o servidor efectúe». (Exp. 6315-97, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de mayo de 1998)

3. Consumación

«Los actos de patrocinio indebido por efectuarse ante la administración pública deben estar dirigidos hacia otro funcionario o servidor público, que eventualmente tiene dentro de sus atribuciones o funciones resolver algún asunto o conflicto del particular a quien pretende ayudar el sujeto activo.

Lo que interesa es que la conducta del funcionario se dirija a otro funcionario buscando influir en este de alguna manera. Valerse de la calidad de funcionario distingue la simple intervención del patrocinio ilícito, pues no es lo mismo que el funcionario vaya a preguntar la mesa de partes de cualquier repartición del Estado, a que se presente usando su calidad de funcionario público para, directa o indirectamente, conseguir presionar sobre los demás funcionarios públicos. El funcionario se aprovecha de su calidad de tal para tener acceso, y eventualmente, influir o presionar a otros funcionarios.

Lo que se criminaliza es el aprovechamiento de la calidad poseída por el funcionario o servidor público. Valerse del cargo es hacer prevalecer la cualidad e investidura poseída (privilegios y posicionamientos, jerarquía, rango o relaciones).

A la interpretación efectuada sobre este aspecto, el colegiado considera que también valerse del cargo implica presentar en su condición de funcionario o servidor público para obtener facilidades, ventajas, en los trámites ante la administración pública y los procesos judiciales, ente los cuales se encuentra la celeridad y obtención de permisos de salida». (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012)

1. Bien jurídico

«[…] siguiendo la Doctrina y partiendo de la protección penal del título, puede decirse que el objeto de tutela es la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[…] tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: **a)** garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y **b)** evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad». (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005)

«[…] este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[…] los delitos cometidos por funcionarios públicos —peculado—, no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en una vía extra penal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionarios o servidores públicos […]». (R. N. 3682-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de enero de 2004)

«[…] teniendo en cuenta la naturaleza del delito, en el cual el bien jurídico tutelado es la recta funcionalidad de la administración pública, que debe estar encaminada a la correcta utilización de los caudales o efectos del Estado, más aún cuando se tratan de aquellos destinados a fines asistenciales o de apoyo social, el informe pericial contable es determinante para establecer la comisión y responsabilidad penal del delito». (R. N. 4423-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 5 de marzo de 2008)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo

«Para la existencia del delito de peculado no es necesario que, sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública». (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005)

«Nuestro Código Penal exige para la configuración de este delito que al funcionario o servidor público, el Estado le haya confiado, la percepción, administración o custodia de sus caudales o efectos, lo que nos lleva a considerar el caso de aquel que se encuentra legalmente encargado de la administración de caudales estatales o de su custodia o percepción, y los hace salir de su ámbito de control, entregándolos a otro funcionario público, por lo que desde una óptica formal, una vez salido el dinero (caudales) de la esfera de administración o custodia del funcionario encargado ya se habría cometido el delito de Peculado aparentemente por el funcionario receptor de tal dinero desviado, y si posteriormente da uso a tales caudales, ya no sería autor del ilícito penal referido, conclusión que se deduce de la literalidad normativa, que sin embargo, merece un análisis más preciso, dado que dicha figura delictiva obedece a un propósito, un fin y una esfera de desenvolvimiento más amplio.

[…] [El] funcionario o servidores estatales, en lugar de conducirse con probidad y honestidad, atentan contra dicho patrimonio; es a partir de esta necesidad que encontramos fundada la necesidad de, válidamente, aceptar que la administración o custodia del dinero del Estado, puede estar confiado a personas diferentes de la que legalmente les compete, porque la protección de la norma es más bien amplia». (Exp. 011-2001 emitido por la sentencia de la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[…] es considerado funcionario o servidor público, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos; del Estado, y en virtud de ello ejerce funciones en dichas

entidades u organismos, que en el presente caso, los encausados aludidos, además, de haber mantenido un vínculo contractual con el Estado, tenían por función recaudar dinero, el cual debía ser depositado en su integridad». (R. N. 382-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 21 de abril de 2008)

«Este tipo penal establece que para configurar este delito se requiere que el sujeto activo sea funcionario o servidor público, pero que además esté encargado de la *percepción, administración o custodia* de los dineros públicos en razón de su función, puesto que si no se da esta condición podríamos estar en la figura típica del delito de hurto. Asimismo, respecto a la condición de funcionario ya se encuentra suficientemente delimitado que esa condición "*intraneus*" puede ser de derecho o de hecho». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«Sujeto activo de este delito puede ser también el "funcionario de hecho" y el "funcionario incompetente […]" [MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal: parte especial*. Bogotá: Temis, 1995, volumen III: «Delitos en particular», p. 162], por su parte el Tratadista Argentino Sebastián Soler señala que: "Si se trata de un funcionario de facto, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuidos de estos. En ambos casos, el sujeto presenta exteriormente el aspecto de funcionario legal […] en consecuencia, la sustracción que aquel ejecute es peculado" [*Derecho penal argentino*. Buenos Aires, TEA, 1951, pp. 203-204]; y en dicha condición ejecutó el hecho punible». (Exp. 010-2001 sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[…] el tipo penal de peculado […] no solo sanciona al administrador de iure sino también al administrador de hecho o de facto; debiéndose acotar que la ley no hace mención a que la percepción administración o custodia de caudales o efectos por un funcionario o servidor público sea de iure; basta, entonces, que el agente actúe en cuanto integrante del Sector Público y con motivo de su efectivo dominio del ámbito administrativo concernido. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público [MORALES PRATS, Fermín y Óscar MORALES GARCÍA. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 1282], es decir, sobre materiales como el propio del Derecho Penal». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[…] para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de Peculado, nuestro ordenamiento no solo exige que el sujeto activo tenga la condición

de funcionario público, sino que, ademas, ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado; resultando por tanto la vinculación funcional un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en la figura de Peculado, a efectos de no ampliar de manera arbitraria el marco de imputacien por autoria […] "El cuerpo General de Bomberos voluntarios del Perú - CGBVP, es una entidad con personería jurídica de derecho público. Constituye un pliego presupuestal de la Presidencia del Consejo de Ministros. Goza de autonomía técnica, económica y administrativa. Es la autoridad competente en materia de prevención, control y extinción de incendios"; y conforme a lo establecido en el artículo cuatrocientos veinticinco en su inciso tres del Código Penal que establece que "se consideran funcionarios públicos: Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos", ambos encausados tienen la calidad de funcionarios públicos, por lo que estando a lo alegado por los recurrentes, que el bombero no tiene relacion laboral con la Compañía General de Bomberos Voluntarios del Perú, que no pertenece a ningún régimen contemplado dentro de la ley de bases de la carrera administrativa y que por ello no puede ser considerado funcionario público, no tiene fundamento, conforme a lo establecido en el Código sustantivo». (R. N. 2817-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de diciembre de 2011)

«Estos procesados en su calidad de Alcalde y Regidor de la entidad agraviada, pese a que eran los responsables de custodiar y administrar adecuadamente los caudales que les fueron confiados por razón de su cargo, quebrantaron ese deber [que supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes —aseguramiento y fomento del bien jurídico— por su vinculación con el bien jurídico específico de distintos modos, ya sea institucionalmente —delitos de los funcionarios y servidores contra la administración pública—, por vinculaciones paterno filiales, de confianza o jurídicas, etcétera], si bien insisten en cuestionar su apoderamiento, no obstante, reconocen que lo justificaron posteriormente, lo que sin duda releva que lo retuvieron de manera injustificada pues las boletas que presentaron datan de fechas no contemporáneas al tiempo en que recibieron ese dinero, conducta que vulnera el bien jurídico protegido por el delito de peculado —esto es, el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de esa administración— […]». (R. N. 1747-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de febrero de 2010)

«[…] se acredita la vinculación funcional existente entre el sujeto activo y los caudales del Estado, entendiéndose por relación funcional "el poder de *vigilancia y control sobre* la cosa como mero componente *típico,* esto es, competencia *del* cargo, confianza *en el funcionario en virtud* del cargo, el poder de *vigilar* y *cuidar* los caudales y efectos». (R. N. 2347-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 10 de mayo de 2012)

«[…] se configura cuando *"un funcionario* o *servidor público se apropi[a]* o *cualquier* forma, para *sí* o para *un tercero, caudales o* efectos cuya *percepción, administración* o *custodia le estén confiados* par *razón de su cargo*"; que, para emitir una sentencia condenatoria deberá estar acreditado en autos, entre otras cosas, que el agente: **a)** tuvo una competencia funcional específica sobre los bienes de lo administración (relación funcional - poder de vigilancia y control sobre los bienes), **b)** tuvo la posibilidad de libre disposición de estos bienes que en mérito de sus atribuciones legales en tanto funcionario a servidor público (disponibilidad jurídica), **c)** que al momento de los hechos era funcionario o servidor público, **d)** se apropió para sí para terceros de los caudales o efectos de la administración, entendiéndose por apropiación el apartamiento de dichos bienes de la esfera de la función de la Administración Pública, colocándolos en una situación tal que permita su disposición por parte del sujeto activo; además, para la configuración del delito de peculado doloso —por lo menos en la modalidad de apropiación—, para poder trascender la infracción administrativa, debe acreditarse, a través de una pericia contable, un perjuicio patrimonial al Estado». (R. N. 4212-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de febrero de 2011)

Sujeto pasivo

«Es sujeto pasivo de este delito el Estado, en la más amplia diversidad de sus manifestaciones, dado que este sujeto es el que se ve afectado su patrimonio». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

Peculado doloso

«[…] el delito de peculado doloso —conforme lo estipula el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal— requiere para su materialización que el funcionario público se apropie o utilice, para sí o para un tercero, caudales o efectos cuya administración le estén confiados por razón de su cargo, por tanto, sobre dicha base, el hecho atribuido a las imputadas no constituye la figura delictiva descrita porque los bienes sustraídos no se encontraban bajo su dominio en función al cargo que

ostentaban». (R. N. 3790-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de marzo de 2010)

«[…] el delito de peculado se configura cuando el sujeto activo —funcionario o servidor público— se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; la particularidad de este delito es que tanto el objeto de percepción, administración o custodia son los caudales o bienes pertenecientes al Estado y además el deber positivo se origina en base a una relación funcional específica por razón del cargo encomendado, por ello, no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en delito de peculado, sino que es necesario, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo […]». (R. N. 4894-2208, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de marzo de 2010)

«La apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero"». (R. N. 5230-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de febrero de 2010)

«[…] en el peculado doloso […] el objeto de esa figura delictiva son los caudales y los efectos, los primeros son los bienes en general dotados de valor económico (incluye el dinero); mientras que los segundos son documentos de crédito negociables emanados del Estado. Pero no solo eso, además deben ser públicos, esto es, aportados por el Estado o sus organismos autónomos». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[…] para que se configure el delito de peculado, se debe tener en cuenta los comportamientos típicos que el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal señala, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; por lo que, en el presente caso, no se advierte que se haya dado apropiación de los caudales o efectos pertenecientes al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándolos en situación de disponibilidad del procesado; o utilización, es decir, aprovechamiento de las bondades que permiten dichos bienes, sin el propósito de apoderarse para sí o para tercero». (R. N. 3412-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de marzo de 2008)

«La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: *apropiar* o *utilizar,* los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

a) *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

b) *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar [sic] caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

   La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

   La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) *Apropiación o utilización.* En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar,* se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) El destinatario: *para sí.* El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro,* se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

e) *Caudales y efectos.* Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables». (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005)

«La ilegalidad objetiva de esa disposición patrimonial —la legislación presupuestal no permitía aplicar caudales públicos a los rubros antes citados—, que sin duda afectó el erario público —se separó el dinero de

manera definitiva del poder y control de la Administración—, no está en discusión. Tampoco puede afirmarse la falta de idoneidad del imputado —relación funcionarial específica— respecto de esa aplicación de fondos públicos que dispuso; él tenía la potestad, que hizo efectiva, de disponer precisos montos presupuestales para cumplir determinadas metas —la relación funcional ineludible con los caudales públicos dispuestos está afirmada—. Se cumplen, por ende, los elementos objetivos del tipo legal de peculado que tutela el patrimonio público, en cuanto que está al servicio de unos intereses generales, y en el marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública en el manejo de tales fondos [Etxebarria Zarrabeitia, Xabier. «Malversación de caudales públicos». En *Delitos contra la Administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 185], según ha sido desarrollado por el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco.

El tipo subjetivo está, igualmente, cumplido. La disposición de caudales públicos se efectuó con conocimiento de lo que ello implicaba desde el control de los mismos por la Administración —hubo un conocimiento de la situación de hecho que fundamenta el ilícito penal—. El autor conocía el peligro concreto que su acción comporta para el erario público y, pese a ello, actuó disponiendo las adquisiciones cuestionadas. Lo que, en puridad, plantea la defensa es un supuesto de error de tipo (artículo catorce del Código Penal) en orden al entendimiento sobre la normativa extrapenal o sobre el significado jurídico de los elementos que la integran o el deber extrapenal jurídico presupuestal; esto es, si la normativa en cuestión permitía o no disponer de fondos para conceder beneficios patrimoniales a un sector determinado de funcionarios o servidores públicos que prestaban servicios en un área concreta de la entidad que conducía. Cabe señalar que según doctrina mayoritaria el error de prohibición queda reservado a los supuestos de suposición errónea de actuar al amparo de una causa de justificación.

La disposición de fondos públicos está sujeta a un conjunto de disposiciones normativas, de diverso rango. El delito de peculado es uno de infracción del deber, y el imputado tenía un rol específico o especial en ese ámbito. Su deber u obligación personal era informarse debidamente para una toma de decisión que importaba la disposición de fondos públicos. El cuidado que el funcionario debe tener en estos casos ha de ser exigente. La información que necesita conseguir para la toma de decisión, incluso cuando se trata de opiniones que se han recabado, ha de ser proporcionada por personas confiables profesionalmente y, además, la opinión vertida ha de ser

convincente; incluso, de ser posible, ha de conseguirse una opinión técnica independiente por el órgano administrativo competente para absolver la consulta en el área de que se trate [STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal parte general I*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, pp. 308-310]». (R. N. 2623-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de junio de 2010)

Peculado culposo

«[…] es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, *se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público.* Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, *no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.*

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "la sustracción y la culpa del funcionario público" como elementos Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

a) *La sustracción*. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) *La culpa del funcionario o servidor público. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público*». (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005)

«[…] el delito de peculado culposo se configura cuando es la falta de observancia de las precauciones necesarias —exigibles al agente por su vinculación funcional— la que origina (propicia o facilita) la sustracción de un bien estatal por parte de terceros […]». (R. N. 3412-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 28 de marzo de 2008)

«[…] el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno […] actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales […] es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal […]». (R. N. 4500-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de setiembre de 2007)

«[…] constituyen elementos configurativos del delito de peculado doloso: a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo, y los caudales y efectos del Estado; b) la percepción, administración o custodia; c) modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma; d) destinatario, para sí o para otro; y e) objeto de la acción: los caudales o efectos del Estado […]». (R. N. 3247-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de mayo de 2008)

«[…] delito de peculado culposo imputado a los procesados […] se tiene que para su configuración debe acreditarse: **i)** el agente tuvo una competencia funcional específica sobre los bienes de la administración (relación funcional - poder de vigilancia y control *sobre* los bienes); **ii)** el agente se comporta negligentemente respecto a su deber de vigilancia y control sobre los bienes estatales; y, **iii)** esta negligencia permite que un tercero se apropie para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración […]». (R. N. 4212-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de febrero de 2011)

Delito de peculado por extensión

«Que en el denominado delito de peculado por extensión o "peculado impropio", los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita "propiedad" sobre el mismo y que excluye de ella al Estado». (R. N. 2212-04, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de enero de 2005)

Viáticos como objeto material del delito de peculado

«Que, cabe precisar, que en la terminología presupuestaria el concepto de viáticos es una partida específica del gasto que comprende la cobertura de gastos de alimentación (desayuno, almuerzo y cena), hospedaje y movilidad local cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la

localidad o de su centro de trabajo, por comisión de servicio con carácter de eventual o transitorio». (R. N. 4098-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de agosto de 2011)

«Que, sin duda, rectificando lo sostenido en el fallo de instancia, se trata de un peculado por apropiación y no por distracción o utilización, en tanto se hizo entrega de los dineros públicos para fines privados, disponiéndolos como propios; que la modalidad de peculado por distracción o utilización, en tanto se hizo entrega de los dineros públicos para fines privados, disponiéndolos como propios; que la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero». (R. N. 3632-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 20 de setiembre de 2005)

«[…] actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado [al funcionario público] para determinado fin (viáticos), sin sustentarlo cuando correspondía, es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que llevó a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal». (Exp. 07-2007, sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia el 7 de octubre de 2009)

[…] respecto a las cuentas por rendir por concepto de viáticos, es palmaria la necesidad de reformar el criterio jurisprudencial que hasta la fecha han venido expresando los suscritos en cuanto a considerar a los viáticos como caudales y efectos públicos […] en el caso de los viáticos, además de acreditarse la relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos del Estado, debemos entender por *"percepción"* la acción de captor o recepcionar [sic] caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre licita; por *"administración"* debemos deducir que corresponde a las funciones activas de manejo y conducción; y por "custodia", la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida de los caudales y efectos públicos […] el término *"viáticos"* constituye la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque), es decir, en puridad, es un dinero que se facilita a un trabajador para cubrir los gastos en los que incurre por desplazamientos realizados en la consecución de un objetivo excepcional; por lo tanto, los *"viáticos"* tienen naturaleza distinta a la

administración, percepción y custodia, ya que en este subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o el total de la suma asignada, incluso, en este último caso, el trabajador está autorizado a utilizar el íntegro del "*viático*" que se le asignó; aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera fraudulenta, circunstancias que debe dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto, que a criterio de este Supremo Tribunal, podría requerir bajo apercibimiento de imponer medidas de carácter disciplinarlo, la corrección de la justificación efectuada indebidamente; aún más, de persistir las omisiones o deficiencias, debe agotarse la exigencia directa, posiblemente mediante un resarcimiento con descuentos o en la modalidad que lo considere pertinente la autoridad administrativa competente; consecuentemente, el rubro de viáticos no puede constituir objeto del delito de peculado […]». (R. N. 4212-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 9 de febrero de 2011)

Peculado de uso

«[…] consiste en una conducta mediante la cual el funcionario o servidor público usa o permite que otro use, para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública o que se encuentre bajo su custodia; qua dicha conducta penal, lo que pretende es sancionar la conducta de un funcionario o servidor público que al usar o permitir que otra persona use las maquinarias, vehículos o instrumentos del Estado, pueda producir un desgaste que refleje una considerable depreciación del bien por su uso continuo, y que a través de ella, produzca un beneficio ilegal o indebido, es decir, necesariamente se debe dar una desvalorización del patrimonio de la administración pública a la cual se le perjudica; que, en tal virtud, el hecho objeto de acusación, ademas de reunir los elementos objetivos del tipo, también debe verificarse el elemento subjetivo, esto es el dolo que es el conocimiento de la realización típica […]». (R. N. 1291-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de marzo de 2012)

«[…] con referenda al delito de peculado de uso, el dolo se configuraría con el conocimiento y voluntad de usar un bien del Estado —o cederlo en uso a un tercero— en una labor o trabajo totalmente ajeno a la función para la cual se adquirió, con el consecuente menoscabo del mismo y con el adicional beneficio ilegal de la persona que lo usó o del tercero a quien se le permitía el uso del bien estatal […]». (R. N. 1291-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de marzo de 2012)

Peculado de uso: excepción del uso de vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo

«Se configurará el peculado, cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio, aunque estos hayan sido devueltos». (Exp. 256-93, sentencia emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima el 27 de julio de 1993)

«La razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al "uso personal" del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica. Y es que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el "uso personal"». (Expediente 04298-2012-PA/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 17 de abril de 2013)

Autoría y participación

«La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir la teoría de la unidad del título de imputación, donde autor del hecho solamente podrá ser el *intraneus*, los *extraneus* participantes siempre serán partícipes del delito especial, hayan tenido o no dominio o codominio funcional del hecho». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«Los particulares sí pueden ser cómplices del delito de Peculado, debido a que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos que están vinculados funcionalmente por razón de cargo con los caudales o efectos públicos, responden a título de complicidad». (1.º Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica emitido el 23 de octubre de 2008)

«El procesamiento penal de un particular por delito de Peculado en calidad de partícipe sí puede ser considerado como cómplice en el delito de Peculado y en cualquier otro delito contra la Administración Pública, aun no

detente la calidad de funcionario o servidor público, por cuanto no resulta vulneratorio al principio de legalidad penal (Lex stricta) ni colisiona con el sistema de valores consagrada en la Constitución política del Estado». (1.º Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica emitido el 23 de octubre de 2008)

«[…] título de imputación que ha sido acogido por la Corte Suprema al establecer que "[…] la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que, la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo autores y cómplices, deben ser enmarcados en el mismo nomen juris delictivo, por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada […]». (R. N. 3203-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de noviembre de 2003)

«[…] calidad de cómplice del delito de peculado, que según definición del Código Penal (artículo 25) "es la persona que dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado", lo que importa un conocimiento pleno del cómplice de la acción del autor […]». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[…] la teoría de la participación en delito determina que los cómplices tienen que estar en directa vinculación con el autor, excluyéndose la posibilidad de la figura del cómplice de cómplice […]». (Exp. 045-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 15 de noviembre de 2005)

«[…] la coautoría el hecho es realizado de manera "conjunta", es decir, se está ante la presencia de una comunidad objetiva de intervinientes donde cada uno de ellos realiza una aportación objetiva esencial fundada en un reparto de trabajo de tal forma que en la relación objetiva de los aportes "se produce una comunidad, pero tan solo debido a la prestación de los aportes en un contexto que les acredita como referidos los unos a los otros, producidos colectivamente"». (R. N. 707-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de agosto de 2010)

Supuestos de atipicidad

«[…] **i) Ausencia de imputación objetiva por aplicación del principio de confianza**.- […] suscribió los referidos decretos de urgencia: confiando

que los funcionarios que participaron en el requerimiento de armamento, el contacto con los proveedores, las negociaciones para la compra, la fijación de los precios, etc., actuaron en el correcto desempeño de su función pública; sin tener conocimiento de ningún acto colusorio realizado en el momento de las negociaciones u otras irregularidades, en perjuicio del Estado Peruano; sin conocer si parte del dinero desembolsado por el Estado Peruano tenía como destino el "fondo de contingencia" para la reelección […]

ii) Ausencia de imputación objetiva por aplicación del principio de prohibición de regreso.- Señala que el desembolso efectuado por el Estado para la compra de los aviones nunca fue manejado por la Presidencia del Consejo de Ministros, sino por el Ministerio de Economía y Finanzas en coordinación con el Ministerio de Defensa; que el destino que estos ministerios, a través de sus titulares, le hayan dado a dicho dinero se encuentra fuera de su ámbito de competencia, si le dieron o no algún destino ilícito aprovechándose de su aporte lícito, ello no puede generarle responsabilidad penal, por cuanto su participación se circunscribió al ámbito de lo permitido». (R. N. 3641-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de mayo de 2012)

«[…] el encausado no pretendió beneficiarse con el uso de la unidad vehicular, mucho menos generar un perjuicio o un detrimento en la misma por el uso que autorizó aún cuando dicho bien fue prestado al Sindicato de Trabajadores de la comuna; que, por lo demás, cabe precisar que aún siendo el Sindicato de Trabajadores una persona jurídica de naturaleza privada, esta entidad no es totalmente ajena a la Municipalidad Provincial de Recuay, pues está formada por sus propios servidores públicos con los cuales suscriben convenios de cooperación mutua y además el artículo sesenta y cinco de la Ley número veintisiete mil novecientos setenta y dos (Ley Orgánica de Municipalidades), faculta a la entidad edilicia a ceder en uso bienes de su propiedad, a favor de personas jurídicas del sector privado, a condición que sean destinados exclusivamente a la realización de obras o servicios de interés o necesidad social; que, de esta forma el imputado en su condición de Alcalde encargado cedió en uso (préstamo) la camioneta de propiedad de la comuna para que los trabajadores de la misma formando parte de un Sindicato cumplan un servicio de interés social; que, por consiguiente, el comportamiento que se denunció y acusó como criminal no es tal, es decir, resulta atípico […]». (R. N. 1291-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de marzo de 2012)

3. Sistema concursal

Diferencia con el delito de malversación

«El delito de peculado es diferente al de malversación. El primero, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otros caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le está confiado por razón de su cargo; mientras que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente a aquella a la que están destinados; tratándose de dos figuras delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones». (Exp. 1524-1998, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de julio de 1999)

«[…] [la diferencia se encuentra en] que se habría apropiado o utilizado, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le fueron confiados por razón de su cargo (Peculado) o que habría dado al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados (Malversación de Fondos)». (R. N. 834-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de abril de 2008)

Diferencia con el delito de extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad

«Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo trescientos noventa y uno del Código Penal, el verbo rector es el de **rehusar**, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente. Por lo tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo **rem sibi habendi,** sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado». (R. N. 2212-04, Ejecutoria Suprema emitida el 13 de enero de 2005)

4. Consumación

«[…] el delito de peculado queda consumado en el momento que el funcionario público (autor) realiza el acto de disposición del bien, por ello, la complicidad supone la realización de actos de colaboración o ayuda al funcionario que le permita llegar a disponer del bien que es materia de

custodia o administración […]». (R. N. 3605-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de diciembre de 2006)

«[…] la consumación del peculado doloso se produce cuando el sujeto activo incorpora a su esfera de dominio los caudales públicos, separándolos, extrayéndolos o desviándolos de las necesidades del servicio». (R. N. 853-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de abril de 2010)

«[…] el delito de peculado por apropiación para un tercero no se define por el momento en que este recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento, previamente el funcionario o servidor que, por razón del cargo, tenía bajo su custodia fondos públicos, ya había dispuesto la salida de los mismos de la esfera de la administración pública, con lo que se entiende consumado el delito; es decir, la consumación del peculado doloso se produce cuando el sujeto activo incorpora a su esfera de dominio los caudales públicos, separándolos, extrayéndolos o desviándolos de las necesidades del servicio». (R. N. 853-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de abril de 2010)

«Que, siguiendo esta línea argumental, respecto a la fase consumativa del delito de peculado por apropiación, materia de juzgamiento, debe puntualizarse que se trata de un hecho criminal global cometido en los marcos de un aparato organizado de Poder Estatal […] Cabe agregar que el tipo penal de peculado exige que la apropiación sea para sí o para otro, siendo este un elemento material del injusto y no subjetivo o trascendente, por lo que su consumación en estos casos requiere que el tercero efectivamente reciba el dinero apropiado pues a él estaba destinado, de tal suerte que el delito se configura cuando los cuales ingresan a la esfera de dominio patrimonial del tercero». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[…] solo exige al autor […] como acto ejecutivo que se apropie o utilice, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Asimismo, se debe significar que en la modalidad de apropiación a favor de un tercero, no se requiere por parte de este una contraprestación a favor del autor». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[…] para que se pueda predicar de un servidor público la comisión de peculado no se necesita que a este e le confié físicamente los bienes, sino que es suficiente la capacidad de disponer de ellos, como consecuencia de

la función desempeñada por el agente en el ámbito de la administración pública». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[el] momento consumativo del delito de peculado, en la modalidad de apropiación "en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos"; en consecuencia, el reproche omisivo —no haber fiscalizado el accionar del procesado Infanzón Solier— dirigidos a los procesados Mendieta Callirgos y Ortiz Porras resulta ajeno al verbo típico del delito de peculado, más aún, sin conforme hemos glosado la imputación no ha sido solventada con base fáctico o proposiciones fácticas que den cuenta de coautoría, todo lo cual, implica […]». (R. N. 707-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de agosto de 2010)

Consumación del peculado a favor de terceros

«[…] la consumación del Peculado en estos casos, se dará cuando el tercero efectivamente reciba el dinero apropiado, es decir, cuando los fondos públicos ingresan a la esfera de dominio patrimonial de los terceros beneficiados». (R. N. 1205-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de marzo de 2006)

5. Reparación civil

«[…] se debe tener en cuenta que el delito genera también un derecho de resarcimiento o indemnización para la agraviada o víctima […] y se fija en atención al daño causado y a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad; que, en el caso sub judice, para que se configure el delito de peculado doloso no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados, sino que hayan sido utilizados para fines ajenos al servicio destinado, aunque estos hayan sido devueltos; pues el encausado […] dispuso de los caudales de la institución agraviada que se encontraban en su poder como si formara parte de su propio patrimonio, por lo que el monto por concepto de reparación civil fijado por la Sala Penal Superior se ajusta al daño ocasionado y a los bienes jurídicos puestos en peligro; en consecuencia, lo solicitado por el denunciado no resulta de recibo». (R. N. 1226-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 26 de mayo de 2011)

6. Inhabilitación

«[…] respecto a la medida impuesta de inhabilitación, en esta clase de delitos en los que el agraviado es una institución del Estado, la inhabilitación

que corresponde tiene la calidad de pena principal, y habiéndose fijado con arreglo al principio de proporcionalidad según la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado, no resulta procedente disminuir el período de inhabilitación impuesto». (R. N. 1226-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 26 de mayo de 2011)

7. Prescripción

«El legislador incrementó el plazo de prescripción —duplicó— en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú —"el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionario y servidores públicos"—. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción —como conducta peligrosa para los bienes jurídicos— complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

«[…] el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, se encuentra en directa relación con la pena del delito más grave, esto es al delito de peculado, regulado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, que prevé una pena máxima de diez años de privación de la libertad, por lo que de acuerdo a la parte final del artículo ochenta del citado cuerpo legal, en el caso sub examine, por ser el ilícito cometido por funcionario público en agravio del patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica, en tal sentido, siendo ello así no operaría la prescripción de la acción penal, pues el plazo respectivo no se habría cumplido […]». (R. N. 2411-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de julio de 2009)

8. Valoración de la prueba

«[…] por lo que resulte necesario que se realice un nueva pericia contable en el juicio para: i) Determinar el monto total defraudado al Estado. ii) Individualizar los montos apropiados por cada uno de los citados encausados. iii) Detallar los conceptos por los cuales le fueron entregados los diversos montos de dinero; sin perjuicio de actuarse las pruebas que sirvan para el mejor esclarecimiento de los hechos, y a la luz de los principios de oralidad u contradicción se realice un adecuado esclarecimiento de la responsabilidad penal de los […] encausados». (R. N. 1789-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de abril de 2013)

«[…] [se debe] acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión; ello implica, la existencia de ciertos presupuestos elementales que debe tener presente el juzgador para emitir una sentencia condenatoria, en virtud a ello, la presunción de inocencia constituye uno de los principios fundamentales que garantiza la función jurisdiccional en un Estado Democrático de Derecho; para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad del procesado, puesto que, "los imputados gozan de una presunción iuris tantum, por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; asimismo, las pruebas deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado […], con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales"». (R. N. 954-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de abril de 2008)

«[…] el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada a los recurrentes, además de la posición de la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión». (R. N. 1132-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de marzo de 2008)

«A efectos de declararse fundada la excepción de cosa juzgada debe constatarse la triple identidad requerida para su configuración; a saber:

a) **Identidad de la persona perseguida (**límite subjetivo de la cosa juzgada); es decir, que el sujeto contra quien haya recaído la sanción y el incluido en el segundo proceso, sea el mismo;

b) **Identidad del hecho punible y de fundamento** (límite objetivo de la cosa juzgada); conforme a este segundo requisito, ambos procesos deben estar referidos al mismo suceso histórico y subsumirse en tipos penales de carácter homogéneo, lo cual podrá corroborarse al comparar los fundamentos de hecho de la decisión judicial firme y de la denuncia o acusación de la causa en que se promueve la excepción; y,

c) **Resolución Firme;** que puede ser un fallo absolutorio o condenatorio, o un auto consentido o ejecutoriado, dicho de otro modo, que el primer proceso haya fenecido totalmente y no sea susceptible de medio impugnatorio alguno». (R. N. 3641-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de mayo de 2012)

«En ese orden de ideas, queda claro que el destino oficial tiene que estar señalado expresamente en la norma correspondiente, siendo precisamente dicho respaldo legal el que permite luego la corroboraci6n de la aplicación diferente de los fondos públicos asignados o administrados por el sujeto activo —o respecto de los cuales existía un vínculo funcional—; debe tenerse en cuenta además, que la aplicación diferente del dinero o bienes públicos debe ser definitiva, es decir, que debe verificarse la imposibilidad de que estos vuelvan o se encaminen al destino oficial que tenían fijado legalmente en un inicio; así, no ser relevantes penalmente las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, en atención al principio de lesividad». (R. N. 3641-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de mayo de 2012)

«[…] que la prueba pericial es de carácter compleja que, consta, entre otros elementos, del reconocimiento pericial, esto es, operaciones técnicas, actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado, y que en los delitos que suponen una evidente trascendencia patrimonial contra el Estado, como lo es el delito de peculado regulado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, resultan pertinentes y relevantes para dilucidar el thema probandum; máxime, si en el supuesto típico implica un desmedro patrimonial de los fondos o caudales estatales». (R. N. 707-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de agosto de 2010)

1. Concepto

«[…] la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual por el transcurso del tiempo la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al ius punendi, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio pro homine la ley penal material otorga la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, orientación que se funda en la necesidad de que pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica». (Exp. 03116-2012/PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 4 de setiembre de 2013)

«[…] la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal por un delito incriminado y se explicó de manera extensa la aplicación del último párrafo del artículo 80 del código penal: la dúplica de la prescripción en el caso de "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos"». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

2. Cómputo del plazo de prescripción

«La prescripción de la acción penal está normada en el artículo 80 y siguientes del Código Penal. El comienzo del cómputo de dicho plazo se encuentra regulado en el artículo 82 del Código Penal, estableciéndose diferencias respecto al tipo de delito que se trate. Así, los plazos de prescripción de la acción penal comenzarán a computarse:

a) En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa.

b) En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó.

c) En el delito continuado, desde el día en que se determinó la actividad delictuosa.

d) En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia». (Exp. 4118-2004/HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

3. Plazo de prescripción ordinario y extraordinario

«[…] la prescripción de la acción, según la regulación establecida en nuestro Código Penal, puede ser contabilizada a través del plazo ordinario y el plazo extraordinario. En primer lugar, el plazo ordinario de prescripción, regulado en el artículo 80 del Código Penal, es el equivalente al máximo de la pena fijada en la ley, en caso de ser privativa de libertad. En caso de que la pena no sea privativa de libertad, la acción prescribe a los dos años. Asimismo, en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica.

Por otro lado, existe el plazo extraordinario de prescripción, que será utilizado en caso de que haya operado la interrupción del plazo de la prescripción y, según lo establece el artículo 83 del Código Penal, es el equivalente al plazo ordinario de prescripción más la mitad». (Exp. 4118-2004/HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

4. Dúplica del plazo de prescripción

«El legislador incrementó el plazo de prescripción —duplicó— en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú —"el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios o servidores públicos"—. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica una mayor desvalor de la acción —como conducta peligrosa para los bienes jurídicos— complementando con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección

que tienen esas personas respecto al patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

«La dúplica del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado, solo procede en casos en que exista entre estos y el patrimonio del Estado una vinculación funcional de administración o percepción o custodia». (Pleno Jurisdiccional Regional Penal emitido por las Cortes Superiores de Justicia de Lima, Lima Norte, Callao, Ica, Cañete y Huaura el 11 de abril de 2008)

«La dúplica del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado se aplica desde la vigencia de la Ley 26314». (Pleno Jurisdiccional Regional Penal, emitido por las Cortes Superiores de Justicia de Lima, Lima Norte, Callao, Ica, Cañete y Huaura el 11 de abril de 2008)

«[…] la dúplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa […] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción […] y resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

«[…] se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

«Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores

públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

a) Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.

b) El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

c) Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

«[…] el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

5. Plazo de prescripción en caso de *extraneus*

«[…] los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor […] pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se le extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que solo corresponde al autor». (Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2010)

6. Suspensión e interrupción del plazo de prescripción

«Las causales de interrupción del plazo de la prescripción se encuentran reguladas en el artículo 83 del Código Penal, y son las siguientes:

a) Las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales.

b) La comisión de un nuevo delito doloso.

La suspensión de la prescripción de la acción penal se encuentra definida en el artículo 84 del Código Penal. A diferencia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, la suspensión no cuenta con causales establecidas en el Código, sino que se dispone que "Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido". En tal sentido, puede considerarse como causal de prescripción, por ejemplo, la cuestión prejudicial, regulada en el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales. Se puede considerar, también, la prerrogativa del antejuicio». (Exp. 4118-2004/HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

«La interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que, producida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y continúa contabilizando». (Exp. 4118-2004/HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

1. Registro de inspecciones laborales

«[…] La intervención de Auditoría Interna del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo, con el concurso del Director Regional del Trabajo de Lima, no es propiamente ilegal. Si bien no son autoridades penales, de ahí que sus diligencias no tienen el carácter de prueba preconstituida, sus constancias documentales y sus declaraciones son valorables como tales: documentos y testimoniales, y estas corroboran los cargos formulados por la denunciante». (R. N. 2995-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de setiembre de 2010)

2. Documentos videográficos y audiográficos

Filmaciones de carácter no público

«Las filmaciones y audios no tienen carácter público y deben ser calificados como documentos videográficos y audiográficos realizados por iniciativa de parte, de suerte que su valor probatorio está en función a su autenticidad y a las explicaciones de quien las tomó y de los que participaron en ese acto. Esto último se ha producido y no hace sino confirmar lo que venía denunciando […], da cuenta el acto de intervención y las declaraciones de los dos funcionarios públicos y del fotógrafo». (R. N. 2995-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de setiembre de 2010)

Videograbaciones en local público y con autorización de interlocutor

«No se ha interferido una comunicación privada, desde que uno de los interlocutores autorizó la filmación y grabación de su voz. Su contenido tampoco viola el derecho a la intimidad, pues se trata de conversaciones no solo realizadas en un local abierto al público, sino que lo que se dijo en aquella ocasión revela la comisión de una conducta reprochable legalmente, que reclama la intervención de la autoridad pública». (R. N. 2995-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de setiembre de 2010)

1. Elementos

«La prueba pericial […] consta de tres elementos: a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), b) el dictamen o informe pericial —que es la declaración técnica en estricto sentido—, y c) el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral». (Acuerdo Plenario 2-2007/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2007 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

2. Valoración judicial

«[…] cierto es que el Juzgador no puede quedar atado fatalmente a las conclusiones de los peritos, dado que un criterio de tal naturaleza importaría investir al perito de la condición de juez de jueces. Y es que no obstante la relevancia —por su nivel de especialidad— de un dictamen pericial, aquel apareja, en contrapartida la sujeción del mismo a determinadas exigencias, tales como que sus conclusiones sean convincentes, por lo que la adopción de estas en la decisión final demandará descartar la no existencia de otro u otros medios de prueba que desvirtúen su carácter asertivo o concluyente y, evidentemente, en sus elementos sustentatorios. A su vez, la valoración judicial que debe merecer una pericia, no puede limitarse a una recepción a-crítica y autónoma solamente de las conclusiones, sino a recoger los datos —confiables— del análisis que resulten idóneos para debido esclarecimiento del hecho imputado […]». (R. N. 710-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 2011)

3. Necesidad de debate pericial ante contradicciones

«[…] por consiguiente, es necesario que en la siguiente etapa del proceso penal se esclarezcan los hechos imputados, en cuya oportunidad a efectos de superar las aparentes discrepancias entre las conclusiones de las pruebas de cargo y las ofrecidas por la defensa de los encausados se realizará un debate pericial y luego se determinará si en efecto de las conductas y actos realizados por los encausados fluye la existencia de acuerdos con fines colusorios a efectos de defraudar a la agraviada; que, en consecuencia, a

fin de garantizar efectivamente los principios básicos del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, debe anularse el auto recurrido […]». (R. N. 4870-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de octubre de 2010)

«Que producida dicha contradicción entre las pruebas de cargo y de descargo, se imponía, que en el curso del juzgamiento se actúe la ratificación y examen del perito que formuló los informes contables favorables a los procesados, así como la actuación de un debate pericial con los peritos que informaron a favor de la incriminación fiscal […]». (R. N. 251-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de agosto de 2010)

4. Informes de la Contraloría de la República

Carácter preconstituido

«El carácter preconstituido del Informe Especial, en cuanto auditoría de cuentas y pericia institucional, elaborado por Auditores Gubernamentales de una institución técnica del Estado, constitucionalmente autónoma y encargada de supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado y de los actos de las instituciones sujetas a control, como las Municipalidades, no puede ponerse en duda —el carácter procesal de Informe y su preconstitución, por la propia naturaleza y complejidad de una auditoría gubernamental, que se encuentra debidamente reglada, hacen de él indisponible y urgente, que son las notas propias de la preconstitución probatoria y que permiten su valorabilidad por el Juez del Mérito—. Su valor procesal es incuestionable como tal. No existe fundamento legal ni, en el presente caso, elemento probatorio alguno que autorice razonablemente a cuestionar sus conclusiones. Tampoco se presentan vacíos relevantes que exijan una actividad pericial complementaria, única posibilidad que justifica una pericia alternativa, sin perjuicio de la actividad pericial de parte que puedan instar las partes procesales […]». (R. N. 2736-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de octubre de 2010)

Carácter de prueba pericial, presunción de imparcialidad, objetividad y solvencia y valoración ante ausencia de ratificación

«[…] más allá de los actos previos de designación de peritos (que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de […] la Contraloría General de la República —cuando emite los denominados Informes Especiales—, que gozan de una presunción iuris tamtum de imparcialidad, objetividad y solvencia) […]

"La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias preprocesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259 del Código de

Procedimientos Penales. Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concreta el principio de contradicción —y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y publicidad, es razonable excepcionarlo [sic] sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial […] no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona —primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo—, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad […]

Lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para examen correspondiente. Solo se tiene en cuenta (1) las características de la prueba pericial —con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales— , y (2) que los principios han de acomodarse a la realidad social —la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia—, ello sin perjuicio de reconocer que la actividad impugnativa de la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico —falsedad— o el aspecto técnico —inexactitud— del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte […]». (Acuerdo Plenario 2-2007/CJ-116 emitido por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias el 16 de noviembre de 2007)

1. Concepto

«Que, lo característica de la prueba indiciaria es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal lógico, existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar, debiendo reunir este tipo de elementos de juicio la característica de ser indicios, antecedentes, concomitantes, posteriores o subsiguientes y suficientes para concluir por la culpabilidad del agente o no». (R. N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2009)

«[…] los indicios son algo más que las simples sospechas, pues tienen que apoyarse en datos objetivos y contrastables plenamente probados, así como tener una base legal sobre la comisión del hecho delictivo y de la vinculación del imputado con el mismo —elementos subjetivos indiciarios—; que, la sentencia condenatoria no se sustenta en auténticos indicios o datos objetivos concretos y materiales dotados de significación suficiente para proporcionar una base real de la que pueda inferirse lógicamente —más allá de las simples sospechas, suposiciones o conjeturas— que el encausado […] está directamente implicado el hecho juzgado […]». (R. N. 4901-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 6 de julio de 2010)

2. Requisitos

«[…] que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) este —hecho base— ha de estar plenamente probado —por los diversos medios de prueba que autoriza la ley—, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son— y (d) y deben estar

interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí—; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos —ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar— pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera —esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe—; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo […]». (Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22 emitido el 13 de octubre de 2006 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias que constituye como precedente vinculante al R. N. 1912-2005)

«Cuando se trata de varios indicios, en primer lugar, se debe proceder, de manera aislada, a un análisis crítico, en un segundo nivel de análisis, debe concluirse que son coincidentes o convergentes en el señalamiento de determinadas circunstancias; así deben estar interrelacionadas, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercuten sobre las restantes, retroalimentándose mutuamente, no solo se trata además de que sean varios y convergentes, sino que no deben desvirtuarse por otros, contra indicios, que arriban a otras alternativas. De esta forma, además de estar probados deben estar relacionados directamente con el hecho delictivo que constituye el tema probandum. Precisamente si a lo largo del proceso se verifica que existen contra indicios que desvanecen los indicios, o estos indicios no satisfacen los requisitos exigidos por el precedente vinculante glosado, por una cuestión de racionalidad y mínima lógica jurídica no se puede arribar a una sentencia condenatoria […]». (Exp. 65-2007, sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora de Lima el 15 de agosto de 2011)

3. Clasificación de los indicios

«En cuanto a los indicios, San Martín Castro, siguiendo la clasificación tradicional los distingue: (1) antecedentes, que están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para la comisión de un delito —

en ellos se encuentra los denominados indicios de móvil delictivo, que son indicios psicológicos de suma importancia, en el entendido que toda acción humana, y, especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias, tiene una razón, un motivo que la impulsa [San Martín Castro, César. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2003, pp. 862-869]; (2) concomitantes, que resultan de la ejecución del delito. Se presentan simultáneamente con el delito; (3) subsiguientes, los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito […] se trata de los indicios de actitud sospechosa». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de febrero de 2010)

4. Uso y valoración

«Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando esta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.

Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si esta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139, inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el *hecho base o hecho indiciario*, que debe estar plenamente probado (indicio); el *hecho consecuencia o hecho indiciado*, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el *enlace o razonamiento deductivo*. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

Sobre el particular, la doctrina procesal penal aconseja que debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido; sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio pero de singular potencia acreditativa. En cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar, y cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí.

Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos *supra*, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubiera varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima). Con este único afán, este Colegiado Constitucional considera que es válida, por ejemplo, la vigencia práctica de un cierto control, incluso del uso de las máximas de la experiencia, pues, de no ser así, cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada.

Sobre lo mismo, cabe señalar que, si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho de que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y es que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, no se puede establecer la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación. Ello aquí significa

dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias, si se quiere que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional.

En el *caso constitucional* de autos, del fundamento 14. c de la presente, se aprecia que la Sala Penal Suprema sustentó la sentencia condenatoria sobre la base de la prueba indirecta (prueba por indicios); sin embargo, resulta evidente que no ha explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico, esto es, no ha explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico le ha motivado dicha conclusión. No ha motivado debidamente el procedimiento de la prueba indiciaria. En consecuencia, al no haber obrado de ese modo, la sentencia (ejecutoria suprema) resulta una vez más arbitraria y, por tanto, inconstitucional. ¿Es constitucional sustentar una condena en base a la prueba indiciaria si en la sentencia no se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Definitivamente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y falte el hecho base y más aún que falte el enlace o razonamiento deductivo.

No pretendiendo dar por agotada la discusión, y solo a modo de aproximación, podemos graficar lo siguiente:

> **A** testifica que ha visto a **B** salir muy presuroso y temeroso de la casa de **C** con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que este fuese hallado muerto de una cuchillada *(hecho base)*. De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona *(razonamiento deductivo)*. Al haber sido hallado muerto **C** producto de una cuchillada, podemos inferir que **B** ha matado a **C** *(hecho consecuencia)*. Esto último es consecuencia del hecho base.

Así, el modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria se desarrollará según la siguiente secuencia: *hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final*. O si se quiere, *hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido*». (Exp. 728-2008-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 13 de octubre de 2008)

5. Prueba por indicios en los procesos penales por delitos contra la Administración pública

«Respecto de la potencialidad probatoria de los indicios, elementos a partir de los cuales solo es posible llegar a la certeza en determinados delitos,

como los que son materia del proceso [delitos contra la administración pública], siguiendo a Climent Durán corresponde precisar: para iniciar un procedimiento penal basta con unos indicios de baja intensidad probatoria, caracterizados, por una equivocidad o ambigüedad bastante elevada. La instrucción sumarial se encargará de confirmar o destruir tales indicios. Pero para procesar o inculpar a una persona, sometiéndola a un proceso penal, se requiere que esos indicios tengan mayor intensidad probatoria, y que por tanto su equivocidad sea menor. Por último para dictar una sentencia condenatoria es aún mayor la intensidad probatoria de los indicios, hasta el punto de que han de devenir totalmente inequívocos, con descarte de la menor ambigüedad, duda o reticencia sobre su eficacia probatoria». (Exp. 37-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 11 de febrero de 2010)

«Que, la naturaleza del delito imputado [delito contra la administración pública] y las especiales circunstancias en que se desenvolvieron los hechos, exigen una análisis exhaustivo de la carga probatoria […] Resulta evidente que la sentencia de vista no ha valorado en su integridad los elementos de prueba indiciaria aportada, no obstante haberla reconocido». (R. N. 3910-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 25 de marzo de 2008)

1. Definición

«La prueba prohibida o ilícita "es aquella prueba, cuya obtención o actuaciones lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable, por lo tanto, *"carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales […], puede concluirse que la imputación penal no podrá sustentarse en aspectos del hecho que se han probado ilegítimamente, aun cuando el Juez tenga la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado, la eficacia de la persecución cede de forma relevante ante los derechos fundamentales del procesado" (García Cavero, Percy. El derecho procesal penal frente a los nuevos retos del Nuevo Código Procesal Penal: acerca de las consecuencias político/criminales de la implementación del nuevo sistema procesal penal. Lima: Ara Editores, 2009, p. 28)*». (R. N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2007)

«La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que esta deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable». (Exp. 2053-2003-HC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 15 de setiembre de 2003)

«La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales […]». (R. N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2009)

2. Búsqueda de la verdad y prueba prohibida

«A estos efectos, resulta pertinente la cita que realiza el profesor Martínez Arrieta, de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español, que en sus propios términos suscribimos; así expuso que "[…] en un Estado de Derecho como el nuestro, corresponde a los jueces penales descubrir la verdad solo a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme a la Constitución y en función de ella interpretados, así como de los correspondientes instrumentos internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real".

[…] En esa misma línea tenemos que el maestro Muñoz Conde dice: "El derecho procesal penal tiene su corazón dividido entre dos grandes amores: por un lado, la misión de investigar los delitos y castigar a los culpables; por otro, la de respetar en esa tarea determinados principios y garantías que se han convertido en el moderno Estado de Derecho en derechos y garantías fundamentales del acusado. Esto produce una contradicción difícil de solucionar: el respeto a las garantías y derechos fundamentales del acusado puede suponer y, de hecho, supone efectivamente, un límite a la búsqueda de la verdad que obviamente ya no puede ser una verdad a toda costa".

[…] Ya el Tribunal Supremo Federal Alemán, en su clásica sentencia del 14 de junio de 1960, establecía que no hay principio alguno del Ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio. "Históricamente, en los modelos penales inquisitivos, la invocación de la verdad material, según la teoría clásica de la dualidad de verdades procesales (material y formal), sirvió para justificar la admisibilidad y validez de la denominada prueba ilícita. Desde este planteamiento se argumentaba que todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad debía ser valorado por el Juez para formar su convicción fáctica. Y como razón de refuerzo se invocaba, a su vez, el principio de libre valoración judicial de la prueba en su formulación histórica de la intima convicción. En este contexto inquisitivo, el descubrimiento de la verdad material como fin del proceso penal justificaba y amparaba la utilización de todas las pruebas cualesquiera que fuese su forma de obtención".

[…] Entonces, de todo lo precedentemente expuesto se concluye que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad solo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una "verdad forense" que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado Constitucional de Derecho.

[…] Es precisamente por ello que nuestro máximo intérprete de la Constitución, tiene dicho sobre el particular, que: "La prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: […] (2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba […]". Posteriormente ha expuesto, que: "[…] en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o

indirecta de algún derecho fundamental […]"». (Exp. 00005- 2011, sentencia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios Públicos el 21 de diciembre de 2011)

3. Prueba prohibida como derecho fundamental

«No obstante ello, en consideración de este tribunal, la prueba prohibida es un derecho fundamental [léase como derecho a la no utilización o valoración de la prueba prohibida] que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución […]». (Exp. 655-2010-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 27 de octubre de 2010)

4. Prueba prohibida y violación de derechos fundamentales

«[…] una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental […]». (Exp. 655-2010-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 27 de octubre de 2010)

«[…] Lo importante es que reparemos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba». (Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria" realizados en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004)

«[…] quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales […]». (R. N. 342-2001, Ejecutoria Suprema del 17 de setiembre de 2004)

«[…] que la vulneración de un derecho fundamental en la aportación del material probatorio al proceso o en la práctica de la prueba impide la valoración de la prueba resultante […]». (R. N. 342-2001, Ejecutoria Suprema del 17 de setiembre de 2004)

5. Declaración obtenida mediante violencia

«En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159 del Nuevo Código Procesal Penal […]

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

[…] En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución prescribe que "el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato" tiene "como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas"». (Exp. 655-2010-PHC/TC, sentencia emitida por Tribunal Constitucional el 27 de octubre de 2010)

6. Validez de prueba incorporada de forma irregular

«[…] quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales; resultando de ello que si la prueba se obtuviera de forma ilícita, pero sin afectar tales derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos, por tanto se admite la validez y eficacia de la prueba incorporada al proceso de forma irregular o ilegal sin vulneración de derechos fundamentales […]». (R. N. 342-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 17 de setiembre de 2004)

«Establecer que existen diferencias entre prueba ilícita y prueba irregular. Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba (medio de prueba). La primera se da cuando en la obtención de la fuente de prueba se transgrede un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal al momento de la incorporación de una prueba al proceso. Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales; la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado ilícita, incompleta o defectuosa, pero entendida como prueba ineficaz, si no es subsanada.

[…] No cabe valorar una prueba incorporada irregularmente al proceso aunque sea determinante para la afirmación de un delito, porque la Prueba irregular afecta al medio de prueba, es decir su incorporación al proceso. Sancionado de acuerdo a la reglas de anulabilidad. Si el defecto

no se subsana y aunque a la vez sea prueba fundamental, no será posible su valoración». (Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizados en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004)

7. Efectos: inutilización y exclusión

«Que, el cuestionamiento de la constitucionalidad de una prueba incide en su valorabilidad [sic] y es de mérito, por lo que la vía para hacerla valer no es la tacha, destinada específicamente a cuestionar la falsedad o nulidad de un documento por carecer de una formalidad esencial, sino su inutilización o exclusión por razones constitucionales al ser constitutiva de una prueba prohibida […]». (R. N. 9-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de mayo de 2007)

«[…] de modo que la misma (la prueba prohibida) deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable […]». (R. N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2009)

«[…] por lo que es evidente la lesión de este último derecho fundamental, lo que determina la exclusión de la prueba por su evidente ilegitimidad […]». (R. N. 9-2006, Ejecutoria Suprema del 14 de mayo de 2007)

8. Excepciones a la prueba prohibida

Teoría del riesgo

«También se contemplan en la doctrina diversas excepciones a la teoría de la prueba ilícita, entre las que se encuentra la Teoría del Riesgo, que se justifica en el riesgo a la delación que voluntariamente asume una persona que ante otro hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este.

Al respecto, Reaño Peschiera señala que, "A mi juicio la grabación o escucha subrepticia de una conversación privada no siempre constituye una vulneración de los derechos a la intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones personales, ni siempre determina su validez probatoria. Desde la perspectiva de la intangibilidad de los derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas válidas siempre que: a) al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación; y b) el contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo de los interlocutores grabados lo cual no sucederá cuando ella esté referida a la comisión de hechos punibles, cuya persecución sea de carácter

público, lo cual ocurrirá generalmente […] no puede fundamentarse la existencia de un deber de guardar secreto a cargo del interlocutor que graba o permite escuchas, esto es, en tales casos el peligro de posterior difusión de la conversación constituye un riesgo jurídicamente permitido que debe asumir todo interlocutor [Reaño Peschiera, José Leandro. *Formas de intervención en delitos de peculado y tráficos de influencias.* Lima: Jurista Editores, 2004] […] la C.I.D.H señala que *"En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación"* [Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Escher y otros contra el Estado de Brasil, sentencia emitida el 6 de julio de 2009]. De lo que se desprende que, lo señalado por la Corte está referido a supuesto distinto al que en materia de autos, referido a una interceptación telefónica efectuada por las autoridades respecto a conversaciones particulares y no a la grabación de la conversación precisamente». (Exp. 182-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 18 de julio de 2012)

«La supuesta indefensión de sus derechos provino más bien de a su actuación ilícita que permitió ser grabado por su co-participe […] Por lo que es a él y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario que *venire contra factum propium* (no se puede actuar contra los hechos propios). En tal orden de ideas, la incautación por parte del Estado del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado […]». (Exp. 21-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de febrero de 2001)

«Admitir la Teoría del riesgo, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas. Se reconoce que en el caso del agente encubierto, existe fuerte oposición pues se recusa el valor probatorio de la prueba obtenida

a través del engaño al inculpado. Sin embargo, dada la popularidad de esta metodología de la investigación en los delitos contemporáneos, los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables. Asumen, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, grabadas o infiltradas». (Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizados en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004)

Teoría de la ponderación de intereses

«Si se asume la concepción o "teoría de la ponderación de los intereses en conflicto", es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio —ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro— no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida —en este caso, la inviolabilidad domiciliaria—, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución pena —que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esa circunstancias cuando, al final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación». (R. N. 4826-2005, Ejecutoria Suprema del 19 de julio de 2007)

«[…] Ahora bien, en el proceso penal han quedado desvirtuado el alegato del recurrente (que las entrevistas y la investigación que cuestiona hayan determinado el sentido del fallo en su contra), pues se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito y su responsabilidad penal, en cuya merituación de pruebas los juzgadores no tuvieron en cuenta la documentación que el accionante impugna […]». (Exp. 2053-2003-HC/TC, sentencia emita por el Tribunal Constitucional el 15 de setiembre de 2003

«Admitir la doctrina de la Ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por si ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de interés de

mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja». (Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria" realizados en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004)

Teoría de la destrucción de la mentira del imputado

«Admitir la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, pues la prueba ilícita no se usa para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado». (Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria" realizados en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004)

1. Declaraciones del coimputado

«Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial —no existe por ese hecho descalificación procedimental—, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad —no de mera legalidad—, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.

Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador

puede optar por la que considere adecuada». (Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

2. Declaraciones del agraviado

«Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal del párrafo anterior». (Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)

«[…] la comisión de un hecho delictivo, por un lado, da lugar a la responsabilidad penal pero también, en cuanto Acto Ilícito que produce daño a Terceros a una Responsabilidad Civil, conocida como *responsabilidad civil ex delicto*. El tercero civilmente responsable resulta ser aquel sujeto procesal, persona natural o jurídica, que sin haber participado en la comisión del delito y sin alcanzarle responsabilidad penal, asume el pasivo civil quedando, por disposición de la ley, solidariamente obligado con el o los responsables penales, por el importe de la Reparación Civil.

Este tipo de responsabilidad se rige por la Teoría de la Responsabilidad Civil […] Extracontractual, debiendo acotar que esta responsabilidad supone la violación del deber general de no causar daño a otro». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[…] las funciones de la Responsabilidad Civil, que según la doctrina mayoritaria son: a) reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado; b) retornar el status quo ante en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio; c) reafirmar el poder sancionatorio del Estado; d) disuadir a cualquiera que intenten, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros; y modernamente se han incluido e) la distribución de las pérdidas y f) la asignación de costos, desde una perspectiva de Análisis Económico del Derecho». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[…] la Responsabilidad Civil posee elementos constitutivos […]: a) la imputabilidad, es decir la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, b) la ilicitud o antijuricidad, es decir la constatación de que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico; c) el factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad al sujeto, es decir, es el fundamento del deber de indemnizar; d) el nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido; y d) el daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[…] en función del Factor de Atribución, cabe señalar que existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo) y objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que la ley considera objetivamente o prescindiendo del criterio de la culpa) […]». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[…] Responsabilidad Objetiva, es decir aquella que se basa en factores de atribución objetivos, considerados como tales por el ordenamiento jurídico […]; siendo el criterio de imputación, la relación que existe entre el responsable y el sujeto que ha causado el daño, pues desde esta óptica el principal estaría en la obligación de resarcir, por cuanto si se beneficia económicamente con la actividad realizada por el "tercero", debe asumir los costos que origine los daños del mismo (criterio del riesgo-beneficio)». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«Para que se configura esta responsabilidad deben darse los siguientes requisitos: a) una relación de subordinación, debiendo indicarse que lo que cuenta no es tanto la calificación formal que las partes dan a la relación, sino la valoración de la existencia efectiva de una relación sobre la cual una persona actúa a pedido, por cuenta o en interés de otro, quien por ser titular de la actividad, a cuya instancia se ha verificado el hecho ilícito, es el sujeto que está en situación de controlar las condiciones del riesgo inherente a esa actividad; b) que el subordinado ocasione daños, siendo uno de los supuestos de la responsabilidad civil (objetiva) del principal que el dependiente incurra en responsabilidad subjetiva (a título de dolo o culpa), no descartándose, como se dijo antes que haya casos de responsabilidad objetiva por parte del dependiente, y c) que exista una relación de causalidad o de ocasionalidad necesaria entre el ejercicio de las funciones y el daño. Debiendo recalcar una vez más que en este caso la responsabilidad del Tercero Civilmente Responsable o principal no es a título subjetivo sino objetivo, vale decir que si se verifica la concurrencia de los elementos que la ley señala, entonces aparece la responsabilidad civil». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«La Reparación Civil se determina conjuntamente con la pena, en ella se comprende: a) La restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y b) La indemnización de los daños y perjuicios, de conformidad con el artículo noventa y tres del Código Penal, en tal virtud, la reparación civil debe

guardar proporción con el daño y perjuicio ocasionado al agraviado». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 8 de agosto de 2006)

«El artículo 59 del Código Penal establece como efectos del incumplimiento del pago de la reparación civil la facultad de que el juez puede determinar de acuerdo a su criterio y las circunstancias del caso particular las siguientes acciones: 1. Amonestar al infractor; 2. Prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado; y, 3. Revocar la suspensión de la pena». (Exp. 02826-2011-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

«[…] el incumplimiento de la reparación civil no puede generar consecuencias que restrinjan la libertad personal en el proceso penal, que el Tribunal Constitucional ha expresado en la sentencia recaída en el Expediente 1428-2002-HC/TC (fundamento 2) que la exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, constituye una condición para la ejecución de la pena; consecuentemente, *no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados*». (Exp. 02826-2011-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 6 de junio de 2005)

«En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que cuando el literal "c", del inciso 24), del artículo 2 de la Constitución prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil […]

Sin embargo, tal precepto constitucional —y la garantía que ella contiene— no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria. En tal supuesto, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás

de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados». (Exp. 1428-2002-PHC/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 5 de julio de 2002)

1. Bien jurídico

«Al respecto, desde el Derecho Penal se ha entendido que la tipificación de actos de Tráfico de influencias supone una suerte de adelantamiento de la corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa [San Martín y otros. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 27]. De este modo, queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de actos de personas que busquen influir negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos». (Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012)

«Bien jurídico protegido.- Un atentado, aunque lejano contra la imparcialidad del funcionario y el carácter público de la función (Abanto Vásquez), el prestigio y el regular funcionamiento de la Administración Pública, específicamente la administración de justicia jurisdiccional o administrativa (Rojas Vargas), nos encontramos ante un delito de peligro, donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito. Por ello, siguiendo a Fidel Rojas Vargas, el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de intersección y se la resolución que se obtenga pierde significatividad [sic] sustantiva, pues el delito se consuma con prescindencia de tales cualificaciones, al recaer la conducta típica en momentos anteriores a la dación de la resolución o de la influencia practicada sobre el sujeto público, la puesta en peligro del bien jurídico se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de la intermediación». (Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013)

«[…] al ser un delito de peligro abstracto, es irrelevante que se verifique si se ha producido o no el resultado o influencia efectiva (física y temporalmente separado de la conducta) sobre los funcionarios públicos, sino que los intervinientes en el hecho punible (autor o partícipe) tengan la capacidad material de perturbar los principios de imparcialidad y objetividad del

funcionario que tiene conocimiento del caso administrativo, pues lo que se pretende es bloquear los comportamientos riesgosos de ataque o lesión a los bienes jurídicos de carácter institucional de la entidad u organismo del Estado […]». (Exp. 00193-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 18 de julio de 2013)

«[El tráfico de influencias] constituye una figura autónoma, protegiendo como bien jurídico específico la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función pública, si bien se admite siguiendo posiciones de la doctrina que se constituye en un adelanto de la barrera de protección penal […]». (Exp. 023-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 10 de noviembre de 2004)

2. Tipicidad de la conducta

Sujeto activo

«Sujeto activo.- Puede ser cualquier persona, un particular, un funcionario o servidor público; el sujeto pasivo es el Estado, depositario del bien jurídico afectado por el accionar del sujeto activo.

No se trata de un delito especial propio, sino de un delito común. La redacción vigente conforme a la Ley 28355 vigente al momento de los hechos acusados, establece agravante cuando el agente es un funcionario o servidor público, en cuyo caso se prevé una penalidad de cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad e inhabilitación. Si bien se encuentra dentro de los delitos contra la Administración pública, la opción del legislador ha sido la de penalizar una modalidad de corrupción cometida por un particular». (Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013)

«[Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 2009, p. 567] En el delito de Tráfico de Influencias, el sujeto activo es indeterminado, es decir, puede ser cualquier persona, no obstante, si el sujeto activo tiene posición de garante respecto de la Administración de Justicia, al ser un Magistrado del Poder Judicial, esto constituye una circunstancia agravante […]

Si el agente tiene la condición de funcionario o servidor público al momento de desarrollar la conducta punible, aparece la agravante tipificada en el último párrafo del artículo 400 del Código Penal. En tal sentido, a efectos de materializarse la agravante no es necesario que el agente esté en pleno ejercicio de sus funciones encomendadas al interior de la administración

pública […] el tipo penal solo exige verificar que el sujeto público, traficante al momento de cometer el delito, tenga la condición de funcionario o servidor público». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

Sujeto pasivo

«En el delito de tráfico de influencias el único que puede ser agraviado es el Estado». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

Elementos del tipo

«[…] se exige que el sujeto activo invoque influencias, reales o simuladas —no se requiere de ejercicio efectivo de influencia—, y en tal virtud obtenga determinados beneficios —no necesariamente patrimoniales— con el ofrecimiento de influir en un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo». (R. N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema del 10 de abril de 2006).

«El delito de tráfico de influencias exige que el sujeto activo invoque influencias reales o simuladas —no se requiere el ejercicio efectivo de la influencias— […]». (R. N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema del 10 de abril de 2006)

«De la lectura del tipo penal, se aprecia claramente que el núcleo rector describe al agente que invoca influencias reales o simuladas sobre un funcionario o servidor público; es decir, se convence para la entrega de una ventaja, aun cuando no se influya realmente sobre los terceros de la administración pública, que va a resolver el asunto que le interesa al comprador o no se tenga la capacidad de hacerlo, en tanto no es necesario para la estructura fenoménica del delito, pues la influencia puede ser simulada —no debe existir necesariamente de manera real objetiva—. Asimismo, el tipo penal se perfecciona mediante la promesa, que significa la posibilidad de un provecho económico futuro». (R. N. 3824-2012, sentencia emitida por la Sala Penal Transitoria el 9 de mayo de 2013)

«[…] es necesario precisar que la conducta típica exigida al agente, en el delito de tráfico de influencias, es la de recibir, hacer dar o prometer para sí o para otro (por parte del interesado en el ejercicio de la influencia a su favor) donativo o promesa o cualquier otra ventaja. El tipo no exige en forma alguna que el agente o "traficante de humo" (como se le denomina en doctrina) entregue o prometa beneficio alguno al funcionarios influenciado,

incluso el tipo penal, ni siquiera exige que la influencia o el vínculo entre el traficante de humo y el funcionario público exista, ante lo cual, mal puede exigirse que el funcionario haya participado en la entrega de dinero que alega el procesado, a fin de constituir el ilícito atribuido al procesado». (R. N. 2214-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de enero de 2005)

«De la simple lectura de este dispositivo legal se puede establecer que el mismo, sanciona un tipo penal complejo, complejidad esta que surge de la diversidad de conformarlo, así como la necesidad de que además del autor, exista otro sujeto cuya relevante actividad va a permitir la lesión al bien jurídico protegido dentro de injusto». (Exp. 017-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial "B" de la Corte Superior Justicia de Lima el 9 de julio de 2003)

«Así tenemos, que del enunciado del artículo cuatrocientos se desprende lo siguiente: (i) el autor siempre será el que invoque influencias, sean estas reales o simuladas (primera conducta, realizada por el denominado en doctrina "vendedor de humo"); (ii) a cambio de recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, por parte de la persona interesada (segundo sujeto interviniente en el ilícito) en que se ejerza la influencia, donativo o promesa o cualquier otra ventaja; (iii) con el ofrecimiento de que el "vendedor de humo" interceda ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo». (Exp. 017-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial "B" de la Corte Superior Justicia de Lima el 9 de julio de 2003)

«El citado delito, previsto y sancionado por el artículo cuatrocientos del Código Penal, tiene como elementos típicos (a) al traficante de influencias —que incluso, como en el presente caso, es un funcionario público— [*sujeto activo*]; (b) al Estado, en tanto los comportamientos descritos en el tipo legal tienen que ver con el funcionamiento de la Administración Pública, con la necesidad de que esta goce de confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades en aras de la afirmación de la garantía constitucional de igualdad [*sujeto pasivo*]; (c) la invocación de influencias del sujeto activo en cuanto se tiene capacidad para demandar ayuda a un funcionario público, entendida como la capacidad —posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada [*medio delictivo*]; (d) el ofrecimiento de influir en funcionarios que han conocido o están conociendo un caso judicial o administrativo, esto es, realización sucesiva o simultánea de actos de intercesión o de intermediación, [*prestación del agente*]; y, (e) la obtención de beneficios, sean patrimoniales o no patrimoniales [Hurtado Pozo, José.

«Interpretación y aplicación del artículo cuatrocientos del Código Penal del Perú: delito llamado de *Tráfico de Influencias*». En *Anuario de Derecho Penal* «Interpretación y Aplicación de la Ley Penal». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2006, pp. 268-289]». (Exp. AV-06-2006, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia el 21 de mayo de 2007)

«En todo caso, la promesa o ventaja a la que hace referencia el artículo cuatrocientos del Código Penal, es decir el pacto entre el comprador y el vendedor de influencias, sobre la dación de una ventaja, dádiva o promesa de ofrecimiento, no debe presumirse ni inferirse […] En el delito de Tráfico de Influencias debe mediar un nexo causal entre la invocación de la influencia por parte del intermediario y la entrega de la contraprestación (dádiva, donación, o ventaja) por parte del interesado. Es decir que lo que motiva al interesado a dar la contraprestación al vendedor de influencias es justamente la invocación que de estas el traficante efectuó. (Exp. 017-2001 sentencia emitida por la Sala Penal Especial "B" de la Corte Superior Justicia de Lima el 9 de julio de 2003)

«El tipo penal requiere la concurrencia de diversos actos ejecutivos: a) Invocación de influencias; elemento que alude a lo que tradicionalmente se conoce como "venta de humo" y con el cual se inicia la conducta típica; b) Ofrecimiento de interceder, a favor del interesado ante funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; se trata de un acto intermedio de parte del traficante de influencias, que permite el pacto entre este y el interesado; c) Recibir, dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja por parte del interesado; o hacerse dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja por parte del traficante. La presencia de estos verbos rectores cierra la tipicidad de la figura legal que se analiza. Ellos expresan el pacto —entre el traficante que oferta sus influencias y el interesado que procura un beneficio inmediato o mediato de índole procesal o procedimental. El delito se ha consumado al haberse producido la entrega del donativo, la promesa de donativo o cualquier otra ventaja para que el traficante interceda por este último a nivel de influencias ante los funcionarios señalados por la norma penal. El provecho económico percibido o hecho prometer por el sujeto activo del delito puede ser para el mismo o de un tercero». (Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013)

«[Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 2009, p. 560] Que la modalidad materializada por el verbo prometer significa

que el agente invocando tener influencias logra que el tercero interesado le ofrezca, proponga, pacte o prometa la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índoles en un futuro cercano […] hacer dar significa que el agente logra o convence al tercero interesado que le entregue, ceda, conceda, facilite o provea del donativo u otra ventaja. Hacer dar se traduce en el hecho que el agente-traficante, invocando tener influencias, logra que el tercero interesado le dé o facilite un donativo u otra ventaja o beneficio. El agente no se limita a recibir sino a hacer nacer en el tercero interesado la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el traficante». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

Interpretación del elemento "caso administrativo"

«[…] el tipo del artículo 400 del Código Penal al funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, está aludiendo en cuanto al caso administrativo a todos aquellos procedimientos administrativos que sean conocidos por funcionarios o servidores de la administración pública, toda vez que el delito tipificado en cuestión protege la administración pública […]

En este contexto el procedimiento administrativo que se seguía para la obtención de un crédito ante el Banco de Materiales S.A.C no resultaba ser un simple trámite administrativo como pretende hacer ver el abogado del acusado y más bien constituía un procedimiento administrativo —caso administrativo, en el ámbito de la administración pública». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

«[…] debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo 400 del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo […]». (R. N. 11-2001, Ejecutoria Suprema del 23 de julio de 2003)

Dolo

«[Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 2009, p. 579] solo se perfecciona por dolo directo, ya que el agente

—al atribuirse capacidad de influencia sobre el funcionario o servidor público de la administración de justicia, así como el ofrecer interceder— está dirigiendo intencionalmente su accionar hasta la puesta en peligro del bien jurídico y a la obtención de provecho indebido. El agente en todo momento actúa movido o motivado por el objetivo de obtener un provecho o ventaja de cualquier naturaleza, puede ser patrimonial, sexual, laboral, etc. Actúa con el ánimo de obtener ventaja […]». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

3. Consumación

«Siendo así, no es suficiente para que se materialice el delito que el agente solo se limite a invocar sus influencias, sean estas reales o simuladas, ni que el vendedor de influencias las ejerza a fin de configurarse el ilícito; resulta indispensable que se haya obtenido o entregado efectiva o potencialmente la contraprestación. María del Carmen García Cantizano sostiene "que en el Tráfico de Influencias se requiere una solicitud de ventaja y un compromiso del traficante de interceder ante un funcionario público; pero no basta con la simple solicitud, por cuanto el legislador sanciona este hecho cuando ya el traficante ha obtenido la ventaja, bien de manera efectiva, o bien de manera potencial a través de una promesa. Agrega además que para admitir la existencia de este delito es preciso demostrar que el traficante ha recibido efectivamente una ventaja o la promesa de recibirla por cuanto de lo contrario, no solo no se habría consumado el delito, sino que ni siquiera se habría llegado al grado de tentativa». (Exp. 017-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial "B" de la Corte Superior Justicia de Lima el 9 de julio de 2003)

«Cesar San Martín Castro (*Los delitos de tráfico de influencias, Enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Jurista Editores 2003, pp. 25-26), sostiene que el perfeccionamiento del injusto exige que quien invoca ser titular de influencias primero, reciba una ventaja o promesa de donativo por parte del interesado, y posteriormente se comprometa a interceder ante un magistrado judicial o funcionario a cargo de un caso administrativo, sin que la consumación requiera que el ofrecimiento o intercesión se haga efectivo». (Exp. 017-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial "B" de la Corte Superior Justicia de Lima recaída el 9 de julio de 2003)

«Es además un delito de simple actividad, que no requiere para su consumación que se produzca lesión al bien jurídico protegido, basta la sola realización de la conducta, lo que determina además su naturaleza de delito instantáneo, que se deriva del verbo rector "invocar"». (Exp. 00172-2011,

sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013)

Tráfico de influencias como delito de intervención necesaria

«Un sector de la doctrina tiene establecido que estamos frente a un delito de encuentro, pues supone un supuesto de participación necesaria, ya que para su realización se necesita de la intervención de más de una persona. En nuestro sistema, jurisprudencialmente se admite esta tesis por lo que la participación del interesado puede darse en grado de instigación o complicidad». (Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013)

«El tráfico de influencias es un tipo penal común de intervención necesaria al tratarse de un delito de encuentro, porque constata la concurrencia de sujetos: el traficante, el interesado y otros intervinientes de ser el caso. Si bien existen posiciones a favor y en contra de la punibilidad de los títulos de participación —instigador y cómplices—, el Colegiado considera que tal intervención es posible y corresponderá establecer en cada caso concreto los límites de la responsabilidad penal.

[…]

La intervención del interesado en el caso que nos ocupa se sustenta en la teoría de la intervención delictiva (injusto de intervención). Tanto el autor como el partícipe acceden al tipo penal de la parte especial por el aporte al hecho principal común y la vinculación al injusto, ello conforme al "principio de accesoriedad", toda vez que los dispositivos 23, 24 y 25 del Código Penal se refieren a la intervención en el "hecho punible". Principio que se compatibiliza con el de "autorresponsabilidad", según el cual cada persona es responsable penalmente por su propia conducta, ya que no se puede imputar a un sujeto lo que hace responsable a otra persona. Interpretación que a criterio del Colegiado no infringe el principio de legalidad.

[…]

Por otro lado, el cómplice no solo requiere la aceptación de la invocación de la influencia real y del ofrecimiento de interceder por parte del traficante, sino la compra de los mismos mediante la promesa de donativo. El aporte no solo se mide por la contribución fáctica del cómplice primario (contenido en reuniones, acuerdos, suministro de información, llamadas telefónicas, correos electrónicos, audios y videos, etc.) que constituye un referente o una pauta de valoración, sino también, en un sentido jurídico-normativo, como quebrantar las expectativas inherentes al rol o comportamiento

(imparcialidad y objetividad) del funcionario que tiene conocimiento del caso administrativo a través de un traficante ante determinado organismo del Estado». (Exp. 00193-2012, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Suprema el 18 de julio de 2013)

4. Valoración de la prueba

«[…] Teniendo en cuenta la declaración actuada en este Juicio Oral del testigo […], el cual previo juramento de ley ha señalado de modo convincente y razonable para la A quo, que cuando el acusado mandó a llamar y el testigo ya había conversado con sus colegas y por tanto presumía que le iba a ofrecer lo que a los otros asistentes técnicos, al escuchar el ofrecimiento del acusado de agilizar sus trámites de crédito a cambio del 0.6% del monto de dicho crédito, el testigo convino en ello, incluso refiriendo que "es un negocio, en hora buena" y que si todos ganan, eso era bienvenido, accediendo por tanto de modo expreso, tal es así que en este caso la conducta imputada al acusado si se encuadra y verifica su comisión en el tipo penal del delito de TRÁFICO DE INFLUENCIAS, por cuanto el acusado logró o hizo prometer al tercero una ventaja o beneficio para el acusado y en este caso el pago del equivalente al 0.6% del crédito obtenido, resulta irrelevante si se llega o no cumplir con dicho pago». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

«[…] reconociéndole la A quo valor probatorio a dicha prueba en tanto no constituye prueba prohibida por cuanto según el Acuerdo Plenario Superior de la Nacional Penal del 2004 se admite la validez de la cámara oculta cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido […]». (Exp. 00466-2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013)

1. Bien jurídico

«[…] dado que el numeral en mención se encuentra comprendido en el rubro genérico de los delitos contra la Administración Pública, con ella se protege el buen funcionamiento precisamente de dicha actividad del Estado, reprimiéndose así […] la arbitrariedad de la actividad funcional así como la ilegalidad de la misma». (Exp. 1173-98, Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Lima del 13 de agosto de 1998)

2. Tipicidad de la conducta

«El hecho que el inculpado intente detener a una persona mostrándole la orden judicial para su captura y realizando disparos al aire, constituye delito de usurpación de autoridad, al no tener facultades un particular para ello. No excluye de responsabilidad al inculpado el que haya sido Policía anteriormente ni que tuviera un proceso penal pendiente con la víctima, en tanto no contaba con autoridad para realizar detención alguna». (Exp. 558-93, sentencia emitida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Apurímac el 19 de setiembre de 1996)

ÍNDICE TEMÁTICO

A

- Abuso de autoridad: 15.
- Abuso del cargo: 63, 64, 88.
- Accesoriedad limitada: 40, 41, 42, 70, 142, 190.
- Acto arbitrario: 15, 16, 17, 18.
- Acto simulado: 115.
- Actos de malversación: 107.
- Acuerdo colusorio: 71, 72, 73, 78, 79, 82.
- Acusación Constitucional: 20, 22.
- Administración o custodia: 34, 39, 130, 131, 133, 134, 137, 138, 144, 145, 153, 154.
- Antejuicio: 19,20,21,22,23,24,25,26,31,39,155.
- Aplicación pública definitiva diferente: 105, 106.
- Apropiación: 46, 109, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 145, 146.
- Aprovechamiento indebido del cargo: 82, 118.
- Atipicidad: 126, 142.
- Ausencia de transparencia y formalidad en la contratación como indicio: 119.
- Autoría y Participación: 33.

B

- Bien jurídico genérico: 45.
- Bilateralidad: 50, 59, 61, 71, 118.

C

- Carácter preconstituido de los Informes de la Contraloría: 160.
- Carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad: 17.
- Caso administrativo en el delito de tráfico de influencias: 188.
- Caudales públicos: 34, 39, 108, 109, 111, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 144, 145, 146, 148.
- Clasificación de los indicios: 164.
- Cohechos pasivo propio: 47.
- Cohecho pasivo impropio: 52.

- Cohecho activo genérico: 59.
- Colusión desleal: 69.
- Cómputo del plazo de prescripción: 151.
- Concertación:69 , 71, 72, 73, 74, 75, 77 ,78, 80, 81, 82, 84, 107.
- Concurso aparente: 82, 90.
- Concusión: 63.
- Consumación mixta del delito de concusión: 64.
- Contexto Típico de delito de colusión y negociación incompatible: 78, 116.
- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: 77, 100.
- Convención Interamericana contra la corrupción: 36, 37, 99, 100, 102.
- Culpa o negligencia: 57, 137, 138, 180.

D

- Daño en la Reparación Civil: 179, 180.
- Debate pericial ante contradicciones: 159.
- Declaración obtenida mediante violencia: 171.
- Declaraciones del agraviado: 178.
- Declaraciones del coimputado: 177.
- Declaraciones juradas: 103.
- Deducción o inferencia en la prueba por indicios: 163.
- Defraudación en el delito de colusión: 73.
- Delito de encuentro: 117, 190.
- Delito de mera actividad: 54, 81.
- Delito de mera actividad y de resultado: 51.
- Delito de peligro: 118, 183.
- Delito de resultado: 60, 65, 75.
- Delitos especiales propios: 39, 42.
- Delitos especiales propios e impropios: 36.
- Delito permanente: 88, 89, 90.
- Delito pluriofensivo: 129.
- Destino original de los fines públicos: 108.
- Determinación de la pena: 85.
- Diferencia entre el antejuicio y juicio constitucional: 20.
- Diferencia entre el delito de abuso de autoridad con el delito de excesos en la facultad de mando: 17.
- Diferencia entre el delito de abuso de autoridad con el delito de usurpación de funciones: 17.

- Diferencia entre el delito de peculado y el delito de peculado por extensión y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad: 144.
- Disponibilidad jurídica: 130, 133, 154.
- Documentos videográficos y audiográficos: 157.
- Dolo: 16, 39, 57, 61, 64, 72, 80, 81, 86, 88, 116, 117, 122, 126, 133, 134, 135, 137, 138, 140, 142, 145, 146, 154, 180, 188.
- Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico: 35.
- Donativo, ventaja o dádiva: 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 72, 75, 115, 118, 123, 127, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191.
- Dúplica del plazo de prescripción: 109, 118, 147, 151, 152, 153.

E

- Efectos públicos: 34, 135, 139, 141.
- Ejercicio de la función pública: 16, 119, 184.
- Enriquecimiento ilícito: 87.
- Error de tipo: 16, 136.
- Estado de necesidad justificante: 108.
- Exacción ilegal: 93.
- Excepciones a la prueba prohibida: 173, 174, 175, 176.
- Exigencia indebida, arbitraria: 93, 94.
- Extraneus: 36, 40, 41, 42 ,43, 48, 49, 72, 77, 89, 90, 117, 141, 142, 154.

F

- Factor de atribución: 179, 180.
- Falta de confesión sincera: 67.
- Filmaciones de carácter no público: 157.
- Fines asistenciales, apoyo social: 129.
- Fines privados: 139.
- Fines públicos: 108.
- Funcionario de facto: 38.
- Funcionario electo: 39.
- Funcionario Público: 36, 37.

G

- Garantía al proceso previamente establecido: 19.
- Garantía al juez imparcial e independiente: 20.

I

- Imparcialidad: 45, 47, 53, 59, 70, 160, 183, 184, 191.
- Imputación objetiva: 142, 143.
- Incremento indebido del patrimonio, desproporción, desbalance patrimonial: 87, 88, 90, 91, 148.
- Indemnidad parlamentaria: 24.
- Indemnización: 146, 180.
- Inducir: 63, 65.
- Influencias reales: 185.
- Influencias simuladas: 185.
- Informes de la Contraloría de la República: 160.
- Infracción Constitucional: 22, 27, 29.
- Infracción del deber: 33, 35, 75, 136.
- Inhabilitación penal y sanción administrativa: 96.
- Inhabilitación política: 29, 30.
- Inhabilitación, inhabilitación judicial: 30, 95, 96, 97, 101, 146, 147.
- Interceder: 124, 187, 188, 189, 190.
- Interés constitucionalmente protegido: 101, 102.
- Interés indebido: 114, 115, 116.
- Interés privado: 113, 114, 116, 125.
- Interesarse de forma directa: 115.
- Interesarse de forma indirecta: 115.
- Interesarse indebidamente: 114.
- Interrupción del plazo de prescripción: 31, 152, 154, 155.
- Intervención necesaria, participación necesaria: 71, 190.
- Intraneus: 36, 41, 42, 43, 49, 50, 72, 77, 105, 131, 141.
- Inutilización y exclusión de la prueba prohibida: 173.
- Invocar, invocación: 183, 186, 187, 189, 190.
- Irrelevancia de la etapa del negocio: 116.

J

- Juicio Constitucional: 19, 20.
- Juicio político por infracción constitucional: 22, 27.
- Juicio político, razonabilidad y control jurisdiccional: 25.

L

- Lealtad, probidad: 33, 47, 53, 70, 76, 87, 129, 130.

- Lesión, violación de derechos fundamentales: 169, 170, 171.
- Lucha contra la corrupción y su valor constitucional: 101.

M

- Malversación de fondos: 46, 105, 106, 107, 108, 109, 120, 144.

N

- Ne bis in idem: 96, 111.
- Negligencia o culpa del funcionario: 57, 138.
- Negociación incompatible: 113.

O

- Obligar: 63, 64.
- Ofrecer: 57, 58, 59, 60, 61, 189, 191.
- Omisión de actos funcionariales: 121.
- Omisión impropia: 107.
- Omitir: 47, 48, 49, 50, 54, 80, 121.

P

- Pacto ilícito, acuerdo clandestino: 58, 70, 71, 82.
- Patrocinio ilegal: 123, 124, 125, 126.
- Peculado culposo: 137, 138.
- Peculado de uso: 140, 141.
- Peculado doloso: 133, 134, 138, 145, 146.
- Peculado por extensión: 138.
- Pena conjunta: 95, 96.
- Pena principal: 95, 96, 147.
- Percepción: 130, 131, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 144, 145, 153, 154, 161.
- Pericia contable: 71, 82, 91, 133, 148.
- Perjuicio a la función encomendada: 108.
- Perjuicio patrimonial: 69, 71, 74, 76, 77, 78, 118, 133.
- Plazo de prescripción en caso de extraneus: 154.
- Plazo de prescripción ordinario y extraordinario: 152.
- Posición de garante: 107, 184.
- Prescripción: 31, 35, 45, 101, 109, 118, 147, 151, 152, 153, 154, 155.

- Principio Constitucional de proscripción de la corrupción: 103.
- Principio de buena administración: 45, 102.
- Principio de consunción: 82.
- Principio de legalidad presupuestal: 105, 109.
- Principio de no lesividad de los intereses patrimoniales del Estado: 129, 132.
- Prohibición de regreso: 143.
- Prometer: 57, 60, 61, 63, 64, 65, 185, 186, 187, 191.
- Provecho de terceros: 46, 109.
- Prueba documental: 157.
- Prueba ilícita: 169, 171, 172, 173, 176.
- Prueba pericial: 149, 159, 160, 161.
- Prueba por indicios: 163, 165, 167.
- Prueba prohibida: 169.
- Prueba testimonial: 177.

R

- Registro de inspecciones laborales: 157.
- Rehusar: 121, 144.
- Relación entre la ilicitud del enriquecimiento y el uso del cargo: 89.
- Relación con el cargo en el delito de abuso de autoridad: 16.
- Reparación civil: 146, 179, 180, 181.
- Responsabilidad objetiva: 180.
- Retardar: 180.

S

- Separación de poderes: 22, 24.
- Simulación de la contratación pública: 83.
- Solicitar o aceptar: 49, 55.
- Subsidiariedad del tipo penal: 81, 89.
- Suspensión del plazo de prescripción: 31, 155, 181.
- Suspensión e interrupción del plazo de prescripción: 154.
- Sustracción: 38, 131, 137.

T

- Tenencia material directa: 130.
- Teoría de la ponderación de intereses: 175.

- Traficante de humo: 185, 186.
- Tráfico de influencias: 183.

U

- Unidad del título de imputación: 40, 41, 42.
- Usurpación de funciones: 193.
- Utilización: 105, 111, 129, 134, 135, 137, 138, 139.

V

- Validez de prueba incorporada de forma irregular: 172.
- Vehículos motorizados: 141.
- Venta de humo: 187.
- Viáticos: 138, 139, 140.
- Videograbaciones en local público y con autorización de interlocutor: 157.
- Vínculo funcional, competencia funcional: 34, 36, 48, 106, 113, 114, 130, 132, 133, 138, 149, 154.

UNIDAD III
DERECHO PROCESAL PENAL

- ✓ **San Martín Castro, César Eugenio.** La reforma procesal penal peruana: Evolución y perspectivas. En: Anuario de derecho Penal 2004: La Reforma del Proceso Penal Peruano. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2004_05.pdf

- ✓ **Oré Guardia, Arsenio.** Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo I. http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/excepcion_de_improcedencia_de_accion.pdf

- ✓ **Comisión Interamericana de Derechos Humanos.** Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf

- ✓ **Defensoría del Pueblo.** Nuevo Código Procesal Penal: Aproximación a los mecanismos de atención a la víctima. Serie de Informes de Adjuntía – Informe N° 17-2012-DP/ADHPD, 2012, Lima. http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2012/informe-017-2012-ADHPD.pdf

- ✓ **Salinas Siccha, Ramiro.** La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004. Ministerio Público http://portal.mpfn.gob.pe/ncpp/files/172a0f_articulo%20dr.%20salinas.pdf

- ✓ **Neyra Flores, José Antonio.** Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal. Poder Judicial https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0bc81c80443f92d68dc8ddeb309de3e9/Manual-Juzgamientoo_NEYRA+FLORES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0bc81c80443f92d68dc8ddeb309de3e9

UNIDAD III
DERECHO PROCESAL PENAL

- ✓ **San Martín Castro, César Eugenio.** La reforma procesal penal peruana: Evolución y perspectivas. En: Anuario de derecho Penal 2004: La Reforma del Proceso Penal Peruano. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2004_05.pdf

DOCTRINA

La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas

César Eugenio San Martín Castro

Sumario: I. Introducción. **II.** Evolución del modelo procesal de 1940. **III.** El Código Procesal Penal de 1991: itinerario de una frustración. **IV.** La restauración democrática y la legislación procesal penal. **V.** Algunas premisas en torno a la reforma del proceso penal. 1. Aspectos generales. 2. Bases necesarias para una nueva estructuración del Código Procesal Penal.

I. Introducción

§ 1. La reforma del proceso penal ha sido constante en la vida nacional, desde la promulgación del antiguo Código de Enjuiciamiento Penal de 1863, que empezó a regir desde el 1 de marzo de ese año[1] y que ancló sus

1 Del Valle Randich s/f: 34. Anota que la Asamblea Nacional Peruana, por Ley del 26 de septiembre de 1856, nombra una Comisión redactora de una ley procesal penal, compuesta de cinco miembros, que presentó su trabajo en 1861; y luego, por Ley del 18 de mayo de 1861, nombró una Comisión revisora, que al finalizar su trabajo y merced a las discusiones parlamentarias expide el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal por Ley del 23 de septiembre de 1862, promulgado a su vez por el Presidente el 1 de octubre de ese año, que

fundamentos en el Reglamento de España de 1835 y el Código de José II;[2] es decir, con fuentes añejas —que la propia realidad de esa época ya había superado—, cuya estructura organizacional se asentaba en el modelo inquisitivo, escrito, con prueba tasada[3] —¡pese a que en Francia ya se había promulgado la Ley del 29 de septiembre de 1791 que establecía el sistema de valoración judicial de la prueba!—, y con una multiplicidad de instancias revisoras.

Los rasgos más característicos de dicho Código podrían ser: (1) función accesoria del Ministerio Público, que es un denunciante en limitados casos, mero *colaborador* de la investigación judicial y acusador en los delitos públicos; (2) predominio del juez —titulado *Juez del Crimen*—, quien tiene a su cargo el sumario y el plenario; (3) prisión preventiva mayormente obligatoria; (4) ostensible falta de derechos de los imputados, muy patente en la fase sumarial; (5) prueba tasada como criterio de valoración; y, (6) predominancia de la escrituralidad y, por ello, esencialmente burocrático.

§ 2. Las discusiones en pro de un cambio de la justicia penal, que precedieron al Código de Procedimientos en Materia Criminal, promulgado por la Ley N.° 4019, del 2 de enero de 1920, y que entró en vigencia el 1 de junio de ese año por Decreto Supremo del 5 de enero de 1920,[4] fueron lideradas por el senador Mariano H. Cornejo. Debido a sus intervenciones en el Senado en el año 1915, el Congreso dictó la Ley N.° 2101, del 27 de enero de ese año, a partir de la cual con fecha 11 de febrero de ese año se instituyó una Comisión Mixta Codificadora en Materia Penal, integrada por tres senadores y cuatro diputados, bajo la presidencia del citado Senador y eminente jurista. Esa Comisión presentó el Proyecto de Código Procesal el 8 de enero de 1916.

§ 3. De esas discusiones se pueden extraer los siguientes puntos de vista, considerados más importantes:

A. Que los remedios considerados imprescindibles para superar el viejo modelo procesal eran, de un lado, reducir el número de presos sin condena en atención a que el delito imputado no es de suma gravedad o a que puede presumirse que el delito no será probado; y, de otro lado, instaurar un juicio

empezó a regir el 1 de marzo de 1863. En Villavicencio 1965: 8, se señala que la fecha de promulgación de la Ley fue el 1 de marzo de 1863 y que la Comisión trabajó tanto el Código Penal cuanto la Ley procesal penal.

rápido, sobre la base del antiguo plenario que se había estructurado sobre las actuaciones de un sumario, del que el primero era su repetición y daba pie a nulidades, con la consiguiente falta de celeridad. Se decía en la exposición del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, respecto del Código anterior: «Singular procedimiento el nuestro que es, a la vez, impunidad para el crimen; tormento para la inocencia; medio de chantaje; instrumento de tiranía; campo que cosecha tinterillos explotadores del dolor humano y de la moralidad social».[5]

B. Que la oralidad y la inmediación, principios ejes del enjuiciamiento moderno, deben imponerse en tanto se considera, de un lado, la única garantía eficaz para esclarecer el hecho; y, de otro, que el único modo para que el tribunal pueda juzgar con conocimiento de la verdad, es que él mismo oiga al acusado, escuche al testigo, lo que a su vez le permitirá individualizar la sanción penal. El procedimiento anterior reproduce un sistema de intermediación burocrática, en cuya virtud el que redacta el acta de una diligencia procesal es el Secretario, que es la vía a partir de la cual —vista su lógica escrita— el juez desarrolla su labor de valoración probatoria.

C. Que, en aras de garantizar una correcta decisión judicial, se impone la instauración del criterio de conciencia y la instancia única, constituidas como el aspecto central de la reforma, de suerte que la formación del juicio de hecho del tribunal de instancia no podía ser revisado por el Tribunal Superior y la impugnación —eliminado el recurso de apelación— debe circunscribirse al control de la regularidad del procedimiento y a la correcta aplicación de la pena.

D. Que, sobre esa base, se organizó el proceso penal, de modo que la instrucción escrita solo tendría valor de preparación del proceso oral, que primaría el juicio oral, y que se consolidaría un sistema de valoración de las pruebas basado en la íntima convicción. Dentro de ese marco, se apostó incluso por la figura del Jurado de Conciencia. Sobre él, Cornejo dijo que era una institución que otorga la garantía de un juez que actuaba sin la contaminación de la burocracia, del que no se deriva ningún beneficio de la función, y que su función es anónima e instantánea, no pudiéndose vincular a ningún interés ni a ninguna pasión egoísta de la persona, pues nadie sabe cómo vota y no volverá a votar más.

---

2 Oré Guardia 1999: 39. Afirmación precedente de Del Valle Randich s/f: 35).

§ 4. Aprobado el Proyecto en el Senado, se solicitó informe a la Corte Suprema. Esta, muy conservadora por cierto, salvo por el voto del Dr. Juan José Calle, a la sazón uno de sus magistrados más competentes, cuestionó tanto la generalización del juicio oral, alegando razones de infraestructura y de la lejanía y dificultad de las vías de comunicación que presentaba el territorio nacional en función a las sedes judiciales —con el serio riesgo de asistencia de los testigos al acto oral—,[6] como la implantación del Jurado.

El Colegio de Abogados, por su parte, a través de su decano Manuel Vicente Villarán, se opuso decididamente al Jurado bajo una concepción aristocrática. Señaló escandalosamente que «[...] en pueblos de formación moral como los nuestros, azotados por las tempestades de la anarquía, por el imperio antiguo de la fuerza sobre la ley, por el desenfreno de los egoísmos imperfectamente controlados en un organismo político y moral incipiente, los extravíos, las debilidades y los servilismos de los jurados, llegarían a extremo y producirían daños nuevos, inesperados y tal vez irreparables».[7] Otros criterios, con perfiles más bajos y una pretendida razón técnica, fueron expuestos por distinguidos abogados en el órgano oficial del Colegio de Abogados de Lima del año 1916.

§ 5. La Comisión Principal de Legislación sobre los Proyectos de Código Penal Material y Procesal, en su dictamen del 5 de septiembre de 1917, ante la posición del Poder Judicial y del influyente Foro limeño, optó por un camino intermedio. Rechazó al Jurado y restringió los juicios orales a los delitos cometidos en provincias sede del tribunal y en las muy próximas a ellas o unidas por medios de comunicación rápida y frecuente, sin perjuicio de no concentrar la promoción de la acción penal en los fiscales, alegando razones de infraestructura de esa institución. En esos términos se produjo la votación por la Asamblea Nacional en 1919.

---

3 Azabache 2003: 109.

4 República del Perú 1920: V-XI.

5 Guzmán Ferrer 1982: 26.

6 Decía el Informe de la Corte Suprema: «Porque los testigos que residan a gran distancia de esos centros, no concurrirán a los debates, quedando impunes la mayor parte de las infracciones, con gran detrimento de la moral y de los intereses sociales y del prestigio de la ley y jurados o jueces que tendrán que fallar esas causas, por el simple mérito de la instrucción o del sumario, sin defensa posible del acusado, desnaturalizándose el sistema y volviéndose al procedimiento que se intenta sustituir, aunque más disfrazado, y despojado de su virtualidad y garantías» (*Anales Judiciales* 1916: 317).

7 Azabache 2003: 115-116.

§ 6. Este Código, de definida influencia francesa, presenta, como anotáramos en su oportunidad,[8] las siguientes notas características:

A. La acción penal es pública. Se ejerce de oficio por el Fiscal, excepto en delitos privados y cuando proceda acción popular. Rige el principio de legalidad (mejor dicho, de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal).[9] Se incorpora la acción civil por los daños causados por el crimen, delito o contravención, la cual se ejercita por los que han sufrido el daño acumulativamente con la acción penal.

B. Se incorporan las excepciones y las cuestiones prejudiciales, que son resueltas por el Tribunal Superior, al que expresamente se le denomina *Tribunal Correccional*.

C. El proceso se divide en dos etapas, ambas dirigidas por un juez. La instrucción, cuyo objeto es reunir los datos necesarios sobre el delito cometido y sus autores, cómplices o encubridores, para que pueda realizarse el juzgamiento; y el Juicio Oral a cargo del Tribunal Correccional o del Jurado (v. art. 43 CPMC).

D. La instrucción es reservada y escrita. Puede iniciarse de oficio en los casos de delitos flagrantes o *cuasi* flagrantes. Contra el imputado puede dictarse orden de comparecencia o de detención siempre que se conozca o se presuma quién es el delincuente. Las causales de detención son muy amplias.

E. El juicio es oral y público, sea ante el Tribunal Correccional o ante el Jurado (institución que no rigió durante la vigencia del Código por falta de una ley de desarrollo). La asistencia del Fiscal es obligatoria, así como la del acusado y la del abogado defensor. El Tribunal aprecia las pruebas con criterio de conciencia, pero en el fallo debe exponer las razones de su decisión. La sentencia solo tiene en consideración lo pasado en los debates (los documentos y declaraciones leídas en el debate son los únicos que pueden servir como medios de prueba valorables).

F. Contra los fallos del Tribunal Correccional procede recurso de nulidad; no cabe recurso de apelación. La Corte Suprema tiene facultad de conocer sobre los hechos y, en su caso, está autorizada a absolver al indebidamente condenado, pero no puede hacerlo respecto del absuelto.

---

8 San Martín Castro 1999: T. I, 36-37.

9 Díez-Picazo 2000: 13.

G. Se reconocen como procedimientos especiales los seguidos por delitos de injurias, calumnias y contra la honestidad, por delitos flagrantes y por faltas.

Es necesario aclarar, con respecto a dicho Código, que si bien la sentencia no debe tener en consideración sino lo pasado en los debates, correspondiendo al Tribunal la valoración de la prueba sobre la base del criterio de conciencia,[10] no fue muy claro en precisar, a modo de excepción, qué diligencias del sumario —en especial las testificales y pericias— podían leerse cuando los testigos y peritos no asistían a la Sala de Audiencias; y tampoco otorgó una función más activa al procedimiento intermedio, pues no incorporó la exigencia del contradictorio para dilucidar la procedencia del juicio.[11]

§ 7. Un cambio tan radical, que Oré Guardia, calificó —con exceso de optimismo— como el más acusatorio de nuestros ordenamientos procesales,[12] mereció una tenaz oposición de la reaccionaria burocracia judicial, que por cierto anhelaba el modelo inquisitivo del siglo XVII. Son especialmente significativas las palabras del Presidente de la Corte Suprema, Carlos Erausquin, al decir, en el año 1920, que el Código anterior «[...] correctamente aplicado, satisfacía los intereses de la justicia», y al calificar el nuevo Código, dos años después, en 1922, como *Código de la impunidad*.

El avance conservador se produjo en dos etapas clave. En la primera, se arremetió frontalmente contra el sistema mixto, en especial contra la etapa de enjuiciamiento, con claras añoranzas al sumario y al plenario del Código de 1863. Los ataques se concretaron en los tradicionales discursos de in-

10 Véanse los artículos 259 y 268 CPMC.

11 Puntualiza Binder (1996: 11) que ello puede ser rotulado como la *media oralidad* del proceso mixto, de suerte que no se cumple el principio rector de la oralidad: que la sentencia sea dictada por un juez imparcial que ha recibido directamente la prueba en un debate verdaderamente contradictorio y público, de suerte que la publicidad no se reduzca a una simple puesta en escena del material probatorio recogido con anterioridad. Desde otra perspectiva, Montero Aroca (1997: 70) afirma que oralidad significa que «[...] todo lo que pueda influir en la decisión judicial, de condena o absolución, tiene que haberse practicado en presencia judicial, de modo que la decisión no puede atender sino a las alegaciones y a las pruebas hechas o practicadas ante el juez sentenciador y en audiencia pública. El procedimiento preliminar sirve para preparar el juicio oral, pero, salvo excepciones muy bien delimitadas, no puede servir para basar en él la decisión».

12 Oré Guardia 1999: 43.

auguración del año judicial. Se iniciaron en el año 1922 y continuaron hasta el año 1925, cuya nota definitoria era buscar la eliminación del juicio oral.

En la segunda etapa, que se inicia con el discurso del Presidente de la Corte Superior de Lambayeque, Augusto Ríos, el mismo año 1925, y continua en los años 1926 a 1934,[13] el ataque ya no persigue la eliminación del juicio oral, sino limitarlo a los delitos graves, permitiendo que los jueces instructores fallen en delitos leves, a fin —esa era su justificación— de garantizar la celeridad judicial.

Una perspectiva distinta, pero muy interesante, fue la asumida por el Vocal Supremo, Celso Pastor, en la inauguración del año judicial de 1938, quien defendió el juicio oral, pero centró sus propuestas —que también apuntaban en algo a la celeridad— en el alcance del recurso de nulidad, exigiendo que no se permita el conocimiento del juicio de culpabilidad por ser contradictorio a la oralidad.

De hecho, *ayudó* mucho a la involución procesal de las estadísticas judiciales. Así, por ejemplo, en el año 1920, fin del Código anterior, en una Sala Penal de Lima, de una carga procesal de 443 reos por juzgar, se cumplió con 364 de ellos. Sin embargo, esa misma Sala en el año 1936, luego de 15 años de vigencia del nuevo Código, de 861 reos por juzgar, solo se juzgó a 166. El cuadro general en el Distrito Judicial de Lima era impactante: de 1.491 reos acusados, solo se juzgaron a 333 acusados.[14] La falta de efectividad de la justicia, por consiguiente, se achacó al Código, al modelo de juzgamiento, no a la organización de la justicia ni a su deficiente institucionalidad.

§ 8. El nivel de las críticas forzó al gobierno de entonces a iniciar la *contra reforma procesal penal*. El 5 de mayo de 1936, por Decreto Supremo N.° 154, se nombró una Comisión para el estudio de un nuevo Código presidida por el Vocal Supremo, Dr. Carlos Zavala Loaiza. Señala Villavicencio[15] que el 12 de agosto de 1937 la Comisión Zavala Loaiza envió el Anteproyecto y la Exposición de Motivos al Ministro de Justicia; a su vez, el Ministro de Justicia por Decreto Supremo del 25 de agosto de

13 Azabache 2003: 118-122.
14 Zavala Loaiza 1947: 223-232.
15 Villavicencio 1965: 11.

1937, designó una nueva Comisión que debía pronunciarse sobre los méritos u omisiones del citado Anteproyecto. El texto revisado de esa Comisión fue el que finalmente se convirtió en ley. Se trató de la Ley N.° 9024, del 23 de noviembre de 1939, que dispuso la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales el 18 de marzo de 1940.

§ 9. Los ejes centrales del Código de 1940, partieron de una percepción errónea y tendencialmente antidemocrática. Decía Zavala Loaiza, autor del Anteproyecto, cuyas bases fueron respetadas por la Comisión Revisora, que el Código de 1920 «[...] alcanzaba casi los linderos del régimen acusatorio [...] que restándole valor a la instrucción, considerándola como etapa preparatoria, se da alcances al juicio que en verdad no tiene, [...] [dado] que solo en la instrucción es posible hacer historia del delito, aprisionándolo en sus efectos, [...] [mientras] que en el juicio es [...] [en donde meramente] se aprecia, crítica e interpreta la prueba [...]».[16]

El Código de 1940, a mi juicio, desde esa perspectiva consagró tres ejes esenciales de la *contrarreforma procesal penal*: (1) El art. 72 señaló que la instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, las circunstancias en que se ha perpetrado, sus móviles y descubrir a los autores y cómplices del mismo;[17] (2) el art. 280 estatuyó que la sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción; y, (3) los arts. 253 y 262 prescribieron el sistema de lectura de actas sumariales, pero sin limitar razonablemente las actuaciones de la instrucción, básicamente testificales, que podían ser leídas en el debate oral. A ello se agrega, como indiqué en un trabajo anterior:[18] (4) la eliminación del Jurado, consagrando una justicia en manos de jueces profesionales; (5) la acción civil derivada del delito es obligatoria, tal como lo planteó el art. 65 del Código Penal de 1924; y (6) la introducción, como

16 Zavala Loaiza 1947: 121-122.

17 Toda la doctrina procesalista en orden al sistema mixto de corte francés es clara en considerar lo excesivo de los fines de la instrucción del modelo peruano. Armenta Deu (2003: 139) enfatiza que un sumario funcionalmente solo persigue: averiguar y hacer constar si se cometió o no el delito y cuál puede ser su autor y su culpabilidad (siempre en sus contornos esenciales, nunca acabadamente); preparar, en su caso, el juicio oral; y asegurar y prevenir las consecuencias penales y civiles del hecho. Las diligencias instructorias, acota Cortés Domínguez (en Gimeno Sendra *et al.,* 2001: 183), van encaminadas fundamentalmente a determinar las circunstancias que posibilitarán en el futuro abrir o no el juicio oral.

18 San Martín Castro 2000a: xxi.

procedimientos especiales, de los juicios de imprenta y otros medios de publicidad y el procedimiento de audiencias públicas extraordinarias —en rigor, un procedimiento auxiliar de carácter netamente inspectivo—, así como la eliminación del procedimiento seguido por delitos flagrantes.

La lógica que siguió ese modelo fue básicamente inquisitiva y, por lo tanto, nefasta (no procesal, diría Montero Aroca).[19] No solo se desnaturalizó, ¡ahora sí!, el enjuiciamiento, pues al equiparar los actos de aportación de hechos (actos de investigación y actos de prueba)[20] no hubo necesidad de realizar una verdadera actividad probatoria en el juicio y por lo tanto este se convirtió en un juicio leído y no oral; vale decir, en los hechos y también en el derecho. Esta etapa, de ser la principal —pues en ella se plasman todos los principios y garantías básicas del proceso penal moderno—, se convirtió en secundaria o residual frente a la absoluta primacía de la instrucción,[21] lo que a su vez permitió con el correr del tiempo hipervalorar el sumario y eliminar, en la mayoría de los casos, el juicio oral.

II. *Evolución* del modelo procesal de 1940

§ 1. Un punto de inflexión sustancial en la aplicación del Código Zavala Loaiza, cuya reacción —de cara a la pretendida eficiencia del sistema punitivo— sucedió —tal como los conservadores al Código habían venido abogando—, primero, con la eliminación de la etapa de enjuiciamiento en los delitos contra el honor personal, y la libertad y el honor sexuales, a partir de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial de 1964 (Decreto Ley N.°

19 Montero Aroca (1997: 16), llega a sostener que el llamado proceso inquisitivo no existe, que no es un verdadero proceso, pues en su actividad no se respetan los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad, que forman la esencia misma de la existencia del proceso.

20 Gimeno Sendra *et al.* 1996: 367-368.

21 Es fundamental precisar al respecto, conforme señala Miranda Estrampes (1997: 99-101), que los actos de prueba no son una mera repetición de los actos de investigación, sino que su propia mecánica es distinta; de ahí que en el juicio oral no se trata de corroborar, confirmar o ratificar lo practicado durante el sumario. El material probatorio que se obtiene en el juicio oral es fruto de la actividad de todas las partes y el tribunal; mientras que la actividad instructora se limita a posibilitar a las partes a formular afirmaciones, la actividad probatoria es de comprobación; es decir, verifica las afirmaciones realizadas por las partes.

14605, del 25 de julio de 1963), que expresamente otorgó facultad de fallo al juez luego de llevarse a cabo el comparendo (art. 192.5 LOPJ); y, segundo, de modo contundente, con el Decreto Ley N.° 17710, del 8 de noviembre de 1969, que creó el denominado procedimiento sumario, a través del cual se eliminó la etapa del juicio oral y se concedió facultad de fallo al Juez Instructor en siete delitos leves.[22]

Resultan interesantes los argumentos de este viraje ideológico y jurídico. En primer lugar, desde el plano pragmático —que es el que más pesó—, se llegó a un punto insostenible producto de la excesiva carga procesal para los denominados Tribunales Correccionales (recién en el año 1991, con la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, esos órganos jurisdiccionales pasan a denominarse Salas Penales Superiores), lo que ocasionó, al decir de sus mentores, impunidad por las prescripciones, demoras prolongadas y una fuerte presión a los órganos judiciales de enjuiciamiento, determinando una baja calidad de las sentencias y un empobrecimiento de los juicios, ya muy circunscritos a las actuaciones sumariales, con los serios problemas de seguridad pública que ello generaba. En segundo lugar, desde la justificación jurídica, aún cuando se reconoció que la nueva legislación alteraba el sistema del Código de 1940, se consideró que los delitos objeto del nuevo procedimiento eran muy simples, que sus autores no ofrecían peligrosidad y que las pruebas eran de fácil adquisición y valoración, lo que a su vez permitía reducir los plazos procesales y eliminar el enjuiciamiento.[23]

No cabe duda de que la posibilidad de una modificación tan radical estaba en la propia lógica del Código de 1940, pues privilegió la instrucción y transformó el juicio oral en un mero juicio leído, y estimó que, en palabras de Gimeno Sendra, el acto de adquisición de hechos no tiene funciones distintas ni metodologías de actuación propias en cada etapa procesal; esto es, que acto de investigación es sustancialmente igual a acto de prueba (v. art. 280 CPP 1940). Rotos esos finos límites —que ni siquiera tomó en cuenta la regla básica del modelo acogido: *quien instruye no puede juzgar*—,[24] y consagrado el *escrituralismo* en el proceso penal peruano, ya no

22 Este modelo se inspiró en el *Procedimiento de Urgencia para ciertos delitos*, de la Ley española de 8 de abril de 1967 (más referencias en San Martín Castro 1999: T. II, 928).

23 Son muy ilustrativas al respecto las explicaciones de García Rada, Vocal Supremo y profesor principal de derecho procesal penal (v. 1969-1970). Asimismo, las que aparecen en su *Manual de derecho procesal penal* (1984: 411).

24 Esa regla —ya reconocida en sede internacional, entre otros fallos, por las SSTEDH recaí-

había posibilidades de corrección. Es más, paralelamente a la disolución o minimización de la democracia como sistema político de libertades, el modelo inquisitivo —el no proceso— sufrió una expansión inusitada.

Así, tenemos que el juicio sumario, en primer lugar, se expandió con el Decreto Legislativo N.° 124 del 12 de junio de 1981, con una tendencia más marcada en la celeridad y en la incorporación de nuevos delitos que según el legislador no presentaban dificultades probatorias;[25] en segundo lugar, con la Ley N.° 26689 del 30 de noviembre de 1996; y en tercer lugar, con la Ley N.° 27507 del 13 de julio de 2001. El resultado final de esas normas es que cerca del 90% de los delitos y de la carga procesal de los órganos jurisdiccionales se tramitan bajo el procedimiento sumario o abreviado.[26]

Cabe, sin embargo, señalar, conjuntamente con Cubas Villanueva, a la vista de lo sucedido, que «[...] *los resultados de celeridad y eficiencia no se han alcanzado*. Lo que sí se ha logrado es sacrificar las garantías procesales constitucionales y que el proceso penal, en la actualidad, se reduzca a la etapa sumarial, luego de lo cual se dicta sentencia, omitiendo el juicio oral, violando el derecho de que nadie puede ser sancionado sin previo juicio. El problema se agrava si tenemos en cuenta que durante la seudo reforma se han creado una serie de juzgados tales como: de instrucción, capturadores, de reserva, etc., que distraen la actividad jurisdiccional en tareas que no les corresponde».[27]

§ 2. La Constitución de 1979, surgida luego de haber vivido bajo una de las dictaduras militares más longevas de la historia (me refiero al *decenio militar*, 1968-1978, presidido sucesivamente por los generales EP Velasco Alvarado y Morales Bermúdez), incorporó una serie de derechos y principios procesales, orgánicos y de procedimiento —de normas procesales

das en los Asuntos Piersack, 1 de octubre de 1982; De Cubber, 26 de octubre de 1984; Bulut, 22 de febrero de 1996, párr. 33; Saraiva de Carvalho, 22 de abril de 1994, párr. 35; y, Castillo Algar, 3 de octubre de 1998, párr. 50—, tradicionalmente se fundamentó en la exigencia de imparcialidad judicial, pero modernamente se asienta —en lo inmediato— en la incompatibilidad de funciones procesales, pero que mediatamente, como explica Picó I Junoy (2001: 46), busca proteger la debida imparcialidad judicial.

25 García Rada 1984: 412.

26 Oré Guardia 2001: 241.

27 Cubas Villanueva 2003: 402.

constitucionalizadas— que auguraban un cambio interesante, positivo, en la justicia penal. Uno de los ejes institucionales más importantes fue la configuración del Ministerio Público como órgano autónomo de derecho constitucional, encargado de promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos. Su norma de desarrollo fue el Decreto Legislativo N.° 52 del 21 de abril de 1981.

Empero, (1) frente a los desbordes de la actuación policial (dicho sea de paso, el propio Código de 1940 dio carta de ciudadanía a la denominada *Policía Judicial*, pero solo como órgano auxiliar de la administración de justicia penal); y (2) ante la excesiva burocratización de la instrucción judicial, fuente principal de la mora procesal, se pensó que el Ministerio Público iba a erigirse en un eficaz remedio y el punto de clausura de una evolución procesal contraria a las bases históricas del Código de 1940, de por sí limitadas. Ello, pese a todo, no fue así.

La Ley Orgánica de dicha institución —Decreto Legislativo N.° 52 del 16 de marzo de 1981— no consagró la conducción de la investigación del delito ni le atribuyó la dirección jurídico funcional de la Policía Judicial, no obstante haber sancionado que el Fiscal es el titular de la acción penal y que sobre él recae la carga de la prueba (arts. 11 y 14). Solo le encargó la supervigilancia de la investigación policial —reconociendo que la policía realiza una investigación propia al respecto, lo que ni siquiera reconocía el Código de 1940— (art. 9), y ratificó implícitamente las características autónomas del *espacio de actuación policial*, sin enfatizar —como correspondía— su naturaleza de *competencia a prevención* en tanto ello se condice con su función auxiliar de la justicia penal.[28] Dicha Ley, además, entregó al Ministerio Público el monopolio de la denuncia al juez en los delitos públicos y le atribuyó la facultad de realizar indagaciones preliminares —por sí o a través de la Policía— antes de promover la acción penal (v. art. 94.2), ratificando que en la fase procesal de instrucción, a cargo de un juez como ya se ha anotado, el Fiscal se limitaba a participar en ella «[...] al efecto de actuar la prueba ofrecida, exigir que se observen los plazos establecidos en la ley e interponer los recursos que esta le conceda» (art. 94.4).[29]

28 Aragoneses Martínez, en De la Oliva *et al.* 2002: 102-104.

29 Estas características, desde luego, no son las que enunció la Exposición de Motivos de la LOMP. En dicha Exposición se atribuía la alarmante población carcelaria a la explosión demográfica y a la desproporción existente con el aumento del servicio judicial, en personal

§ 3. Esta falta de perspectiva para delimitar el acto preprocesal de investigación policial, paralelamente al crecimiento del autoritarismo político, generó la reforma de los arts. 62 y 72, respectivamente, del Código de 1940, ¡ocurrida en regímenes democráticos!, mediante el Decreto Legislativo N.° 126 del 15 de junio de 1981 y la Ley N.° 24388 del 6 de diciembre de 1985, en cuya virtud se consolidó un fenómeno gravísimo: la *policialización* del proceso penal; esto es, la autonomización de la investigación policial, su enajenación del control de los órganos jurídicos, la calidad de actos de prueba de las diligencias de investigación y, en rigor, la entrega del proceso —de la reconstrucción de los hechos— a la actividad policial.

En efecto, en primer lugar, se consideró a la investigación previa policial como una etapa autónoma del proceso penal. En segundo lugar, se estableció —sin consideración alguna a la urgencia o a la imposibilidad de su reproducción en la audiencia— que los actos de investigación policial, si interviene el fiscal y, luego, si lo hace la defensa, tienen carácter de actos de prueba. En tercer lugar, bajo los auspicios de la Ley N.° 26950 del 19 de mayo de 1998, sobre facultades delegadas en materia de Seguridad Nacional, y ya durante el autoritarismo del *fujimorato,*[30] y en la línea del procedimiento por delito de terrorismo, sancionado por el Decreto Ley N.° 25475 del 6 de mayo de 1992 y, antes, del procedimiento por delito de tráfico ilícito de drogas (Decreto Ley N.° 22095 del 21 de febrero de 1978), (1) se consolidó la autonomía funcional de la actividad policial respecto de la intervención del fiscal y de los actos procesales judiciales, a la que se le otorgó validez o eficacia jurídica propia, a la vez que se ampliaron los po-

y recursos materiales. También decía que ese problema, desde el Ministerio Público y el proceso penal, «se enfrenta inclinándose por el modelo acusatorio, un poco a la manera norteamericana [sic], como un medio de aliviar el trabajo del Juez Instructor, para que sea, efectivamente, juez, y, como tal, director de la instrucción [sic]». Y además, Juez de Fallo en muchos más tipos delictivos que ahora, para descongestionar el Despacho de causas pendientes, sin aumentar el número que se necesitaría para lograrlo dentro del procedimiento vigente y resolver en menos tiempo la situación jurídica de los procesados penalmente (Elejalde Estenssoro 1990: 95).

30 García Belaunde (2000: 111), sobre el *fujimorato*, ha dicho: «[...] el Gobierno del presidente Fujimori es autoritario o autocrático y dueño de un poder descontrolado; y, como tal, se ha impuesto en todos los ámbitos sociales, guardando las formas, pero logrando sus objetivos. Así, a través del poder político, y con la ayuda de una cúpula militar y de los servicios de inteligencia, se ha logrado copar y controlar todas las áreas del poder y de los medios (radio, prensa y televisión, mayoritariamente), de manera tal que el manejo del aparato del Estado, es total y sin concesiones».

deres de intervención de la Policía y (2) se dio paso a la intervención del Servicio de Inteligencia Nacional, como órgano de planificación y dirección de la investigación en los delitos graves.

§ 4. Frente a la delincuencia grave: terrorismo, bandas armadas para la comisión de delitos patrimoniales y contra la libertad, tráfico ilícito de drogas, tributarios y delitos agravados, se configuraron, bajo la óptica del llamado *derecho penal premial*, los *procedimientos por colaboración eficaz*, en los que a partir de las delaciones de los colaboradores —bajo el premio estatal de la impunidad o de una respuesta penal atenuada— y precedida de una investigación policial —sin mayor intervención del Ministerio Público— se instauraron procesos contra determinados dirigentes y líderes de la organización criminal sindicados por los *arrepentidos*.[31] Estos procedimientos, sin duda alguna, en la forma como fueron estructurados y controlados, tuvieron una base inquisitiva privilegiada, fueron fuente de graves errores judiciales, y pervirtieron el sistema procesal desde sus propias bases, cuya institucionalización —a partir de un régimen autoritario— posibilitó una lógica expansiva muy marcada, de eversión del sistema penal en su conjunto (la excepción se hizo regla).[32]

Paralelamente, en los delitos más problemáticos desde la óptica de la seguridad ciudadana, como los de tráfico de drogas, terrorismo, tributarios y otros, desde el punto de vista de la competencia objetiva se crearon circuitos judiciales especiales, alterando las bases geográficas de distribución competencial y su lógica general de conocimiento de delitos.[33] Todo ello, claro está, solo fue posible merced a que en los años 1995 y 1996 el régi-

31 Según el *Informe Defensorial* N.º 29, aprobado por Resolución Defensorial N.º 52-2000/DP del 13 de octubre de 2000, el procedimiento por colaboración eficaz para terrorismo, ante su injusticia intrínseca condenando inocentes arbitrariamente, generó la institucionalización de una Comisión Ad Hoc por la Ley N.º 26655, que permitió la concesión de indulto para 502 condenados injustamente y 33 conmutaciones de pena a arrepentidos (*El Peruano*, 14 de octubre de 2000, p. 193981 y ss.).

32 Cfr. Baratta y Silbernagl 1985: 312.

33 Estos circuitos judiciales especiales, en el plano mismo de los principios del proceso penal, generaron serios problemas en orden al derecho de defensa de los justiciables, desorden en el tratamiento de las causas, con la consiguiente tergiversación del modelo del juicio oral, y serios atrasos en el juzgamiento de los reos en cárcel, así como una seria disfunción en las Cortes de Provincias al centralizar la decisión en la capital y apartarlas del conocimiento de esos procesos. Es sabido que la garantía del juez natural está en función del ámbito geográfico de la justicia, del principio *forum delicti comissi* y como tal pretende, al decir de Cordón Moreno (1999: 61), salvaguardar, en especial, la inmediación judicial con las fuentes

men de Fujimori intervino el Poder Judicial y el Ministerio Público, y consolidó su dominio sobre la sociedad.[34] A ello se agregó la expansión ilegítima de la justicia militar, a la que se le entregó el conocimiento de los delitos de terrorismo hiper agravado, y los delitos comunes cometidos por bandas armadas.

§ 5. Otras áreas que fueron objeto de iniciativas legislativas durante la pasada administración, están referidas a los delitos sexuales y a la violencia familiar.

A. La Ley N.° 27115 del 17 de mayo de 1999, cambió radicalmente la persecución penal de los delitos sexuales. En primer lugar, estableció que estos delitos son siempre públicos, descartando que el procedimiento aplicable sea el fijado en el art. 303 del Código de Procedimientos Penales, que precisa el trámite en los delitos privados. En segundo lugar, señaló que todo el proceso por tales delitos es reservado, disponiendo además que la identidad de la víctima debía preservarse en todo momento. En tercer lugar, estatuyó que el examen médico legal de la víctima, previo consentimiento, se realizará por el médico encargado del servicio y la asistencia de un profesional auxiliar, limitándose la presencia de otras personas salvo consentimiento expreso de la víctima (esta norma trae una dificultad adicional, al estimar que una diligencia probatoria esencial para determinar —según los casos— la realidad de una agresión sexual está sujeta al consentimiento de la víctima). En cuarto lugar, incorporó una regla básica para la realización de las diligencias de investigación y prueba: se tomará en cuenta el estado físico y emocional de la víctima.

Bajo esta misma lógica, la Ley N.° 27055 del 24 de enero de 1999, fijó las siguientes pautas: 1) en los casos de violencia sexual contra niños o adolescentes (hasta 14 años), servirá como preventiva la declaración de la víctima prestada ante el Fiscal de Familia; 2) la confrontación entre el imputado y la víctima solo procede si la víctima es mayor de catorce años o cuando esta, siendo menor de edad, expresamente lo solicita; y 3) la dili-

de prueba, lo que ha permitido sostener a la Defensoría del Pueblo que tales sistemas deben ser eliminados lo más pronto posible.

34 Véanse las Leyes N.º 26546 del 21 de noviembre de 1995 y N.º 26623 del 19 de junio de 1996.

gencia de reconstrucción no puede realizarse con la asistencia de la víctima si esta tiene catorce años de edad o menos.

B. En cuanto a la violencia familiar, se publicó la Ley N.° 26260 del 24 de diciembre de 1993 y, posteriormente, el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobado por Decreto Supremo N.° 006-97-JUS del 27 de junio de 1997. Esta norma, reglamentada por Decreto Supremo N.° 002-98-JUS del 25 de febrero de 1998, en el orden procesal penal, incorporó otro presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva: el peligro de reiteración delictiva (art. 25), por lo demás expresamente reconocida como finalidad legítima de esa medida por la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 7), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos, STEDH, Asunto Guzzardi, 6 de noviembre de 1980, párr. 102 —aunque obviamente la función que cumple no es cautelar sino tuitiva—)[35] y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N.° 12/97 del 11 de marzo de 1997, párr. 32. Asimismo, autorizó al Juez Penal a dictar, durante el curso del proceso penal, medidas de protección en favor de la víctima y sus familiares (art. 26), las que incluyen la posibilidad de fijar una pensión provisional de alimentos; y estableció que los certificados de salud física y mental expedidos por los establecimientos de salud del Estado y de las municipalidades tienen valor probatorio (art. 29). Esta Ley fue modificada por la Ley N.° 27306 del 15 de julio de 2000, precisando en lo pertinente que tienen valor probatorio los certificados médicos expedidos por los centros parroquiales y las instituciones privadas, previo convenio y autorización del Ministerio de Salud o del Ministerio Público o Poder Judicial (nuevo art. 29); y, que tratándose de delitos de violación de la libertad sexual vinculados a la violencia familiar se extienden las medidas de protección previstas en dicha Ley.

§ 6. El conjunto de problemas que presentó la criminalidad durante el *fujimorato*, como es fácil advertir de lo glosado, no fue abordado racional y democráticamente. La nota distintiva fue, amén de consolidar una fase policial con valor jurídico propio y de expandir hasta extremos inconcebibles la justicia castrense, la creación de numerosos procedimientos para enfrentar el esclarecimiento de diversos delitos: ¡más de quince!, cuya lógica más importante fue: (1) la disminución de los derechos de los justiciables pese a

35 Cfr. Málaga Diéguez 2002: 137.

la sobrecriminalización que trajo consigo; (2) la intervención de la administración en la investigación de los delitos —el caso más saltante es el del delito tributario—[36] y en la introducción de condiciones de perseguibilidad limitando la persecución penal al informe de un órgano técnico (v. gr. delitos ecológicos, financieros, socioeconómicos);[37] (3) la proliferación y aligeramiento de medidas limitativas de derechos; y (4) la disminución de los plazos procesales.

Lo censurable de esta última opción fue, sin duda: (1) que no se tuvo presente que es político-criminalmente falsa la dicotomía *eficacia* vs. *garantías*;[38] y (2) que el principio de simplificación solo es aceptable para determinados delitos y en función de circunstancias puntuales, justificadas todas ellas a partir del reconocimiento y aplicación del *principio de proporcionalidad*. A este respecto hay que destacar como hechos esenciales, tanto la conminación penal mínima de los ilícitos penales, como la simplicidad de la actividad probatoria, todo lo cual no puede dejar de tener presente de algún modo la voluntad del imputado, pues la simplificación, al reducir plazos y actos procesales, puede conllevar vulneraciones relevantes al derecho a la tutela jurisdiccional y al derecho a la defensa.

III. El Código Procesal Penal de 1991: itinerario de una frustración

§ 1. A inicios del Gobierno de Fujimori (1990-2001), ante las constantes y unánimes críticas al sistema de justicia, especialmente de la administración de justicia penal, y frente a numerosos proyectos elaborados durante el

36 Véase el Decreto Legislativo N.º 813, Ley Penal Tributaria, del 20 de abril de 1996.

37 Véanse las Leyes N.º 26631 del 26 de junio de 1996 y N.º 26702 del 9 de diciembre de 1996; y, entre otros, los Decretos Legislativo N.º 822 y 823 del 24 de abril de 1996.

38 Resulta interesante, al respecto, el análisis politológico de Borda Medina (1998: 219, 220, 227), quien entiende por Seguridad Ciudadana Democrática no solo la eliminación de los riesgos o amenazas físicas, sino también la garantía de las condiciones necesarias para el desarrollo de una vida digna. Esta doctrina centra su atención en garantizar el disfrute de los Derechos Humanos y el ejercicio tranquilo de las libertades, así como reconoce que en los Estados democráticos no existen *enemigos internos* para combatir, sino ciudadanos que se deben proteger.

transcurso del decenio democrático anterior 1980-1990,[39] que comprendió las administraciones de los presidentes Belaunde Terry (1980-1985) y García Pérez (1985-1990), luego de un Proyecto Alternativo de octubre de 1991 (antes existió otro Proyecto, como el de agosto de 1988, de muy bajo nivel técnico) que condensó las ¿mejores? inquietudes procesales de la época, finalmente por Decreto Legislativo N.° 638 del 25 de abril de 1991, se promulgó el Código Procesal Penal.[40]

Este Código tiene las siguientes características, ubicadas aparentemente en el marco de un modelo acusatorio formal, *aunque no con la radicalidad inaugurada por el Código Procesal Modelo para Iberoamérica* de 1988:[41]

A. Insiste en el principio oficial y de legalidad —obligatoriedad—, como ejes rectores del sistema de persecución penal, a cuyo efecto erige

39 En el año 1976, el entonces Consejo Nacional de Justicia —típico órgano de intervención del docenio militar— elaboró un Proyecto Sustitutorio del Código de Procedimientos Penales, sobre la base de un Proyecto que en el año 1971 había elaborado una Comisión de Juristas con amplia mayoría procedente de la Judicatura Suprema, que tuvo escasa fortuna y, en rigor, no modificaba sustancialmente el Código de 1940. Su procedencia autoritaria y el momento político del país, dominado por el Gobierno Militar que se debatía en una seria crisis política y económica, determinó su falta de vigencia como instrumento prelegislativo de referencia para ulteriores reformas.

40 En la Exposición de Motivos del CPP 1991 se hace mención a varios Proyectos de Código que no tuvieron buena fortuna. Son: (1) el Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales de 1971; (2) el Proyecto Sustitutorio elaborado, sobre la base del anterior, por el Consejo Nacional de Justicia en 1976; (3) el Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales de 1988, elaborado con motivo de la Ley N.º 23850 del 8 de junio de 1984; y (4) el Proyecto de Código Procesal Penal de 1989, elaborado con motivo de la Ley N.º 24911 del 25 de octubre de 1988. El nuevo CPP de 1991 se construyó en base al Proyecto Alternativo de 1989, propuesto en virtud de la Resolución Ministerial N.º 994-90-JUS del 14 de septiembre de 1990; y al Proyecto de CPP de 1991, formulado sobre la base del Proyecto anterior y en mérito a la Ley N.º 25281, que fue finalmente el que se convirtió en el Decreto Legislativo N.º 638 (República del Perú 1994: 31-33).

41 En la Exposición de Motivos se decía, al respecto, que el sistema mixto o ecléctico no da resultado; que pese a las reformas realizadas desde la vigencia del CPP 1940 siguen las denuncias sobre retardo, reclamando la ciudadanía celeridad y efectividad, y que los males denunciados desde hacía décadas siguen siendo los mismos; que las normas del Código no guardan conformidad con los principios procesales consagrados en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; que otros problemas que se advierten en el Código de 1940 son la supervivencia de trámites innecesarios y la inoperancia de algunas disposiciones; que, por tanto, el problema está en el propio sistema y no bastan las reformas parciales (República del Perú 1994: 33, 35).

como órgano rector al Ministerio Público, a quien le corresponde dirigir a la Policía y realizar la investigación de los delitos públicos, tanto en su fase previa, como luego del procesamiento aprobado judicialmente.[42]

B. Incorpora, siguiendo parcialmente el modelo germano, el principio de oportunidad reglada, bajo los supuestos de falta de necesidad de pena (*poena naturalis*) y falta de merecimiento de pena (delitos bagatela y mínima culpabilidad), no previendo en ningún caso la intervención judicial.

C. Reconoce el papel de las ONG, otorgándoles legitimación suficiente para intervenir en determinados delitos que afectan intereses difusos y los derechos humanos; intervención que se limita al papel de actor civil, puesto que la víctima solo puede intervenir en el procedimiento penal con titularidad para reclamar la reparación civil. No fue aceptada la institución del querellante adhesivo o del acusador popular hispano.

D. Incorpora varios derechos en favor del imputado, básicamente el del silencio e interdicción de la autoincriminación (*nemo tenetur*), e impone la prohibición de valorar pruebas adquiridas ilícitamente. Prevé una regulación más puntual de las medidas provisionales penales y de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, que son de titularidad judicial exclusiva. Cabe destacar que en materia de medidas provisionales personales se sigue muy de cerca la actual Ordenanza Procesal Penal alemana, aunque no con la fidelidad necesaria (lamentablemente no se consideraron las interesantes propuestas italianas).

---

42 Resulta terminante la posición de Vives Antón (1992: 113-124, 133, 134), respecto a la figura del Juez Investigador. Afirma que la investigación oficial entra en pugna con el carácter excluyente de la jurisdicción y es una amenaza para el contradictorio y, por lo tanto, para un proceso justo, pues la historia muestra una tendencia de nuestros procesos a replegarse hacia la escritura. Agrega que el Juez Investigador es una contradicción viviente: tendría el nombre de juez sin serlo, se hallaría —sin necesidad— amparado en el estatuto judicial y encuadrado dentro de un poder al que no pertenecería porque la investigación criminal es administración, no justicia, actuación primaria y no actividad sustitutiva; además, asume dos funciones: la de investigar y, a la vez (ahí reside el problema), a cada paso juzga, al decidir acerca del fundamento de la imputación, de la situación del imputado, acuerda o deniega injerencias en las libertades del imputado. Esto último es paradojal, de una parte es el titular de la investigación oficial y, de otra, es el que ha de decidir sobre la verosimilitud de los resultados de dicha investigación; situación que se enlaza con el debilitamiento del contrario al forzar que las actuaciones sumariales tengan carácter de prueba.

E. El Juez Penal, primero, tiene a su cargo el control de la investigación fiscal preparatoria, aunque de modo muy mediatizado (a esta función se denomina *jurisdicción preventiva*); segundo, dirige la etapa intermedia, la misma que a semejanza del modelo anterior, carece de bases contradictorias y no lo autoriza a denegar el juicio ante una falta de mérito evidente; y, tercero, conduce el juicio oral, aunque con una participación muy restringida, al punto que este se sigue bajo el principio de aportación de parte y el juez no participa en la actividad probatoria, salvo para subsanar omisiones necesarias. Para delitos graves (v. gr. homicidio agravado, genocidio, secuestro, robo agravado, extorsión, terrorismo, contra la administración pública, penados con pena privativa de libertad no menor de cinco años, espionaje, etc.), las etapas intermedia y de enjuiciamiento corren a cargo de la Sala Penal Superior.

§ 2. Este nuevo Código, si bien limitó esencialmente la intervención de la jurisdicción militar, en respuesta a la errática y condescendiente jurisprudencia de la Corte Suprema (art. 13),[43] y forzó el predominio del Fiscal sobre la función policial de investigación, aunque no imponía el mando jerárquico sobre la policía (arts. 104/109), empero no necesariamente instauró un modelo acusatorio o, mejor dicho, contradictorio, dado que: (1) no diferenciaba con la nitidez necesaria actos de investigación y actos de prueba; (2) no asignaba un claro perfil a la actividad probatoria durante el juicio oral ni permitía al juez la constitución de las partes durante el sumario; y (3) no era claro en señalar qué actos del sumario fiscal podían leerse en la audiencia.[44]

Pese a estas *concesiones* al sistema inquisitivo, el Código Procesal Penal fue sistemáticamente rechazado por las fuerzas de seguridad, cada vez con

43 Mayores referencias: San Martín Castro 2002: 124-127.

44 Véanse el art. 91, que sigue sosteniendo que la investigación permite reunir la *prueba necesaria* para que el fiscal decida la acusación; art. 264, que estatuye que el ofrecimiento de pruebas para el acto oral está circunscrito a «*nuevas* pruebas para su actuación en audiencia» (¿son diferentes a las de la etapa de investigación?); y art. 283, que no fija límites a la oralización de los medios probatorios. Es de tener presente, conforme insisten Rifá Soler y Valls Gombáu (2000: 37), que el material que se prepara durante la fase sumarial no condiciona o incide directamente sobre la sentencia, solo sirve de base para la acusación, con determinadas limitaciones aplicables a la prueba preconstituida o la anticipada; mientras que es el juicio oral y público donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, y donde los magistrados han de formar su convicción.

más poder a medida que el modelo estatal se iba deslizando hacia el autoritarismo, de ahí que no faltaron pretextos para su aplazamiento permanente. Con la vigencia de la Constitución de 1993, controlada por el autoritarismo, se dictó la Ley N.° 26299 del 30 de abril de 1994, que suspendió *sine die* la vigencia del Código de 1991 y, bajo el pretexto de adaptación del Código a la nueva ley fundamental, instituyó una Comisión Especial Revisora, la cual en marzo de 1995 cumplió con presentar un nuevo Proyecto de Código Procesal Penal, que se discutió durante la legislatura de 1996 y fue aprobado por unanimidad.

La ausencia de voluntad política para reformar el enjuiciamiento penal fue clarísima. La primera observación presidencial se sustentó en aparentes problemas técnicos del Proyecto de 1995. Se anotó que adolecía de: (1) errores formales de concordancia; y (2) falta de correlación entre las facultades policiales respecto a la investigación del delito y la propia estructura del Código —aunque esta última observación tiene una raíz de fondo, vinculada a la limitación del poder policial. Una vez subsanados tales *defectos técnicos*, por el Congreso de 1997, vino una segunda observación presidencial, para la cual se valió de sus alfiles en el sistema de justicia, ocasión en que se mencionaron los fuertes egresos presupuestales que el Código demandaría en orden al necesario fortalecimiento del Ministerio Público.

En el fondo, el obstáculo mayor fue no solo la limitación a la jurisdicción castrense y la lógica presupuestal restrictiva en materia de fortalecimiento de los órganos jurídicos del sistema penal, sino esencialmente *el propio modelo autoritario que se instauró en el país*;[45] técnicamente no era estrictamente cierta la objeción presupuestal, como ha señalado Oré Guardia.[46] El modelo de Estado en cuestión necesitaba una actuación privilegiada e incontrolada de las fuerzas de seguridad, así como un Poder Judicial y un Ministerio Público sometidos a la planificada lógica restrictiva de derechos que finalmente se implementó, lo que se mostró tanto en las numero-

45 Con ello se acredita lo que hace muchos años dijo James Goldschmidt, en el sentido que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución; por tanto, a un modelo de Estado autoritario le sigue un proceso penal con componentes antidemocráticos y lesivos al debido proceso.

46 Oré Guardia 2001: 252-253. Según el análisis realizado por dicho autor, a partir del estudio realizado por una Comisión Especial que presidió la Fiscal Suprema, Adelaida Bolívar, la plantilla fiscal no necesitaba tantos fiscales como se argumentó inicialmente, lo que podía implementarse razonablemente con una puesta en vigencia progresiva del Código.

sas normas procesales penales que durante el decenio autoritario se fueron promulgando, todas ellas contrarias al *espíritu* del Código de 1991, como en la progresiva pero intensa intervención del Poder Judicial y del Ministerio Público.

§ 3. Paralelamente al rechazo del nuevo Código y a la opción por el autoritarismo, la administración del presidente Fujimori, ya en su segundo período (1995-2000), optó por intervenir directamente los sistemas de justicia, creando Comisiones Ejecutivas, minimizando las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, que no se sometió a su política, y optando por una consolidación de la provisionalidad de la magistratura.[47]

Las medidas administrativas que se dictaron (descentralización, con la creación de módulos básicos de justicia, y modernización, con la institucionalización de Módulos Corporativos —de importación norteamericana—, propios de un modelo acusatorio anglosajón que no encajaron en un modelo inquisitivo),[48] amén de su claro corte antidemocrático, a final de cuentas no imprimieron eficacia y celeridad al sistema de justicia penal. La Defensoría del Pueblo anotó que a junio del año 2000 la proporción de internos procesados era del 54,69% vs. el 45,31% de reos condenados, siendo el total de la población penitenciaria de 27.835 personas.[49] Y la población

47 Según fuentes de la Academia de la Magistratura, en el Poder Judicial el 17% son magistrados titulares (285), 19% son provisionales —titulares en un cargo inferior— (310) y el 64% son suplentes (1.047). Véase el Diario *Expreso*, Lima, 15 de octubre de 2000, p. 10. Por otro lado, a tenor del Informe elaborado por el indicado diario, en el Ministerio Público existen 1.275 fiscales, de los que el 14% son titulares (183), el 13% son provisionales (159) y el 73% son suplentes (933) (v. Diario *Expreso*, Lima, 5 de noviembre de 2000, p. 6). Según la revista *Vistos* (Lima, Año 4, N.º 212, p. 11) del 22 de noviembre de 2000, en el Poder Judicial existen 1.018 vacantes de jueces (de ellos 30 son plazas de Vocales Superiores en el Distrito Judicial de Lima), mientras que en el Ministerio Público se requieren cubrir 444 plazas para fiscales provinciales, 385 para fiscales adjuntos provinciales, 88 para fiscales adjuntos superiores, 35 para fiscales superiores, 7 para fiscales adjuntos supremos y 5 para fiscales supremos.

48 Secretaría Ejecutiva de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, «Proceso de reforma y modernización del Poder Judicial. Informe Ejecutivo». En *El Peruano*, Lima, 30 de junio de 2000.

49 Informe Defensorial N.º 29 «Derechos Humanos y Sistema Penitenciario: Supervisión de Derechos Humanos a Personas Privadas de Libertad 1998-2000». En *El Peruano*, 14 de octubre de 2000: 19398 y ss. El Ministerio de Justicia ha señalado que a diciembre del 2000 la población penitenciaria era de 27.680, pero que en julio de 2001 llegó a 27.244.

continuó considerando al Poder Judicial como la institución pública más ineficiente y con claros índices de aumento de la corrupción.[50]

§ 4. Es claro, por consiguiente, que los titulares de los órganos judiciales intervenidos y el propio poder político no intentaron diseñar un nuevo Estatuto Orgánico de la Justicia ni implementar y propender a la vigencia del nuevo Código Procesal Penal. La denominada *eficacia de la justicia penal*, se entendió en términos meramente administrativos: eficacia, rapidez y rentabilidad, y conscientemente se ocultó que esos criterios aisladamente hacen referencia a una mera cuestión de productividad, de rentabilidad del aparato judicial, y que resulta necesario complementarlos con la nota de finalismo, pues como quiera que el Poder Judicial es en última instancia definidor de los derechos de los ciudadanos, su finalidad garantística hace que no puedan ser adoptadas todas las técnicas de gestión de servicio público propias de la Administración. De ello fluye que cuestiones tan vitales en la organización judicial como descentralización, colegialidad, unidad o pluralidad de la instancia, oralidad y extensión del control judicial de la Administración, no pueden resolverse en función a criterios propiamente administrativos, pues están íntimamente ligados con el sistema de poder político y la relación de este con la sociedad civil.

La llamada *reforma de la justicia*, finalmente, degradó las garantías procesales. Todo el conjunto de normas que sucintamente se han enumerado tienen un rasgo característico: negación del primer esfuerzo de modificación integral de la justicia penal, plasmado en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Procesal Penal, ambos promulgados el año 1991, a inicios del régimen de Fujimori. No cumplió, porque no era su objetivo, con adelantar una reforma judicial, seria y democrática. Una reforma de esa índole debe acercar el sistema judicial a la sociedad civil y lograr un mejor posicionamiento del Poder Judicial en el ámbito del Estado. No deben desdeñarse, por cierto, los cambios en los ámbitos administrativos de la justicia, en la informática y estadística, en la capacitación de jueces y fisca-

50 Según la encuesta anual de la revista *Debate* (Vol. XXII, N.º 111, septiembre-octubre, Lima, 2000, p. 49), correspondiente al año 2000, el Poder Judicial ocupa el triste primer lugar como la institución más ineficiente del Estado. El analista de dicho medio considera que ello «[...] dice mucho acerca de la labor desempeñada por la cuestionada Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. Este hecho es, además, consecuencia de la injerencia política en este Poder del Estado».

les, en la infraestructura judicial y en la financiera, que son espacios necesarios en toda reforma, pero amén de criticar severamente que la inversión en el Poder Judicial y el Ministerio Público siguió siendo exigua,[51] los cambios administrativos deben estar orientados a la finalidad de la jurisdicción penal, al respeto a las garantías que la informan y al necesario fortalecimiento de un modelo de justicia penal que sea eficaz y garantista.[52] No puede, igualmente, pensarse en una justicia penal moderna si no se cumplen las garantías mínimas de una justicia independiente, objetiva e imparcial,[53] que requiere de jueces y fiscales con autonomía y un marco de acción que respete los principios esenciales de la jurisdicción.[54]

51 Los presupuestos para el Poder Judicial, por ejemplo, siempre fueron limitados. Es más, luego del retorno de la democracia, el porcentaje de los mismos para los años 2000 y 2001, apenas llegaron, en el primer caso al 1,43% del presupuesto total y en el segundo caso al 1,27%. Estos porcentajes no son muy distintos en los años 2002 y 2003 (en este año el porcentaje es del 1,25%). Véase la *Revista IDL*, N.º 142, noviembre, Lima, 2001, p. 39. Según los cuadros elaborados por el Consorcio Justicia Viva (Hernández Breña 2003: 45) el gasto en justicia per cápita es de 5,6 dólares (Venezuela tiene un gasto del 27,0; Chile 10,2; Bolivia 7,7; Ecuador 1,7), lo que solo permite un promedio de seis jueces por cada cien mil habitantes y de 5,6 fiscales por cada cien mil habitantes.

52 En términos de *eficacia*, vista como solución de casos, sin interesar la calidad de justicia que se imparte, los datos también son decepcionantes. En Lima, por ejemplo, la carga procesal al mes de agosto de 2001 de los Juzgados Penales fue de 57.810, de los que únicamente se resolvieron 3.405 (*Revista IDL*, N.º 142, noviembre, Lima, 2001, p. 39). Existe un número total de expedientes de todos los Órdenes Jurisdiccionales, al año 2002, de 1'183.284. Señala el Consorcio Justicia Viva (Hernández Breña 2003: 46-47), que entre los años 2000 y 2002 la tasa de resolución ha venido disminuyendo a ritmo constante; cada vez se reciben más casos y se tiene que arrastrar, año a año, un volumen mayor de causas pendientes, de suerte que en ese período la tasa de pendientes creció en 20,4 por ciento y 24,1 por ciento, respectivamente, mientras que la tasa de resolución disminuyó en 6,2 por ciento y 9,4 por ciento, respectivamente.

53 Hipólito (1999: 188-192) sostiene que la independencia no es un privilegio del magistrado, sino garantía funcional a los derechos de los ciudadanos en cuanto esencial contra todos los poderes, públicos y privados, políticos o económicos, oligárquicos o de mayoría; independencia que requiere: a) condiciones materiales (aporte de recursos y de estructuras logísticas, de medios materiales y sueldos dignos); b) profesionalidad del juez (saber jurídico y competencias interdisciplinarias, apoyo técnico y una escuela judicial solvente); y c) garantías orgánicas, que aseguren la independencia externa e interna de los jueces y permitan imponer la responsabilidad judicial (control sobre su conducta funcional), siendo necesaria para ambos objetivos la institucionalización de un Consejo de la Judicatura (no es de desconocer asimismo, señalamos por nuestra parte, de un lado, el autogobierno de la justicia y, de otro lado, la inamovilidad e inmunidad judiciales).

54 Asencio Mellado (1997: 63-81) escribe que resulta necesario reconocer, como garantías

IV. La restauración democrática y la legislación procesal penal

§ 1. Producida la caída del *fujimorato* se inició —en condiciones muy precarias— la transición para normalizar la vida democrática e institucional del país, más allá de las leyes de urgencia en materia orgánica judicial y fiscal, de directa incidencia en el ordenamiento judicial en su conjunto, tendientes a desmontar todo el andamiaje autoritario. En el plano procesal penal, se dictaron un conjunto de normas, que sin embargo, solo han venido a dar respuesta a concretas lagunas legislativas y deficiencias de la legislación vigente, lo que no obsta a considerar que esa legislación, parcial y asistemática, no hace sino profundizar el ya confuso y caótico sistema procesal penal nacional y pone en la agenda democrática la necesidad de una nueva ordenanza procesal penal.

§ 2. En el plano orgánico son de destacar, por lo menos, cinco leyes que ayudaron a *normalizar* la situación de los órganos del sistema de justicia penal. En primer lugar, por la Ley N.° 27362 del 31 de octubre de 2000, se dejó sin efecto la homologación de magistrados titulares y provisionales;[55]

constitucionales de la jurisdicción: 1) La unidad de la jurisdicción, que tiene como finalidad garantizar la independencia e imparcialidad judiciales. 2) La exclusividad jurisdiccional, que se proyecta en una doble dirección, como monopolio jurisdiccional en que el Poder Judicial prima aún sobre el resto de órganos jurisdiccionales constitucionalmente reconocidos (v. justicia castrense) y como concentración de la jurisdicción en temas estrictamente jurisdiccionales. 3) El juez natural y ordinario predeterminado por la ley, que exige que los órganos judiciales se creen mediante ley; que preexistan criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencia; y que existan normas objetivas y predeterminadas de reparto de asuntos entre los diversos juzgados y tribunales. 4) La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la justicia, que es una responsabilidad directa y objetiva del Estado derivada de la existencia de daños como consecuencia de *error judicial* o de funcionamiento anormal de la Administración de justicia. Otro principio relativo a la Jurisdicción, que incorpora Gómez Colomer (1999: 21), es 5) la opción en nuestros países por el juez técnico o de carrera, es decir, como órgano jurisdiccional profesional, aunque hay que tener en cuenta que nuestra Constitución consagra, alternativamente, el sistema electivo y la revocación popular para los Jueces de Paz —opción unánimemente aceptada por la comunidad jurídica— y, también, para los Jueces de Primera Instancia que la Ley prevea, lo que ha generado mayoritarias posiciones en contrario (véase De Belaunde 1994: 203-217).

55 El número de jueces, a agosto de 2001, era de 1.611 en los 26 Distritos Judiciales, de los cuales solo 254 eran titulares y el resto, 1.357 provisionales o suplentes. De los 1.318 fiscales a nivel nacional, solo 179 eran titulares (*Revista IDL*, N.º 142, noviembre, Lima, 2001, p. 39).

en segundo lugar, por la Ley N.° 27367 del 6 de noviembre de 2000, se desactivaron las Comisiones Ejecutivas del Poder Judicial y del Ministerio Público, conformándose Consejos Transitorios destinados a viabilizar el pronto retorno a la normalidad judicial, norma que a su vez ordenó la elección democrática de los Presidentes de las Cortes Superiores de todo el país; en *tercer lugar*, por la Ley N.° 27368 del 6 de noviembre de 2000, se restablecieron las normas de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, que impedían el nombramiento de jueces y fiscales titulares; en *cuarto lugar*, por la Ley N.° 27466 del 30 de mayo de 2001, se habilitó el proceso de ratificación de jueces y fiscales; y en *quinto lugar*, por la Ley N.° 27465 del 30 de mayo de 2001, se restituyeron integralmente los órganos de gobierno y administración del Poder Judicial y del Ministerio Público, quedando sin efecto los Consejos Transitorios.

§ 3. En el plano procesal penal, las principales leyes son las siguientes:

A. Las leyes anticorrupción, que buscan responder eficazmente a la lucha contra la inmensa red de corrupción para-estatal dirigida por el presidente Fujimori Fujimori y su Asesor y Jefe de facto del Servicio de Inteligencia Nacional. Son: (1) la Ley N.° 27378 del 21 de diciembre de 2000, que estableció beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, siguiendo el modelo de justicia penal negociada muy similar al colombiano, aunque con un control judicial más consistente; (2) la Ley N.° 27379 del 21 de diciembre de 2000, que permitió expresamente a la Fiscalía realizar investigaciones preliminares antes del ejercicio de la acción penal, así como solicitar medidas excepcionales limitativas de derechos, tales como la detención preliminar, la comparecencia restrictiva, el impedimento de salida del país o de la localidad, la incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables y bienes, el embargo y la orden de inhibición para disponer o gravar bienes, el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, la exhibición y remisión de información en poder de instituciones públicas o privadas, el allanamiento, la inmovilización de muebles y clausura temporal de locales.

B. La Ley N.° 27686 del 19 de marzo de 2002, que incorporó la *videovigilancia*, en cuanto actividad policial reglada de investigación, cir-

Por otro lado, en el año 1999 existían 5.339 auxiliares jurisdiccionales y 1.324 auxiliares administrativos (<http:///www.reformajudicial.jus.gov.ar/estadisticas/america.htm>).

cunscribiéndola a los delitos de violencia, lesiones y daños cometidos en el curso de manifestaciones públicas. A estos efectos consideró que los registros fotográficos o fílmicos auténticos tienen el carácter de elemento probatorio. Llama la atención, sin embargo, que no haya establecido el procedimiento necesario para su incorporación al proceso penal ni las reglas específicas para su validez constitucional y legal.

C. La Ley N.° 27411 del 17 de enero de 2001, que instaura un procedimiento penal auxiliar: el de homonimia, que anteriormente estaba regulado por el Decreto Supremo N.° 035-93-JUS del 31 de agosto de 1993. Esta norma prevé un procedimiento judicial y otro administrativo, cuando «una persona, detenida o no, tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoriado por la autoridad competente» (art. 2). Lo interesante de esta norma es que todo mandato de detención debe contener un conjunto de datos inexcusables para justificar la requisitoria (es de destacar que el mandato debe precisar la fecha y lugar de nacimiento del requisitoriado, sin perjuicio de sus nombres y apellidos completos, su edad y su sexo).

D. Ley N.° 27454 del 24 de mayo de 2001 que, dejando atrás una antigua y lesiva jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia, incorpora el principio de la interdicción de la *reformatio in peius*, que al decir de Picó I Junoy, es un principio general del Derecho Procesal que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional, efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, y —en todo caso— de la prohibición constitucional de la indefensión (v. art. 139, incs. 3 y 14, Const.).[56] El Tribunal Constitucional, asimismo, aceptó esa tesitura.[57] Esta Ley, adicionalmente, circunscribe el ámbito de la decisión de alzada al objeto del recurso, salvo que la modificación sea favorable al imputado, y delimita la procedencia del recurso a su debida motivación; esto es, exige la formalización del mismo luego de su interposición formal.

E. La Ley N.° 27553 del 13 de noviembre de 2001, que modifica dos importantes artículos de la Ley Procesal Penal: el art. 137 del Código Procesal Penal, referido al plazo de la prisión preventiva (utilizo este término por su unánime aceptación en el Derecho Comparado y, fundamentalmente,

56 Picó I Junoy 1997: 85.

57 STC 1231-2002-HC/TC, Asunto Ann Vallie Lynelle, 21 de junio de 2002 (*El Peruano*, Lima, 18 de septiembre de 2002).

porque así lo denomina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.3); y el art. 202 del Código de Procedimientos Penales, que establece el plazo de la etapa de instrucción.

En primer lugar, se amplía el plazo de la prisión preventiva, disponiéndose que la prolongación del mismo ya no requiere previa audiencia del imputado (lo que es censurable, a tenor de la doctrina establecida por el TEDH —STEDH, Asunto Schiesser, 4 de diciembre de 1979, párrs. 29 y ss—, que interpretando las exigencias de la Convención Europea de Derechos Humanos, exactamente igual en este extremo a la Convención Americana de Derechos Humanos —ambas exigen que una persona debe ser llevada ante un juez para que decida sobre su situación jurídica—, estableció que una decisión de prisión preventiva, sea su imposición, mantenimiento o prolongación, exige procesalmente oír personalmente al imputado antes que se adopte). Se fija un plazo específico una vez que se haya dictado la sentencia de primer grado y se configura excepcionalmente el inicio del plazo cuando se declara la nulidad de un proceso o cuando se trata de nulidades vinculadas a la vulneración de la competencia objetiva. En segundo lugar, el plazo de prórroga de 60 días de la instrucción judicial se amplía, cuando se trata de procesos complejos, a ocho meses, a la vez que se permite la impugnación de esa decisión.

F. En esa misma línea se promulgó la Ley N.° 27652 del 24 de enero de 2002, que modificó las normas sobre recusación de jueces y medidas cautelares (v. arts. 33, 34, 36 y 95 CPP). Es de destacar que dicha reforma establece, en primer lugar, que durante el tiempo que demore la resolución de la misma, el plazo de la instrucción se suspende; en segundo lugar, la ampliación del número de diligencias que pueden actuarse durante ese lapso, bajo la intervención obligatoria del Ministerio Público y traslado a las partes personadas; en tercer lugar, que la recusación planteada por un procesado no afecta el trámite de las incidencias promovidas por los demás procesados; en cuarto lugar, que es posible dictar la medida de embargo pero no la excarcelación del imputado recusante; en quinto lugar, que la resolución de la Sala Superior se emite en un plazo perentorio, con o sin dictamen fiscal, la cual no es impugnable; en sexto lugar, que la recusación no podrá renovarse, a no ser por una nueva causal; en séptimo lugar, que es posible dictar embargos e incautaciones de oficio, que siempre debe requerirse al reo señale bienes libres, que con su información o sin esta las medidas trabadas continuarán o se impondrán en los bienes que se sepa son de

propiedad del imputado, y que la notificación de las resoluciones respectivas se producirán una vez que se haya verificado la medida.

G. Ley N.° 27697 del 12 de abril de 2002, que desarrolla la autorización constitucional para conocer y controlar las comunicaciones de las personas por razones de imputación penal y en el marco de una investigación penal o judicial. Esta medida instrumental restrictiva de derechos está circunscrita a determinados delitos graves (art. 1). La comunicación comprende cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento o de una forma objetivada de este, por cualquier medio (soporte material o energético en el cual se porta o se transmite la comunicación). La intervención de la comunicación comprende dos fases, la recolección y el control, a cargo del fiscal; la intervención del juez se limita a la autorización para la intervención, lo que es sumamente cuestionable dado que, en puridad, la participación del juez en tanto garante de los derechos individuales debe extenderse a la genuinidad de todos los actos de control. El procedimiento de intervención se extiende a los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos, así como a cualquier otro documento privado útil para la investigación.

H. Ley N.° 27753 del 9 de junio de 2002, que modifica el art. 135 del Código Procesal Penal —presupuestos materiales de la prisión preventiva—, norma que anteriormente había sufrido otra modificación (Ley N.° 27226 del 17 de diciembre de 1999). De ambas disposiciones fluye, en primer lugar, que desde el *fumus delicti* la perspectiva de apreciación cuando se cometen delitos tras personas jurídicas no puede comprender la sola referencia al cargo social que ostenta el imputado; en segundo lugar, desde el *periculum libertatis* —que significa en palabras de Grevi un supuesto de *cautela final*—, no constituye criterio suficiente la pena prevista en la Ley para el delito que se imputa al denunciado; y en tercer lugar, desde el primer motivo de prisión preventiva el delito perpetrado, sea doloso o culposo, debe merecer en el caso concreto una pena superior a los cuatro años de privación de libertad —antes el delito perpetrado debía ser doloso, nunca culposo. Por otro lado, la citada norma en su art. 3, tratándose de intoxicación alcohólica, prevé, en primer lugar, la ejecución como diligencia preventiva en los delitos vinculados al consumo de bebidas alcohólicas de una «prueba en aire aspirado»; y en segundo lugar, la realización de un *examen de sangre* como diligencia confirmatoria, todo ello sin perjuicio de establecer —según el art. 4— una tabla de alcoholemia con valor meramente referencial.

I. Ley N.° 27664 del 8 de febrero de 2002, que modifica el art. 2 del Código Procesal Penal, norma que fue modificada anteriormente por la Ley N.° 27072 del 23 de marzo de 1999. El citado art. 2 del Código Procesal Penal incorporó el denominado principio de oportunidad reglada, fijando los requisitos y el procedimiento para acordarlo. La primera norma, Ley N.° 27072, precisó que el acuerdo de reparación del daño debe estar referido a la reparación civil como institución prevista en el Código Penal; la segunda norma, Ley N.° 27664, precisó que si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso.

J. Ley N.° 27833 del 21 de septiembre de 2002, que modifica el art. 9 del Decreto Legislativo N.° 124, norma que en su día instituyó que el recurso de nulidad es *improcedente* en los procesos sumarios o abreviados. Los nuevos párrafos regulan el recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación, siguiendo similares pautas, aunque más precisas, a las establecidas para el recurso de queja por denegatoria del recurso de nulidad (v. art. 297 CPP). Asimismo, establece que «cumplida la instancia plural no procede ningún recurso».

K. Ley N.° 27834 del 21 de septiembre de 2002, que modifica el art. 127 del Código de Procedimientos Penales, en orden al silencio del imputado respecto al interrogatorio judicial en sede de instructiva. La norma primigenia establecía que en esos casos el juez debía repetir las preguntas aclarándolas en lo posible y que si el imputado mantenía silencio, se dejaría constancia de tal hecho en el acta, agregando que «El juez le manifestará [al imputado] que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad». Precisamente ese párrafo, por colisionar con el art. 8.2 de la CADH, ha sido eliminado con la reforma. Con esto no solo se reconoce lo que Eser denomina *libertad de declaración negativa*, en cuya virtud el imputado tiene derecho a no someterse a un interrogatorio,[58] sino que además se establece, a *contrario sensu*, que su ejercicio no puede importar indicio de culpabilidad alguno.

L. Con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la acción de inconstitucionalidad contra la legislación sobre terrorismo

58 Eser 1998b: 21-22.

(STC Exp. N.° 010-2002-AI/TC, Asunto acción de inconstitucionalidad del Decreto Ley N.° 25475 y otros, del 3 de enero de 2003), se expidió la Ley N.° 27913 del 9 de enero de 2003, que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia antiterrorista mediante Decretos Legislativos a fin de cumplir con lo dispuesto por el órgano de control de la Constitución. En materia procesal se dictaron cuatro Decretos Legislativos. Son los siguientes:

L.1. El Decreto Legislativo N.° 922 del 11 de febrero de 2003, que regula la nulidad de los procesos por delito de traición a la patria seguidos ante la jurisdicción militar, dispuesta por la Sentencia del Tribunal Constitucional N.° 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, bajo un modelo parcialmente parecido al de la Ley N.° 27569 del 2 de diciembre de 2001, norma expedida con motivo de una anterior sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional la legislación sobre terrorismo especial (STC 005-2001-AI/TC, Asunto Inconstitucionalidad de la legislación sobre terrorismo especial, 15 de noviembre de 2001). La Ley, además, fija 10 reglas procesales específicas para los nuevos procesos por delito de terrorismo.

L.2. El Decreto Legislativo N.° 923 del 20 de febrero de 2003, que regula el funcionamiento de la Procuraduría Pública Especializada para delitos de terrorismo, adscrita al Ministerio del Interior. La Procuraduría, en tanto integra la abogacía del Estado (Decreto Ley N.° 17537), se configura más como un querellante adhesivo que como una simple parte civil.

L.3. El Decreto Legislativo N.° 925 del 20 de febrero de 2003, que extiende los alcances del procedimiento de colaboración eficaz regulado por la Ley N.° 27378. Tres adiciones importantes: 1. Incluye en los supuestos premiales al que sin haber participado en la comisión de terrorismo, sino en otros delitos distintos, proporcione información eficaz sobre los delitos con propósito terrorista. 2. Niega la posibilidad de acceder a los beneficios premiales a quienes obtuvieron similares beneficios con arreglo al Decreto Ley N.° 25499 y las leyes N.° 26220 y 26345, y cometan nuevamente delito de terrorismo. 3. Da fuerza de ley e impulsa el funcionamiento de la Comisión Evaluadora de la Ley de Arrepentimiento, creada en la legislación anterior.

L.4. El Decreto Legislativo N.° 926 del 20 de febrero de 2003, que dispone la anulación de oficio de la sentencia, juicio oral y acusación en los procesos penales que en su día se siguieron por Vocales y Fiscales con

identidad reservada (tema no contemplado en la STC 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, pero sí en diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[59] destacando su ilegitimidad), así como la anulación de los procesos cuando se aplicó la prohibición de recusación, declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia.

L.5. El Decreto Legislativo N.° 927 del 20 de febrero de 2003, que establece normas sobre ejecución penal, en concreto, beneficios penitenciarios y el procedimiento aplicable al efecto. Solo se permite el beneficio penitenciario de liberación condicional, siendo el requisito base que haya cumplido *efectivamente* las tres cuartas partes de la pena impuesta (ello significa que no puede adicionarse al cómputo la redención de la pena por el trabajo y la educación) y que no tenga proceso pendiente con mandato de detención. El requisito material, no muy bien esbozado, está referido al grado de readaptación del interno, que se determina de acuerdo a la calificación del Informe del Consejo Técnico Penitenciario, en cuya formación inicial interviene el Ministerio Público. La norma prevé un sistema muy estricto de reglas de conducta y condiciones de la liberación condicional, así como órganos de control, inspección y supervisión, bajo la intervención del Ministerio Público y con el apoyo de la Dirección contra el Terrorismo. A los liberados se les pueden controlar sus comunicaciones, así como ser objeto de vigilancia electrónica.

M. A propósito de la preocupación pública por el tema de la seguridad ciudadana, el Congreso autorizó a su Comisión Permanente que expida la legislación correspondiente en la materia.[60] Desde el ámbito procesal hay que señalar las Leyes N.° 27934, 27939 y 27936, todas del 12 de febrero de 2003.

---

59 SSCIDH, Asunto Cantoral Benavides vs. Perú, 18 de agosto de 2000, párr. 127; y Asunto Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 30 de mayo de 1999, párr. 133.

60 La Ley N.º 27933, del 12 de febrero de 2003, crea el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (SINASEC). La define como «[...] la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas». Esta Institución tiene como una de sus funciones establecer políticas y aprobar planes, programas y proyectos de Seguridad Ciudadana; asimismo, una de sus atribuciones es la de dictar directivas sobre Seguridad Ciudadana.

M.1. La Ley N.° 27934, en esencia incorpora lo dispuesto en el art. 106 del Código Procesal Penal y regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la investigación preliminar —o preprocesal— del delito. La Ley reconoce a la Policía facultades de investigación muy amplias y define el concepto de flagrancia delictiva. Asimismo, autoriza al Fiscal a solicitar al juez la expedición de una medida de detención preliminar por un plazo de 24 horas, fuera de flagrancia delictiva, siempre que existe urgencia y peligro en la demora, en el curso de la investigación preprocesal; también se podrá solicitar la prisión preventiva y la comparecencia con restricciones (arts. 235 y 143 CPP 91), aunque esto último sin duda es contradictorio con la propia lógica de la prisión preventiva, pues estas tienen como presupuesto el procesamiento penal. En tal virtud, se trata de una disposición inaplicable. La intervención judicial se limita a resolver la solicitud fiscal.

M.2. La Ley N.° 27939 que establece las normas que regulan el alcance de la punición en materia de faltas, así como su procedimiento (art. 1), muy similar por cierto a lo dispuesto en los arts. 386 a 391 del CPP de 1991. Según la Ley, corresponde a los Jueces de Paz Letrados investigar y juzgar en los procesos por faltas; excepcionalmente, en las localidades en que no exista Juez de Paz Letrado, intervendrá el Juez de Paz. En los casos de flagrancia delictiva, la policía comunicará inmediatamente el hecho al Juez de Paz Letrado y lo pondrá a su disposición con un Parte, quien rechazará *in limine* la denuncia si el hecho no constituye falta, mientras que si el hecho constituye delito trasladará los actuados al Fiscal Provincial. La instructiva se tomará inmediatamente; en cambio, si el imputado está libre se hará dentro del tercer día de ser notificado por la Policía. La actuación probatoria se lleva a cabo en una audiencia, que consta de un solo acto, salvo que fueran necesarias otras diligencias, en cuyo caso el plazo de investigación será de 10 días. La diligencia de lectura de sentencia tiene lugar sea condenatoria o absolutoria. La apelación es absuelta por el Juez Penal mediante un procedimiento recursal escrito y con vista de la causa e informe oral.

N. Una última norma que ha dictado la actual Administración política es la Ley N.° 27994 del 6 de junio de 2003. Asumiendo una perspectiva de simplificación procesal, en aras de aligerar el proceso ordinario común, para delitos graves, eliminó la institución de los *informes finales* en su primigenia concepción; esto es, el Fiscal Provincial y el Juez Penal ya no debían realizar un análisis de la actividad de instrucción realizada durante el sumario judicial concluyendo por la responsabilidad o no del imputado

—lo que en la práctica importaba un serio motivo de mora procesal. A partir de la nueva Ley, el informe final solo contendría una relación de las diligencias actuadas y de los incidentes promovidos, así como una precisión de la situación jurídica de los imputados.

V. Algunas premisas en torno a la reforma del proceso penal

1. Aspectos generales

A. Sin duda alguna, el conjunto de reformas parciales que emprendió el gobierno democrático, luego de tanta destrucción por el *fujimorato*, no han arrojado resultados positivos.[61] Ello convence de la necesidad de plantearse a fondo la reforma integral de la legislación procesal penal.[62] Empero, resulta imprescindible partir de un criterio básico: *un nuevo Código requiere de un consenso político y cultural, acerca de sus principales directrices*.[63]

61 La encuentra realizada por IMASEN, para el Instituto de Defensa Legal, realizada entre el 26 al 28 de abril de 2003, sobre lo que la población piensa del sistema judicial, constituye la confirmación de una concepción ciudadana acerca de la justicia, del descrédito estructural de este sistema, incluyendo a la Policía Nacional. El 23,3% de los encuestados contestó que la institución administradora de justicia es la que menos confianza le merece, mientras que solo el 3,9% consideró que es una institución confiable (*Revista IDL*, N.º 154, Lima, 2003, p. 43).

62 A la luz de la experiencia, aquel informe que en el año 1989 formuló el Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema y que concluía en el sentido que el sistema procesal vigente tenía posibilidades de optimización y que no era un problema central el modelo de organización del procedimiento, demostró el grave error de perspectiva de la conservadora jerarquía del Poder Judicial (Azabache 2003:136). Por otro lado, las estadísticas judiciales permiten establecer, en cifras nacionales del primer semestre del año 2002, que de las 536.735 causas ingresadas, solo se han resuelto 428.653, de suerte que existe un peso de rémora que va aumentando progresivamente año a año (<http://www.pj.gob.pe/páginas/2002/EXPEDIENTES.htm>). El último Informativo de *Justicia Viva* (N.º 5, mayo-junio, 2003, p. 12) contiene datos preocupantes, diversos a los anotados anteriormente, que en todo caso revelan cuán poco confiables son las estadísticas oficiales del Poder Judicial; así, se tiene que en el año 2002 la productividad a nivel nacional de los órganos jurisdiccionales penales fue de 1.325 expedientes ingresados, 528 resueltos y 1.435 pendientes.

63 Esto último, además, debe armonizarse con los objetivos de políticas macroeconómicas que, entre otras, buscan racionalizar el gasto público. Debe, pues, demostrarse que el nuevo procedimiento, a la larga, es más barato y que la inversión inicial justifica el desarrollo de un modelo más eficiente y menos costoso (v. las interesantes reflexiones de Riego Ramírez 1996: 39-55).

B. La necesidad de reformar íntegramente el proceso penal y la propia justicia penal, debe tener muy en claro que la resistencia a la reforma fue liderada por los sectores ligados a una concepción que privilegia una mayor intervención de las fuerzas de seguridad y toma como eje teórico, aunque sin mencionarlo expresamente, el valor de seguridad u orden público, ante lo que estiman sustantivos ataques y significativos avances de la criminalidad, especialmente de la violenta y organizada, con respecto a que —según dicen— los proyectos de reforma procesal no se erigen en firme pauta de contención.

Es claro, como se ha insistido, que la pretendida oposición *garantías vs. eficacia* es falsa en sí misma y genera discursos perversos desde una óptica conservadora. Un Código debe tomar en cuenta ambas perspectivas y buscar la forma más adecuada para que la obligación o deber social del Estado —garantizar la seguridad ciudadana sancionando a los delincuentes— sea eficaz, pero sin mengua del respeto de los derechos fundamentales de la persona.[64]

También debe tomarse en consideración, para el equilibrio de toda reforma procesal, la legislación penal material o sustantiva y la legislación orgánica. Un Código Procesal Penal debe compartir los principios del Código Penal, pues de esa forma los desarrollará coherentemente. Además, un sistema procesal determinado requiere de un ordenamiento orgánico (leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como de la Policía Nacional), que sea compatible con las directivas que instaura. Debe, pues, enfrentarse la reforma de modo integral o, por lo menos, teniendo en cuenta esas variables.[65]

---

64 Conde-Pumpido Tourón (2001: 24-25) precisa, al respecto: «Garantías y eficacia son los dos factores claves de la reforma. De un lado, el desarrollo de los derechos fundamentales [...] impone reformas que integren un sistema procesal que los respete plenamente; de otro, el incremento, e incluso la masificación, de la criminalidad, su sofisticación y el desarrollo de la criminalidad organizada aconsejan reformas tendentes a dotar el proceso de una mayor eficacia para hacer frente a estos retos, modernizando sus procedimientos probatorios y agilizando los trámites que la repuesta penal se produzca en un plazo razonable. Es decir, en un plazo proporcionado a la complejidad de la actividad delictiva enjuiciada».

65 Un nuevo intento de reformar íntegramente el proceso penal ha sido emprendido por el Gobierno con la expedición del Decreto Supremo N.º 005-2003-JUS, del 12 de marzo de 2003, que dispuso la constitución de una Comisión Especial de Alto Nivel encargada de proponer las modificaciones y mecanismos legales para la implementación del Código Procesal Penal, a cuyo efecto se le concedió un plazo de 120 días contados desde su instalación para culminar su labor.

C. Un tema esencial —y anterior a todos— es el relacionado con la Constitución. El programa de la Constitución impone un sistema acusatorio o contradictorio, aunque con las pautas propias de un modelo euro-continental. Organizacionalmente, la ley ordinaria debe tener en claro dos puntos esenciales: (1) el Ministerio Público conduce la investigación del delito y es el director jurídico funcional de la Policía (principios oficial y acusatorio);[66] y (2) el proceso judicial es indispensable para imponer una pena a una persona, el mismo que debe ser público, y a partir de él rigen imperativamente una serie de principios propios de la judicialización del enjuiciamiento (inmediación, contradicción, oralidad y concentración).

Esto último, unido a la doctrina constitucional y procesal que le es propia, exige una configuración del procedimiento respetuosa del derecho de defensa, de la presunción de inocencia y del conjunto de derechos individuales reconocidos en la Ley Fundamental y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —que en palabras de Delmás-Marty apuntan hacia un proceso contradictorio—,[67] concebidos y regulados sin mengua de la eficacia propia de todo proceso penal serio y ponderado.

D. Un análisis del CPP de 1991 e incluso del Proyecto de 1995 y sus versiones sucesivas, permite encontrar los siguientes puntos resaltantes:

a) Defectos técnicos en la estructura general del CPP.

b) Omisiones sensibles al regular algunas instituciones procesales (el tema es patente en lo que respecta a las medidas coercitivas, a las medidas contra las personas jurídicas, a la cooperación judicial internacional, al principio acusatorio, a la ejecución penal, etc.).

c) Incorrecta configuración de la investigación fiscal, que la burocratiza y —en cierto estadio— la hace depender de la autorización judicial, amén de que *construye* una fase formalizada que solo generará retardo y pérdida de eficacia (ello es un defecto grave, pues implicaría una organización de la instrucción muy cercana al modelo judicialista y, por lo tanto, un mero cambio de titular —el fiscal por el juez— sin consecuencias prácticas efectivas).

66 Precisa Del Moral García (2002: 25) que un presupuesto ineludible de la atribución de la instrucción al Ministerio Público es el reforzamiento de su autonomía e imparcialidad, creando garantías que la hagan constatable por la Sociedad.

67 Delmás-Marty 1995: 87.

d) Recusable modelo de la etapa intermedia, sin un efectivo control jurisdiccional e intervención de la defensa, tanto más importante si la fase de instrucción debe concebirse —acorde con el Derecho Comparado (v. Italia, Alemania y Portugal)— como una etapa no jurisdiccional y sometida al principio inquisitivo, lo que torna indispensable, para garantizar el principio de *igualdad de armas*, una *Audiencia Preliminar* para debatir la procedencia de la acusación (o sea, para establecer si el imputado es *suficientemente sospechoso* de haber cometido un delito) y para decidir si resulta imprescindible, por respeto al derecho de defensa del imputado, la actuación de actos de investigación adicionales.

e) Simplificación excesiva del juicio oral, pese a ser la etapa principal del procedimiento penal.

f) Confuso y a la vez limitativo modelo de impugnación, que a su vez guarda relación con una cuestionable clasificación de procedimientos penales, al radicar la sentencia de primera instancia en los delitos graves a una Sala Penal Superior (siguiendo el esquema iniciado en 1920, que ni siquiera imitó creativamente el desarrollo del modelo francés del que fue formalmente tributario) y, por lo tanto, eliminando el recurso de apelación, de imposible eliminación (v. art. 139.6 de la Constitución). Ello trae consigo una carga irracional de procesos al Supremo Tribunal convirtiéndolo no en un Tribunal de Casación, sino en uno de Apelación *sui generis*, lo que lesiona el principio de audiencia propio de todo juicio de apelación e impide la aplicación del *certiorari*.

E. A lo expuesto se agregan dos puntos cruciales: (1) el problema de los cambios legislativos de Derecho Penal Material, de Derecho Procesal y de Derecho Orgánico producidos en los últimos años, señaladamente la reforma judicial y sus secuelas; y (2) el problema presupuestario, que determina el tipo de innovación institucional que dispone la Constitución y el nuevo Código Procesal: *aumentar la plantilla del Ministerio Público y adecuar su infraestructura material y de organización*.

Sobre esas premisas es que debe enfocarse el análisis del Proyecto CPP. Por ello, es indispensable: (1) realizar una enumeración prolija de los ejes o bases fundamentales del nuevo CPP, de sus principios básicos (el consenso en este punto es imperativo); y (2) señalar, acto seguido, qué instituciones deben corregirse, cuáles deben incorporarse, etc.; en suma, identificar y proponer artículos alternativos.

Es de tener presente que desde 1995, en que se estructuró el Proyecto CPP, han ocurrido cambios legales importantes. En América Latina se han puesto en vigencia varios Códigos Procesales Penales, siendo de destacar —por su rigurosidad y búsqueda de consenso— el nuevo Código chileno del año 2000. Asimismo, la dogmática procesal penal ha adquirido mayor grado de complejidad y un mayor compromiso con el Derecho Constitucional.

2. Bases necesarias para una nueva estructuración del Código Procesal Penal

A. El eje de la reforma está conformado, sin duda alguna, por las pautas de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DUDH, CADH y PIDCP). No es posible un enfoque serio del nuevo proceso penal si no se toma en consideración, en toda su dimensión, lo dispuesto básicamente en los arts. 2 y 139 de la Constitución, así como en los numerales 14 del PIDCP y 8 de la CADH. En esto último ha venido insistiendo reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional.[68]

B. Desde una perspectiva técnica, respecto de la forma como se organiza el CPP, sería un error iniciar las normas procesales con el ejercicio de la acción penal, pues estas corresponden propiamente a la estructura del procedimiento penal, propia de un Libro II.

No solo es menester mejorar la consistencia del Título Preliminar, (1) identificando el derecho a la tutela jurisdiccional; (2) desarrollando la garantía de presunción de inocencia;[69] (3) fijando las bases de la coerción penal bajo dos principios claves hoy en día: intervención indiciaria y propor-

68 La STC del 20 de junio de 2002, Asunto Tineo Cabrera, Exp. N.º 1230-2002-HC/TC, ha puntualizado que la Constitución es la fuente suprema de todas las leyes y disposiciones reglamentarias, las que a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas *desde* y *conforme* con la Constitución (*El Peruano*, Lima, 29 de agosto de 2002, pp. 5266 a 5270).

69 Aclara Asencio Mellado (2001: 232) que la presunción de inocencia exige para condenar la existencia de pruebas en sentido objetivo, aunque los jueces puedan valorarlas libremente; que las mismas se practiquen con todas las garantías propias de dicho acto, especialmente la contradicción, la oralidad y la inmediación; y que sean de cargo, esto es, objetivamente conducentes a la condena.

cionalidad; y (4) incorporando las pautas del Juez Legal u ordinario predeterminado por la ley. También es necesario trabajar en el Libro Primero todo lo relativo a la jurisdicción y competencia penales, así como a las partes y a la actividad procesal, que en el Proyecto se encuentra incorporado en el Libro IV, Títulos I al III. No está definido el problema de las personas jurídicas, respecto de las cuales el Código Penal desarrolla exigencias mínimas que deben darse procesalmente: en este caso la persona jurídica es parte acusada de carácter penal, por lo que debe fijarse un ámbito propio, distinto de la responsabilidad vicaria. Por lo demás, resulta indispensable, en la perspectiva aceptada por el Derecho Comparado, ampliar las posibilidades de intervención de la víctima, incorporar la institución del *querellante adhesivo* con determinados derechos en el ámbito propiamente penal del objeto procesal.

C. El Libro II debe estar dedicado tanto a la instrucción fiscal, como al enjuiciamiento. De hecho, debe regularse el modo de intervención del Fiscal, la participación de la policía, la lógica y ámbito de las primeras diligencias de averiguación, incluidas las diligencias de aseguramiento de urgencia, la participación del imputado y su defensa, así como todo lo relacionado a la prueba y los medios de prueba (este es un Título distinto de la instrucción y del juicio, pues deben diferenciarse actos de prueba de actos de investigación, sin perjuicio de reconocer lo que la doctrina procesalista denomina prueba sumarial anticipada y preconstituida).

Un capítulo propio del enjuiciamiento debe quedar referido a la sentencia penal; allí debe concretarse el papel del principio acusatorio y del derecho de defensa, en torno a la idea de desvinculación, tanto del título de condena, como del pedido de sanción por el fiscal y las demás partes (ello depende del modo que se regule la figura del querellante adhesivo).

D. Otro capítulo especial, con sus correspondientes secciones, debe estar referido a las medidas penales provisionales, en sus funciones cautelar, aseguratoria y tuitiva. Resulta fundamental reinstaurar la detención o arresto preliminar y corregir los presupuestos materiales de la detención *definitiva*, incorporando el principio de audiencia y su carácter rogado a pedido exclusivo del fiscal y fijando pautas precisas para definir la temporalidad de la medida (según la jurisprudencia del TEDH los plazos fijados por las leyes procesales son siempre referenciales, de suerte que el estándar de comparación es concreto y en función al principio de proporcionalidad). De igual modo, es indispensable regular la incautación o secuestro de bienes de carácter cautelar y, desde ese ámbito, las medidas cautelares patrimonia-

les contra las personas jurídicas (aquí tiene mucho que ver una reforma del decomiso en el sentido de la legislación alemana, por ejemplo). También deben incorporarse una serie de actos de injerencia en derechos fundamentales o medidas instrumentales restrictivas de derechos, parte de las cuales se plantearon en la legislación anticorrupción (son muy interesantes al respecto las pautas de la legislación alemana y de los tratados sobre delincuencia organizada tanto a nivel europeo cuanto mundial, como es el caso de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional).[70]

E. El Libro III debe comprender la impugnación penal. Los presupuestos del recurso deben definirse con toda precisión, siendo obvio que todo recurso debe ser fundamentado, bajo sanción de rechazo *in limine*. Tal vez el punto más importante es definir el modelo de apelación penal contra sentencias. Según lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando la apelación está referida al juicio o declaración de culpabilidad, necesariamente requiere de una etapa de pruebas en audiencia pública, con algunas limitaciones propias del principio de inmediación, de suerte que el Tribunal Revisor pueda llegar a una conclusión distinta y sobre esa base pueda absolver o condenar, según el caso. También debe precisarse el ámbito de la interdicción de la reforma peyorativa y la participación en el recurso de los no apelantes o, por lo menos, su necesaria notificación en el procedimiento recursal.

En este punto resulta imperativo fijar una posición muy clara en orden a la competencia funcional. No me parece que las Salas Penales Superiores puedan intervenir celebrando juicios de primera instancia; su función es de apelación exclusiva, sin perjuicio de las excepciones, únicas por cierto, de personas que por ley tienen un aforamiento que exige la competencia objetiva de primera instancia a nivel de fiscales superiores y de salas penales

70 Gimeno Sendra (2002: 9) señala que un objeto de la reforma procesal es incrementar la eficacia procesal sin merma del acusatorio. A tal efecto, insiste, debe definirse la distinción entre actos de investigación y de prueba con el objeto de erradicar la posibilidad de que la sentencia pueda fundamentarse en meras diligencias sumariales. Ello, sigue el autor, requiere —de un lado— establecer claramente los supuestos de prueba sumarial anticipada (en la línea del Código italiano) y regular adecuadamente su procedimiento de entrada en el juicio oral a través de la lectura de documentos, y —de otro lado— incorporar nuevos actos de investigación en la lucha contra la criminalidad organizada, siguiendo el modelo germano.

superiores. Por lo tanto, la organización de la justicia penal debe cambiar radicalmente, por lo que se debe proponer que para los delitos menos graves exista un Juez Penal y para los delitos graves un Tribunal Penal Provincial, integrado por tres jueces penales. Con ello, la Corte Superior se convertiría, como corresponde, en Corte de Apelaciones, funcionalmente competente para conocer sobre los juicios de apelación.

En esa línea funcional debe analizarse el tema de los impedimentos de magistrados cuando han intervenido en determinadas actuaciones relevantes (v. gr. haber dictado medidas provisionales o el auto de enjuiciamiento). La jurisprudencia del TEDH es particularmente sensible en este punto, en salvaguarda del derecho a un juez imparcial.

Un tema crítico es el referido al recurso de casación. Desde luego, el ámbito y poderes del Tribunal de Casación son especialmente problemáticos. No es posible pensar que toda sentencia de segunda instancia debe ser pasible de recurso de casación (es claro que agotada la segunda instancia se cumple el principio de pluralidad de la instancia, por lo que el acceso al Supremo Tribunal, vía casación, no debe ser visto como la expresión de un derecho fundamental al recurso). Ello exige reconocer cierta flexibilidad para el acogimiento del recurso, el uso del *certiorari* y, esencialmente, cuando existen fallos contradictorios en segunda instancia sobre un mismo tema (algunas pautas del modelo chileno pueden ser útiles, así como determinados lineamientos del *certiorari* tanto en su versión hispana para el recurso de casación, como en su versión argentina para el recurso extraordinario).

F. Muy sentido es el problema de los procedimientos penales, que exige resolver el papel de las especialidades y su ámbito. Es interesante, al respecto, la lógica italiana en la que la simplificación y la aceleración del procedimiento es el eje para estos procedimientos. Existen varios modelos, pero pienso que el del CdiPP Italiano es muy interesante, al igual que el modelo francés, sin perjuicio de instaurar otras pautas propias a partir de nuestra realidad.[71]

71 Con claridad apunta Gimeno Sendra (Gimeno Sendra y López Doig 2003: 7, 9), teniendo como meta el derecho a «un proceso sin dilaciones indebidas», en clara respuesta a la lentitud de los procesos ordinarios, es menester construir procedimientos que doten —sin merma alguna del principio acusatorio y del derecho de defensa— de la necesaria rapidez y eficacia a la justicia penal. Una alternativa a esa exigencia ciudadana, puede ser, un procedimiento

La Colaboración Eficaz debe pensarse seriamente y, con tal fin, me parece que la Ley Anticorrupción mejoró y redefinió con mejor técnica el Título respectivo del Proyecto CPP, pero hace falta pensar su ámbito desde una perspectiva general.

Debe mejorarse sensiblemente el procedimiento relativo a la cooperación judicial internacional, por lo que corresponde asumir las nuevas pautas ya reconocidas en diversos tratados y, esencialmente, las exigencias impuestas por el Tratado que crea la Corte Penal Internacional.

rápido —en rigor, un juicio rápido— que dé respuesta a la inseguridad ciudadana, por ejemplo, en los delitos patrimoniales o el reproche o indignación social que provoca la violencia familiar, y cuyo común denominador sea la evidencia de su comisión (flagrancia o certeza de la comisión del delito y de su autor), que pueda permitir obviar o reducir al mínimo la actividad instructora, instaurando únicamente *Diligencias Urgentes*.

UNIDAD III
DERECHO PENAL PROCESAL

- ✓ **Oré Guardia, Arsenio.** Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo I. http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/excepcion_de_improcedencia_de_accion.pdf

TOMO 1

MANUAL DERECHO PROCESAL PENAL

ARSENIO ORÉ GUARDIA

EDITORIAL REFORMA

MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL
TOMO I

Arsenio Oré Guardia



EDITORIAL REFORMA

las primeras diligencias decide continuar con la Investigación Preparatoria lo comunicará al Juez extrapenal, quien suspenderá el proceso, siempre que considere que la sentencia penal puede influir en la resolución que le corresponde dictar" (art. 10.2 CPP de 2004).

3. LAS EXCEPCIONES

3.1. DEFINICIÓN

Las excepciones son medios de defensa técnicos que utiliza el imputado con la finalidad de conseguir que el proceso se archive definitivamente, o en su caso que el procedimiento se regularice, cuando el trámite no se siguió tal como lo dispone la ley.

Se trata de una resistencia técnica al progreso del procedimiento concreto, alegándose un hecho, circunstancia o acto de autoridad jurídicamente relevante que impide un pronunciamiento sobre el fondo del proceso penal[54].

El fundamento de las excepciones radica en tratar de evitar las consecuencias de un proceso indebido; en razón de los principios de economía, regularidad, celeridad procesal y legalidad, pues de nada servirá la tramitación de un proceso largo en donde no será

[54] CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. IV, pp. 539 y 544-542. Agrega el citado autor que "La excepción es un medio puesto al servicio del perseguido penalmente para proveer a la defensa con su propia actividad, pudiendo ser empleada con el mismo fin por el tercero civilmente demandado para resistir formalmente a la pretensión reintegradora patrimonial". Del mismo modo, señala que (al igual que los medios de defensa analizados previamente) nada impide que el Ministerio Público y el Juez –de oficio– puedan advertir estas circunstancias que impedirían un pronunciamiento sobre el fondo, pero no como un medio de defensa en sí mismo, puesto que "la excepción como actividad debe necesariamente corresponder al sujeto pasivo enfrentado al poder de acción, y no al titular de este ni al órgano de la jurisdicción".

posible imponer sanción al procesado, por instaurarse el proceso con una relación jurídica inválida[55].

Las excepciones que pueden deducirse, de acuerdo con nuestro ordenamiento procesal vigente (art. 5 CdPP y art. 6 CPP de 2004), son:

- Improcedencia de acción (naturaleza de acción).
- Naturaleza de juicio.
- Cosa Juzgada.
- Amnistía.
- Prescripción.

3.2. EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

La excepción de improcedencia de acción brinda al procesado la posibilidad de cuestionar la legitimidad o no del ejercicio de la acción en el caso concreto, ya que el hecho denunciado carece de contenido penal. Es por ello que, la denominación más apropiada a este medio de defensa técnico es la de excepción de *"improcedencia de acción"*[56].

3.2.1. DEFINICIÓN

La excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción es un medio de defensa técnico que otorga al procesado la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida contra su persona, pues resulta con toda evidencia que la conducta imputada no constituye delito o cuando el hecho no es justiciable penalmente. Ello con el fin de evitar conducir

---

[55] REYNA ALFARO, *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*, pp. 104-105. En este sentido, DE LA CRUZ ESPEJO, *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, p. 124.

[56] MIXÁN MÁSS, *Cuestión previa, cuestión prejudicial, excepciones en el procedimiento penal*, pp.244-247.

arbitrariamente al procesado a un largo proceso penal hasta la sentencia.

El Código Procesal Penal de 2004, a diferencia del Código de Procedimientos Penales, ha avanzado en lo referente a la denominación de este medio de defensa técnico, pues en su artículo 6 lo denomina como excepción de "improcedencia de acción", señalando que, procede cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

En virtud del principio de legalidad, el ejercicio de la acción penal debe cumplir con las exigencias de previsión y certeza normativa de tal modo que la sanción de determinados actos ilícitos sea previsible a sus destinatarios; razón por la cual, no puede procesarse ni condenarse a nadie, si el hecho imputado no es reconocido como ilícito penal en el momento en que se atribuye su ejecución.

3.2.2. FINALIDAD

La excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción tiene como finalidad evitar la continuación del ejercicio de la acción penal; debido a que, se ha asignado a los hechos imputados una naturaleza o apreciación delictiva que no tienen en realidad[57]. Ello posibilita el término del proceso penal en un plazo razonable, evitando la realización de actos procesales innecesarios, de conformidad a los principios de legalidad, de economía y celeridad procesal.

3.2.3. PRESUPUESTOS

Son presupuestos para la interposición de la excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción, los siguientes:

---

[57] REYNA ALFARO, *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*, p. 134.

a) Que del conocimiento de los cargos imputados el inculpado o su defensa técnica identifique que el hecho imputado no es delito o no es justiciable penalmente.

b) Que resulte evidente que el hecho imputado no es un ilícito penal o no es justiciable penalmente.

3.2.4. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Tanto el art. 5 del Código de Procedimientos Penales como el art. 6.1.b del Código Procesal Penal de 2004, prescriben dos supuestos de aplicación de la excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción:

A. CUANDO LOS HECHOS IMPUTADOS NO CONSTITUYEN DELITO

La Corte Suprema ha señalando que "(...) un primer supuesto jurídico para amparar la excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción, es que el hecho denunciado no constituya delito; esto es, que dicha conducta no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente (atipicidad absoluta), o que no se adecué a la hipótesis típica de una disposición penal vigente y preexistente invocada en la denuncia penal (atipicidad relativa) (...)"[58].

En consecuencia, siguiendo lo señalado por la Corte Suprema el supuesto de atipicidad absoluta se dará cuando la conducta imputada no está prevista como un ilícito penal en forma previa a la comisión de los hechos, por lo que, en aplicación del principio de legalidad no podrá procesarse ni condenarse al imputado. Mientras que, para determinar si nos encontramos en un supuesto de atipicidad relativa debemos realizar una labor de adecuación de la conducta imputada al tipo penal invocado.

---

[58] R.N. Nº 2798-2003, Lima. Citado por SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, pp. 739-742.

Sin embargo, en forma preliminar, es necesario determinar si la tipicidad a la que alude la doctrina debiera restringirse solo al tipo penal clásico o más bien debe entenderse como una valoración global del hecho imputado, es decir, como un hecho penalmente antijurídico (porque se exige que sea típico y que no se haya incurrido en una causa de justificación) y personalmente imputable (porque se trata una infracción personal de la norma primaria por parte del sujeto penalmente responsable)[59].

En este sentido, cuando los hechos imputados no constituyan delito, la aplicación de la excepción de improcedencia de la acción procederá siempre que "resulte evidente" que el sujeto se encuentre en estos dos supuestos:

- **Cuando el hecho no es penalmente antijurídico**, ya sea porque es un hecho atípico o porque el sujeto ha realizado un comportamiento típico pero amparado en una causa de justificación (ejemplo, aquel sujeto que actúa en legítima defensa).

- **Cuando el hecho a pesar de ser penalmente antijurídico no puede ser personalmente imputable al procesado** porque no se ha infringido una norma primaria (ejemplo, cuando existe un error de prohibición invencible) o porque el sujeto no es penalmente responsable (ejemplo, se trata de un menor de edad).

Ello se sustenta en la aplicación de tres principios: el principio de legalidad, que exige que el delito se determine con suficiente precisión (tipificación) y que constituya una infracción de una norma primaria; el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que obliga a concebir el delito como un ataque a un bien jurídico-penal que no se encuentra justificado por la necesidad

[59] MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 139-140.

de salvaguardar otro bien jurídico relevante; y finalmente, el principio de culpabilidad, que en su sentido amplio exige que dicho ataque pueda imputarse objetiva, subjetiva y personalmente a su autor en determinadas condiciones[60].

La interposición de la excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción se podrá cuestionar en los supuestos antes descritos, siempre que su ausencia sea evidente. Al ser un medio de defensa técnico orientado a cuestionar preliminarmente los presupuestos de la acción deberá ser contundente la inexistencia del mismo, en la medida que se trata de una cuestión incidental, y por ende, existen limitaciones en la actividad probatoria. Ello atendiendo a que, lo que se busca con su interposición es evitar que el imputado se someta a un proceso penal cuando, desde un primer momento, se puede identificar en forma clara que su conducta no es un ilícito penal.

Sin embargo, la aplicación de la excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción no es pacífica, pues existe una serie de discusiones doctrinales para determinar cuándo procede la interposición de dicha excepción.

En este sentido, la doctrina coincide en señalar que si un hecho es atípico (es decir, que el hecho no es subsumible en el tipo penal atribuido), estaríamos ante un caso de atipicidad relativa reclamable con una excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción[61], empero, la discusión se inicia al analizar si la tipicidad alcanza también al elemento subjetivo del tipo o solo se restringe al tipo objetivo. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 6/97 ha establecido que la ausencia de dolo en la conducta del imputado es una causa para declarar fundada una excepción

---

60 MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 137.

61 GARCÍA RADA considera que a través de la excepción de naturaleza de acción, solo se puede reclamar la ausencia de algún elemento de la tipicidad. Citado por REYNA ALFARO, *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*, pp. 138-139.

de naturaleza o de improcedencia de la acción, por cuanto determina la exclusión de la tipicidad de la conducta[62].

Por otro lado, un debate menos pacífico surge cuando se analiza si la ausencia de un elemento de la antijuricidad o de la culpabilidad puede ser cuestionado mediante la interposición de una excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción. Algunos juristas consideran que solo será cuestionable a través de este medio de defensa técnico la tipicidad y la antijuricidad, pero no así la culpabilidad[63]. Coincide con ello MIXAN MASS, tras considerar que el análisis de la culpabilidad requiere de un nivel probatorio más profundo del que se puede llevar incidentalmente, y que por ello, el cuestionamiento de la culpabilidad forma parte del fondo del asunto, que será resuelto en la sentencia[64].

No obstante lo señalado, creemos que la ausencia de culpabilidad también puede cuestionarse con la interposición de la excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción, pues existen supuestos en los que la falta de dicho elemento se puede apreciar con toda evidencia, no siendo necesario la continuación del proceso. Ejemplo, la acreditación de la minoría de edad del imputado con la presentación del documento de identidad.

En consecuencia, atendiendo a la función normativa de la excepción bajo análisis y a su definición como medio de defensa técnico, su aplicación dependerá, en buena cuenta, de la evidencia de que, en el caso concreto, el hecho imputado no es un delito[65]; sea porque es atípico o porque no es una conducta

---

62 "La ausencia de dolo o de otros elementos subjetivos distintos del dolo es una causa para declarar fundada una excepción de naturaleza de acción". Pleno Jurisdiccional Penal 1997, Acuerdo Plenario N° 6/97 (acuerdo primero).

63 A mayor abundamiento ver URQUIZO OLAECHEA, *Revista del Foro*, (2002/01), p. 99.

64 URQUIZO OLAECHEA, *Revista del Foro*, (2002/01), p. 98.

65 Respecto a la evidencia, la Corte Suprema ha señalado que la atipicidad y la no punibilidad deben surgir con toda evidencia cuando de los términos de

que vaya contra el orden jurídico o porque el procesado no es responsable penalmente del hecho atribuido.

Lo trascendental para la interposición de esta excepción es la evidencia de que el hecho imputado no es un delito, por lo que, resulta arbitrario seguir adelante con el proceso penal; así por ejemplo podremos interponer dicha excepción cuando:

- Se imputa como delito al procesado, un adulterio (atipicidad absoluta).
- Se imputa por el delito de peculado, a un procesado que no es funcionario público (atipicidad relativa).
- Se imputa de homicidio a quien cometió el hecho en legítima defensa (hecho no antijurídico).
- Se imputa un delito a un menor de edad (hecho no culpable).

B. CUANDO EL HECHO IMPUTADO NO ES JUSTICIABLE PENALMENTE

El segundo supuesto de aplicación de la excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción se refiere a los casos en los que existe una conducta típica, antijurídica y culpable pero excluida de penalidad, como son aquellos casos en los que se presentan las excusas absolutorias y cuando existe ausencia de una condición objetiva de punibilidad prevista por la ley para el delito imputado[66]. Se trata de supuestos en los que existen causas que restringen la aplicación de la pena, no extensibles para todos los delitos[67].

---

la denuncia, de lo actuado, o de los hechos denunciados aparece que no hay nada que pueda ventilarse en la vía penal. Citado por SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, t. I, pp. 282–289.

66 NOGUERA RAMOS, *Tratado de los medios de defensa en el Derecho procesal penal*, pp. 297–325.

67 REYNA ALFARO, *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*, p. 141.

Las excusas absolutorias son circunstancias o requisitos directamente relacionados con la persona del autor en donde por razones de carácter político-criminal se establece que para un determinado sujeto, un hecho a pesar de ser antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado y, por ende, no punible.

Como ejemplos de las excusas absolutorias, tenemos los siguientes casos:

- En los delitos de hurto, apropiaciones, de defraudaciones o daños, si el delito se hubiera cometido entre cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes (art. 208 CP).

- En el delito de libramiento indebido (art. 215 CP), si el agente abona el importe del documento dentro del tercer día hábil a la fecha de requerimiento.

- En los delitos de encubrimiento real y personal, si las relaciones del agente con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta (art. 406 CP).

Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas circunstancias ajenas al delito e independientes de la voluntad del autor, que son tenidas en cuenta por el legislador para la imposición o agravación de la pena[68]. Ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad son:

- En el delito de hurto se exige que el valor económico de los bienes muebles apoderados debe ser superior a una remuneración mínima vital.

- En el delito aduanero tipificado en el art. 1 de la Ley 28008 se exige que el agente sustraiga, eluda o burle el control aduanero ingresando mercancías del extranjero por un valor superior a 5 UIT.

[68] JIMÉNEZ SEGADO, *La exclusión de la responsabilidad criminal*, p. 108.

3.2.5. EFECTOS

El auto que declara fundada la excepción de naturaleza o de improcedencia de la acción[69] dispondrá el archivo definitivo del proceso, declarando el sobreseimiento y causando efectos de cosa juzgada material. Si el encausado se encuentra sujeto a medidas reales o personales, dichas medidas cesaran inmediatamente[70].

Asimismo, tendrá un efecto extensivo a los demás imputados, siempre que estos se encuentren en la misma situación jurídica de aquel que dedujo la excepción y que se encuentra inmerso en la causal invocada.

3.3. EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE JUICIO

3.3.1. DEFINICIÓN

La excepción de naturaleza de juicio es un medio de defensa técnico de carácter dilatorio, que se deduce cuando se ha dado a la causa una sustanciación distinta a la señalada en la ley procesal penal. Ejemplo, un proceso iniciado por delito de hurto que según el art. 2 D.Leg. 124 le corresponde la vía sumaria es tramitado en vía ordinaria.

La palabra sustanciación tiene que entenderse como sinónimo de trámite y de acuerdo a la magnitud de error la regularización puede significar la nulidad de determinadas diligencias que hayan resultado desnatularizadas[71].

---

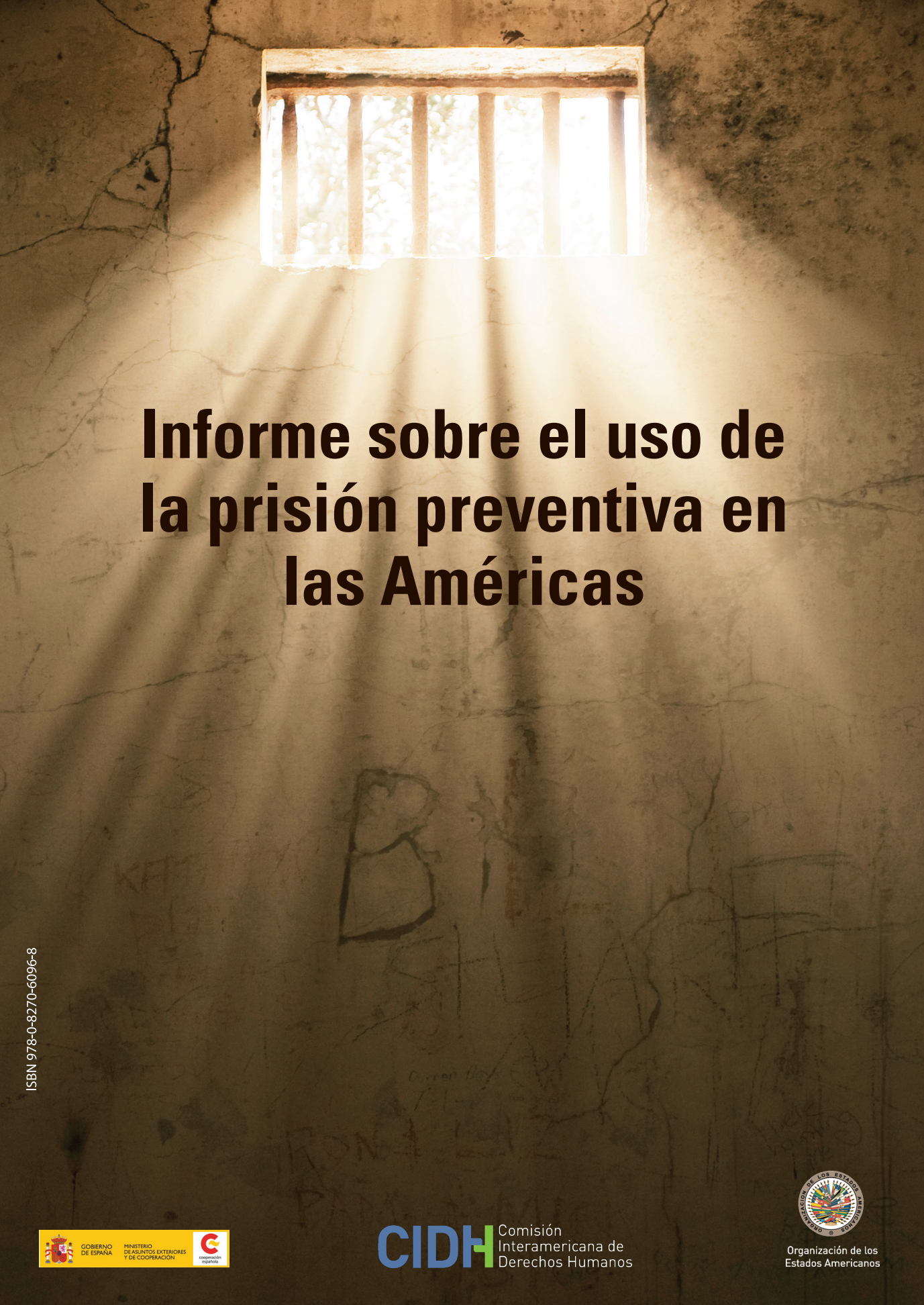
[69] El auto que declara infundado la excepción de naturaleza de acción no tendrá efecto alguno en el proceso, pues al ser un medio de defensa técnico a favor del procesado no puede ser usado en su contra, ya que en el incidente formado por su interposición no se discute el fondo del asunto. La actividad probatoria desarrollada en el incidente no es suficiente ni comparable a la necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al procesado.

[70] REYNA ALFARO, *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*, pp. 143-144.

[71] CUBAS VILLANUEVA, *El proceso penal*, p. 298.

UNIDAD III
DERECHO PROCESAL PENAL

- ✓ **Comisión Interamericana de Derechos Humanos.** Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf



Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas

ISBN 978-0-8270-6096-8

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN
cooperación española

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Organización de los Estados Americanos

Organización de los Estados Americanos

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OEA/Ser.L/V/II.
Doc. 46/13
30 diciembre 2013
Original: Español

INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS

2013
Internet: http://www.cidh.org

OAS Cataloging-in-Publication Data

Inter-American Commission on Human Rights. Rapporteurship on the Rights of Persons Deprived of Liberty.

Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas / [Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos].

p. ; cm. (OAS. documentos oficiales ; OEA/Ser.L)

ISBN 978-0-8270-6096-8

1. Pretrial detention--America. 2. Prisoners--Civil rights--America. 3. Prisoners--Legal status, laws, etc.--America. 4. Criminal procedures--America. 5. Detention of persons--America. 6. Human rights--America. I. Title. II. Series: OAS. documentos oficiales ; OEA/Ser.L.

OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13

Documento publicado gracias al apoyo financiero de España.
Las opiniones aquí expresadas pertenecen exclusivamente a la CIDH y no reflejan la postura de España.



Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de diciembre de 2013

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

MIEMBROS

José de Jesús Orozco Henríquez

Tracy Robinson

Felipe González

Dinah Shelton

Rodrigo Escobar Gil

Rosa María Ortiz

Rose-Marie Belle Antoine

******

Secretario Ejecutivo: Emilio Álvarez-Icaza Longoria

Secretaria Ejecutiva Adjunta: Elizabeth Abi-Mershed

Prefacio

Desde su creación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dedicado particular atención a la situación de las personas privadas de libertad en las Américas. Desde sus primeros informes especiales de país relativos a Cuba y a República Dominicana, hasta los más recientes, referentes a Jamaica y Colombia, la Comisión Interamericana se ha venido refiriendo consistentemente a los derechos de las personas privadas de libertad. En este sentido, las visitas a centros de detención han sido una constante en las más de 90 visitas *in loco* que ha realizado en los últimos 50 años. Asimismo, la Comisión Interamericana ha aprobado una gran cantidad de informes de casos contenciosos y ha otorgado un número importante de medidas cautelares dirigidas a la protección de personas privadas de libertad en las Américas.

La Comisión Interamericana ha constatado que el respeto a los derechos de las personas privadas de libertad es uno de los principales desafíos que enfrentan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. Es un asunto complejo que requiere del diseño e implementación de políticas públicas a mediano y largo plazo, así como de la adopción de medidas inmediatas, necesarias para hacer frente a situaciones actuales y urgentes que afectan gravemente derechos humanos fundamentales de la población reclusa.

En este contexto, uno de los principales desafíos que enfrentan la absoluta mayoría de los Estados de la región es el uso excesivo de la detención preventiva, por eso, en razón de la complejidad y trascendencia de esta temática, la Comisión Interamericana por medio de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad presenta este informe, con el propósito de ayudar a los Estados miembros de la OEA en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y de proveer una herramienta útil para el trabajo de aquellas instituciones y organizaciones comprometidas con la promoción y defensa de los derechos de las personas privadas de libertad.

La Comisión destaca y reconoce la labor del Comisionado Rodrigo Escobar Gil, Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en la dirección de este informe. Asimismo, la Comisión agradece la contribución del *Cyrus R. Vance Center for International Justice* por su investigación y análisis de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva.

La elaboración del presente informe fue posible gracias al valioso apoyo financiero del Gobierno de España.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Organización de los Estados Americanos:	OEA
Convención Americana sobre Derechos Humanos:	Convención Americana o la Convención
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:	Declaración Americana o la Declaración
Principios y Buenas Prácticas de la Comisión Interamericana sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas:	Principios y Buenas Prácticas
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos:	Reglas Mínimas
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad:	Reglas de Tokio
Comisión Interamericana de Derechos Humanos:	CIDH, Comisión Interamericana o la Comisión
Corte Interamericana de Derechos Humanos:	Corte IDH, Corte Interamericana o la Corte
Corte Europea de Derechos Humanos:	CrEDH o Corte Europea
Convenio Europeo de Derechos Humanos:	Convenio Europeo
Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la CIDH:	Relator sobre Personas Privadas de Libertad o el Relator
Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la CIDH:	Relatoría sobre Personas Privadas de la de Libertad o la Relatoría
Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:	HRC
Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas:	CAT
Subcomité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas:	SPT
Grupo de Trabajo sobre las Detenciones Arbitrarias de las Naciones Unidas:	GTDA

Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas:	RT o Relator sobre la Tortura
Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente:	ILANUD

INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS

ÍNDICE

Página

I. INTRODUCCIÓN 1

A. Contexto y propósito del presente informe 1
B. Principios en los que se sustenta, estándares fundamentales y contenidos 5
C. Marco jurídico y metodología 10
D. Alcance del concepto de prisión preventiva y terminología utilizada 13

II. ANÁLISIS DEL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA REGIÓN 14

A. Monitoreo reciente de la CIDH y los mecanismos del Sistema Universal 14
B. Información estadística presentada por los Estados 19
C. Algunos aspectos generales relevantes de la perspectiva regional 24
D. Causas del uso excesivo de la prisión preventiva 34

1. Las políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana 34
2. Las amenazas a la independencia judicial 46

E. Costos financieros de la prisión preventiva 53

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELEVANTES RELATIVOS A LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA 56

A. El derecho a la presunción de inocencia y el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva 56
B. Condiciones para su aplicación 60

1. Fundamentos legítimos o causales de procedencia 60
2. Causales de justificación no válidas o insuficientes 62
3. Criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad 66
4. Autoridad competente, proceso decisorio, motivación e indicios 72
5. Asistencia legal efectiva (defensa pública) 78
6. Control judicial y recursos 80
7. Revisión periódica, debida diligencia y priorización del trámite 82
8. Aplicación por segunda vez y liberación posterior a la sentencia absolutoria 84

9. Niños, niñas y adolescentes 85

C. Derecho de reparación por aplicación indebida de la prisión preventiva 87

IV. EL USO DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA 88

V. DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN PRISIÓN PREVENTIVA 95

A. Separación y tratamiento acorde con el derecho a la presunción de inocencia 95
B. Otras consideraciones relevantes respecto a las condiciones de detención de las personas en prisión preventiva 99

1. Derecho a la defensa en juicio 99
2. Contacto familiar 103
3. Derecho al voto 104
4. Aislamiento solitario y módulos de alta seguridad 106

C. Efectos del uso excesivo de la prisión preventiva en los sistemas penitenciarios 108

VI. REGISTROS DE DETENIDOS, TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PENITENCIARIA Y GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN RELATIVA AL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA 112

A. Registros de detenidos 112
B. Transparencia de la función penitenciaria 114
C. Gestión de la información relativa al uso de la prisión preventiva 116

VII. CONCLUSIONES 119

VIII. RECOMENDACIONES 121

A. De carácter general relativas a políticas del Estado 121
B. Aplicación de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva 123
C. Marco legal y aplicación de la prisión preventiva 124
D. Condiciones de detención 127
E. Defensa jurídica 129
F. Independencia de los operadores de justicia 130
G. Registros y estadísticas 131

INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS

I. INTRODUCCIÓN

A. Contexto y propósito del presente informe

1. Desde hace más de una década la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la CIDH" o "la Comisión") ha considerado que la aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema crónico en muchos países de la región[1]. En su reciente *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* la CIDH señaló entre los problemas más graves y extendidos en la región, el uso excesivo de la prisión preventiva; y destacó que esta disfuncionalidad del sistema de justicia penal es a su vez la causa de otros problemas como el hacinamiento y la falta de separación entre procesados y condenados.

2. Esta situación, al igual que otros problemas estructurales relativos al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, también ha sido identificada sistemáticamente en las Américas por los mecanismos de monitoreo de las Naciones Unidas cuyo mandato está relacionado con la salvaguarda de los derechos humanos de las personas procesadas penalmente y/o privadas de libertad, como el Comité de Derechos Humanos (HRC), el Comité contra la Tortura (CAT), el Subcomité contra la Tortura (SPT), el Grupo de Trabajo sobre las Detenciones Arbitrarias (GTDA) y el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (RT).

3. De igual forma, a nivel técnico otros actores calificados como ILANUD han considerado que "un caso de especial gravedad dentro del panorama [regional] del aumento de las poblaciones penitenciarias es el de los presos y presas sin condena", y que por tanto, "la región deberá continuar sus esfuerzos para mantener niveles más prudentes de presos y presas a la espera de sentencia"[2]. A este respecto, el Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel sobre revisión de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, celebrada en Santo Domingo, dio cuenta de algunas de las causas comunes que a nivel regional tienen incidencia en los altos índices de personas en prisión preventiva, como lo son: el retardo en el trámite de los procesos penales, la ausencia de asesoría legal adecuada, la influencia de la opinión pública, y la "tendencia de los fiscales y jueces a que se ordenen mandatos de detención para aquellas personas cuyo proceso está en trámite, en vez de recurrir a otras medidas"[3].

---

[1] CIDH. *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.111. Doc. 21 rev., adoptado el 6 de abril de 2001, (en adelante "*Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*"), Cap. VII, párr. 26. Cuatro años antes, la CIDH ya había dicho que la prisión preventiva constituía "un problema serio en varios países miembros de la OEA". CIDH. Informe No. 2/97, Caso 11.205, Fondo, Jorge Luis Bronstein y otros, Argentina, 11 de marzo de 1997, párr. 8.

[2] Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *Cárcel y Justicia Penal en America Latina y el Caribe*, 2009, págs. 78 y 79.

[3] UNODC, Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel (de América Latina y el Caribe) sobre la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, celebrada del 3 al 5 de agosto de 2011 en Santo

Continúa…

4. Esta realidad del uso excesivo de la prisión preventiva en las Américas ha sido reconocida incluso en otras instancias de la propia Organización de Estados Americanos (OEA), como la Tercera Reunión de Autoridades Responsables de Políticas Penitenciaria y Carcelarias, en la cual se hizo referencia al "amplio uso de la detención preventiva", llegándose a estimar que en la región, "más del 40% de la población carcelaria se encuentra en detención preventiva"[4].

5. Todo ello a pesar de la existencia normas internacionales vinculantes, derivadas del derecho internacional de los tratados, que son muy claras en reconocer el derecho a la presunción de inocencia y la excepcionalidad de la detención preventiva; del amplio reconocimiento de estos derechos a nivel constitucional en la región[5]; y del compromiso político expresado al más alto nivel por los Estados desde hace veinte años en el marco, de las Cumbres de las Américas[6], en el cual "los gobiernos se comprometieron a adoptar las medidas necesarias para remediar las condiciones infrahumanas en las cárceles y reducir al mínimo el número de detenidos en espera de juicio" (Plan de Acción de Miami, 1994).

6. Frente a este panorama, la Comisión Interamericana considera, en primer lugar, que el uso excesivo de esta medida es contrario a la esencia misma del Estado democrático de derecho[7], y que la instrumentalización en los hechos del uso de esta

…continuación
Domingo, República Dominicana, párrs. 9-14, disponible en: http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Reports/Report_High_Level_EGM_Santo_Domingo_3-5_August_2011_Spanish.pdf

[4] OEA, Tercera Reunión de Autoridades Responsables de Políticas Penitenciarias en Carcelarias, Palabras de Apertura del Embajador Adam Blackwell, Secretario de Seguridad Multimodal, en nombre del Secretario General de la OEA, disponible en: http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_actividades_carceles.asp ; en un sentido similar, las Recomendaciones de la Segunda Reunión de Autoridades Responsables de las Políticas Penitenciarias y Carcelarias de los Estados de la OEA (Valdivia, 2008), instaron a los Estados a la aplicación de la prisión preventiva de acuerdo con las normas del debido proceso y respetando los principios de excepcionalidad y proporcionalidad (B.ix). Y en la primera reunión de este tipo (Washington, 2003), las autoridades responsables de políticas penitenciarias y carcelarias de los Estados de la OEA ya identificaban como otro de los grandes retos de la región en este ámbito al "alto porcentaje de reclusos que está aún en espera de juicio" (Informe de la Reunión). Ambos documentos están disponibles en: http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_documentos_carceles.asp.

[5] A este respecto véase: Constitución de la Nación Argentina Art. 18; Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia Arts. 23 y 116; Constitución de la República Federativa de Brasil Art. 5; Constitución Política de la República de Chile Arts. 19.3 y 19.7; Constitución Política de Colombia Arts. 28 y 29; Constitución Política de Costa Rica Art. 37; Constitución de Dominica Art. 3.4; Constitución del Ecuador Arts. 76.2, 77.1, 77.9 y 77.11; Constitución de la República de El Salvador Arts. 12 y 13; Constitución Política de la República de Guatemala Arts. 13 y 14; Constitución Política de la República de Honduras Arts. 69, 84, 89, 92 y 93; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Arts. 16, 18 y 19; Constitución Política de Nicaragua Arts. 33 y 34; Constitución Política de la República de Panamá Arts. 21 y 22; Constitución Nacional del Paraguay Arts. 12, 17 y 19; Constitución Política del Perú Arts. 2.24.b, 2.24.e, 2.24.f y 139.10; Constitución de la República Oriental de Uruguay Arts. 7, 15 y 16; y Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Arts. 44.1, 44.5 y 49.2.

[6] Véase a este respecto: (a) III Cumbre de las Américas 2001, Quebec, Canadá, Plan de Acción, disponible en: http://www.summit-americas.org/III%20Summit/Esp/III%20summit-esp.htm; (b) II Cumbre de las Américas 1998, Santiago, Chile, Documento sobre Derechos Humanos, disponible en: http://www.summit-americas.org/Human%20Rights/HUMAN-RIGHTS-SP.htm; y (c) I Cumbre de las Américas 1994, Miami, EEUU, Plan de Acción, disponible en: http://www.summit-americas.org/Miami%20Summit/Human-Rights-sp.htm.

[7] CIDH. Comunicado de Prensa 23/13 – CIDH culmina 147º periodo ordinario de sesiones, anexo.

medida como una forma de justicia expedita de la que eventualmente resulta una suerte de pena anticipada, es abiertamente contraria al régimen establecido por la Convención y la Declaración Americanas, y a los principios que inspiran a la Carta de la Organización de los Estados Americanos[8]. Por otro lado, el uso de la detención preventiva es un factor importante de la calidad de la administración de justicia, y por lo tanto, directamente relacionado con la democracia.

7. La CIDH reconoce el deber que tienen los Estados de mantener el orden público y proteger del delito y la violencia a todas las personas bajo su jurisdicción. Sin embargo, reitera, el principio largamente establecido en el Sistema Interamericano de que "independientemente de la naturaleza o gravedad del crimen que se persiga, la investigación de los hechos y eventual enjuiciamiento de determinadas personas deben desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar la seguridad pública en el marco del pleno respeto a los derechos humanos" [9]. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana" o "la Corte") ha establecido que "[e]l concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros"[10].

8. Como se desarrolla en este informe, el uso excesivo de la prisión preventiva es un problema complejo producido por causas de distinta naturaleza: cuestiones de diseño legal, deficiencias estructurales de los sistemas de administración de justicia, amenazas a la independencia judicial, tendencias arraigadas en la cultura y práctica judicial, entre otras.

9. Al mismo tiempo, el uso no excepcional de esta medida contribuye a agravar otros problemas ya existentes en la región, como los altos niveles de hacinamiento penitenciario, lo que genera una situación de hecho en la que se ven vulnerados otros

[8] A este respecto, la CIDH ha considerado "absolutamente inaceptable, que de hecho, la prisión preventiva se transforme en la forma usual de administración de justicia, sin debido proceso, juez y sentencia. CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana*, OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 rev. 1, adoptado el 7 de octubre de 1999. (en adelante "*Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana*"), Cap. VI, párr. 224. En este sentido, la Carta Democrática Interamericana expresamente señala que "la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia".

[9] Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 38. Este principio fundamental del Sistema Interamericano fue formulado por la Corte desde su primera sentencia de fondo en los siguientes términos: "por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral". A partir de la primera sentencia de la Corte Interamericana, en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 154.

[10] Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 26.

derechos fundamentales de los reclusos, como el derecho a la integridad personal. En la absoluta mayoría de los países de la región las personas en prisión preventiva están expuestas a las mismas condiciones que las personas condenadas, y en ocasiones a un trato peor que éstas. Las personas en prisión preventiva sufren grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad; además padecen el impacto psicológico y emocional del hecho mismo de estar privados de libertad sin haber sido condenados, y por lo general son expuestos al entorno de violencia, corrupción, insalubridad y condiciones inhumanas presentes las cárceles de la región. Incluso los índices de suicidios cometidos en prisiones son mayores entre los presos en prisión preventiva[11]. De ahí la especial gravedad que reviste esta medida y la necesidad de rodear su aplicación de las máximas garantías jurídicas.[12]

10. La Comisión ha observado también que la aplicación de esta medida afecta de manera extendida y desproporcionada a personas pertenecientes a grupos económicamente más vulnerables, quienes por lo general encuentran obstáculos en el acceso a otras medidas cautelares, como la fianza, ni pueden afrontar los gastos que implica la representación de un abogado privado, contando solo con la defensa pública y sus limitaciones.

11. Asimismo, el mantener cantidades considerables de personas privadas de libertad en espera de juicio no es una buena práctica desde el punto de vista de la gestión penitenciaria por los costos que implica. La aplicación no excepcional de esta medida conlleva además a que los, generalmente escasos, recursos del sistema penitenciario sean insuficientes para atender las necesidades de la creciente población reclusa.

12. Por otro lado, el mantener a una persona bajo régimen de detención preventiva por un período prolongado, puede crear una situación de hecho en la que los jueces sean mucho más propensos a dictar sentencias condenatorias para, en cierta forma, avalar su decisión de haber encarcelado ya al acusado durante el juicio[13]. Así, una eventual sentencia absolutoria sería un reconocimiento de que se privó de libertad por mucho tiempo a un inocente. Desde esa perspectiva, la prolongada detención sin juicio de una persona constituye, en cierta forma, una presunción de culpabilidad.

13. En este contexto, el presente estudio, al igual que el anterior *Informe sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, surge de la convicción de la Comisión Interamericana de que el respeto de los derechos de las

[11] OMS, Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias, *Prevención del Suicidio en Cárceles y Prisiones*, 2007, págs. 8 y 10, disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/75425/1/WHO_MNH_MBD_00.7_spa.pdf.

[12] Con respecto a los efectos negativos del encarcelamiento preventivo véase en general: Open Society/Justice Initiative, *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention*, 2011; Open Society/Justice Initiative, *Pretrial Detention and Torture: Why Pretrial Detainees face the Greater Risk*, 2011; Open Society/Justice Initiative, Pretrial Detention and Health: Unintended Consequences deadly Results, 2011.

[13] A este respecto véase también: ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/40, publicado el 3 de enero de 2007, párr. 68; y ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe provisional, A/64/215, publicado el 3 de agosto de 2009, párr. 42.

personas privadas de libertad es uno de los principales desafíos que enfrentan los Estados miembros de la OEA, y el uso excesivo de la prisión preventiva uno de los temas que requieren mayor atención.

14. En este sentido, el presente informe busca contribuir a la disminución de los índices de personas sometidas a detención previa al juicio en los Estados miembros de la OEA, ayudándolos en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales por medio de los estándares y las recomendaciones que proporciona. Asimismo, aspira a servir como una herramienta útil para el trabajo de aquellas instituciones y organizaciones comprometidas con la promoción y defensa de los derechos de las personas privadas de libertad.

15. El presente estudio se presenta también en el marco de la solicitud hecha por la Asamblea General de la OEA a la CIDH de que "continúe informando sobre la situación en la que se encuentran las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión en el Hemisferio y que, tomando como base su trabajo sobre el tema, siga refiriéndose a los problemas y buenas prácticas que observe"[14].

B. Principios en los que se sustenta, estándares fundamentales y contenidos

16. El presente informe se sustenta fundamentalmente en el principio de la *presunción de inocencia*, el cual, como ya ha afirmado la CIDH, es en realidad el punto de partida para cualquier análisis de los derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran bajo prisión preventiva[15]. Este derecho fundamental implica, entre otras cosas, que en el caso de resultar necesaria la privación de libertad durante el transcurso de un proceso, la posición jurídica del imputado sigue siendo la de un inocente[16]. De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal la más elemental es quizás la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2), la Declaración Americana (Art. XXVI) y la Convención Americana (Art. 8.2)[17]. El

[14] OEA, Resolución de la Asamblea General, AG/RES. 2668 (XLI-O/11), aprobada el 7 de junio de 2011, punto resolutivo 3; OEA, Resolución de la Asamblea General, AG/RES. 2592 (XL-O/10), aprobada el 8 de junio de 2010, punto resolutivo 3; OEA, Resolución de la Asamblea General, AG/RES. 2510 (XXXIX-O/09), aprobada el 4 de junio de 2009, punto resolutivo 3; OEA, Resolución de la Asamblea General, AG/RES. 2403 (XXXVIII-O/08), aprobada el 13 de junio de 2008, punto resolutivo 3; OEA, Resolución de la Asamblea General, AG/RES. 2283 (XXXVII-O/07), aprobada el 5 de junio de 2007, punto resolutivo 3; OEA, Resolución de la Asamblea General, AG/RES. 2233 (XXXVI-O/06), aprobada el 6 de junio de 2006, punto resolutivo 3; OEA, Resolución de la Asamblea General, AG/RES. 2125 (XXXV-O/05), aprobada el 7 de junio de 2005, punto resolutivo 11; OEA, Resolución de la Asamblea General, AG/RES. 2037 (XXXIV-O/04), aprobada el 8 de junio de 2004, punto resolutivo 3; y OEA, Resolución de la Asamblea General, AG/RES. 1927 (XXXIII-O/03), aprobada el 10 de junio de 2003, punto resolutivo 3.

[15] CIDH. *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Cap. VII, párr. 32.

[16] CIDH. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110. Doc. 52, adoptado el 9 de marzo de 2001 (en adelante "*Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*"), Cap. IV, párr. 33.

[17] CIDH. Informe No. 50/00, Caso 11.298, Fondo, Reinaldo Figueredo Planchart, Venezuela, 13 de abril de 2000, párr. 118.

derecho a la presunción de inocencia es desarrollado con mayor amplitud en el Capítulo III del presente informe.

17. Asimismo, el presente informe, al igual que el *Informe sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, se sustenta en los siguientes tres principios:

(a) *El principio del trato humano*: según el cual, toda persona privada de libertad será tratada con respeto irrestricto de su dignidad inherente y sus derechos fundamentales[18]. Es decir, que la reclusión de una persona no debe conllevar restricciones o sufrimientos que vayan más allá de aquellos que sean inherentes a la privación de libertad[19]. Como ha afirmado el RT, "[e]l principio del trato humano de las personas privadas de libertad es el punto de partida para cualquier examen de las condiciones de reclusión y para el diseño de los regímenes penitenciarios"[20]. El principio del trato humano está relacionado con todos los aspectos del tratamiento que da el Estado a las personas bajo su custodia, particularmente con las condiciones de reclusión y la seguridad.

(b) *El principio de la posición de garante del Estado*: según el cual, el Estado al privar de libertad a una persona asume una posición de garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos a la vida y a la integridad personal. Lo que implica que el ejercicio del poder de custodia lleva consigo la responsabilidad especial de asegurar que la privación de la libertad sirva a su propósito y que no conduzca a la violación de otros derechos básicos[21]. En este sentido, es fundamental la satisfacción de las necesidades básicas de la población reclusa, relacionadas, por ejemplo, con los servicios médicos, alimentación, provisión de agua potable, y sobre todo de condiciones básicas de seguridad interna en los penales. Este principio está estrechamente relacionado con el principio del trato humano.

(c) *El principio de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana*[22]: esto significa, que el respeto de los derechos humanos de las

[18] CIDH. *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08 en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, (en adelante "*Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*"), Principio I.

[19] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, adoptado el 31 de diciembre de 2011, (en adelante "*Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*"), párrs. 66 y ss.

[20] ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe provisional, A/68/295, publicado el 9 de agosto de 2013, párr. 35.

[21] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 8, 46 – 65; CIDH. *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Cap. VIII, párr. 1.

[22] A este respecto, la Declaración de Salvador reafirma "la necesidad de respetar y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales en la prevención del delito y la administración de justicia […]"; y reconoce que "un sistema de justicia penal eficaz, justo y humano se basa en el compromiso de proteger los derechos humanos en la administración de justicia y en la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia". Continúa…

personas privadas de libertad no está en conflicto con los fines de la seguridad ciudadana, sino que por el contrario es un elemento esencial para su realización. La seguridad ciudadana es una de las dimensiones de la seguridad humana, y por lo tanto, del desarrollo humano, e involucra la interrelación de múltiples actores, condiciones y factores[23].

18. En este sentido, la CIDH reitera que las políticas públicas sobre seguridad ciudadana que implementen los Estados de la región deben contemplar, de manera prioritaria, acciones de prevención de la violencia y el delito en tres dimensiones: (1) prevención primaria: programas de salud pública, educación, empleo, formación para el respeto de los derechos humanos y construcción de ciudadanía democrática; (2) *prevención secundaria*: medidas destinadas a personas o grupos en situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia y el delito; y (3) *prevención terciaria*: acciones individualizadas y programas dirigidos a personas ya involucradas en conductas delictivas[24].

19. En línea con este principio, el presente informe encuentra que el incremento del uso de la prisión preventiva y de las penas privativas de la libertad en general no son la vía idónea para el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana. La Comisión Interamericana no ha encontrado información empírica alguna que demuestre que un incremento en el uso de la prisión preventiva contribuya a disminuir los niveles de delincuencia o de violencia.

20. La naturaleza excepcional de la aplicación de la prisión preventiva, de acuerdo con criterios de necesidad y proporcionalidad, es un elemento que necesariamente debe estar presente en toda política criminal que tome en consideración los estándares del Sistema Interamericano. Así, la Convención Americana, establece un orden jurídico según el cual "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario" (artículo 7.3); y, toda persona "tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" (artículo 7.5). Igualmente, la Declaración Americana dispone que "[…] [t]odo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a […] ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad" (Art. XXV). Es decir, el estar en libertad mientras dure el proceso penal, es un derecho del acusado, y como tal sólo puede ser restringido de manera excepcional y con estricto apego a las normas establecidas en los instrumentos internacionales que lo establecen. No se trata pues de una prerrogativa o un beneficio, sino de un derecho establecido para proteger bienes jurídicos tan fundamentales como la libertad, e incluso, la integridad personal.

…continuación
ONU, Declaración de Salvador sobre estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución, adoptada en el 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Salvador (Brasil) del 2 al 19 de abril de 2010.

[23] CIDH. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.57, adoptado el 31 de diciembre de 2009, (en adelante "*Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*"*); Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas* párr. 2.

[24] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párr. 10; CIDH. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, párr. 155.

21. A este respecto, desde hace más de dos décadas los órganos del Sistema Interamericano han interpretado y aplicado estas normas, estableciendo que de las mismas se desprenden, en síntesis, los siguientes estándares:

> (i) La detención preventiva debe ser la excepción y no la regla; (ii) los fines legítimos y permisibles de la detención preventiva deben tener carácter procesal, tales como evitar el peligro de fuga o la obstaculización del proceso; (iii) consecuentemente, la existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para decretar la detención preventiva de una persona; (iv) aún existiendo fines procesales, se requiere que la detención preventiva sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; (v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; (vi) la detención preventiva debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin procesal, lo que implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a su procedencia; (vii) el mantenimiento de la detención preventiva por un plazo irrazonable equivale a adelantar la pena; y (vii) en el caso de niños, niñas y adolescentes los criterios de procedencia de la detención preventiva deben aplicarse con mayor rigurosidad, procurándose un mayor uso de otras medidas cautelares o el juzgamiento en libertad; y cuando sea procedente deberá aplicarse durante el plazo más breve posible.

22. En los Principios y Buenas Prácticas para las Personas Privadas de Libertad, la Comisión reafirma estos estándares fundamentales de manera muy concreta en los siguientes términos:

> La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos (Principio III.2).

23. En cuanto a sus contenidos, en el Capítulo II se realiza un análisis de la situación de la prisión preventiva en la región, prestando particular atención a las razones por las cuales esta medida no es utilizada de manera excepcional. Se hace un recuento de los principales pronunciamientos emitidos por la Comisión Interamericana y otros mecanismos de monitoreo del Sistema Universal; se presenta información estadística oficial aportada por los Estados respecto de la aplicación de la prisión preventiva en sus

jurisdicciones; y se destacan algunos aspectos específicos relevantes de la situación en varios de los Estados miembros de la OEA.

24. En cuanto a las causas del uso no excepcional de la prisión preventiva se hace énfasis en las políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana, y que han conllevado una serie de reformas legales que han generado una mayor aplicación de la detención preventiva, tomándose como ejemplos la situación en algunos países; y en las amenazas a la independencia de aquellas autoridades judiciales encargadas de aplicar la detención preventiva, las cuales, como se explica, provienen fundamentalmente de altos funcionarios de otros órganos del Estado, de las cúpulas de los propios poderes judiciales, y de los medios de comunicación y la opinión pública. Asimismo, en este capítulo se realizan algunas consideraciones acerca de los altos costos financieros que el uso de la prisión preventiva representa para el Estado, el detenido y sus familiares, y la sociedad en su conjunto.

25. En el Capítulo III, relativo a los estándares internacionales aplicables al uso de la prisión preventiva, se desarrolla ampliamente el derecho a la presunción de inocencia y sus implicaciones prácticas, así como el principio de excepcionalidad que debe regir la aplicación de esta medida y los criterios de necesidad, proporcionalidad y plazo razonable a los que debe sujetarse. La prisión preventiva sólo tiene como fines legítimos el prevenir la fuga del acusado o que éste interfiera con el desarrollo apropiado del proceso. En este contexto, se expone cómo los órganos del Sistema Interamericano se han referido a aquellas causales de procedencia no válidas o insuficientes, las cuales aunque estén contempladas en la ley son contrarias al régimen establecido por la Convención Americana. Además, se establecen algunos estándares relevantes relativos a las actuaciones judiciales propias de la aplicación de esta medida; al derecho de defensa; al deber del Estado de reparar los daños producidos a personas detenidas en violación de las disposiciones del artículo 7 de la Convención Americana; y a la aplicación de la prisión preventiva a niños, niñas y adolescentes.

26. El Capítulo IV se refiere al deber del Estado de establecer y promover la aplicación de otras medidas cautelares distintas de la detención preventiva, lo que implica que los jueces tienen el deber de considerar la aplicación de tales medidas, y en su caso explicar por qué éstas no serían suficientes para mitigar los posibles riesgos procesales. Se plantea además que la aplicación de las medidas cautelares no privativas de la libertad no vulnera los derechos de las víctimas ni mucho menos es sinónimo de impunidad; y que por el contrario, su desarrollo y mayor utilización constituye un elemento importante para la modernización de la administración de justicia y para la propia gestión penitenciaria, al contribuir a la estabilización del crecimiento de la población penal.

27. En el Capítulo V se abordan aquellos derechos diferenciados que tienen las personas en prisión preventiva frente al resto de la población penal. En primer lugar, el de permanecer separados de los reos condenados y de recibir un tratamiento acorde con el derecho a la presunción de inocencia. En este sentido se desarrollan algunos de los principales aspectos que deben caracterizar las condiciones en las que se mantiene a las personas detenidas durante el proceso, especialmente aquellos relacionados con la

garantía del derecho a defensa, el contacto familiar, el ejercicio del derecho al sufragio y la aplicación de medidas disciplinarias. En esta sección también se analizan los efectos que produce la prisión preventiva en los sistema penitenciarios, principalmente al contribuir al incremento de la población reclusa, y se reitera que la sola construcción de establecimientos penitenciarios no es una solución idónea ni sostenible a este problema.

28. En el Capítulo VI se realizan algunas consideraciones respecto de la gestión de la información relativa al uso de la prisión preventiva, partiendo del deber del Estado de mantener registros de detenidos y de asegurar la transparencia de la función penitenciaria. Se plantea que la recopilación de datos útiles que permitan analizar los principales aspectos del uso de la prisión preventiva es un elemento estratégico en la ejecución de políticas públicas orientadas a lograr un uso más racional de esta medida. La ausencia de indicadores se traduce en la imposibilidad de realizar evaluaciones y adoptar decisiones sobre la base de parámetros objetivos.

29. En el Capítulo VII de Conclusiones se recogen las cuestiones que a juicio de la Comisión son las más relevantes en torno al uso de la prisión preventiva en la región, a partir de la información analizada en el presente informe. Además, se hace énfasis en el deber del Estado de adoptar políticas públicas integrales relativas a la gestión penitenciaria y se desarrollan los elementos que éstas deben incorporar. Finalmente, se presenta un catálogo de recomendaciones en siete áreas fundamentales orientadas brindar a los Estados herramientas para hacer un uso más racional de la prisión preventiva y ajustar su aplicación a las obligaciones internacionales que han asumido.

C. Marco jurídico y metodología

30. El presente informe es en gran medida una continuación o ampliación del *Informe sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, en el que la CIDH consideró al uso excesivo de la prisión preventiva como uno de los problemas más graves y extendidos en la región respecto de la situación de las personas privadas de libertad, y en el que indicó que este tema, al igual que otros de igual relevancia y complejidad, serían desarrollados en estudios posteriores[25].

31. En ese sentido, el presente informe se fundamenta en el mismo marco jurídico que el *Informe sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*[26], compuesto fundamentalmente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana")[27], la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante "la Declaración

[25] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 627-629.

[26] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 27-37.

[27] OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Americana")[28], y todos los demás tratados que conforman el régimen jurídico interamericano de protección de los derechos humanos. Además, se toman en consideración otros tratados análogos adoptados en el contexto de la Organización de Naciones Unidas (en adelante también "el Sistema Universal") de los que también son parte en gran medida los Estados miembros de la OEA. Además, se han visto diversas fuentes del derecho interno de los Estados miembros de la OEA en la medida de lo pertinente.

32. De igual forma, se toman en cuenta otros instrumentos internacionales relevantes, como los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (en adelante "los Principios y Buenas Prácticas")[29], adoptados por la Comisión Interamericana en marzo de 2008 en el marco de su 131º período ordinario de sesiones; las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (en adelante "las Reglas Mínimas")[30]; los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos[31]; el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión[32]; y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)[33], entre otros. Los cuales han sido utilizados consistentemente, tanto por la Comisión, como por la Corte Interamericana como pauta de interpretación del contenido y alcances de las disposiciones de la Convención Americana en casos de personas privadas de libertad.

33. Como parte de la metodología específica de este informe la CIDH publicó un cuestionario que fue enviado a los Estados Miembros de la OEA y a otros actores relevantes vinculados al tema[34]. Dicho cuestionario fue contestado por un total de dieciséis Estados Miembros de la OEA[35]: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El

[28] OEA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, 1948.

[29] CIDH. *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*.

[30] ONU, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de junio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

[31] ONU, Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

[32] ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

[33] ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990.

[34] Este cuestionario fue enviado a los Estados miembros de la OEA entre el 24 y el 28 de agosto de 2012, y reiterado entre el 12 y el 15 de octubre a aquellos Estados que en esa fecha aún no habían enviado sus respuestas. De igual forma, este cuestionario fue publicado en la página Web de la Comisión Interamericana en los cuatro idiomas oficiales de la OEA. Esta información está disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/cuestionarios.asp

[35] Nota de la Misión Permanente de Bolivia ante la OEA, No. OEA-CIDH-190-12 del 6 de diciembre de 2012, mediante la cual se remite comunicación de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de

Continúa…

Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela; y por un importante número de organizaciones de la sociedad civil, expertos y entidades académicas.

34. Se realizó una Reunión Regional de Expertos en Materia de Prisión Preventiva, la cual tuvo una duración de un día y medio, y contó con la participación de catorce especialistas representativos de las principales zonas geográficas de la región[36]. El objetivo principal de esta actividad fue recibir retroalimentación específica acerca del capítulo de *Recomendaciones,* además los materiales de las presentaciones de los expertos también fueron utilizados como insumos para este informe.

…continuación
Relaciones Exteriores GM-DGAJ-UAJI-3052/12 del 27 de noviembre de 2012. Nota de la Misión Permanente de Brasil ante la OEA, No. 15 del 31 de enero de 2013. Nota de la Misión Permanente de Chile ante la OEA, No. 273 del 14 de noviembre de 2012, mediante la cual se remite comunicación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores del 12 de noviembre de 2012. Nota de la Misión Permanente de Colombia ante la OEA, MPC/OEA No. 1525/2012 del 2 de octubre de 2012, por medio de la cual se remite comunicación de la Cancillería No. DIDHD/GAPDH No. 1304/633/2012 del 1 de octubre de 2012. Además, información oficial recibida en el curso de la visita *in loco* de la Comisión Interamericana del 3 al 7 de diciembre de 2012. Nota de la Misión Permanente de Costa Rica ante la OEA, CROEA No. 12-176 del 2 de noviembre de 2012. Nota de la Misión Permanente de Ecuador ante la OEA, No. 4-2-385/2012 del 28 de septiembre de 2012, por medio de la cual se remite el "Informe sobre el Estado de la Prisión Preventiva en el Ecuador", elaborado por el Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Culto. Nota de la Misión Permanente de El Salvador ante la OEA, No. 250/2012 del 21 de noviembre de 2012; e información enviada vía correo electrónico a la Relatoría el 10 de octubre de 2013. Memorando del Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala No. 350-000709-12, clasificación DDHH/Sub-CCPP del 8 de noviembre de 2012, por medio del cual se remite nota de la Comisión Presidencial de Derechos Humanos (COPREDEH), No. DE-999-2012/COMC/MR/hc del 5 de noviembre de 2012. Oficio de la Dirección General de Asuntos Especiales de la Secretaría de Relaciones Exteriores No. 1219-DGAE-12 del 6 de noviembre de 2012, mediante el cual se remite oficio de la Procuraduría General de al República No. SPA-A-161-2012 del 6 de noviembre de 2012. Además, información oficial recibida por la Relatoría de Personas Privadas de Libertad en su visita a Honduras del 1 y 2 de agosto de 2013. Nota de la Misión Permanente de Nicaragua ante la OEA, del 12 de febrero de 2013, por medio de la cual se remite informe titulado "Situación de Información con Respecto a la Aplicación de la Prisión Preventiva" elaborado por la Procuraduría General de la República. Nota de la Misión Permanente de Panamá ante la OEA, PANA-OEA-9-842 del 15 de noviembre de 2012, mediante la cual se remite nota del Ministerio de Relaciones Exteriores A.J.D.H. No. 363 de 15 de noviembre de 2012. Nota de la Misión Permanente de Paraguay ante la OEA, No. 583-12/MPP/OEA. Nota de la Representación Permanente de Perú ante la OEA No. 7-5-M/451 del 28 de septiembre de 2012, mediante la cual se remite oficio de la Procuraduría Pública Especializada Supranacional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos No. 213-2012-JUS/PPES del 28 de septiembre de 2012; e información complementaria presentada mediante nota de la Representación Permanente de Perú ante la OEA No. 7-5-M/462 del 10 de octubre de 2012, mediante la cual se presenta informe de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos No. 2012-JUS-DGDH-DVC. Nota de la Misión Permanente de Suriname ante la OEA, No. PVOAS/942/12/NB/CE de 28 de noviembre de 2012. Nota de la Misión Permanente de Suriname ante la OEA, No. PVOAS/942/12/NB/CE de 28 de noviembre de 2012. Nota de la Misión Permanente de la República Oriental de Uruguay ante la OEA No. 119/2012 del 23 de octubre de 2012, mediante la cual se remite informe de la Dirección de Derechos Humanos y Derechos Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores, elaborado en base a insumos de la Asesoría Penitenciaria del Ministerio del Interior y de la Prosecretaría Letrada de la Suprema Corte de Justicia. Nota del Agente del Estado para los Derechos Humanos ante el sistema Interamericano e Internacional del 2 de octubre de 2012.

[36] La reseña de la reunión, el audio de los paneles de discusión, las presentación escritas de los expertos invitados y demás materiales están disponibles en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp.

35. Se celebraron dos audiencias temáticas acerca de los temas que se abordan en el informe, una de carácter general acerca del "Uso de la prisión preventiva en las Américas", celebrada en el curso del 146º periodo de sesiones[37]; y la otra sobre "Independencia judicial y prisión preventiva en las Américas", celebrada en el 147º periodo de sesiones. La información recibida en estas audiencias también fue un insumo importante en este trabajo[38].

36. Además de estas actividades específicas, se ha tomado en consideración para la elaboración de este informe toda aquella información recibida u obtenida por la CIDH y su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad (en adelante "la Relatoría de PPL") como parte del ejercicio de sus funciones. Asimismo, se ha estimado relevante la información obtenida por los distintos mecanismos de Naciones Unidas, cuyo mandato se relaciona con la materia del presente estudio, particularmente los informes de visitas a países de la región.

D. Alcance del concepto de prisión preventiva y terminología utilizada

37. La Comisión Interamericana entiende por "prisión o detención preventiva": todo el periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme.

38. Además, en el presente informe se usan los siguientes términos:

(a) Por "persona detenida o detenido" se entiende toda persona privada penalmente de su libertad, salvo cuando ello haya resultado de una sentencia.

(b) Por "persona presa o preso", se entiende toda persona privada de su libertad como resultado de una sentencia.

(c) Por "persona privada de libertad", "recluso" o "interno" se entiende genéricamente toda persona privada de libertad en cualquiera de los dos supuestos anteriores, estos términos se refieren en forma amplia a personas sometidas a cualquier forma de reclusión o prisión.

[37] CIDH. Audiencia temática: *Uso de la prisión preventiva en las Américas*, 146º período ordinario de sesiones, organizada por Fundación para el Debido Proceso (DPLF), De Justicia, Instituto de Defensa Legal (IDL) y otros, 1 de noviembre de 2012, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=129.

[38] CIDH. Audiencia Temática: *Independencia judicial y prisión preventiva en las Américas*, 147º período ordinario de sesiones, organizada por la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), el Instituto de Derecho y Sociedad (CIDES), el Instituto de Defensa Legal (IDL) y De Justicia, 16 de marzo de 2013, disponible en: http://www.youtube.com/watch?v=VlBgytTVoNo&list=PLkh9EPEuEx2st1_l-W6cr0o3oH9DxBSDc&index=1.

II. ANÁLISIS DEL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA REGIÓN

A. Monitoreo reciente de la CIDH y los mecanismos del Sistema Universal

39. Desde una perspectiva histórica, la Comisión Interamericana se ha referido consistentemente al uso excesivo de la detención preventiva como uno de los principales problemas relacionados con el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, sobre todo en el marco del ejercicio de sus funciones de monitoreo.

40. Así, a lo largo de los últimos quince años la CIDH se ha pronunciado con respecto a este problema en sus Informes Especiales de País relativos a: Honduras, en el que consignó que a junio de 2012 había un total de 11,727 personas privadas de libertad, de las cuales el 47.98% serían procesados[39]; Venezuela, en el que se verificó por diversas fuentes, incluso oficiales, que de aproximadamente 21,877 personas privadas de libertad en el 2009, el porcentaje de presos sin condena era de más del 65%[40]; Haití, en el que se observó que a abril del 2007 su población carcelaria era de 5,480 reclusos, de los cuales el 85% se encontraba en espera de juicio[41], porcentaje que también había sido constatado en noviembre de 2004[42]; Bolivia, en el que se constató que en el 2006 de un universo de 6,864 reclusos el 74% estaba en prisión preventiva[43], porcentaje que para el 2008 ya había aumentado el 75%, según se verificó en el subsiguiente informe de seguimiento[44]; Guatemala, donde se constató que entre 1999 y el 2000 dos terceras partes del total de personas privadas de libertad, que en esa época ascendía a poco más de 8,200 personas, estaban en espera de ser juzgadas[45]; Paraguay en 1998 tenía un total de 2,266 reclusos de los cuales el 93% eran presos sin condena firme[46]; Perú, en el que según cifras oficiales el porcentaje de presos sin condena a febrero de 2000 era del 52%, de un total de más de

[39] CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras*, OEA/Ser.L/V/II.147, adoptado el 18 de marzo de 2013, (en adelante "*Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras*")párr. 19.

[40] CIDH. *Democracia y derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, adoptado el 30 de diciembre de 2009 (en adelante "*Democracia y derechos Humanos en Venezuela*"), párrs. 859 y 860.

[41] CIDH. *Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Haití en abril de 2007*, OEA/Ser.L/V/II.131, adoptado el 2 de marzo de 2008, párr. 36.

[42] CIDH. *Haití: ¿Justicia frustrada o estado de derecho? Desafíos para Haití y la comunidad internacional,* OEA/Ser/L/II.123, Doc. 6 rev. 1, adoptado el 26 de octubre de 2005. Cap. III, párr. 165.

[43] CIDH. *Acceso a la Justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, adoptado el 28 de junio de 2007, Cap. III, párr. 190.

[44] CIDH. Informe de Seguimiento - *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser/L/V/II.135. Doc. 40, adoptado el 7 de agosto de 2009, Cap. V, párr. 104.

[45] CIDH. *Quinto informe sobre la situación de los derechos Humanos en Guatemala*, Cap. VII, párr. 26 y Cap. VIII, párr. 10.

[46] CIDH. *Tercer informe sobre la situación de los derechos Humanos en Paraguay*, Cap. IV, párr. 38.

27,500 personas privadas de libertad[47]; República Dominicana, país en el que se constató que en junio de 1997 el porcentaje de presos sin condena era del 85%, y que para enero de 1998, según informó el Estado, se habría reducido al 70%[48]; Colombia, que a fines de 1997 tenía un porcentaje de presos sin condena del 45.85%, de una población penal de 43,221 reclusos[49]; México, donde a mediados de 1996 se observó que de una población carcelaria de aproximadamente 116,000 personas, más de la mitad eran presos sin sentencia, en prisión preventiva[50]; y Ecuador, que a principios de 1994 tenía una población penal de alrededor de 9,280 internos, de los cuales el 70% estaban en espera de juicio o sentencia[51].

41. El uso excesivo de la prisión preventiva ha sido también uno de los aspectos tomados en cuenta por la CIDH en el análisis de situaciones graves de derechos humanos en la región y en el seguimiento de recomendaciones emitidas en sus informes de país, por medio de sus Informes Anuales (Capítulos IV y V). En ese marco, la CIDH ha dado seguimiento a esta situación en países como Venezuela, Haití, Cuba, Ecuador, Guatemala[52]. Además, en el periodo mencionado el uso excesivo de la prisión preventiva en la región ha sido un tópico abordado en numerosas ocasiones en el contexto de audiencias temáticas celebradas por la CIDH[53], y ha sido una constante observada en un

[47] CIDH. *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev., adoptado el 2 de junio de 2000. Cap. IX, párr. 13.

[48] CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana*, OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 rev. 1, adoptado el 7 de octubre de 1999. Cap. VI, párr. 216.

[49] CIDH. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, adoptado el 26 de febrero de 1999. Cap. XIV, párr. 15.

[50] CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II.100. Doc. 7 rev. 1, adoptado el 24 de septiembre de 1998. Cap. III, párrs. 222 y 229.

[51] CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, adoptado el 24 de abril de 1997. Cap. VI.

[52] CIDH. *Informe Anual 2011*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.69, adoptado el 30 de diciembre de 2011, Cap. IV: Venezuela, párr. 519; CIDH. *Informe Anual 2010*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.5 corr. 1, adoptado El 7 de marzo de 2011, Cap. IV: Venezuela, párr. 706 y 836(11); CIDH. *Informe Anual 2009*, OEA/Ser.L/II, Doc. 51 corr. 1, adoptado el 30 diciembre de 2009, Cap. IV: Haití, párr. 407, y Venezuela, párr. 512; CIDH. *Informe Anual 2008*, OEA/Ser.L/II.134, Doc. 5 Rev.1, adoptado el 25 de febrero de 2009, Cap. IV: Haití, párrs. 285 y 317(3); CIDH. *Informe Anual 2007*, OEA/Ser.L/II.130, Doc. 22 Rev.1, adoptado el 29 de diciembre de 2007, Cap. IV: Haití, párrs. 193-197 y 220(2); CIDH. *Informe Anual 2006*, OEA/Ser.L/V/II.127. Doc. 4 ver. 1, adoptado el 3 de marzo de 2007, Cap. IV: Haití, párrs. 118 y 220(3). y Venezuela, párr. 202; y CIDH. *Informe Anual 2002*, OEA/Ser.L/II.117. Doc. 1 rev. 1, adoptado el 7 de marzo de 2003, Cap. IV: Cuba, párrs. 34 y 37, Cap. V: Guatemala, párrs. 161-164; CIDH. Informe Anual 2001, OEA(Ser./L/V/II.114. doc. 5 ver., adoptado el 16 de abril de 2002, Cap. V: Paraguay, párrs. 50-54, Perú, párrs. 113 y 114, y República Dominicana, párrs. 56-58; CIDH. *Informe Anual 2000*, OEA/Ser./L/V/II.114. doc. 5 ver., adoptado el 16 de abril de 2001, Cap. IV: Cuba, párr. 54(b); CIDH. *Informe Anual 1998*, OEA(Ser.L/V/II.102. Doc. 6 ver., adoptado el 16 de abril de 1999, Cap. IV: Cuna, párrs. 54 y 55, Haití, párrs. 27 y 30, Cap. V: Ecuador, párrs. 97-104 y 146; CIDH. *Informe Anual 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98. Doc. 5, adoptado el 17 de febrero de 1998, Cap. V: Guatemala, párr. 31 y Haití, párrs. 16-18.

[53] Además de las dos audiencias específicas, otorgadas por la CIDH en el marco del presente informe, el uso de la prisión preventiva fue abordado también, entre otras, en las siguientes audiencias: *Situación de las mujeres privadas de libertad en Bolivia*, 147º periodo ordinario de sesiones, organizada por Oficina Jurídica para la Mujer (OJM), Comité de América Latina y el Caribe (CLADEM), Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 15 de marzo de 2013; *Situación de las personas privadas de libertad en Venezuela*, 147º periodo ordinario de sesiones, organizada por el Observatorio Venezolano de Prisiones (OVP), 16 de marzo de 2013; *Situación de los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en Uruguay*, 144º periodo ordinario de sesiones,

Continúa…

importante número de peticiones individuales que se refieren a personas privadas de libertad y/o debido proceso.

42. De igual forma, la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad ha puesto particular atención a la situación de las personas detenidas preventivamente en el curso de sus más recientes visitas de trabajo. Así por ejemplo, en Colombia observó que del total de 113,884 personas privadas de libertad al 31 de diciembre de 2012, el 30% serían presos sin condena[54]; en Uruguay constató que de una población de 9,067 reclusos a junio de 2011, el 65% estaban en calidad de procesados[55]; y en Argentina verificó que del total de 30,132 personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires a marzo de 2010, el 61%, no tenían sentencia firme de acuerdo con cifras oficiales, las organizaciones de la sociedad civil señalaban en cambio que este índice era del 70%[56].

43. Así, a partir de la experiencia directa en el terreno y del seguimiento a la situación de los derechos humanos en la región en los últimos años, la Comisión Interamericana ha encontrado entre las causas de estos altos índices de presos sin sentencia: el retardo o mora judicial, generado a su vez por otra serie de disfuncionalidades y deficiencias estructurales más profundas de los sistemas judiciales; la falta de capacidad operativa y técnica de los cuerpos policiales y de investigación; la falta de capacidad

…continuación
organizada por Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay (IELSUR), 27 de marzo de 2012; *Situación de los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en Honduras*, 144º periodo ordinario de sesiones, convocada de oficio por la CIDH. compareció el Estado de Honduras, 26 de marzo de 2012; *Situación de las Personas Privadas de Libertad en México*, 144º periodo ordinario de sesiones, organizada por Documenta, Análisis y Acción para la Justicia Social, Asistencia Legal por los Derechos Humanos, y el Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría S.J. de la Universidad Iberoamericana de Puebla, 23 de marzo de 2012; *Situación del Poder Judicial en Haití*, 143º eriodo Ordinario de Sesiones, organizada por Action Citoyenne pour le Respect des Droits Humains (ACREDH), 28 de octubre de 2011; *Situación de las personas privadas de libertad en Venezuela*, 141º periodo ordinario de Sesiones, organizada por el Observatorio Venezolano de Prisiones (OVP), la Comisión de Derechos Humanos de la Federación de Abogados de Venezuela y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 29 de marzo de 2011; *Situación de derechos humanos de las personas privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires*, 141º período ordinario de sesiones, organizada por el CELS y la Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires, 28 de marzo de 2011; *Situación de las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires*, 134º período ordinario de sesiones, organizado por Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 24 de marzo de 2009; *Situación carcelaria en Buenos Aires*, 124º período ordinario de sesiones, organizado por Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Comisión Provincial por la Memoria, 6 de marzo de 2006; *Situación de las personas privadas de libertad en El Salvador*, 124º período ordinario de sesiones, organizado por FESPAD, CEJIL y Foro de Jueces, 3 de marzo de 2006; *Situación del Sistema Penitenciario en Guatemala*, 124º período ordinario de sesiones, organizado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 6 de marzo de 2006; *Situación de las personas en prisión preventiva en casos de terrorismo*, 122º período ordinario de sesiones, organizado por CEAS, APRODEH y Carolina Loayza, 28 de febrero de 2005. Los audios y/o videos de las audiencias celebradas por la CIDH a partir del 2007 están disponibles en: http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/default.aspx?Lang=es.

[54] CIDH. *Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G).

[55] CIDH. Comunicado de Prensa 76/11 – Relatoría recomienda adopción de política pública carcelaria integral en Uruguay. Washington, D.C., 25 de julio de 2011, anexo, párr. 39.

[56] CIDH. Comunicado de Prensa 64/10 – Relatoría de la CIDH constata graves condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires. Washington, D.C., 21 de junio de 2010.

operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas; las deficiencias en el acceso a estos servicios de defensa pública; la falta de independencia judicial, en algunos casos los jueces se abstienen de decretar medidas cautelares por temor a ser sancionados o removidos de sus cargos y otras veces ceden ante las presiones mediáticas; la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva y que restrinja la posibilidad de aplicación de otras medidas cautelares; la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares; la inversión de la carga prueba, de manera que es el acusado quien debe probar que la prisión preventiva no debe ser ordenada; los paradigmas y prácticas judiciales arraigadas que favorecen el empleo de la prisión preventiva sobre otras medidas; la corrupción; el uso extendido de esta medida excepcional en casos de delitos menores; y la extrema dificultad en conseguir su revocación una vez ha sido dictada.

44. En consecuencia, la Comisión Interamericana ha emitido como recomendaciones concretas a los Estados: adoptar las medidas necesarias para corregir el rezago procesal y fortalecer los sistemas de justicia; implementar el uso de otras medidas cautelares distintas del encarcelamiento previo al juicio; garantizar que las autoridades judiciales apliquen la medida cautelar de la detención preventiva motivadamente, en estricto cumplimiento del plazo máximo legal, y de conformidad con los estándares internacionales; que esta decisión sea revisada periódicamente, de forma tal que se verifique la vigencia de las razones que la motivaron; que los procesados cuenten con recursos judiciales efectivos para impugnar la aplicación de la prisión preventiva; establecer sistemas eficaces y accesibles de defensa pública; realizar las reformas legales necesarias para limitar la utilización de esta medida, especialmente en el caso de los delitos no violentos y menos graves; promover un verdadero cambio de paradigma en la concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva; adoptar las medidas necesarias para garantizar la independencia del poder judicial, y la independencia y autonomía de las defensas públicas.

45. En lo esencial, la Comisión Interamericana ha considerado que las medidas orientadas a la reducción de los altos índices de personas en prisión preventiva deben referirse a la implementación de controles en su aplicación y la agilización de los procesos penales. Y que a pesar de las eventuales acciones coyunturales o creativas que puedan adoptar los Estados, la solución a este problema implica la adopción de reformas legales e institucionales serias, derivadas de políticas públicas orientadas a tal efecto. Además, la CIDH ha considerado fundamental el que se garantice la separación entre personas condenadas y procesadas, y que estas últimas sean objeto de un tratamiento acorde con la presunción de inocencia.

46. De igual forma, los mecanismos de Naciones Unidas cuyo mandato incluye el monitoreo de la situación de las personas privadas de libertad, particularmente aquellos que realizan visitas de monitoreo, también se han referido a los altos índices de personas en prisión preventiva en los Estados miembros de la OEA, y a las condiciones en que éstas se encuentran recluidas.

47. En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias constató en su reciente visita a Brasil de marzo de 2013, que de una población

penitenciaria total de aproximadamente 550,000 personas, una de las más grandes del mundo, aproximadamente 217,000 están detenidas en espera de juicio[57]; en El Salvador en enero de 2012 observó que de un total de más de 25,400 personas privadas de libertad, 7,376 se encontraban en detención preventiva, de las cuales 970 habían excedido el tiempo máximo de detención provisional establecido en la ley[58]; en Colombia en octubre de 2008 verificó que de 69,600 personas privadas de libertad en el país, el 35% eran sindicados[59]; en Honduras que hacia finales del 2005 y principios del 2006 tenía una tasa de aproximadamente el 62% de presos sin sentencia, de un universo de más de 12,000 reclusos[60]; y en Ecuador donde constató que de una población penitenciaria total de 12,693 personas a principios de 2006, más del 64% estaban en espera de juicio[61]. De igual forma en años anteriores, el GTDA se refirió al uso excesivo de la prisión preventiva tras sus visitas a Canadá, Argentina y Perú[62].

48. Por su parte, el Comité contra la Tortura, el Subcomité contra la Tortura y el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, han dado cuenta de otros problemas relacionados con el trato que se le da a las personas detenidas en espera de juicio, como su reclusión en comisarías o estaciones de policía por periodos prolongados; la falta de separación entre estas y aquellas condenadas; y la relación causal que existe entre el uso no excepcional de la prisión preventiva y el hacinamiento.

49. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos, en el contexto del examen periódico del nivel de cumplimiento de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (bajo el Art. 40), ha manifestado preocupación por el uso excesivo y prolongado de la prisión preventiva, y la falta de separación entre procesados y condenados, a lo largo de la última década, en: Paraguay (2013 y 2006), El Salvador (2010), Colombia (2010), Argentina (2010), Panamá (2008), Costa Rica (2007), Honduras (2006), Brasil (2005), Suriname (2004) y El Salvador (2003)[63].

---

[57] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Comunicado de prensa sobre conclusión de la visita a Brasil, 28 de marzo de 2013, disponible en inglés) en: http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13197&LangID=E

[58] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a El Salvador,* A/HRC/22/44/Add.2, publicado el 11 de enero de 2013, párrs. 68 y 97.

[59] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a Colombia,* A/HRC/10/21/Add.3, publicado el 16 de enero de 2009, párr. 79.

[60] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a Honduras,* A/HRC/4/40/Add.4, publicado el 1 de diciembre de 2006, párr. 54.

[61] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a Ecuador,* A/HRC/4/40/Add.2, publicado el 26 de octubre de 2006, párrs. 67 y 69.

[62] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a*: *Canadá,* E/CN.4/2006/7/Add.2, publicado el 5 de diciembre de 2005; *Argentina,* E/CN.4/2004/3/Add.3, publicado el 23 de diciembre de 2003 (en esa visita realizada entre septiembre y octubre de 2003 se observó que en la provincia de Buenos Aires habían 2,380 personas condenadas y 21,449 en prisión preventiva, párr. 40); y *Perú,* E/CN.4/1999/63/Add.2, publicado el 11 de enero de 1999.

[63] ONU, Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Conclusiones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos a: Paraguay, CCPR/C/PRY/CO/3, publicado el 29 de abril de 2013, párr. 20 (en este pronunciamiento se da cuenta de que en

Continúa…

50. Así, en los últimos quince años estos mecanismos del Sistema Universal también han observado que los altos índices de personas en detención preventiva son el resultado, entre otros, de: la tendencia a utilizar la prisión preventiva como primera alternativa; las restricciones legales de distinto tipo a la aplicación de medidas cautelares distintas de la prisión preventiva para determinados delitos; la renuencia de los jueces en decretar estas medidas, aun cuando estén previstas en la ley; la debilidad institucional y falta de independencia de las defensas públicas; las dificultades en el acceso a la defensa pública; las falencias en el proceso decisorio previo a la aplicación de la prisión preventiva, en especial respecto del derecho a ser escuchado con las debidas garantías; la falta de recursos judiciales efectivos frente a la detención preventiva ilegal o arbitraria; la aplicación extendida de esta medida a personas acusadas de delitos menores; la presión mediática y proveniente de otros órganos del poder público hacia los jueces; las deficiencias estructurales de los sistemas judiciales, en particular la mora judicial; y las políticas criminales de "mano dura".

51. En este sentido, también han recomendado consistentemente a los Estados de la región: recurrir solamente a la detención preventiva cuando no existan otros medios de asegurar la presencia del imputado en juicio o de impedir la alteración de pruebas; interpretar de manera restrictiva las circunstancias en las cuales legalmente puede extenderse la prisión preventiva; revisar su legislación y prácticas judiciales para asegurar que esta medida sea utilizada excepcionalmente y por el periodo más breve posible; implementar otras medidas cautelares como la libertad bajo fianza, la detención domiciliaria y el brazalete electrónico; revisar la legislación que restringe la facultad de los jueces para decretar otras medidas distintas de la prisión preventiva; asegurar que la decisión por medio de la cual se aplica la prisión preventiva sea adoptada luego de un análisis sustantivo y no meramente formal del caso; asegurar que las condiciones en las que se mantiene a las personas detenidas preventivamente sean acordes con los estándares internacionales; asegurar que las personas detenidas cuenten las condiciones y posibilidades de preparar su defensa en el juicio; y fortalecer las capacidades operativas de las autoridades encargadas de la investigación penal (*public prosecution*).

B. Información estadística presentada por los Estados

52. Como se mencionó en el capítulo introductorio, en el marco de este informe se envió a los Estados miembros de la OEA un cuestionario de consulta en el que se les solicitó información relativa a diversos aspectos del uso de la prisión preventiva en sus jurisdicciones, incluyendo la relativa al porcentaje de la población reclusa total que se

…continuación
Paraguay cerca del 70% de las personas detenidas no han sido juzgadas y condenadas); El Salvador, CCPR/C/SLV/CO/6, publicado el 18 de noviembre de 2010, párrs. 15 y 16; Colombia, CCPR/C/COL/CO/6, publicado el 6 de agosto de 2010, párrs. 20 y 21; Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4, publicado el 31 de marzo de 2010, párr. 16; Panamá, CCPR/C/PAN/CO/3, publicado el 17 de abril de 2008, párr. 12; Costa Rica, CCPR/C/CRI/CO/5, publicado el 16 de noviembre de 2007, párr. 8; Honduras, CCPR/C/HND/CO/1, publicado el 13 de diciembre de 2006, párr. 14; Paraguay, CCPR/C/PRY/CO/2, publicado el 24 de abril de 2006, párrs. 15 y 16; Brasil, CCPR/C/BRA/CO/2, publicado el 1 de diciembre de 2005, párr. 16; Suriname, CCPR/CO/80/SUR, publicado el 4 de mayo de 2004, párrs. 14 y 15; y El Salvador, CCPR/CO/78/SLV, publicado el 22 de agosto de 2003, párr. 17.

halla en prisión preventiva, presentada en forma desagregadas por sexo y tipo de delito (pregunta No. 2). La información aportada por los Estados que respondieron el cuestionario es la siguiente[64]:

Cuadro 1: proporción general de personas en prisión preventiva.

Estado	Número de personas privadas de libertad	Número/porcentaje de procesados	Número/porcentaje de condenados	Fecha de la información
Bolivia[65]	13,654	11,410 (84%) Preventivos	2,244 (16%) Sentenciados	A octubre de 2012
Brasil[66]	549,577 (508,357 en custodia del Sistema Penitenciario y 41,220 custodiados por las Policía Judicial de los estados (Secretarías de Seguridad Pública).	191,024 (37.6%) (De los 508,357 custodiados por el Sistema Penitenciario)	317,333 (62.4%) (De los 508,357 custodiados por el Sistema Penitenciario)	A junio de 2012
Chile	53,171	10,823 (20.4%) Sin sentencia (detenidos, procesados imputados)	42,348 (79.6%) Con sentencia firme	Al 31 de julio de 2012
Colombia	113, 884	34,571 (30.35%) Sindicados	79,313 (69.65%) Condenados	Al 31 de diciembre de 2012
Costa Rica	13,017	3,248 (25%) Indiciados	9,769 (75%) Sentenciados	A octubre de 2012

[64] Fuentes: Bolivia (no especificó), Brasil (Infopen Estadísticas, Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de Justicia – Depen/MJ), Chile (Reporte diario de población penal recluida, Gendarmería de Chile), Colombia (Consolidado estadístico, Instituto Nacional Penitenciario de Colombia - INPEC), Costa Rica (SIAP. Sistema de Información de Administración Penitenciaria), Ecuador (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos), Guatemala (Dirección del Sistema Penitenciario – MINGOB), Honduras (Dirección de Servicios Especiales Preventivos de la Secretaría de Seguridad); Panamá (Departamento de Estadística de la Dirección de Administración y Finanzas del Ministerio de Gobierno), Paraguay (Dirección General de Establecimientos Penitenciarios y Ejecución Penal), Perú (Informe estadístico del Instituto Nacional Penitenciario - INPE), Uruguay (Dirección de Estadísticas y Análisis Estratégico del Ministerio del Interior); Venezuela (Coordinación de Actuación Procesal de la Defensa Pública).

[65] El Estado boliviano presentó además esta información desagregada por departamentos, siendo la proporción de "preventivos" y "sentenciados" la siguiente: Santa Cruz (procesados 4,418/condenados 658: total 5,076); Beni (557/197:754); Oruro (369/125:494); Potosí (420/91:511); Pando (166/79:245); Sucre (238/109:347); La Paz (2,784/359:3,143); Cochabamba (1921/354:2,275); y, Tarija (205/310:515).

[66] El Estado brasileño informó además, que de acuerdo con el Departamento de Monitoreo y Fiscalización del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), al 1 de enero de 2013 habría a nivel nacional un total de 502,067 presos, de los cuales 193,073 (38%) estrían en prisión preventiva.

Estado	Número de personas privadas de libertad	Número/porcentaje de procesados	Número/porcentaje de condenados	Fecha de la información
El Salvador	26,883	6,459 (24%) Procesados	20,424 (76%) Condenados	8 de octubre de 2013
Ecuador	19,177 En centros penales administrados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos[67].	9,409 (49%) No sentenciados (8,630 procesados, 377 contraventores, 402 con medidas de apremios).	9,768 (51%) Sentenciados (4,732 con sentencia ejecutoriada (25%), y 5,036 en impugnación o modificación).	Al 1 de agosto de 2012
El Salvador				
Guatemala	14,635	7,357 (50.3%) Preventivos	7,278 (49.7%) Condenados	A octubre de 2012
Honduras	12,407	6,064 (48.9%) Procesados	6,343 (51.1%) Condenadas	A abril de 2013
Nicaragua	9,168	1,127 (12.3%) Acusados	8,041 (87.7%) Condenados	Al 31 de diciembre de 2012
Panamá	14,521	9,443 (65%) En proceso A órdenes del Ministerio Público: 5,592; a órdenes del Org. Judicial: 3,135; Otros: 716.	5,078 (35%) Condenados Delitos: 4,421 Faltas: 339.	A octubre de 2012
Paraguay	7,901	5,780 (73.1%) Procesados	2,126 (26.9%) Condenados	Al 23 de septiembre de 2012
Perú	58,681	34,508 (58.8%) Procesados	24,173 (41.2%) Sentenciados	Al 31 de julio de 2012
Uruguay	9,330	6,065 (65%) Prisión preventiva	3,265 (35%) Condenados S. 1º Instancia: 535 S. 2º Instancia: 2,924	Al 31 de julio de 2012
Venezuela[68]	36,236	18,735 (52%) Detención preventiva (Procesados)	17,501 (48%) Con sentencia firme (Condenados)	Al cierre del primer semestre de 2012. Estas cifras corresponden específicamente al universo de reclusos asistidos por la Defensa Pública.

[67] El Estado ecuatoriano especificó que además había un total de 1,310 personas en régimen de prisión preventiva alojados en los centros de detención provisional que se encuentran bajo la administración de la Policía Nacional.

[68] La información estadística presentada por el Estado venezolano en este apartado corresponden específicamente al universo de reclusos asistidos por la Defensa Pública.

Cuadro 2: información desagregada por sexo y tipo de delito.

Estado	Información por sexo y tipo de delito
Bolivia	Del total de 13,654 personas privadas de libertad: 11,930 son varones (87%) y 1,724 son mujeres (13%). En los varones los delitos predominantes son: robo (25%), delitos de drogas (24%) y violación (19%); en las mujeres los delitos predominantes son los siguientes: delitos de drogas (48%) y robo (15%).
Brasil[69]	Del total de 549,577 personas privadas de libertad en todo el país, hay 513,538 varones (93.4%) y 36,039 mujeres (6.6%), y del total de 191,024 personas en prisión preventiva en custodia del Sistema Penitenciario, hay 180,038 varones (94.25%) y 10,986 mujeres (5.75%). Los delitos de mayor incidencia, en la población penal en general de acuerdo al número de condenas son: ▪ Tráfico de estupefacientes (no internacional): 127,149 (hombres 110,965 / mujeres 16,184) ▪ Robo calificado: 94,447 (hombres 92,602 / mujeres 1,845) ▪ Robo simple: 48,216 (hombres 47,216 / mujeres 1,000) ▪ Hurto simple: 35,769 (hombres 34,526 / mujeres 1,243) ▪ Hurto calificado: 36,671 (hombres 35,608 / mujeres 1,063) ▪ Homicidio calificado: 34,463 (hombres 33,536 / mujeres 927).
Chile	De los 10,781 reclusos en prisión preventiva, al 31.07.12, unos 9,464 son varones (87.8%) y 1,317 (12.2%) mujeres. De acuerdo con datos actualizados al 30.06.012, los principales delitos por los que hay personas en prisión preventiva son robos (35.4%) y delitos de drogas (31.4%). En el caso de los varones la proporción de estos delitos es de (38% robos/26.7% drogas), mientras que en las mujeres esta relación es de (14.5% robos/68.8% drogas). El Estado informó además que el promedio de permanencia en prisión preventiva es de 145.3 días; en el caso de las mujeres es de 120 días y en el de los hombres 170.5 días.
Colombia	Del total de 113,884 personas privadas de libertad al 31.12.12: 105,387 son hombres (92.54%) y 8,497 mujeres (7.46%), y del total de 34,571 sindicados: 32,114 son hombres (92.9%) y 2,457 mujeres (7.1%). Los delitos de mayor incidencia, en la población penal de personas sindicadas son: ▪ Hurto: hombres 8,397 (95%)/ mujeres 445 (5%), total 8,842 ▪ Trafico o porte de armas de fuego o municiones: hombres 7,114 (96%) / mujeres 271 (4%), total 7,385 ▪ Homicidio: hombres 6,140 (96%) / mujeres 253 (4%), total 6,393 ▪ Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes: hombres 4,961 (82%) / mujeres 1,046 (18%), total 6,027.

[69] El Estado brasileño aportó además información relativa a las franjas etarias de las personas privadas de libertad en el Sistema Penitenciario, así del total de 508,357 reclusos, las cantidades correspondientes son las siguientes: 18-24 años (131.333 hombres / 7,030 mujeres); 25-29 años (115,409 hombres / 6,382 mujeres); 30-34 años (85,487 hombres / 5,295 mujeres); 35-45 (76,999 hombres / 6,207 mujeres); 46-60 (28,014 / 2,728), más de 60 años (4,520 hombres / 294 mujeres); no se tiene certeza (6,584 hombres / 568 mujeres). Por otro lado, de este universo de personas en custodia del Sistema Penitenciario el 5.5% son analfabetos, el 13% están alfabetizados y el 45% ingresaron a primaria pero no la completaron.

Estado	Información por sexo y tipo de delito
Costa Rica	Del total de 3,248 personas en prisión preventiva, a octubre de 2012, 3,087 (93.5%) son hombres y 211 (6.5%) mujeres. La información desagregada de ese total de personas "indiciadas" respecto de las cuatro modalidades delictivas más comunes son las siguientes: ▪ Delitos contra la propiedad: hombres 1,191 (96.8%)/ mujeres 39 (3.2%), total 1,230, ▪ Delitos de drogas: hombres 884 (87.5%)/ mujeres 126 (12.5%), total 1,010, ▪ Contra la vida: hombres 435 (95%)/ mujeres 23 (5%), total 458, ▪ Delitos sexuales: hombres 250 (98.4%)/ mujeres 4 (1.6%), total 254.
Ecuador	Del total de 19,177 personas privadas de libertad en centros penales a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos al 01.08.12: 17,615 (91.8%) son hombres y 1,562 (8.2%) mujeres.
Guatemala	Del total de 14,635 personas privadas de libertad en los 22 centros de detención de Guatemala en octubre de 2012: 13,415 (91.7%) son hombres y 1,220 (8.3%) mujeres.
Honduras	Del total de 12,407 personas privadas de libertad en abril de 2013: 11,950 (96%) son hombres y 457 (4%) mujeres.
Nicaragua[70]	Del total de 9,186 personas privadas de libertad al 31.12.12: 8,718 (95%) son hombres y 450 (5%) mujeres. A partir de ahí, del total de 1,127 acusados: 1,096 son hombres (97.2%) y 31 mujeres (2.8%). La información desagregada de ese total de personas "acusadas" respecto de las cuatro modalidades delictivas más comunes es las siguientes: ▪ Delitos contra el patrimonio y OSE: hombres 267 (99%) / mujeres 2 (1%), total 269 ▪ Delitos contra la integridad física: hombres 200 (99.5%) / mujeres 1 (0.5%), total 201 ▪ Delitos de drogas: hombres 154 (89.5%) / mujeres 18 (10.5%), total 172 ▪ Delitos contra la integridad sexual: hombres 117 (98.3%) / mujeres 2 (1.7%), total 119.
Panamá	Del total de 14,521 personas privadas de libertad a octubre de 2012: 13,500 son hombre (93%) y 1,021 mujeres (7%); y del total de 9,443 presos sin condena: 8,745 son hombres (93%) y 698 mujeres (7%).
Paraguay	Del total de 7,901 personas privadas de libertad al 23.09.12: 7,374 (93.3%) son hombres y 528 (6.7%) mujeres: y del total de 5,780 procesados: 5,379 (93.1%) son varones y 401 (6.9%) mujeres.
Perú	Del total de 58,681 personas privadas de libertad al 31.07.12: 54,962 (93.7%) son hombres y 3,719 (6.3%) mujeres; y del total de 34,508 procesados: 32,190 (93.3%) son hombres y 2,318 (6.7%) mujeres. Los delitos de mayor incidencia, en la población penal en general (procesados y condenados) son: ▪ Robo agravado: 16,391 (27.9%) ▪ Tráfico ilícito de drogas: 8,818 (15%) ▪ Violación sexual: 5,049 (8.6%) (Estos delitos engloban más de la mitad de los ilícitos penales en que está incursa la población penitenciaria 51.5%).

[70] El Estado nicaragüense aportó además información relativa a las franjas etarias de la población reclusa en prisión preventiva, así del total de 1,127 acusados, las cantidades correspondientes son las siguientes: 15-18 años (2 hombres /0 mujeres); 18-21 años (259 hombres /3 mujeres); 21-35 años (357 hombres /19 mujeres); 35-50 años (271 hombres /4 mujeres); 50-70 años (203 hombres /5 mujeres); y de 70 o más años (4 hombres solamente). Por otro lado, resulta llamativo el hecho que de 419 mujeres condenadas, 264 lo hayan sido por delitos de drogas.

Estado	Información por sexo y tipo de delito
Uruguay	Del total de 6,065 personas en prisión preventiva al 31.07.12: 5,588 son hombres (92.1%) y 477 mujeres (7.86%). El Estado informó además que al 31 de julio el número de personas que han cumplido o superado los 24 meses de prisión preventiva es de 1,120 en todo el país.
Venezuela	Del total de 18,735 personas bajo detención preventiva asistidas por la Defensa Pública, el 95% son del sexo masculino y el 5% son del sexo femenino. Además, del referido total de personas en detención preventiva, asistidas por la Defensa Pública, las modalidades delictivas más comunes son: ▪ Delitos contra la propiedad: 40% (de este porcentaje el delito de "robo" constituye un 28%) ▪ Delitos de drogas: 27% ▪ Delitos contra las personas: 26%.

C. Algunos aspectos generales relevantes de la perspectiva regional

53. Además de la información oficial aportada por los Estados con motivo del referido cuestionario de consulta, la Comisión Interamericana también recibió gran cantidad de información por parte de otros actores vinculados a esta temática, sea en respuesta al cuestionario o como parte de las otras actividades que se realizaron en el marco del presente informe. En este contexto, se destacan como aspectos relevantes de la situación de las personas en prisión preventiva en la región, los siguientes:

54. En el caso de Argentina, a nivel nacional, las estadísticas más recientes con las que se cuenta datan del 2010, según las cuales de un total de 59,227 personas privadas de libertad, 31,142 (53%) estaban en prisión preventiva[71]. De igual forma, y dado que el Estado argentino no envió respuesta al cuestionario publicado con motivo del presente informe, la información oficial más reciente con la que cuenta la CIDH respecto de la provincia de Buenos Aires es aquella recibida directamente en la visita de la Relatoría, en la que verificó que del total de 30,132 personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires a marzo de 2010, el 61%, no tenían sentencia firme de acuerdo con cifras oficiales, las organizaciones de la sociedad civil señalaron que este índice era del 70%[72].

55. En el ámbito del Sistema Penitenciario Federal (aquellas personas privadas de libertad en aplicación del Código Procesal Penal de la Nación), al 19 de octubre

[71] Respuesta al cuestionario de consulta con motivo del *"Informe temático sobre prisión preventiva en las Américas"* de la CIDH. 2 de noviembre de 2012, Procuración Penitenciaria de la Nación, este dato tiene como fuente: el Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena (SNEEP), producidas por la Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

[72] CIDH. Comunicado de Prensa 64/10 – Relatoría de la CIDH constata graves condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires. Washington, D.C., 21 de junio de 2010. A este respecto, el Estado argentino había informado en respuesta al cuestionario publicado con motivo del *"Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"*, que de los 26,000 reclusos alojados en el Sistema Penitenciario de la provincia de Buenos Aires, 10,000 contaba con condena firme (38%), y que del universo de procesados (16,000), el 30% (alrededor de 5,000) contaba con sentencia de primera instancia. Respuesta recibida mediante notas No. 203 y 258 de 2010 de la Misión Permanente de la Rep. de la Argentina ante la OEA. Informe del 11 de mayo de 2010, presentado por el Ministro de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

de 2012 había un total de 9,800 reclusos de los cuales el 45% se encontraban condenados y el 55% en calidad de procesados. Del total de personas en detención preventiva, el 91% son hombres y el 9% mujeres. Sin embargo, del total de poco más de 800 mujeres privadas de libertad en el sistema federal a la fecha indicada, el 62% están en prisión preventiva. En cuanto al tipo de delitos, del total de personas en prisión preventiva en el sistema penitenciario federal al 2011, el 39% estaba por delitos contra la propiedad, otro 39% por delitos de drogas (Ley 23.373), el 7% por delitos contra las personas, y el resto por otros delitos[73].

56. A nivel general, de las veinticuatro jurisdicciones de la Argentina, sólo las provincias de Chubut, Río Negro, Entre Ríos, Neuquén y Tierra del Fuego presentan una relación de entre el 70% y 80% (aproximadamente) de presos condenados, frente a 20% y 30% de procesados[74]. En este contexto, se observa que la provincia de Chubut logró revertir los porcentajes de presos preventivos con relación a los condenados, siendo actualmente el porcentaje de procesados de 20% frente a un 78% de condenados, teniendo esta provincia una conflictividad similar en términos proporcionales a la que presentan otras provincias (45% casos de homicidios, 27.5% robos y 20.5% delitos sexuales). Esta situación particular de la jurisdicción de Chubut se atribuye a: (a) una legislación que regula a la prisión preventiva como *ultima ratio* y posee un catálogo de medidas diferentes al encierro que realmente son utilizadas como alternativas a la prisión preventiva; (b) la oralidad en el proceso en el que se decide acerca de la aplicación de la prisión preventiva, donde el Ministerio Público debe demostrar el cumplimiento de los requisitos legales; (c) la defensa pública realiza un análisis de las condiciones personales del imputado, constata la información obtenida y la presenta en la audiencia ante el juez, siendo estos los datos sobre los que fundamentalmente se basa la decisión y no los antecedentes penales, reincidencia o monto de la pena; y (d) la revisión periódica de la aplicación de la medida. En definitiva, se considera que el conjunto de estos elementos pone de manifiesto un cambio cultural en la aplicación práctica de la prisión preventiva[75].

57. Bolivia es uno de los países de la región con el porcentaje más alto de presos sin condena[76], como reconoció el propio Estado en su respuesta al cuestionario:

---

[73] Respuesta al cuestionario de consulta con motivo del *"Informe temático sobre prisión preventiva en las Américas"* de la CIDH, Defensoría General de la Nación, 1 de noviembre de 2012, las estadísticas correspondientes al 19 de octubre de 2012 tienen como fuente la: "Síntesis semanal de la población penal general alojada en el Servicio Penitenciario Federal".

[74] Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), *El Estado de la Prisión Preventiva en la Argentina-Situación actual y propuestas de cambio*, Buenos Aires, 2012, pág. 48.

[75] Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), *El Estado de la Prisión Preventiva en la Argentina-Situación actual y propuestas de cambio*, Buenos Aires, 2012, págs. 66 y 67.

[76] Esto no sólo es un dato estadístico, sino que es una realidad que afecta de manera concreta y directa a miles de personas, en algunos casos de manera francamente aberrante como ocurrió al Sr. Luis Córdoba Marca, quien estuvo preso más de 21 años sin ser sentenciado. Véase sobre este particular: El deber.com.bo, *Luis pasó 21 años de su vida en la cárcel sin saber por qué*, 18 de julio de 2013, disponible en: http://www.eldeber.com.bo/luis-paso-21-anos-de-su-vida-en-la-carcel-sin-saber-por-que/130717221729. El 23 de agosto de 2013 se produjo un grave incidente de violencia en el penal de Palmasola en el que murieron 33 reclusos, de los cuales sólo dos tenían sentencia, los otros 31 estaban en detención preventiva. Además, de los 5.200 presos que en total alberga Palmasola, solo unos 400 tienen sentencia ejecutoriada, es decir, 92% de presos sin condena. Esta información fue

Continúa…

"conforme a los estándares internacionales, el sistema normativo penal boliviano conceptualiza la detención preventiva como una medida ´excepcional´; no obstante, en la aplicación práctica continúa siendo la regla y la base de la persecución penal"[77]. En efecto, la población penal total de Bolivia –y por consiguiente también la de personas en prisión preventiva– ha crecido de manera constante en los últimos años al punto de casi triplicarse. En el 2001 la población penitenciaria nacional era de 5,577 reclusos, de los cuales 3,747 estaban en prisión preventiva (67%)[78], y en el 2012 el total de reclusos ya era de 13,654, de los cuales 11,410 estaban en calidad de procesados. Este crecimiento ha tenido con que ver fundamentalmente con reformas penales que han impactado directamente en los niveles de encarcelamiento, y en graves deficiencias estructurales del órgano judicial, los servicios de defensa pública y el propio sistema penitenciario[79].

58. Una de estas deficiencias estructurales es el alto índice de suspensión de audiencias y la falta de coordinación entre los sujetos procesales (inasistencia de jueces, fiscales, acusados, defensores, intérpretes, entre otros). Un reciente estudio realizado en las cuatro principales ciudades del país, donde se concentra el 67% de la actividad judicial, evidenció que "sólo el 30% de las audiencias programadas logró instalarse con normalidad en los días y horarios oficiales de funcionamiento de los juzgados; el 12% se desarrolla durante fines de semana y días feriados; el 57% se suspende y el 1% […] fueron instaladas pero no se permitió el ingreso al público". Este estudio encontró que el sujeto procesal que más se ausentó fue el Ministerio Público, dejando de asistir al 58% de las audiencias suspendidas. Asimismo, el 11% del total de audiencias instaladas se celebró sin la presencia del fiscal, quién envió el expediente al secretario del juzgado para que le diera lectura. Por otro lado, en el 22% de los casos las partes no asistieron porque no fueron notificadas[80]. En general en Bolivia un detenido puede esperar hasta seis meses por una audiencia para

…continuación
allegada a la Relatoría por la Fundación Construir. La CIDH también hizo referencia a estos graves hechos en su comunicado de prensa No. 62/13: *CIDH deplora muertes violentas en cárcel de Bolivia*, 29 de agosto de 2013.

[77] En la respuesta oficial del Estado al cuestionario enviado con motivo del presente informe. Además, recientemente, luego los graves hechos de violencia ocurridos el 23 de agosto en el penal de Palmasola el Presidente de la República reconoció públicamente la actual situación de crisis del sistema penitenciario boliviano, señalando como principal problema las deficiencias del sistema de justicia y alto índice de presos sin condena. Véase sobre este particular: La Razón, *Proponen indulto y amnistía ante la crisis en las cárceles*, 3 de septiembre de 2013, disponible en: http://www.la-razon.com/nacional/seguridad_nacional/Proponen-indulto-amnistia-crisis-carceles_0_1900010020.html.

[78] Fundación Construir, *Reforma Procesal Penal y Detención Preventiva en Bolivia*, 2012, pág. 67.

[79] A este respecto, véase en general: Fundación Construir, *Reforma Procesal Penal y Detención Preventiva en Bolivia*, 2012, Capítulos Dos y Tres. En este informe se concluye de manera tajante que "las causas [penales] ingresadas en los juzgados son cuantiosas, y superan las capacidades humanas instaladas, tanto en el Ministerio Público, como en Juzgados. […] En efecto, solamente en 2010, si hacemos una comparación entre las imputaciones formales que fueron presentadas (20,670) y las sentencias dictadas por Tribunales a nivel nacional (874), vemos que estas últimas representan el 4%" (pág. 119).

[80] Fundación Construir, Fundación La Paz, Capacitación y Derechos Humanos, Progettomondo MLAL y DNI Internacional, *EL Impacto de la Prisión Preventiva en Bolivia*, 2013, págs. 16 y 17. Las cifras presentadas corresponden a un conjunto de 591 audiencias cautelares que fueron monitoreadas por el equipo de observadores de la Fundación CONSTRUIR durante el periodo 2012-2013, en las ciudades de La Paz, El Alto, Cochabamba y Santa Cruz.

acceder a otra medida cautelar, y las audiencias pueden ser suspendidas hasta más de siete veces[81].

59. Brasil es el segundo país de la región, luego de los EEUU, con la mayor cantidad de personas privadas de libertad con 549,577 a mediados de 2012, de los cuales 508,357 estaban en el sistema penitenciario y 41,220 bajo custodia de las policías estaduales; de ese total de presos bajo custodia del sistema penitenciario 191,024 estaban en prisión preventiva. Entre junio de 2009 y junio de 2012 el número total de personas privadas de libertad se incrementó en un 17.04%, la población penal del sistema penitenciario en un 24.21% y la población de personas en prisión preventiva en un 27,76%. También es relevante observar que el 27.2% de la población penal en custodia del sistema penitenciario está entre los 18 y 24 años de edad[82].

60. La ciudad de San Pablo a diciembre de 2012 tenía una población penal de 195,695 personas privadas de libertad, de las cuales 190,828 estaban en custodia del sistema penitenciario; de éstas 62,843 (33%) serían personas en prisión preventiva, de las cuales unas 1,613 (2.6%) serían mujeres. Además, habría otras 500 personas aproximadamente bajo prisión preventiva detenidas en establecimientos de la policial estadual[83].

61. De acuerdo con el Mecanismo Estadual de Prevención y Combate de la Tortura de Río de Janeiro, la tasa de presos provisorios en ese estado sería del 36% (de una población de aproximadamente 33,000 personas privadas de libertad); y el nivel de aplicación de esta medida en adolescentes sería del 38%. Una de las características del uso arbitrario de la prisión preventiva en ese estado, es la gran cantidad de personas que se encuentran detenidas por delitos menores ("de bajo potencial ofensivo") y que pueden llegar a permanecer por meses e incluso años en espera de ser juzgados[84]. El estado de Pará (Amazonía) a finales del 2012 tenía un total de 10,989 presos en custodia del sistema penitenciario, de los cuales 5,092 (46.33%) estaban en espera de juicio (4,638 hombres y 454 mujeres), y 5,897 (53.66%) ya habían sido sentenciados[85].

---

[81] Información presentada en el marco de la audiencia sobre: *Situación de las mujeres privadas de libertad en Bolivia*, 147º período ordinario de sesiones, organizada por Oficina Jurídica para la Mujer (OJM), Comité de América Latina y el Caribe (CLADEM), Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 15 de marzo de 2013.

[82] Nota de la Misión Permanente de Brasil ante la OEA, No. 15 del 31 de enero de 2013.

[83] Infopen Estadísticas, Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de Justicia – Depen/MJ, disponibles: http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D. Para un análisis más detallado de las características de la población privada de libertad en prisión preventiva en la ciudad de San Pablo, véase: Tecer Justiça: presas e presos provisórios na cidade de São Paulo / Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e Pastoral Carcerária Nacional; coordenação de obra coletiva: Heidi Ann Cerneka, José de Jesus Filho, Fernanda Emy Matsuda, Michael Mary Nolan e Denise Blanes.- São Paulo: ITTC, 2012.

[84] Respuesta al cuestionario de consulta con motivo del *"Informe temático sobre prisión preventiva en las Américas"* de la CIDH. Mecanismo Estadual de Prevención y Combate a la Tortura de Río de Janeiro, 2 de noviembre de 2012. Las cifran presentadas tienen como fuente: El Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN).

[85] Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación de la Dra. Ana Claudia Bastos de Pinho, disponible en:

Continúa…

62. Por su parte Chile, que si bien tiene comparativamente uno de los porcentajes más bajos de personas en prisión preventiva (aproximadamente un 25%), presenta índice significativamente alto de personas privadas de libertad, con 305 reclusos por cada 100,000 habitantes[86].

63. Con respecto a Colombia, la Comisión ha recibido información según la cual en este Estado la detención preventiva también es utilizada para "forzar a los procesados a que colaboren aceptando cargos o aportando pruebas en contra de otros sospechosos", razón por la cual "los fiscales imputan y solicitan la prisión preventiva, aun cuando no tengan suficiente evidencia". Es decir, utilizando la detención como una herramienta de investigación[87]. En un contexto en el que existen importantes presiones sociales, mediáticas e incluso provenientes de las propias autoridades públicas en torno a la efectividad de la represión penal, frente a la delincuencia y la impunidad[88].

64. Igualmente, la Comisión Interamericana ha recibido información según la cual en Costa Rica en el periodo comprendido entre el 2008 y el 2012 el nivel de ocupación general del sistema penitenciario pasó del 101% al 130.1% (en 2008 la capacidad instalada era de 8,140 plazas y la población recluida de 8,225 personas; en el 2012 con una capacidad instalada de 9,803 plazas el sistema alojaba 12,916 personas), alcanzando niveles realmente graves de hacinamiento en centros penitenciarios como el CPI La Reforma (159%) y el CPI San José (182%). Una de las razones a las que se atribuye este incremento en la población reclusa en los últimos años es la tendencia al mayor uso de la prisión preventiva. En este sentido, la población indiciada (en prisión preventiva) de Costa Rica ha crecido al siguiente ritmo: 2007 (1,844), 2008 (1,964), 2009 (2,413), 2010 (2,635), 2011 (3,036), 2012 (3,264, lo que constituye el 24.78% de la población penal de ese año)[89].

…continuación
http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp La Dra. Bastos de Pinho señaló que "Es probable que el problema más serio que enfrenta el sistema penitenciario brasileño consista en el uso indiscriminado de la prisión preventiva".

[86] Tomando en cuenta la cifra total de personas privadas de libertad presentada por el propio Estado, y la población total de Chile estimada al 30 de junio de 2012 que era de 17,402,630 habitantes. Instituto Nacional de Estadísticas de Chile, *Estadísticas Demográficas 1.2.*

[87] DPLF, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, 2013, pág. 98.

[88] A este respecto, véase en general: DPLF, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, 2013, págs. 65-113.

[89] Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, *Informe Anual de Labores 2012-2013*, Informe del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, págs. 369-374 (estas estadísticas están actualizadas al 31 de diciembre de 2012). Además, documento de alerta titulado: *La Defensoría de los Habitantes, el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y la Defensa Pública: realizan un llamado de alerta nacional ante la situación que actualmente atraviesa el sistema penitenciario nacional*, del 3 de octubre de 2012, dirigido a la Señora Presidenta de la República de Costa Rica. Ya desde el 2008 el CAT reiteraba su preocupación acerca de la larga duración de la prisión preventiva y el elevado número de personas en detención preventiva en Costa Rica. ONU, Comité contra la Tortura, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 19 de la Convención contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura,* Costa Rica, CAT/C/CRI/CO/2, publicado el 7 de julio de 2008, párr. 5.

65. Con respecto a Ecuador se informó que de un total de 19,177 personas privadas de libertad a agosto de 2012: 9,409 (49.1%) estaban en calidad de procesadas y 9,768 (50.1%) habían recibido sentencia; de estas últimas, unas 4,732 (48.4%) contaban con sentencia firme ejecutoriada, lo que representa el 24.7% de la población penal total. Del total de 17,615 varones privados de libertad, el 25% están por delitos contra la propiedad, el 21% por delitos de drogas y el 20% por delitos contra las personas; y de las 1,562 mujeres privadas de libertad, el 61.3% están por delitos de drogas, el 16% por delitos contra la propiedad y el 10% por delitos contra las personas[90]. De acuerdo con el Defensor Público General del Ecuador, para disminuir los niveles de uso de la prisión preventiva es necesario trabajar en las siguientes líneas de acción: (a) priorizar el uso de salidas alternativas y medidas sustitutivas a la prisión preventiva; (b) hacer un uso adecuado de las medidas cautelares; (c) ejercer una persecución penal estratégica (sobre delitos complejos); (d) garantizar la autonomía y el fortalecimiento institucional de la Defensa Pública; (e) implementar la oralidad, y (f) tipificar el delito de persecución de inocentes. A juicio del Defensor Público General el impulso de una política criminal garantista requiere de una mayor sagacidad a nivel político-institucional[91].

66. Estados Unidos es indiscutiblemente el país con la mayor cantidad de personas presas del mundo, con aproximadamente 2,239,751 reclusos; y aun cuando el porcentaje de personas en prisión preventiva es de casi el 20%, la tasa de encarcelamiento es de 716 personas privadas de libertad por cada 100,000 habitantes[92].

67. En Haití a diciembre de 2012 había 8,860 personas privadas de libertad en los 17 centros penitenciarios del país (en comparación con 1,935 reclusos en 2004). Los niveles de hacinamiento en las cárceles siguen siendo alarmantes, al punto que la superficie vital promedio, tanto para reclusos condenados, como para personas en prisión preventiva es de 0.6 m². Este hacinamiento se debe ante todo a la excesiva y prolongada aplicación de la prisión preventiva, cuyo nivel en Puerto Príncipe llega al 90%[93]. En el 2011 la tasa general de personas en prisión preventiva a nivel nacional era de 89.2%, y ya en el 2010 el nivel de ocupación general del sistema penitenciario era del 430%[94].

---

[90] Respuesta al cuestionario de consulta con motivo del *"Informe temático sobre prisión preventiva en las Américas"* de la CIDH, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), 1 de noviembre de 2012. Las cifran presentadas tienen como fuente: La Coordinación General de Planificación – Estadísticas, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto.

[91] Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación del Dr. Ernesto Pazmiño Granizo, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp.

[92] International Center for Prisons Studies, World Prison Brief: http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/.

[93] ONU, Informe del Experto independiente sobre la situación de los derechos humanos en Haití, Michel Forst, A/HRC/22/65, publicado el 7 de febrero de 2013.

[94] Respuesta al cuestionario de consulta con motivo del *"Informe temático sobre prisión preventiva en las Américas"* de la CIDH, Abogados sin Fronteras, Canadá, 2 de noviembre de 2012, citando otras fuentes de Naciones Unidas.

68. En Guatemala, de acuerdo con información suministrada por la Procuraduría de los Derechos Humanos, el 56% de la población penal está conformado por personas en prisión preventiva, de ese total aproximadamente el 7% serían mujeres. Esta institución atribuye este alto porcentaje de personas en espera de juicio a la falta de infraestructura adecuada, al uso irracional de la prisión preventiva y las capturas masivas de personas. Además, se hace referencia a la "falta de decisión" de los operadores de justicia para aplicar otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, y a que "las alternativas actuales con que cuentan los jueces para aplicar medidas sustitutivas son limitadas". El alto índice de personas en prisión preventiva exacerba la grave situación de hacinamiento del sistema penitenciario, lo que incluso ha llevado a las autoridades a habilitar instalaciones carcelarias en cuarteles militares, lo que se cuestiona como contrario a la Constitución Política de la República[95].

69. En Honduras Comisión Interamericana observa con preocupación la reciente aprobación del Decreto No. 56-2013[96], que entró en vigencia el 17 de mayo del 2013, por medio del cual se reforma el Código Procesal Penal en el sentido de establecer la no procedencia de medidas sustitutivas de la prisión preventiva en un catálogo de veintiún delitos, así como en los casos de reincidencia. Lo que seguramente tendrá un impacto significativo en el ya colapsado sistema penitenciario hondureño[97].

70. La situación de Panamá es también es muy preocupante, no sólo porque tiene una tasa sumamente alta de personas en prisión preventiva: 65%, y un hacinamiento del 97%[98], sino porque además presente niveles extraordinariamente altos de personas privadas de libertad, con 364 presos por cada 100,000 habitantes, y de personas en prisión preventiva, con 411 por cada 100,000 habitantes. Frente a esta realidad, el Estado panameño, plantea cómo principal solución la construcción de un mega complejo penitenciario con capacidad para más de 5,000 internos; sin embargo, de no adoptarse las reformas penales necesarias, entre ellas las conducentes a un uso más racional de la prisión preventiva, el Estado tendría que construir cada año un centro penal con capacidad para 1,000 reclusos para ir al paso del crecimiento actual de la población penal[99].

---

[95] Respuesta al cuestionario de consulta con motivo del *"Informe temático sobre prisión preventiva en las Américas"* de la CIDH, Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, 2 de noviembre de 2012, págs. 6-8 y 21.

[96] República de Honduras, Decreto No. 56-2013 del 25 de abril de 2013.

[97] Con respecto a las graves deficiencias estructurales que padece el sistema penitenciario hondureño véase en general: CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras*, OEA/Ser.L/V/II.147, adoptado el 18 de marzo de 2013.

[98] De acuerdo con la información recibida del Estado, la capacidad instalada del sistema penitenciario panameño es de 7,342 plazas y, como se apunta en el cuadro No. 1, su población penal es de 14,521 reclusos, lo que significa que hay un nivel de sobrepoblación del 97%; dicho de otro modo, un déficit general de 7,179 plazas. Este aumento del hacinamiento resulta sumamente preocupante, si tomamos en cuenta que en septiembre de 2010, el mismo era del 163% (11,578 reclusos para 7,088 plazas). CIDH *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párr. 450.

[99] Clínica de Derechos Humanos y Resolución de Conflictos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, *La crisis en Panamá continúa: ¿Hacia un sistema penitenciario que respete los derechos humanos?*, págs. 7, 38 y 39. Presentado en: CIDH. Audiencia Temática: Situación de las Personas Privadas de Libertad en Panamá, 149º período ordinario de sesiones, organizada por Alianza Ciudadana, Clínica Internacional de Derechos

Continúa…

71. En relación con Uruguay, es necesario señalar que este país presenta una tasa alta de personas en prisión preventiva: 65% y un índice de 180 presos preventivos por cada 100,000 habitantes[100]. En su visita a Uruguay, la Relatoría de Personas Privadas de Libertad constató que existe una cultura muy arraigada en los operadores de justicia de privilegiar el uso de la prisión preventiva como medida cautelar, de ahí que la CIDH instara al Estado a: "promover un cambio en la cultura y la práctica judicial establecidas, que produzca un verdadero cambio de paradigma en a concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva"[101]. Este criterio también es aplicable a la mayoría de los países de la región, en los que aún la excepcionalidad de esta medida como principio rector de su aplicación no ha sido totalmente asumida por los operadores de justicia.

72. De acuerdo con información recibida por la CIDH, actualmente la República de México alberga en sus 419 centros penitenciarios una población penal de aproximadamente 242,000 personas, de las cuales el 95% son hombres y el 5% mujeres; de aquel total, el 79% son del fuero común y 21% del federal. Es el tercer país de la región, luego de Estados Unidos y Brasil, en cantidad de personas privadas de libertad. Dado que la capacidad instalada es de 188,000 plazas, México tiene un nivel general de hacinamiento del 26%. En este contexto, más del 40% de la población penitenciaria está constituido por presos sin condena, es decir, poco más de 100,000 personas; las cuales se encuentran en las mismas condiciones y expuestas por igual a los motines, las fugas, la violencia, el consumo de drogas, los homicidios y el autogobierno imperante en las cárceles. Durante los últimos cinco años, más de mil internos se han fugado de las prisiones mexicanas y alrededor de seiscientos han perdido la vida[102]. Se señala entre las causas de este alto porcentaje de presos sin condena la mora judicial y la amplia persecución de delitos menores, sobre todo patrimoniales en los que el objeto es de poca cuantía[103]. Se observa también, que entre diciembre de 2006 y septiembre de 2012, la Procuraduría General de la República (PGR) detuvo 9,233 personas por presuntos vínculos con el crimen organizado,

---

…continuación
Humanos y Resolución de Conflictos de la Universidad de Stanford y Clínica Internacional de Derechos Humanos de la Universidad de Harvard, 31 de octubre de 2013.

[100] Richard M. Aborn y Ashley D. Cannon, *Prisiones: encerrados sin sentencia*, Américas Quarterly, Edición de invierno de 2013, disponible en español en: http://www.americasquarterly.org/content/prisiones-encerrados-sin-sentencia.

[101] CIDH. Comunicado de Prensa 76/11 – Relatoría recomienda adopción de política pública carcelaria integral en Uruguay. Washington, D.C., 25 de julio de 2011, anexo, párr. 46.

[102] Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación de la Dra. Elena Azaola, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp En el mismo sentido, un reciente estudio puso de relieve que en México entre 1994 y 2004 la cifra de personas en prisión preventiva se duplicó, pasando de 41,400 detenidos a 81,900, y de ahí a 100,304 en enero de 2013, de éstos el 75% pertenece al fuero común. México Evalúa: Centro de Análisis de Políticas Públicas, *La Cárcel en México: ¿Para qué?,* pág. 23 y ss. Fuente de las estadísticas: Secretaría de Gobernación.

[103] Información presentada en el marco de la audiencia sobre la *Situación de las derechos humanos de las personas privadas de libertad en México*, 144º período ordinario de sesiones, organizada por Documenta, Asilegal y el Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría, S.J., 23 de marzo de 2012.

de las cuales, en ese periodo, sólo 1,059 fueron consignadas y 377 puestas en libertad[104]. Además, en el curso del 2013 la Comisión continuó recibiendo información preocupante acerca de la práctica de exhibir en los medios de comunicación a personas investigadas[105].

73. Entre los Estados de la región que presentan los porcentajes más altos de personas en prisión preventiva, también se encuentra Paraguay**.** Como se aprecia en el cuadro No. 1, de acuerdo con información oficial aportada por el Gobierno más del 73% de las personas privadas de libertad a nivel nacional están en calidad de procesados. A lo largo de la última década esta situación ha sido objeto de pronunciamientos reiterados y unánimes emitidos por diversos organismos internacionales de derechos humanos, comenzando por la propia CIDH, que en su Informe Especial de País de 2001 recomendó a Paraguay asegurar la tramitación de los procesos penales dentro de plazos razonables y asegurar la *"plena vigencia al principio de presunción de inocencia de modo que la regla general sea que no haya individuos detenidos durante los procesos"* [106]. En años posteriores se han pronunciado en un sentido similar: el HRC[107], el CAT[108], el SPT[109] y el RT[110].

74. En Venezuela la población penal total a marzo del 2013 era de 48,262 reclusos, de los cuales el 62.73% eran procesados y el 30.9% penados (el resto estarían en "destacamento de trabajo" y "depósito"). Esta situación ha contribuido a generar un nivel de hacinamiento de más del 190% en el sistema penitenciario, el cual adolece de un déficit de más de 30,000 plazas. Todo esto en un sistema penitenciario que presenta los niveles más altos de violencia del hemisferio (en las cárceles venezolanas en el 2012 murieron 591

[104] Subprocuraduría Jurídica y de Asuntos Internacionales, Dirección General de Asuntos Jurídicos, Oficio: SJAI/DGAJ/0638/2013, Asunto: Entrega de información en medio electrónico, de 17 de enero de 2013, Folio: 0001700217712. Entregado al colectivo: Animal Político en respuesta solicitud de información pública, documento disponible en: http://www.animalpolitico.com/2013/02/de-9-mil-detenidos-por-crimen-organizado-en-6-anos-682-purgan-condena/#axzz2dgGIYM91.

[105] CIDH. Audiencia Temática: *Derecho a la privacidad, víctimas de delitos y personas bajo responsabilidad del Ministerio Público*, 147º período ordinario de sesiones, organizada por FUNDAR, Centro de Análisis e Investigación, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), entre otros, 14 de marzo de 2013.

[106] CIDH. *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, Cap. IV, párr. 45(4) y (5).

[107] ONU, Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Conclusiones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, Paraguay, CCPR/C/PRY/CO/3, publicado el 29 de abril de 2013, párr. 20; y CCPR/C/PRY/CO/2, publicado el 24 de abril de 2006, párrs. 15 y 16.

[108] ONU, Comité contra la Tortura, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Paraguay, CAT/C/PRY/CO/4-6, publicado el 14 de diciembre de 2011, párr. 19.

[109] ONU, Subcomité para la Prevención de la Tortura, *Informe sobre la visita a Paraguay del SPT,* CAT/OP/PRY/1, publicado el 7 de junio de 2010, párrs. 151 y 152.

[110] ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe de la Misión a Paraguay, A/HRC/7/3/Add.3, publicado el 1 de octubre de 2007, párrs. 65, 71, 80, 83(o) y (s).

personas y 1,132 resultaron heridas)[111]. De acuerdo con información recibida por la CIDH el principal motivo de manifestaciones de protestas en las cárceles de Venezuela es precisamente el retardo procesal[112], con lo cual esta situación también exacerba el clima de violencia.

75. Con respecto a la situación en los Estados del Caribe, la observa que en las Bahamas al 1 de noviembre de 2011, de 1,348 internos, 708 (54%) estaban sentenciados y 611 (46%) estaban detenidos en espera de juicio. Además, Bahamas tiene el índice más alto de encarcelamiento del Caribe, con 435 reclusos por cada 100,000 habitantes; es decir, que por cada 270 habitantes hay un recluso[113]. Suriname tenía en febrero de 2011 una población penitenciaria de 1,010 reclusos, de los cuales aproximadamente el 50% se encontraban en prisión preventiva[114].

76. Con respecto al resto de los Estados del Caribe anglófono miembros de la OEA, de los que directamente no se ha recibido información, el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios de la Universidad de Essex, presenta los siguientes datos[115]:

Estado	Población penitenciaria total/fecha de la información	Porcentaje de personas en prisión preventiva/fecha de la información
Antigua y Barbuda	361 / Diciembre 2012	54.8% / Diciembre-2012
Barbados	1054 / 12-Diciembre-2012	37.2% / 31-Agosto-2009
Belize	1562 / 31-Diciembre-2012	34% / 31-Diciembre-2012
Dominica	275 / 31-Diciembre-2012	25.5% / 31-Diciembre-2012
Grenada	441 / 2012	52.3% / 13-Febrero-2012
Guyana	1962 / 31-Octubre-2011	39% / 31-Octubre-2011
Jamaica	4500 / Diciembre-2011	11.4% / 2009
San Kitts y Nevis	330 / 26-Agosto-2013	29.7% / 26-Agosto-2013

[111] Información presentada en el marco de la audiencia sobre la *Situación de las personas privadas de libertad en Venezuela*, 147º período ordinario de sesiones, organizada por el Observatorio Venezolano de Prisiones (OVP), 16 de marzo de 2013.

[112] Información presentada en el marco de la audiencia sobre la *Situación de las personas privadas de libertad en Venezuela*, 146º período ordinario de sesiones, organizada por el Observatorio Venezolano de Prisiones (OVP), 1 de noviembre de 2012. De acuerdo con los datos aportados por el OVP en esta audiencia, el 31% de las protestas en el 2012 fueron contra el retardo procesal, además este ha sido un tema continuamente mencionado por la CIDH en sus pronunciamientos sobre Venezuela. A este respecto resultan asombrosamente elocuentes las declaraciones de los reclusos en el siguiente video: http://www.youtube.com/watch?v=cyC_NQzIJ00 (ir al minuto 5:00 directamente).

[113] CIDH; *Presentations from the Second Regional Seminar on Best Prison Practices*, Jamaica, Diciembre de 2011, Presentación del Dr. Elliston Rahming, Superintendente de Prisiones, *Rehabilitation of Inmates: A National Imperatives,* págs. 5 y 6.

[114] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párr. 450. Y, Respuesta recibida mediante nota No. WASH/073/11/SM/jm de la Misión Permanente de Suriname ante la OEA, recibida el 23 de febrero de 2011 (al cuestionario enviado con motivo del Informe sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas).

[115] International Center for Prisons Studies, World Prison Brief: http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/.

Estado	Población penitenciaria total/fecha de la información	Porcentaje de personas en prisión preventiva/fecha de la información
San Vicente y las Granadinas	410 / 2012	29.4% / Diciembre-2012
Santa Lucía	568 / Noviembre-2012	40.8% / Noviembre-2012
Trinidad y Tobago	3800 / 2012	55.3% / 2012

D. Causas del uso excesivo de la prisión preventiva

77. Como ya se ha mencionado, a lo largo de los últimos años la CIDH ha observado entre las causas de los altos índices de personas en prisión preventiva en la región: el retardo o mora judicial; la falta de capacidad operativa y técnica de los cuerpos policiales y de investigación; la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas; las deficiencias en el acceso a los servicios de defensa pública; la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva; la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares; la inversión de la carga de probar la necesidad de aplicación de la prisión preventiva; la corrupción; el uso extendido de esta medida en casos de delitos menores; y la extrema dificultad en lograr su revocación.

78. Asimismo, ha encontrado como factores que inciden en el uso no excepcional de la prisión preventiva: las políticas criminales que con distinta denominación y mecanismos plantean la flexibilización y mayor uso de la privación de libertad como vía de solución al fenómeno de la delincuencia; y los desafíos relacionados con la actuación de la judicatura, tanto aquellos que tienen que ver con el respeto a la independencia de aquellas autoridades encargadas de la aplicación de la prisión preventiva, como de aquellos relativos a otros aspectos de la práctica judicial. En atención a la relevancia de estos factores, los mismos serán desarrollados con mayor detalle en esta sección.

1. Las políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana

79. La Comisión Interamericana ha observado como una tendencia generalizada en la región el que muchos Estados han planteado como respuesta a los desafíos de la seguridad ciudadana, o al reclamo de la sociedad, medidas legislativas e institucionales que consisten fundamentalmente en un mayor uso del encarcelamiento de personas como solución al problema. Estas reformas legales, que a lo largo de la última década han venido replicándose en los distintos Estados de la región, están orientadas a restringir o limitar las garantías legales aplicables a la detención de personas; potenciar la aplicación de la prisión preventiva; aumentar las penas y ampliar el catálogo de delitos punibles con pena de prisión; abstenerse de establecer medidas alternativas a la prisión y restringir el acceso o la posibilidad de concesión de determinadas figuras legales propias del proceso de ejecución de la pena en las que el recluso progresivamente va ganando espacios de libertad.

80. Por lo general, este tipo de reformas no se han venido dando como resultado de una reflexión científica y un debate serio e inclusivo acerca de su pertinencia, viabilidad y consecuencias, sino que en muchos casos se han dado como reacción inmediata a situaciones coyunturales en las que se dio una presión social y mediática frente a la inseguridad en general o en atención a determinados hechos concretos; como parte de un discurso populista dirigido a sacar réditos políticos de la percepción subjetiva de la criminalidad; y en algunos casos como respuesta a intereses concretos de algunos sectores económicos[116]. Estas iniciativas muchas veces revierten los avances logrados en procesos de adecuación de la normativa en los que, entre otros avances, se fortaleció el sistema de garantías procesales y se procuró racionalizar el uso de la prisión preventiva. Además, la aplicación de este tipo de políticas criminales ha venido teniendo un fuerte impacto en los sistemas penitenciarios.

81. Así por ejemplo, la CIDH observa que desde el 2004, año en el que se introdujo el sistema penal acusatorio en el ordenamiento jurídico colombiano, se han adoptado una serie de reformas legislativas que independientemente de ser compatibles o no con la Convención Americana, sí han producido, en mayor o menor medida, un impacto real en el aumento de la población penal.

82. Estas son principalmente: (a) la Ley 890 de 2004, de reforma al Código Penal, por medio de la cual se crean nuevos delitos[117], se aumentan las penas mínimas y máximas de todos los delitos[118], y se modifica la posibilidad de acceder al subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena fijando su procedencia al cumplirse las dos terceras partes de la pena, cuando anteriormente requería el cumplimiento de las

[116] En este sentido, en el 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal se consideró como un hecho cierto, el que la presión comunitaria es otra de las causas que repercute en los altos índices de hacinamiento en las cárceles. En este sentido, "en las comunidades en que la seguridad es una preocupación, puede haber un apoyo de facto a la legislación y las políticas que contribuyen al hacinamiento en las cárceles, incluida la utilización extensa de la detención previa al juicio. La presión que los ciudadanos ejercen sobre los gobiernos, a menudo a través de los medios de comunicación, para que se penalice a los delincuentes es una de las razones por las que las cárceles siguen siendo los principales instrumentos de castigo". 12º Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Salvador, Brasil, del 12 al 19 de abril de 2010. Véase documento técnico: *Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios*, A/CONF.213/16, publicado el 25 de enero de 2010, párr. 15. Esta realidad ha sido observada también por otros mecanismos de Naciones Unidas, en países como Brasil y Uruguay, véase a este respecto: ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe de la Misión a Uruguay, A/HRC/13/39/Add.2, publicado el 21 de diciembre de 2009, párr. 82; y ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Comunicado de prensa sobre conclusión de la visita a Brasil, 28 de marzo de 2013. A este respecto, el RT ha manifestado, luego de observar la situación de varios países, que algunas figuras y partidos políticos se han dedicado a explotar en las elecciones el temor generado por la percepción general de la falta de seguridad ciudadana. ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe de la Misión a Brasil, E/CN.4/2001/66/Add.2, publicado el 30 marzo de 2001, párr. 159.

[117] Delitos contra la seguridad informática para sancionar el espionaje, el sabotaje y la usurpación de la propiedad intelectual; delitos de apoderamiento y contrabando de hidrocarburos; delitos contra el patrimonio arqueológico; y delitos específicos denominados contra los medios de prueba y otras infracciones, para preservar la integridad de los testigos, evitar la destrucción de material probatorio y demás aspectos que involucran este tipo de delitos.

[118] Se incrementó una tercera parte en el tope mínimo y la mitad en el máximo de todas las penas privativas de la libertad.

tres quintas partes, y se supeditó su concesión al pago total de la multa y de la reparación a la víctima[119]. (b) la Ley 1142 de 2007, por medio de la cual se extiende la detención preventiva para doce delitos; se aumentan las penas para otros, y se imponen límites para la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por otras medidas de aseguramiento[120]. Y, (c) la Ley 1453 de 2011, de "Seguridad Ciudadana", por medio de la cual se aumentan las penas de varios delitos, se crean nuevos delitos y facilita la imposición de medidas de aseguramiento, se aumenta los términos de detención preventiva[121], y se establecen exclusiones para beneficios y subrogados penales. De acuerdo con el INPEC, la Ley 1453 de 2011, ha generado el ingreso en promedio mensual de 3.000 internos a las cárceles[122]. Además de otras disposiciones similares que en su conjunto han significado una marcada tendencia a un mayor uso de la privación de libertad como medio de control social[123].

---

[119] La Corte Constitucional mediante Sentencia C-823 de 10 de agosto de 2005 declaró esta norma exequible de manera condicional "en el entendido de que en caso de demostrarse ante el juez de ejecución de penas -previa posibilidad de contradicción por la víctima y el Ministerio Público- la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la reparación a la víctima no impedirá la concesión excepcional del subrogado de libertad condicional". Por otro lado, esta disposición restrictiva de la libertad condicional, al igual que las contenidas en otras de las citadas leyes promulgadas en ese periodo, son regresivas de la letra y espíritu de la Ley 415 de 1997 que en su momento se promulgó con el objeto de descongestionar los establecimientos carcelarios.

[120] El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), verificó que como efecto directo de la entrada en vigencia de la Ley 1142, "del segundo trimestre de 2007 al tercero, la cantidad de preventivas aumentó de 2,255 a 7,786, a pesar de que los casos ingresados descendieron a menos de la mitad". Y que, "al entrar en vigencia la citada ley, en puntos porcentuales se multiplicaron las detenciones por diez (del 4,74% al 38.65%), respecto de los casos ingresados", a pesar de que posteriormente estas cifras tendieron a estabilizarse. CEJA, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Santiago de Chile, 2008, pp. 248-250. A este respecto, la Corporación Excelencia en la Justicia señaló que *"una de las causas para que el índice de hacinamiento fuese creciente en el último año fue la implementación de la Ley 1142 de 2007 la cual, entre otros, no permite beneficios ni subrogados penales a las personas que hayan sido condenadas por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los cinco años anteriores y también fija aumento de penas en algunas conductas típicas del Código Penal"*. Fragmento tomado de: http://www.cej.org.co/index.php/todos-los-justiciometros/824-evolucion-de-la-situacion-carcelaria-en-colombia.

[121] De acuerdo con un informe presentado a la CIDH por el Grupo de Derecho de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, *"entre junio de 2011, mes en el cual entró en vigencia esta ley, y abril de 2012, se incrementaron en un 12.9% las modalidades delictivas de la población intramuros, pasando de 139,560 a 157,522. Al respecto es necesario tener en cuenta que un interno puede estar involucrado en uno o más delitos. Según el INPEC, la modalidad de mayor incremento es el hurto, con 3,695 nuevos transgresores, seguido por el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, con 3,502. En términos generales, esta ley ha modificado sustancialmente la tendencia de crecimiento de la población reclusa en el 2011; dándole así sentido al incremento de 16,000 nuevos internos respecto de 2010"*.

[122] Véase a este respecto, Caracol Radio, *Inpec impugna fallo de tutela que impide nuevos traslados de reclusos a La Modelo*, 1 de febrero de 2013. Disponible en: http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/director-del-inpec-lanza-ultimatum-a-directores-por-irregularidades-en-carceles/20130206/nota/1837810.aspx.

[123] Como por ejemplo: la Ley 1121 de 2006, por la cual se eliminan las rebajas de penas para delitos de extorsión, terrorismo y secuestro; la Ley 1181 de 2007, por la cual se aumenta las penas para el delito de inasistencia alimentaria; la Ley 1220 de 2008, por la cual se incrementan las penas para delitos contra la salud pública; la Ley 1236 de 2008, por la cual se crean nuevos delitos y aumentan las penas por delitos contra la integridad sexual; la Ley 1257 de 2008, por la cual se aumentan las penas para delitos de violencia y discriminación contra la mujer; la Ley 1273 de 2009, por la cual surgen nuevos delitos contra la propiedad intelectual; la Ley 1329 de 2009, mediante la cual se crean nuevos delitos contra la explotación sexual de menores; la Ley 1356 de 2009, por la que se crean causales de agravación de penas para delitos cometidos en escenarios deportivos; la Ley 1357 de 2009, por la que se aumentan las penas para varios delitos como la captación ilegal de dinero; la Ley 1426 de 2010, que crea una nueva causal de agravación para homicidios

Continúa…

83. De forma parecida, en Bolivia[124] en el curso los doce años siguientes a la entrada en vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal (marzo de 2001)[125], se han producido una serie de modificaciones al ordenamiento jurídico penal tendientes principalmente a la creación de nuevos tipos penales, al endurecimiento de penas, a la ampliación de las facultades de los jueces y fiscales para solicitar y aplicar la detención preventiva, o a la ampliación de los plazos legales para las investigaciones preliminares, las actuaciones policiales y la cesación de la prisión preventiva.

84. En lo esencial, este proceso de contrarreforma ha estado definido por: (a) La Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana[126], por medio de la cual se introducen cambios significativos al régimen de medidas cautelares, incorporando la reincidencia como causal para la configuración del peligro procesal; ampliando las facultades del juez y el fiscal para determinar el peligro de fuga y de obstaculización del proceso; e incrementando las penas. (b) La Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigaciones de Fortunas ("Marcelo Quiroga Santa Cruz")[127], esta norma que nace en el marco de una política de Estado para combatir la corrupción, establece una vinculación directa de delitos del código penal con la corrupción y el enriquecimiento ilícito, y crea ocho nuevos tipos penales a los que asigna penas que en muy pocos casos son sujetas a la aplicación de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, establece la retroactividad de la ley penal en casos de corrupción, y adopta otras disposiciones[128]; y (c) la Ley de Modificaciones al Sistema Normativo Penal[129], que incorpora cinco factores adicionales para la determinación del peligro de fuga, amplía los plazos para solicitar la cesación de la detención preventiva, y crea un régimen inmediato de tratamiento a delitos flagrantes, incluyendo una presunción de flagrancia muy amplia y temporalmente indefinida. Además de estas tres leyes a las que se ha hecho referencia, se han introducido

…continuación
cometidos contra periodistas, defensores de derechos humanos o servidores públicos; y la Ley 1474 de 2011, que Introduce nuevos tipos penales como la corrupción privada, la administración desleal, la omisión de control en el sector de la salud, el peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de seguridad social, el peculado culposo frente a recursos de la seguridad social, el fraude de subvenciones, los acuerdos restrictivos de la competencia y el tráfico de influencias de particular. Asimismo, amplía los términos de prescripción penal y excluye de beneficios a los delitos contra la administración pública relacionados con corrupción.

[124] Fundación Construir, *Reforma Procesal Penal y Detención Preventiva en Bolivia*, 2012, págs. 26-37, 123. En este estudio se concluye que en su implementación el Nuevo Código de Procedimiento Penal no logró cumplir con los fines previstos "en gran medida debido a las modificaciones al ordenamiento jurídico penal con enfoque punitivo, ya que la discusión sobre la persecución penal no profundizó en los aspectos integrales que hacen al funcionamiento de la administración de justicia penal, y a la falta de políticas de prevención por parte del Estado" (pág. 37).

[125] Estado Plurinacional de Bolivia, Ley 1970 del 25 de marzo de 1999.

[126] Estado Plurinacional de Bolivia, Ley 2494 del 4 de agosto de 2003.

[127] Estado Plurinacional de Bolivia, Ley 004 del 4 de marzo de 2010.

[128] Esta norma también establece: la imprescriptibilidad de la pena en delitos de corrupción, agravantes a las penas impuestas en los delitos vinculados a la corrupción, la interrupción de la prescripción de la acción penal por declaratoria de rebeldía, y la improcedencia de la suspensión condicional de la pena y el perdón judicial en delitos de corrupción (artículo 34).

[129] Estado Plurinacional de Bolivia, Ley 007 del 18 de mayo de 2010.

otras modificaciones recientes al ordenamiento penal que estarían relacionadas con la creación y modificación de tipos penales y el incremento de penas[130].

85. De igual forma, el Observatorio Venezolano de Prisiones (OVP) informó que el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela ha sido reformado en seis oportunidades durante los años 2000, 2001, 2006, 2008, 2009 y 2012, y que como resultado de tales reformas, lejos de resolverse los problemas de la administración de justicia penal, se ha incrementado la tasa de personas privadas de libertad por cada 100,000 habitantes, pasando de 58.4 en el 2000 a 170 en 2011[131].

86. Uno de los elementos centrales de esta tendencia regional que apunta a un empleo cada vez mayor de la privación de la libertad como mecanismo de control social, es el endurecimiento de la prisión preventiva y sus diversos mecanismos. Estas reformas se han justificado en gran medida por la percepción de algunos sectores de que el uso excepcional de esta medida implica impunidad, o como suele decirse en el discurso del populismo penal, "crea una puerta giratoria" por donde salen los delincuentes al poco tiempo de haber sido aprendidos; o bien, porque se considere que determinados delitos por su gravedad o porque se presentan con cierta frecuencia deben conllevar inmediatamente el encarcelamiento del acusado. Pero sobre todo por un sentimiento de inseguridad ciudadana y de desconfianza hacia el sistema de justicia. Por lo que en la práctica, se recurre en ocasiones a la prisión preventiva como una pena anticipada o una forma de justicia expedita, desnaturalizándose por completo su finalidad procesal cautelar –en Chile el 70% de los jueces entrevistados en una encuesta estuvo de acuerdo en que la prisión preventiva es utilizada en ocasiones como una pena anticipada[132]–. Y es que en definitiva, como observa el CEJA, los cuestionamientos a la plena vigencia de los principios de presunción de inocencia y excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva, "no se dan en el terreno del debate legal, sino desde fuera del mismo y desde lugares donde la argumentación de principios pareciera no tener mayor efecto o tener uno bien limitado"[133].

87. De acuerdo con un estudio publicado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), en el lapso de nueve años comprendido entre 1999 y 2008 se aprobaron en once países de la región dieciséis reformas legales (a lo largo de este capítulo

[130] Ley Contra el racismo y Toda Forma de Discriminación (Ley 045 del 8 de octubre de 2010), Ley de Protección Legal de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 054 del 8 de noviembre de 2010), Ley de Pensiones (Ley 065 de 10 de diciembre de 2010), Ley de Desarrollo y Seguridad Fronteriza (Ley 100 de 4 de abril de 2011), Ley Contra el Financiamiento del Terrorismo y Separatismo (Ley 170 de 9 de septiembre de 2011), el Código Procesal Constitucional (Ley 254 del 5 de julio de 2012), Ley de Régimen de Congelamiento de Fondos y otros Activos de Personas Vinculadas con Acciones y Financiamiento de Terrorismo (Ley 262 del 31 de julio de 2012), Ley sobre Trata de Personas (Ley 263 del 31 de julio de 2012), y Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (Ley 264 del 31 de julio de 2012).

[131] Respuesta al cuestionario de consulta con motivo del *"Informe temático sobre prisión preventiva en las Américas"* de la CIDH, Observatorio Venezolano de Prisiones, 2 de octubre de 2012.

[132] Fundación Paz Ciudadana, *Encuesta de opinión de jueces: Evaluación de las medidas cautelares personales y otros temas relacionados*, 2010, pág. 11.

[133] CEJA, *Sistemas Judiciales – Prisión Preventiva*, Año 7, No. 14: Cristian Riego, *Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina*, p. 7.

se hace referencia a otras más recientes) que en lo fundamental buscan favorecer o ampliar la aplicación de la prisión preventiva, con indiferencia o prescindencia de su lógica cautelar[134]. En este sentido, se identifican en términos generales tres tendencias o mecanismos legislativos[135]:

(a) El establecimiento de delitos inexcarcelables o hacer significativamente más difícil la obtención de la libertad. El legislador establece *a priori* que los imputados por determinados delitos necesariamente deben permanecer privados de libertad durante el proceso. En líneas generales, esta determinación puede hacerse señalando expresamente la lista de delitos en los que la imposición de la prisión preventiva es obligatoria; o estableciendo por vía de ley la presunción de que se configura algunos de los requisitos de procedibilidad de la prisión preventiva atendiendo a criterios fijados de antemano por el legislador (p. ej., establecer la presunción legal del peligro de fuga del imputado en delitos que tengan una determinada pena mínima, con lo cual la imposición de la prisión preventiva en esos casos es, de hecho, obligatoria).

88. A este respecto, algunos códigos han optado por incluir disposiciones normativas que sin imposibilitar del todo que algunos imputados sigan sus procesos en libertad hacen que resulte significativamente más difícil obtener esta posibilidad, mediante el establecimiento de procedimientos o requisitos extraordinarios, o de presunciones conforme a las cuales ante determinadas circunstancias el juez respectivo debe o puede estimar la concurrencia del peligro procesal (el cual en principio sería un fin permitido para la aplicación de la medida). Las legislaciones, por lo general, tienden en este aspecto a resguardar espacios mínimos de discrecionalidad o apreciación judicial, con el objeto de no tornarse evidentemente ilegítimas (o contrarias al orden constitucional y/o convencional).

(b) Prohibición de sustitución de la prisión preventiva por otras medidas cautelares personales menos gravosas para el imputado. En esta situación, similar a la de los delitos inexcarcelables, se establece la permanencia de la prisión preventiva durante el tiempo que dure el proceso, y se excluye la posibilidad de que el juzgador aplique otras medidas cautelares menos restrictivas de la libertad personal. De esta manera se establece en los hechos que la única medida cautelar posible en estos casos está dada por la privación de libertad, sin poderse considerar que otras afectaciones menos intensas podrían ser suficientes.

---

[134] Estos serían: Argentina: (Provincia de Buenos Aires) Ley 13.449 de 2006; Bolivia: Ley 2.494 de 2003; Chile: Ley 20.074 de 2005 y Ley 20.253 de 2008; Colombia: Ley 1.142 de 2007; Costa Rica: Ley 8.589 de 2007, Ecuador: Ley 23-101 de 2003; El Salvador: Decreto No. 752 de 1999, D. Legislativo No. 487 de 2001, D. Legislativo No. 458 de 2004 y D. Legislativo No. 386 de 2007; Guatemala: Decreto No. 30 de 2001 y Decreto No. 51 de 2002; Honduras: Decreto No. 223 de 2005; Paraguay: Ley 2.493 de 2004; y Venezuela: Gaceta oficial No. 5.558 de 2001. CEJA, *Sistemas Judiciales – Prisión Preventiva*, Año 7, No. 14: Claudio Fuentes Maureira, *Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma*, p. 37.

[135] Del informe *Contrarreforma y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, presentado por representantes del CEJA y *Open Society* en una sesión informativa con los miembros de la CIDH, celebrada el 1 de noviembre de 2010 en curso del 140º periodo ordinario de sesiones. CIDH. Comunicado de Prensa 109/10 – CIDH culmina 140º periodo ordinario de sesiones, anexo.

(c) Ampliación de las causales de procedencia de la prisión preventiva más allá de su sola lógica cautelar. A través de fórmulas legales que: (1) tienden a extender el sentido de la causal peligro de fuga a hipótesis que la alejan de su lógica cautelar, por ejemplo, al dar preeminencia a consideraciones como la gravedad del acto y de la expectativa de la pena en caso de una eventual condena; o (2) que construyen causales de procedencia de la prisión preventiva diversas a las tradicionales o cautelares, que responden a criterios más bien punitivos o peligrosistas, como el peligro de reincidencia.

89. Retomando los ejemplos de Colombia y Bolivia, de los cuales ya se presentó un panorama general de sus respectivos procesos de reforma penal, se observa que con respecto a la aplicación de la prisión preventiva se han adoptado las siguientes reformas específicas:

90. En Colombia la Ley 1142 de 2007 adicionó una cuarta causal para la aplicación de la prisión preventiva, estableciendo su procedencia cuando la persona hubiese sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención dentro del año anterior, siempre que no se hubiere producido la preclusión o la absolución en el caso precedente (Art. 26). La Ley 1453 de 2011 agravó esta disposición al extender el término de aplicación de esta norma de uno a tres años (Art. 60).

91. Asimismo, la Ley 1142 de 2007 estableció que para estimar si la libertad de un imputado resultaba un peligro para la seguridad de la comunidad sería suficiente la consideración de la gravedad y la modalidad de la conducta punible (Art. 24). Si bien la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de este artículo en el entendido de que el juez, para llegar a esta determinación, debe siempre valorar las otras circunstancias establecidas en la ley (Art. 310 del Código de Procedimiento Penal)[136]; sin embargo, la Ley 1453 de 2011 volvió a establecer que para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de "los fines constitucionales de la prisión preventiva" (Art. 65). En los hechos, esta modificación no aporta elemento alguno en términos de garantía al derecho a la libertad personal, sino que reafirma la flexibilidad del funcionario judicial de mantener la detención de una persona atendiendo sólo a la "gravedad y modalidad de la conducta punible".

92. Además, la Ley 1142 de 2007 estableció que para el otorgamiento de la sustitución de la detención preventiva, además del cumplimiento de alguna de las circunstancias ya establecidas en el Código de Procedimiento Penal, debía cumplirse como segunda condición que al procesado no le sea imputado ninguno de los más de dieciocho delitos enumerados en un parágrafo que la referida ley adiciona (Artículo 27). Posteriormente, por virtud de la Ley 1474 de 2011 se adicionaron a esta lista cinco delitos más (Art. 39)[137].

---

[136] Corte Constitucional, Sentencia C-1198/08, del 4 de diciembre de 2008 (Magistrado Nilson Pinilla Pinilla).

[137] Luego de esta última modificación, los delitos excluidos de la figura de la sustitución son los siguientes: los de competencia de los jueces penales de circuito especializados; tráfico de migrantes; acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir; violencia intrafamiliar; hurto calificado; hurto agravado; estafa agravada; Continúa…

93. Por su parte, en Bolivia[138] la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (No. 2494 de 2003) introduce el *peligro de reincidencia* como criterio oficial para la configuración del riesgo procesal que sustentaría la aplicación de la prisión preventiva (u otras medidas cautelares) siempre que no hubieren transcurrido cinco años desde el cumplimiento de la última condena (Art. 16). Además, utiliza un lenguaje abierto en cuanto a los criterios para determinar el riesgo de obstaculización del proceso, estableciendo que cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener que el imputado obstaculizará la averiguación de la verdad, es valedera para determinar el peligro de obstaculización del proceso (Art. 15). Asimismo, esta norma faculta al juez para aplicar medidas cautelares más gravosas que las solicitadas por el fiscal y/o querellante (Art. 16). –

94. Posteriormente, la Ley de Modificaciones al Sistema Normativo Penal (No. 007 de 2010) incorpora cinco factores adicionales para la determinación del peligro de fuga: (1) existencia de actividad delictiva anterior; (2) haber recibido imputación formal o sentencia en primera instancia; (3) habérsele aplicado al acusado una salida alternativa por delito doloso; (4) pertenecer a asociaciones delictivas u organizaciones criminales; y (e) constituir un peligro para la sociedad, para la víctima o para el denunciante (Art. 1). Amplía los plazos para solicitar la cesación de la prisión preventiva, 18 meses sin que se haya dictado acusación y/o 36 meses sin que se haya dictado sentencia –si la demora no es atribuible a la conducta procesal del acusado–. Y se amplían las facultades de la víctima para solicitar la prisión preventiva aunque no se haya constituido como querellante.

95. Igualmente, y como también se mencionó, en Honduras el Decreto No. 56-2013 establece la no procedencia de medidas sustitutivas de la prisión preventiva en un catálogo de veintiún delitos[139]. Esta reforma conlleva que el Ministerio Público con el solo hecho de calificar el acto en uno de esos delitos obtendrá automáticamente y sin tener que probar la necesidad racional de la medida, la obtención de prisión preventiva en contra de la persona acusada, pues que se le releva de la obligación de justificar esta medida

…continuación
uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal cuando concurra con el delito de concierto para delinquir, o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas; fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares; peculado por apropiación de cuantía superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales; concusión; cohecho propio; cohecho por dar u ofrecer; enriquecimiento Ilícito; soborno transnacional; interés Indebido en la celebración de contrato; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; tráfico de Influencias; receptación repetida, continua; receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos.

[138] Fundación Construir, *Reforma Procesal Penal y Detención Preventiva en Bolivia*, 2012, págs. 26 y 27.

[139] Estos son: homicidio (cuando no hay causa de justificación), asesinato, parricidio, violación, trata de personas, pornografía infantil, secuestro, falsificación de moneda y billetes de banco, robo de vehículos, magnicidio de jefes de Estado, genocidio, asociación ilícita, extorsión, delitos relacionados con armas de guerra, terrorismo, contrabando (en determinados casos), defraudación fiscal (en determinados casos), delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, lavado de activos, prevaricato, y femicidio.

privativa de libertad. Además, esta norma formaliza la reincidencia como causal de imposición obligatoria de la prisión preventiva[140].

96. En su visita a Honduras de agosto del 2013, la Relatoría de Personas Privadas de Libertad constató que previamente a la aprobación de esta ley por parte del Congreso de la Nacional no se realizó ningún estudio o análisis del impacto que esta reforma seguramente tendrá en el sistema penitenciario, que ya está colapsado, ni en la eventual incidencia que dicha reforma tendría realmente en la reducción de los índices de criminalidad en el país[141].

97. En síntesis, se podría considerar que dentro de la amplia gama de modificaciones que se han venido dando al marco jurídico de la prisión preventiva en la región, algunas contravienen de un modo directo y evidente las normas y estándares del Sistema Interamericano, e incluso han sido objeto de decisiones de la Comisión o de la Corte en casos individuales (relativos, por ejemplo, a la aplicación obligatoria sin individualización de la prisión preventiva en casos de drogas); otras si bien menos evidentes, también pueden considerarse como transgresiones directas a dichas normas y estándares; por último, se han dado otros procesos de reforma que han procurado cumplir, al menos formalmente con estos parámetros, pero cuya conformidad con los mismos no resulta clara en todos los casos, sobre todo en su aplicación. Más adelante en este informe, en el capítulo relativo a los estándares del Sistema Interamericano se desarrollan con mayor detalle estos aspectos.

98. En todo caso, todos estos procesos tienen como denominador común la tendencia a reducir los espacios de valoración e individualización del juzgador respecto de la necesidad y procedencia de la prisión preventiva en el caso concreto; lo que además de su eventual incompatibilidad con la Convención America, conduce a un automatismo en su aplicación.

99. Además, como se verá en la siguiente sección, estos procesos de reforma vienen acompañados de un fuerte mensaje mediático y político-institucional dirigido desde las más altas esferas del gobierno, y que recibe gran respaldo popular. De ahí, que los operadores de justicia en sentido amplio, "se ven muy presionados por los cambios legislativos pero sobre todo por el control social que se ejerce sobre ellos desde los medios

[140] Las medidas alternativas a la prisión preventiva no podrán imponerse si existe grave riesgo de que no se logre la finalidad perseguida o en caso de reincidencia. Una persona sólo puede ser beneficiada con estas medidas en un sólo proceso activo, en caso que se le decrete auto formal de procesamiento por un nuevo requerimiento fiscal, debe imponérsele la medida cautelar de prisión preventiva en ambos juicios.

[141] A este respecto, la Comisión Interamericana valora positivamente que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos emitió el 4 de julio de 2013 una opinión técnica en la que concluyó que "el Decreto Legislativo No. 56-2013 desnaturaliza la medida cautelar de la prisión preventiva, desconoce su naturaleza y finalidad, contradice el estado constitucional de inocencia y le da el carácter de pena anticipada a la prisión preventiva, además de agravar la precaria situación del sistema penitenciario nacional"; con lo cual, consideró que el Congreso "debe proceder al nombramiento de una comisión especial en conjunto con los operadores de justicia, para revisar el impacto que dicha reforma está teniendo en el aumento de la sobrepoblación penitenciaria y decretar una nueva reforma para recuperar el valor procesal de la medida cautelar de prisión preventiva, conforme a los estándares internacionales en la materia" (el subrayado es nuestro).

de comunicación, y en su mayoría terminan comportándose mayoritariamente de acuerdo con esas presiones, a pesar de sus convicciones jurídicas"[142].

100. Por otro lado, y sin perjuicio de las eventuales incompatibilidades entre los elementos de estas políticas criminales, que se sustentan en mayores restricciones al derecho a la libertad personal, y las obligaciones internacionales asumidas por los Estados frente a sus ciudadanos, la CIDH observa que no existe evidencia empírica que demuestre que las mismas tengan una incidencia real en la disminución de la criminalidad y la violencia, ni resuelvan en un sentido más amplio los problemas de seguridad ciudadana[143].

101. Lo anterior ha sido constatado reiteradamente por los mecanismos internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, el Relator sobre PPL en el curso de su visita a El Salvador de 2010 observó que a pesar de que a población penitenciaria del país excedía de 24,000 personas (la capacidad instalada era de 8,110 plazas) la actividad criminal y los niveles de violencia continuaban aumentando a pesar del empleo masivo de la detención[144]. De igual forma, el GTDA tras su reciente visita a El Salvador de 2012 ratificó este fracaso de las políticas de represión policial denominadas "Plan Mano Dura" (de 2003) y "Plan Mano Súper-Dura" (de 2005), las cuales han estado centradas primordialmente en la represión policial y en el recurso generalizado a la detención preventiva. En este contexto, el GTDA subrayó que la necesidad de confrontar los retos de la seguridad ciudadana es una "materia de legítima preocupación estatal"; sin embargo, ello "no puede lograrse sin la debida consideración y respeto al derecho a la libertad y a estar libre de un arresto o detención arbitrarios"[145].

102. En Bolivia, por ejemplo, a pesar de las reformas a la legislación penal que se han venido dando en los últimos años, la actividad delictiva va en constante ascenso. De acuerdo con cifras oficiales generadas en función de reportes de la policía: (a) entre el 2005 y el 2007 las denuncias por delitos se incrementaron en un 24%; entre el 2005 y el 2009 en un 52%; y entre el 2005 y el 2010 en un 70% (de 34,201 en 2005 a 57,982 en 2010). Estos datos no incluyen aquellos hechos delictivos no denunciados[146].

103. Por ello, la CIDH reitera, como también lo expresó el RT, que en general el uso de la prisión como medida habitual y no de último recurso no ha servido para reducir

---

[142] CEJA, *Sistemas Judiciales – Prisión Preventiva*, Año 7, No. 14: Cristian Riego, *Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina*, pág. 8.

[143] Lo mismo ha sido considerado en diversos foros de la Organización de Naciones Unidas, entre ellos el 12º Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Salvador, Brasil, del 12 al 19 de abril de 2010. Véase documento técnico: *Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios*, A/CONF.213/16, publicado el 25 de enero de 2010, párr. 14.

[144] CIDH. Comunicado de Prensa 104/10 – Relatoría de la CIDH constata deficiencias estructurales de sistema penitenciario de El Salvador. Washington, D.C., 20 de octubre de 2010, Anexo.

[145] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a El Salvador, A*/HRC/22/44/Add.2, publicado el 11 de enero de 2013, Resumen y párrs. 123 y 124.

[146] Fundación Construir, *Reforma Procesal Penal y Detención Preventiva en Bolivia*, 2012, pág. 36. Citando como fuente el informe *Estado de Situación de la Inseguridad Ciudadana en Bolivia 2005-2010*, del Observatorio Nacional de Seguridad Ciudadana dependiente del Ministerio de Gobierno.

los índices de delincuencia ni para prevenir la reincidencia. Sino que por el contrario, esto impacta negativamente en el sistema penitenciario; por ello, en lugar de los sistemas penales y penitenciarios orientados a encerrar personas debe darse prioridad a la reforma profunda del sistema de administración de justicia, introduciendo un nuevo enfoque que tenga como objeto la rehabilitación y la reinserción de los delincuentes a la sociedad[147]. En el mismo sentido, la *Declaración de Salvador* considera que el logro de resultados sostenibles y duraderos en materia de prevención del delito y enjuiciamiento y sanción de sus autores pasa por la creación, modernización y el fortalecimiento de los sistemas de justicia penal y la promoción del estado de derecho[148].

104. La seguridad ciudadana es un asunto complejo en el que inciden múltiples factores, actores y condiciones, entre los cuales se cuentan: la historia y la estructura del Estado y la sociedad; las políticas y programas de los gobiernos; la vigencia de los derechos económicos sociales y culturales; y el escenario regional e internacional. En este sentido, la Comisión reitera que las políticas públicas sobre seguridad ciudadana deben contemplar prioritariamente el funcionamiento de una estructura institucional eficiente, que garantice a la población el efectivo ejercicio de los derechos humanos relacionados con la prevención y el control de la violencia y el delito. Específicamente, estas políticas públicas sobre seguridad ciudadana deben contemplar, de manera prioritaria, acciones de prevención de la violencia y el delito en estas tres dimensiones:

> (1) prevención primaria, referida a aquellas medidas dirigidas a toda la población, que tienen que ver con los programas de **salud pública**, **educación**, **empleo**, y formación para el respeto a los derechos humanos y construcción de ciudadanía democrática; (2) prevención secundaria, que incorpora medidas destinadas a personas o grupos en situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia y el delito, procurando, mediante **programas focalizados disminuir los factores de riesgo y generar oportunidades sociales**; y (3) prevención terciaria: que involucra medidas, relacionadas con acciones individualizadas dirigidas a personas ya involucradas en conductas delictivas, que se encuentran cumpliendo una sanción penal, o que han culminado de cumplirla recientemente. En estos casos adquieren especial relevancia los **programas destinados a las personas que cumplen sanciones penales** privados de libertad[149] (énfasis añadido).

[147] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párr. 454; ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe de la Misión a Uruguay, A/HRC/13/39/Add.2, publicado el 21 de diciembre de 2009, párrs. 100 y 101.

[148] ONU, Declaración de Salvador sobre estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución, adoptada en el 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Salvador (Brasil) del 2 al 19 de abril de 2010, párr. 8.

[149] CIDH. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, párrs. 2, 61 y 155.

105. Y es que en definitiva, como se ha reconocido desde hace más de treinta años[150], la violencia y el delitos son fenómenos que tienen sus raíces en problemas sociales complejos que trascienden al derecho penal, y que están relacionados con aspectos mucho más abarcadores y profundos como la justicia y la inclusión social, y la distribución equitativa de los recursos económicos. En concreto, tienen que ver factores como la pobreza, el desempleo, la falta de oportunidades de ascenso social y la falta de acceso a la educación y a la salud. Por eso, la reducción de la violencia y la criminalidad requieren de políticas públicas integrales que estén dirigidas a sus verdaderas causas. A este respecto, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) destaca que:

> De los estudios de las Naciones Unidas sobre criminalidad y funcionamiento de los sistemas de justicia penal y de las encuestas de victimización de las Naciones Unidas surge que los países que fortalecen sus sistemas de justicia penal pero no logran desarrollar sociedades de equidad construyen sociedades violentas y no ven reducir sus tasas de delito. Además, su creciente utilización de la justicia penal se torna ilegítima, por la ausencia de buena defensa técnica para el alto número de personas de escasos recursos, por el excesivo número de presos y presas y su alto número sin condena, por el hacinamiento en las cárceles y por un sinnúmero de otras violaciones a derechos fundamentales[151].

106. En suma, la Comisión Interamericana reitera que cualquier consideración relativa a la regulación, necesidad o aplicación de la prisión preventiva debe partir de la consideración al derecho a la presunción de inocencia, y tener en cuenta la naturaleza excepcional de esta medida y sus fines legítimos, establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos y en muchos casos por el propio ordenamiento constitucional de los Estados. El uso excesivo de esta medida es contrario a la esencia misma del Estado democrático de derecho[152], y el diseño e implementación de políticas criminales orientadas a legalizar el uso de la prisión preventiva como una forma de justicia expedita, al margen del debido proceso penal es además abiertamente contrario al régimen establecido por la Convención y la Declaración Americanas, y los principios que inspiran a la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Además, resulta políticamente irresponsable el que los Estados eludan su deber de adoptar políticas públicas integrales en materia de

---

[150] En este sentido, en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal de 1980, se reconoció que la prevención del delito debía basarse en las circunstancias sociales, culturales, políticas y económicas de los países. En ese contexto, se señaló como primer punto en la Declaración de Caracas que "[e]l éxito de los sistemas de justicia penal y de las estrategias para la prevención del delito […] depende ante todo de los progresos que se realicen en el mundo para mejorar las condiciones sociales y para elevar el nivel de calidad de la vida, de esta manera resulta indispensable revisar las estrategias tradicionales para combatir el delito basadas exclusivamente en criterios jurídicos". Documento disponible en: http://www.ilanud.or.cr/1.1%20Declaracion%20de%20Caracas.pdf.

[151] ILANUD, *Cárcel y Justicia Penal en America Latina y el Caribe*, 2009, Elías Carranza, *Cárcel y Justicia Penal: El modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente al delito*, pág. 123.

[152] CIDH. Comunicado de Prensa 23/13 – CIDH culmina 147º periodo ordinario de sesiones, anexo.

seguridad ciudadana, mediante la simple adopción de medidas populistas de corto plazo, que además son fiscalmente insostenibles.

2. Las amenazas a la independencia judicial

107. Otro de los factores relevantes que incide en que la prisión preventiva no sea utilizada excepcionalmente y de acuerdo con su naturaleza cautelar lo constituyen las injerencias sobre las autoridades judiciales directamente encargadas de decidir acerca de la aplicación de esta medida, lo que es más grave aún en vista de las significativas deficiencias estructurales y flaquezas de los sistemas judiciales de muchos países de la región[153]. En los hechos, estas presiones o injerencias provienen fundamentalmente de tres sectores: (a) altos funcionarios de otros poderes u órganos del Estado[154], que ante los reclamos sociales o por motivaciones de otra naturaleza mantienen un fuerte discurso punitivo, en ocasiones acompañado de medidas de presión concretas hacia los operadores de justicia; (b) las cúpulas de los poderes judiciales que muchas veces hacen eco del mensaje que se transmite desde el poder político; y (c) los medios de comunicación y la opinión pública[155].

[153] Entre los obstáculos que enfrentan los operadores de justicia en la región, la CIDH ha observado, en relación a las deficiencias de orden institucional en el aseguramiento de la función judicial, que "la fragilidad en el poder judicial de algunos Estados se manifiesta, tanto en las injerencias en éste por parte del poder ejecutivo, como en el régimen de provisionalidad indefinida en que se encuentran gran cantidad de jueces y juezas; y en la posibilidad de que su nombramiento sea sujeto a una confirmación posterior, o bien, a una reelección en su cargo". CIDH. *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, adoptado el 31 de diciembre de 2011, (en adelante "*Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*"), párr. 391.

[154] A este respecto, en el marco del seguimiento que realiza sobre la situación de los operadores de justicia en la región, la CIDH ha identificado "claras injerencias de los titulares de los poderes ejecutivos sobre el poder judicial a través del control de la administración de justicia". CIDH. *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, párr. 392.

[155] A este respecto, el Relator sobre PPL ha expresado: "las causas (de las presiones son múltiples)… a mi juicio, son causas culturales, sociológicas y políticas. En las presiones mediáticas y en el uso excesivo de la prisión preventiva hay resabios del absolutismo, los Estados de las Américas aun cuando están comprometidos con la Carta Democrática y con un régimen democrático todavía les falta avanzar en el afianzamiento de un estado democrático y de derecho, y uno de los grandes rezagos es el uso excesivo de la prisión preventiva […]. Detrás de las presiones ya sea de las autoridades del Estado o de los medios […] hay intereses políticos de la mayor importancia, lo que motiva a los medios a orientar las decisiones de los jueces en un sentido o en otro; o intereses de otra índole. […] Los jueces sufren de temor mediático, cuando un juez tiene que adoptar una decisión respecto de la libertad de una persona y ese caso está en el orden del día de los medios, el juez tiene temor mediático y prefiere hacer lo que en ese momento están pidiendo los medios […]. Es claro que los jueces le tienen temor a los medios y prefieren que el contenido de las decisiones judiciales sea el que éstos piden y no lo que resulte de una valoración probatoria". CIDH. Audiencia Temática: *Independencia judicial y prisión preventiva en las Américas*, 147º período ordinario de sesiones, organizada por la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), el Instituto de Derecho y Sociedad (CIDES), el Instituto de Defensa Legal (IDL) y De Justicia, 16 de marzo de 2013, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=131&page=3. En atención a su importancia en el análisis de las consideraciones hechas en esta sección, la Comisión destaca que el audio de la participación de la Relatora Especial sobre la Libertad de Expresión en la Reunión Regional de Expertos sobre Prisión Preventiva, en la que se refirió a al papel de los medios de prensa en los procesos judiciales, está disponible en el siguiente enlace: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp (audio del panel 2).

108. Este tipo de presiones se producen por lo general en un contexto o clima definido por: (a) una tendencia social a asociar la condición de procesado con la de detenido, según la cual en muchos casos basta con que la policía señale a alguien como culpable para que se le tenga como tal y en consecuencia se exija su detención, siendo la propia inseguridad ciudadana (más la percibida que la real) un factor que contribuye que a esta visión se consolide; (b) la falta de políticas institucionales que protejan la independencia judicial y respalden a los operadores de justicia; (c) y por una cultura jurídica en la que, a pesar de algunos avances a nivel normativo, los derechos humanos y en particular el derecho a la presunción de inocencia tienen en ocasiones un lugar muy restringido. En este escenario, los medios de comunicación cumplen un doble papel, por un lado multiplican el discurso de aquellas autoridades que proclaman la necesidad de una aplicación más estricta de la prisión preventiva, y por otro, generan por sí mismos elementos que alimentan esa postura[156].

109. A este respecto, como parte del seguimiento a la situación de los derechos humanos en Venezuela, la CIDH ha observado que "una de las principales causas del alto índice de personas en prisión preventiva es la falta de independencia judicial, ya que en la práctica los jueces penales se abstendrían de decretar medidas alternativas a la detención preventiva por temor a ser sancionados o removidos de sus cargos"[157]. Asimismo, en su visita a la provincia de Buenos Aires, Argentina, la Relatoría sobre PPL observó que "los jueces optan por la medida cautelar más gravosa para la vigencia del derecho a la libertad durante el proceso con el objeto de mostrar eficiencia y evitar los reclamos de la sociedad, los medios de comunicación y del mismo poder político" [158].

---

[156] De acuerdo con información recibida por la CIDH en el marco de la Audiencia Temática: *Independencia judicial y prisión preventiva en las Américas*, 147º período ordinario de sesiones, organizada por la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), el Instituto de Derecho y Sociedad (CIDES), el Instituto de Defensa Legal (IDL) y De Justicia, 16 de marzo de 2013; véase también, Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación de Luis Pásara, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp. En su intervención, Pásara consideró que un factor que merece especial atención es el tipo de nexo que se ha desarrollado entre la policía y determinados medios de comunicación. Señaló además, que esta es una relación poco transparente y de doble vía, en la que, de una parte, los agentes proporcionan a los periodistas determinados datos, casi siempre a cambio de que la imagen de su desempeño resulte beneficiada por los medios; y, de otra, los medios hacen suya la versión policial acerca de los hechos y los responsables. De este nexo nace el fenómeno de la llamada "puerta giratoria", en la que se hace ver que aquellas personas que son detenidas por la policía luego son puestas en libertad por los jueces, sugiriendo la negligencia o corrupción de los operadores judiciales. Un análisis puntual sobre las principales características de la relación entre la justicia y los medios de comunicación, véase: DPLF, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, 2013, págs: 10-13, disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/prision_preventiva_analisis_web2.pdf.

[157] CIDH. *Informe Anual 2011*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.69, adoptado el 30 de diciembre de 2011, Cap. IV: Venezuela, párr. 519.

[158] CIDH. Comunicado de Prensa 64/10 – Relatoría de la CIDH constata graves condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires. Washington, D.C., 21 de junio de 2010. En este sentido, en Argentina el Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Eugenio Raúl Zaffaroni refiriéndose a las presiones que reciben los jueces penales ha manifestado públicamente: "Hoy en día cualquier juez que excarcela a una persona tiene miedo. Hay una preferencia burocrática que puede generar el concepto de que los temas mejor que los resuelva la Cámara" (tribunal de casación penal), insistiendo en el riesgo que genera que "entre los medios y los políticos irresponsables intenten estigmatizar a los jueces". Entrevista disponible en: http://www.puntojus.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2678:zaffaroni-hoy-en-dia-cualquier-juez-que-excarcela-a-una-persona-tiene-miedo&catid=236:seccion-justicia.

Asimismo, el GTDA en su visita a Ecuador de 2006 llegó al convencimiento, tras reunirse con jueces de diversos niveles, de que

> [É]stos no sienten gozar de la necesaria independencia para asegurar la protección de los derechos de los detenidos y resistir a las presiones, particularmente de los partidos políticos y de los medios de comunicación. Algunos expresaron incluso temor de ser transferidos, revocados, destituidos e incluso perseguidos penalmente si los políticos, periodistas, autoridades policiales o fiscales no estaban de acuerdo con sus decisiones[159].

También en el marco de las Naciones Unidas, el Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel (de América Latina y el Caribe) sobre la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, reconoció la fuerte influencia que ejerce la opinión pública en generar presión sobre las autoridades judiciales "para que dicten mandatos de detención preventiva en anticipación de la condena"[160]. Asimismo, el RT dio cuenta de cómo la presión mediática puede ser un factor de incidencia en la obtención de confesiones por parte de la policía[161].

110. En este sentido, y como ejemplo de este tipo de presiones provenientes de altos funcionarios de otros órganos del Estado hacia el Poder Judicial, en México el anterior Presidente de la República tenía la práctica de criticar públicamente a los jueces que actuaban en determinados casos de alto perfil mediático. En sus pronunciamientos el mandatario asimilaba a "impunidad" la excarcelación por parte jueces estatales y federales de personas detenidas por autoridades federales, obviando deliberadamente el hecho de que tales decisiones judiciales no constituían una determinación definitiva en esos procesos. El primer funcionario del Estado llegó a manifestar públicamente: "[n]o es que yo traiga algo contra los jueces, los aprecio, pero uno se cansa… Ahí hay un lío con impunidad, dicen que puede ser en nuestros órganos (la Procuraduría General de la República o la Policía Federal), pero yo creo que el Poder Judicial, local y federal, tiene mucho que mejorar en este aspecto". Este es un claro ejemplo del tipo de mensaje político que contribuye a construir una percepción pública de impunidad mediante el argumento de una "puerta giratoria" (la policía detiene a los delincuentes y los jueces los dejan en libertad), y envía un mensaje político por medio del cual pretende trasladar la responsabilidad de la criminalidad al Poder Judicial. En este contexto, también es de conocimiento público que la Procuraduría General de la República (PGR) ejerce una fuerte

[159] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a Ecuador,* A/HRC/4/40/Add.2, publicado el 26 de octubre de 2006, párr. 80.

[160] UNODC, Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel (de América Latina y el Caribe) sobre la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, celebrada del 3 al 5 de agosto de 2011 en Santo Domingo, República Dominicana, párr. 14.

[161] ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe provisional, A/64/215, publicado el 3 de agosto de 2009, párr. 41.

persecución como medida de presión hacia jueces que adoptan decisiones que le son contrarias en casos relacionados con delincuencia organizada[162].

111. De manera similar, la CIDH ha recibido información según la cual en Ecuador también se ha observado que altos funcionarios del Poder Ejecutivo compelen a los jueces de garantías a aplicar la prisión preventiva en determinados casos "so pena de sanciones disciplinarias o el sometimiento al escarnio y la denuncia pública". A este respecto, se cita como ejemplo que:

> En la sabatina o enlace de 7 de julio de 2012 el Presidente Correa expresó que "en el pasado, del 100% de los presos en delito flagrante más de la mitad quedaba en libertad y solo una parte guardaba prisión. Lo que sucede en la actualidad con la transformación en el sector de la justicia, repercute en mejor seguridad ciudadana, porque si a un delincuente lo sueltan, vuelve a delinquir". Ver: Hoy.com.ec (9 de julio de 2012) Por su parte, durante el enlace ciudadano 271 de 12 de mayo de 2012, el Presidente Correa presentó una lista de ocho jueces (tres de ellos de flagrancia) y los denunció por el hecho de haber otorgado medidas alternativas en lugar de aplicar la prisión preventiva.

Este tipo de declaraciones públicas serían emitidas incluso por autoridades locales, en este sentido se indica que el Alcalde de Guayaquil ha solicitado la destitución de varios jueces de esa ciudad por no haber aplicado la prisión preventiva[163].

112. Asimismo, y como otro ejemplo del mismo fenómeno, en Chile la Universidad Diego Portales destacó en su último Informe Anual que:

> A fines del 2011, el Ministro de Justicia […] señaló que no se avalará la labor de los jueces "ultragarantistas" (refiriéndose a las decisiones sobre

[162] Este asunto fue planteado en el informe presentado por las organizaciones participantes de la audiencia sobre: *Uso de la prisión preventiva en las Américas*, 146º período ordinario de sesiones, organizada por Fundación para el Debido Proceso (DPLF), De Justicia, Instituto de Defensa Legal (IDL) y otros, 1 de noviembre de 2012. Véase como fuentes específicas: CNN México, *Calderón a los jueces: "La impunidad daña severamente la estabilidad"*, 07.09.11, disponible en: http://mexico.cnn.com/nacional/2011/09/07/calderon-a-los-jueces-la-impunidad-dana-severamente-la-estabilidad; CNN México, *Jueces defienden liberación de detenidos por el gobierno federal*, 06.09.11, disponible en: http://mexico.cnn.com/nacional/2011/09/06/jueces-defienden-liberacion-de-detenidos-por-el-gobierno-federal; CNN México, *Calderón utiliza foro en web para criticar a jueces por liberar detenidos,* 05.09.11, disponible en: http://mexico.cnn.com/nacional/2011/09/05/calderon-utiliza-foro-en-web-para-criticar-a-jueces-por-liberar-detenidos; CNN México, *Calderón pide a los jueces reconsiderar la evidencia del caso Hank Rhon*, 01.07.11, disponible en: http://mexico.cnn.com/nacional/2011/07/01/calderon-pide-a-los-jueces-reconsiderar-la-evidencia-del-caso-hank-rhon; CNN México, *Felipe Calderón criticó que obispos católico apoyaran a Hank Rhon,* 23.06.11, disponible en: http://mexico.cnn.com/nacional/2011/06/23/felipe-calderon-critico-que-obispos-catolicos-apoyaran-a-hank-rhon; La Jornada, *Juzgado mexiquense negó a la PGR la aprehensión del juez del "michoacanazo",* 18 de septiembre de 2012, disponible en: http://www.jornada.unam.mx/2012/09/18/politica/007n1pol.

[163] DPLF, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, 2013, págs. 126, 128 y 131. Las llamadas sabatinas son las presentaciones que el Presidente Correa hace semanalmente a la ciudadanía donde rinde cuentas de las diversas actividades desarrolladas.

> medidas cautelares tomadas por jueces de garantía en el contexto de audiencias tras manifestaciones estudiantiles) y que el ejecutivo tenía el poder de considerar, a la hora de decidir los ascensos de los jueces, los fallos emitidos por estos respecto de este asunto. Posteriormente, el Poder Judicial difundió información estadística en orden de refutar los dichos del Ministerio, la cual indicaba que el 89% de las solicitudes de prisión preventiva del Ministerio Público eran acogidas por los jueces de garantía[164].

113. En cuanto a las presiones que se ejercen desde la propia jerarquía de los poderes judiciales, se ha observado que en ocasiones se utilizan los propios órganos de control disciplinario para sancionar a aquellos jueces que se considera no han sido lo suficientemente estrictos en sus decisiones respecto de la libertad de personas procesadas penalmente. En este sentido, aunque numéricamente sean pocos los jueces sancionados –por procesos disciplinarios, penales o juicios políticos– la existencia de procesos abiertos a jueces o fiscales por no haber aplicado la prisión preventiva produce un efecto "aleccionador" de amenaza general entre los operadores de justicia. Para quien lo sufre directamente ello implica un desgaste mayor, pues debe encarar la tarea de su propia defensa, por lo general en una condición de soledad y aislamiento dentro de la institución. Esto tiene su contraparte en el hecho de que es insólito que a algún juez se le sancione por haber dictado un auto de detención preventiva cuya procedencia legal o necesidad sean cuestionables. Aunado a lo anterior, se observa que en ocasiones los altos funcionarios de los órganos judiciales, fuera de sus funciones, se dedican sistemáticamente a emitir opiniones y criterios en los medios de comunicación relativas a asuntos específicos de la administración de justicia. Lo que marca una pauta o línea de criterio muy clara para los jueces de rango inferior. Estos elementos contribuyen a crear un contexto en el que fiscales y jueces pueden encontrar que lo más aconsejable, para sus propios intereses es hacer lo que se espera de ellos, aunque nadie se los haya pedido directa o expresamente[165].

114. A este respecto, se ha documentado, por ejemplo, que en Perú la Oficina de Control Interno de la Magistratura (OCMA), encabezada por un miembro de la Corte Suprema, se habría dedicado a emitir anuncios públicos de apertura de procesos disciplinarios, en contra de jueces que no han impuesto la prisión preventiva o que han

[164] Universidad Diego Portales, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, pág. 212. Este tipo de discursos, propios de la tendencia denominada "populismo penal", responden directamente a las pulsiones autoritarias de las sociedades a las que van dirigidos. En Chile, según la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH en 2001, "el 58.6% de las personas dice estar completamente de acuerdo con que todo delincuente vaya preso, independientemente del delito que haya cometido", y "un 47% de la población opinó estar completamente en desacuerdo con que solo los delitos más graves sean castigados con pena de cárcel". Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), *Situación de los Derechos Humanos en Chile – Informe anual 2011*, pág. 21.

[165] De acuerdo con información recibida por la CIDH en el marco de la Audiencia Temática: *Independencia judicial y prisión preventiva en las Américas*, 147º período ordinario de sesiones, organizada por la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), el Instituto de Derecho y Sociedad (CIDES), el Instituto de Defensa Legal (IDL) y De Justicia, 16 de marzo de 2013; véase también, Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación de Luis Pásara, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp.

concedido liberaciones condicionales[166]. Igualmente, se ha recibido información según la cual en Ecuador el Consejo de la Judicatura "ha mantenido una gran injerencia sobre las decisiones de los jueces, gracias a la cantidad de sumarios administrativos que se han abierto en los últimos tiempos", se destaca que incluso en uno de estos procesos, uno de los miembros del Consejo de la Magistratura se manifestó públicamente acerca de "cuál debería ser la interpretación normativa para aplicar la prisión preventiva"[167].

115. La CIDH reconoce la importancia de la participación de los jueces en el debate jurídico general, así como en temas más específicos; sin embargo, reitera lo ya expresado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, en el sentido de que "*como tal, los jueces deben preservar la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura*"[168].

116. La CIDH observa que la posición oficial de muchos Estados es la de asimilar o reducir el fenómeno de las presiones indebidas hacia la función de los jueces a la comisión de un delito o de una falta, cuando no necesariamente son conceptos equiparables. Evidentemente, las amenazas y otras formas de conducta sancionadas penalmente, son las expresiones más graves de este tipo de injerencias, pero también hay formas de presión que pueden no constituir delito y que igualmente socavan el estado de derecho y la independencia judicial. Indudablemente, los funcionarios y autoridades públicas tienen derecho a la libertad de expresión al igual que el resto de los ciudadanos; sin embargo, sus declaraciones públicas no deben ser de tal naturaleza que afecten el normal desenvolvimiento de las instituciones públicas. Desde le punto de vista de los órganos del Estado no puede haber presiones, cualquier forma de presión es una injerencia en el quehacer de los jueces que afecta la calidad del estado de derecho. Por eso el análisis que haga la Comisión respecto de las presiones sobre la función de las autoridades judiciales es amplio y no se circunscribe solamente a las conductas tipificadas como delitos o faltas.

117. A este respecto, la Comisión reitera el principio fundamental de que la "observancia eficaz de los derechos humanos requiere la existencia de un orden jurídico e institucional en el que las leyes son más importantes que la voluntad de los gobernantes, y en el que existe un equilibrio entre todas las ramas del gobierno"[169].

---

[166] Este asunto fue planteado en la Audiencia Temática: *Independencia judicial y prisión preventiva en las Américas*, 147º período ordinario de sesiones, organizada por la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), el Instituto de Derecho y Sociedad (CIDES), el Instituto de Defensa Legal (IDL) y De Justicia, 16 de marzo de 2013; en la Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación de Luis Pásara; y en: DPLF, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, 2013, págs. 170 y 171.

[167] DPLF, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, 2013, pág. 133.

[168] ONU, Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, *Informe sobre Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo,* A/HRC/11/41, publicado el 24 de marzo de 2009, párr. 44.

[169] CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 4 rev. 1, adoptado el 24 de octubre de 2003, párr. 528; CIDH. Resolución No. 01/90, Casos 9768, 9780 y 9828, México, 17 de mayo de 1990, párr. 42.

118. La independencia judicial es una garantía indispensable para hacer valer los derechos de víctimas e imputados en todo proceso penal. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados ha subrayado que "el principio de la separación de poderes, junto con el estado de derecho son la clave de una administración de justicia con garantía de independencia, imparcialidad y transparencia"[170].

119. La CIDH ha considerado que "desde el punto de vista institucional, los juzgadores que hacen parte de la función jurisdiccional del Estado deben ejercer sus funciones sin ser objeto de injerencias indebidas por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, las partes del proceso, los actores sociales y otros órganos vinculados a la administración de justicia"[171]. Asimismo, la independencia judicial debe entenderse en un sentido positivo, como el deber de los Estados de garantizar *de iure* y *de facto*, que los operadores de justicia realicen sus funciones de forma independiente. Particularmente, en el caso de jueces y magistrados los órganos del sistema interamericano se han referido a las siguientes garantías: (a) establecimiento de un proceso adecuado para su nombramiento y destitución; (b) inamovilidad en su cargo durante el periodo establecido para su desempeño; y (c) la garantía contra presiones externas. Estas últimas entendidas en sentido amplio como aquellas dirigidas a que las juezas y jueces "puedan resolver los asuntos que conozcan basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier sector o por cualquier motivo"[172].

120. En este sentido, además de las garantías mencionadas en los puntos (a) y (b), las cuales han sido desarrolladas por la CIDH en su *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas,* la Comisión Interamericana considera necesario que los Estados adopten como garantías adicionales (c) frente a las presiones externas que pesan sobre la labor de los operadores de justicia, las siguientes:

121. Como medidas de acompañamiento institucional, se recomienda proveer entrenamiento específico a fiscales y jueces en el manejo de situaciones de alta controversia social de las cuales puedan surgir presiones hacia su trabajo. Este entrenamiento no debería limitarse a aspectos teóricos, sino que debería comprender elementos prácticos propios de la realidad en la que estos funcionarios operan.

---

[170] ONU, Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, *Informe sobre Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo,* A/HRC/11/41, publicado el 24 de marzo de 2009, párr. 18.

[171] CIDH. *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, párr. 357; y CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) v. Venezuela, Caso 12.489, 29 de noviembre de 2006, párr. 83.

[172] CIDH. *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, párrs. 359 y 383.

Igualmente, deberían diseñarse y habilitarse espacios de consulta, intercambio y apoyo para los funcionarios que enfrentan este tipo de situaciones de gran repercusión social.

122. Asimismo, es necesario que desde las instituciones judiciales se diseñen e implementen políticas, estrategias y metodologías de comunicación frente a la ciudadanía y los medios de prensa, de forma tal que las instituciones públicas sean capaces de desarrollar sus propias líneas de comunicación, y transmitir a la ciudadanía la información de forma transparente, accesible y comprensible. El establecimiento de voceros y oficiales de prensa no sólo asegura la profesionalización de esta función, sino que contribuye a liberar a los operadores de justicia de estos menesteres ajenos a sus funciones. Estos cambios institucionales crean las condiciones para una mejor y más eficiente relación entre los medios de prensa y las autoridades judiciales, y contribuiría a erradicar determinadas malas prácticas.

123. En este sentido, la CIDH observa que las recomendaciones del Consejo de Europa acerca de la provisión de información a los medios de prensa relativa a los procedimientos penales ofrece una valiosa guía de criterios que pueden servir de marco para la elaboración de políticas de comunicación en los países en los Estados miembros de la OEA, toda vez que estas reglas están dirigidas a lograr un balance en el respeto y garantía de los derechos a la libertad de expresión, debido proceso, respeto a la vida privada y familiar, y el derecho de rectificación y respuesta, los cuales también están establecidos en los instrumentos del Sistema Interamericano[173]. Estas directrices, parten de la premisa de que la provisión de información relativa a los procesos judiciales, y en particular los procesos penales, están comprendidas en el derecho de los ciudadanos a ser informados acerca de asuntos de interés público, incluida la justicia. Y que las restricciones a los medios de prensa en este ámbito deberían ser acordes con una interpretación restrictiva de aquellas restricciones al derecho a la libertad de expresión e información contenidas en el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 10). A partir de ahí, estas recomendaciones elaboran una serie de principios que en lo sustancial son aplicables también al contexto regional de las Américas[174].

E. Costos financieros de la prisión preventiva

124. La aplicación generalizada de la prisión preventiva no sólo implica afectaciones concretas en personas individuales, sino que conlleva un importante costo financiero para los Estados. Así por ejemplo, se calcula que el costo total promedio de la prisión preventiva para el Estado mexicano, tomando como parámetro el 2006 (población penal de más de 92,000 presos preventivos), fue de más de *5,794 millones* de pesos (446 millones de dólares), esto incluye: manutención de los detenidos (infraestructura y gastos corrientes del funcionamiento de los reclusorios), costos del proceso penal (investigación, proceso judicial, y defensa pública y ayuda social), provisión de salud a familiares de los

[173] Consejo de Europa/Comité de Ministros, Recomendación Rec(2003)13 *acerca de la provisión de información a través de los medios de comunicación en relación con los procesos penales,* adoptada el 10 de julio de 2003.

[174] Consejo de Europa/Comité de Ministros, Memorando explicativo de la Recomendación Rec(2003)13.

detenidos y contribuciones de empleadores a la seguridad social. Pero el *costo social total* promedio que esto implicó ascendió a más de *9,755 millones* de pesos (750 millones de dólares), esto incluye: el referido costo para el Estado, los costos para los detenidos y sus familiares, y los costos para la comunidad[175].

125. Un estudio realizado en Perú[176], a partir de consideraciones financieras del 2011, estimó que el costo diario para el Estado de mantener a un recluso en prisión preventiva sería de 22 soles, con lo cual mantener una población de 34,508 personas en prisión preventiva tendría un costo diario de 759,176 soles (271,134 dólares), lo que en un año representa un gasto total de 277,099,240 soles (98,964,014 dólares). Ahora bien, el *costo social total* promedio por día de la prisión preventiva sería de 51.4 soles, lo que para una población de 34,508 personas en prisión representa un costo diario de 1,773,711 soles (633,468 dólares), este *costo social* diario en el transcurso de un año, llega a ser de 647,404,515 soles (231,215,898 dólares). Este *costo social total* comprende: el referido costo para el Estado, y los costos para los detenidos y sus familiares (sin incluir los costos para la comunidad).

126. En Chile se registró que los costos *directos* de la prisión preventiva en el 2007, año en el cual la cifra de procesados e imputados llegó a 9,385 personas (22.1% de la población penal de régimen cerrado), ascendieron a un total de 33,390,803,398 pesos chilenos (63,905,842 dólares), estos costos directos incluyen: justicia criminal y gendarmería. Los costos *indirectos* se calculan en 14,930,665,426 (28,575,436 dólares), como costos indirectos se cuentan: ingresos, visitas, abogados particulares y "costo muerte". Con lo cual, el costo total de la aplicación de la prisión preventiva en Chile en 2007 fue en promedio de 48,321,467,824 pesos chilenos (92,481,278 dólares)[177]. Como se observa de estas cifras, a pesar de que el costo total para el tesoro chileno fue inferior al registrado por Perú y México, a Chile le resulta mucho más costoso en términos relativos el mantenimiento de las personas en prisión preventiva que a estos dos Estados.

127. Asimismo, de acuerdo con un estudio realizado en Argentina en el Servicio Penitenciario Federal, cuya población de personas en prisión preventiva en junio de 2007 era de 5,424 interno, arrojó como resultado general que el costo total estimado de la prisión preventiva para el Estado alcanzaba los 295 millones de pesos anuales (98 millones de dólares), esta cifra comprende: manutención de la persona detenida, costos del proceso penal (etapa de investigación y juicio, y defensa pública), gasto anual en

---

[175] Open Society / Justice Initiative, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Guillermo Zepeta Lecuona, 2009, págs. 17, 53-60. De acuerdo con este estudio, "con el costo diario [para el Estado] de la población detenida preventivamente podría sufragarse el apoyo anual para 1,930 familias dentro del programa para superar la pobreza "Oportunidades" o podrían incorporarse 21,062 niños más al programa de desayunos escolares durante un año. Con el gasto anual por concepto de reclusión preventiva a nivel nacional podrían cubrirse 11 años y medio del programa nacional de abasto social de leche, o casi dos años del programa nacional de desayunos escolares o del programa para superar la pobreza en Oaxaca" (pág. 54).

[176] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Centro para el Desarrollo de la Justicia de Perú y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC), *Estudio de línea de base para la implementación de una oficina de servicios previos al juicio en el marco del Código Procesal Penal,* 2013, págs. 120-124.

[177] Fundación Paz Ciudadana, *Los Costos de la Prisión Preventiva en Chile*, 2008, págs. 2, 15 y 21.

atención de VIH post-detención y pérdida de cotizaciones a la seguridad social. Pero el *costo social total* promedio que esto implicó ascendió a más de *435 millones* de pesos (145 millones de dólares), esto incluye: el referido costo para el Estado, los costos para los detenidos y sus familiares (sin tomar en cuenta los costos para la comunidad)[178].

128. Como ya se ha mencionado, las personas en prisión preventiva sufren un perjuicio directo en términos de la calidad de sus relaciones familiares, de la oportunidad que tengan de obtener ingresos, e incluso se encuentran en una situación de desventaja procesal frente a aquellas personas que afrontan un proceso penal estando en libertad. Este cúmulo de afectaciones derivadas del encierro previo a juicio impactan de forma mucho más intensa a personas pertenecientes a grupos vulnerables; lo que es aun más grave cuando estas personas pertenecen a grupos económicamente en particular situación de riesgo, pues además son víctimas de otras formas de exclusión social.

129. Además, de los costos financieros que representa para el Estado y la sociedad en su conjunto la aplicación de la prisión preventiva, existe otro costo indirecto relacionado con la adjudicación legal de la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico causado a los ciudadanos por la aplicación de la prisión preventiva. Este es definitivamente un elemento muy importante a considerar en países como Colombia en los que la jurisdicción interna cuenta con los mecanismos para que los ciudadanos presenten este tipo de demandas contra el Estado.

130. Este tipo de estimaciones acerca de los costos financieros y humanos que implica la aplicación de la prisión preventiva deberían servir de base para un debate serio y objetivo acerca de la necesidad y conveniencia del uso de esta medida frente a otras medidas de cautelares con las que se pudiesen alcanzar los mismo objetivos procesales, pero con una menor restricción de derechos y a un menor costo, tanto para el Estado como para los ciudadanos. Además, los análisis de costos resultan útiles para identificar deficiencias, malas prácticas e incluso anomalías en los servicios públicos de administración de justicia y sistema penitenciario.

[178] Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina,* Documento de trabajo No. 29, 2009, págs. 23 y ss. Este estudio, plantea entre otras cosas, que el cálculo de los gastos en que incurre el estado debería incluir también aquellos indirectos del hacinamiento carcelario (pág. 34).

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELEVANTES RELATIVOS A LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

A. El derecho a la presunción de inocencia y el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva

131. De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal la más elemental es quizás la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2), la Declaración Americana (Art. XXVI) y la Convención Americana (Art. 8.2)[179].

132. Esta disposición atribuye a favor del acusado la presunción de que debe ser considerado inocente, y tratado como tal, mientras no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, sólo pueden estar fundadas en la certeza del tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. El juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal tiene la obligación de abordar la causa sin prejuicios, y bajo ninguna circunstancia debe suponer *a priori* que el acusado es culpable. Esa presunción de inocencia es la que ha llevado al derecho penal moderno a imponer como regla general, que toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad y que es sólo por vía de excepción que se puede privar al procesado de la libertad[180] (principio de excepcionalidad). En caso de resultar necesaria la detención del acusado durante el transcurso de un proceso, su posición jurídica sigue siendo la de un inocente[181]. Por eso, y como se reitera consistentemente en este informe, el derecho a la presunción de inocencia es el punto de partida de cualquier análisis de los derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran en prisión preventiva[182].

133. En este sentido, la CIDH reitera que la Convención Americana debe interpretarse de forma tal que sus disposiciones tengan un efecto útil, es decir, que cumplan efectivamente el fin de protección para el cual fueron instituidas[183]. En materia sustantiva, esto implica que su texto debe interpretarse de una manera que garantice que los derechos que consagra sean prácticos y efectivos, y no teóricos o ilusorios, lo que aplica

[179] CIDH. Informe No. 50/00, Caso 11.298, Fondo, Reinaldo Figueredo Planchart, Venezuela, 13 de abril de 2000, párr. 118. Este principio no sólo está recogido en el derecho de tratados, sino que también es reiterado en otros instrumentos internacionales relativos a personas privadas de libertad, como el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 36.

[180] CIDH. Informe No. 50/00, Caso 11.298, Fondo, Reinaldo Figueredo Planchart, Venezuela, 13 de abril de 2000, párr. 119. En el mismo sentido: CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 69 y 70.

[181] CIDH. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, Cap. IV, párr. 33.

[182] CIDH. *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Cap. VII, párr. 32.

[183] Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia.* Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37; y Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia.* Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 36.

también al derecho a la presunción de inocencia (Art. 8.2)[184]. Por ende, el respeto y garantía del derecho a la presunción de inocencia genera consecuencias muy concretas en la forma como el Estado ejerce su poder punitivo (*ius puniendi*).

134. En los hechos, la observancia del derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, que como regla general el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad[185]. Lo que supone que la prisión preventiva sea utilizada realmente como una medida excepcional; y que en todos aquellos casos en los que se disponga su aplicación, se tenga el derecho a la presunción de inocencia al establecerse las razones legítimas que pudiesen justificarla. Como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, deber ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva[186].

135. Del principio de presunción de inocencia se deriva también, como lo ha establecido la Corte Interamericana, "la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. Pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva"[187]. De ahí la importancia del criterio de razonabilidad, pues mantener privada de libertad a una persona más allá del tiempo razonable para el cumplimiento de los fines que justifican su detención equivaldría, en los hechos, a una pena anticipada[188]. Adicionalmente, el propio Art. 7.5 de la Convención "impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esa medida cautelar"[189].

---

[184] Véase en el mismo sentido: CrEDH, *Case of Allenet de Ribemont v. France (Application 15175/89)*, Sentencia del 10 de febrero de 1995 (Pleno de la Corte), párr. 35.

[185] CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008, párr. 168.

[186] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 71 y 75.

[187] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 121; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180; Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

[188] Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180; Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 229; Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77. Igualmente, CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 133; CIDH. informe No. 2/97, Caso 11.205, Fondo, Jorge Luis Bronstein y otros, Argentina, 11 de marzo de 1997, párr. 12; CIDH. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110. Doc. 52, adoptado el 9 de marzo de 2001. Cap. IV, párr. 34.

[189] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 119.

136. En efecto, cuando la detención previa al juicio se prolonga excesivamente aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia, pues ésta se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla, dado que a pesar de su existencia como derecho, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados[190].

137. El respeto al derecho a la presunción de inocencia exige igualmente que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los requisitos válidos de procedencia de la prisión preventiva[191]. Por ende, también se viola el principio de presunción de inocencia cuando la prisión preventiva se impone arbitrariamente; o bien, cuando su aplicación está determinada esencialmente, por ejemplo, por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado. En estos casos también se está en gran medida aplicando una pena anticipada, previa a la conclusión del proceso mismo, entre otras razones porque materialmente la detención previa al juicio, en tanto privación de libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia. Cuando la aplicación de la prisión preventiva con base en criterios como los mencionados se hace obligatoria por imperio de la ley, la situación es aún más grave, porque se está "codificando" por vía legislativa el debate judicial; y por tanto, limitándose la posibilidad de los jueces de valorar su necesidad y procedencia de acuerdo con las características del caso específico.

138. Del derecho a la presunción de inocencia se deriva también, como se ve en el Capítulo V del presente informe, el deber del Estado de asegurar la separación efectiva entre condenados y procesados en los centros de privación de libertad, y de asegurar que éstos reciban un trato acorde con su calidad de personas inocentes cuya privación de libertad sólo tiene fines cautelares. Igualmente, las personas detenidas y absueltas en primera instancia deberán ser puestas en libertad inmediatamente[192].

139. Con respecto al derecho a la presunción de inocencia, la Corte Europea ha establecido entre sus estándares que: (a) este derecho se vería vulnerado si, antes de ser hallado culpable conforme a derecho, alguna resolución judicial concerniente al acusado refleja la idea de que es culpable[193]; (b) la presunción de inocencia no solamente puede verse menoscabada por la forma como proceden los jueces o los tribunales, sino también por otras autoridades públicas, por ejemplo, las autoridades de policía o altos funcionarios del gobierno cuando presentan como culpables en los medios de prensa a

[190] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 125; CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 80.

[191] Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 144.

[192] En el mismo sentido, ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/40, publicado el 3 de enero de 2007, párr. 78(b).

[193] CrEDH, *Case of Allenet de Ribemont v. France (Application No. 15175/89)*, Sentencia del 10 de febrero de 1995 (Sección Segunda de la Corte), párr. 33; CrEDH, *Case of Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain (Application No. 10590/83),* Sentencia del 6 de diciembre de 1988 (Pleno de la Corte), párr. 91.

personas que aún están siendo investigadas, o en todo caso no han sido condenadas[194]; (c) la razonabilidad del tiempo que una persona acusada de un delito pasa en detención preventiva debe ser evaluada en relación con el hecho mismo de que se encuentra detenida. Hasta que se dicte sentencia se debe presumir que es inocente, el propósito del Art. 5(3) del Convenio Europeo (equivalente al Art. 7.5 de la Convención Americana) es esencialmente el de establecer que se disponga la liberación provisional del acusado una vez que la prolongación de la detención deja de ser razonable[195]; y que los tribunales domésticos deben examinar todos los elementos pertinentes a la existencia o no de las causales que justifiquen la detención preventiva, con la debida consideración al principio de presunción de inocencia, y plasmarlos en sus decisiones relativas a las solicitudes de excarcelación interpuestas por el acusado, los argumentos a favor o en contra de la liberación de este no pueden ser generales o abstractos[196].

140. El criterio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva está directamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia. El fundamento del uso excepcional de esta medida cautelar estriba precisamente en el hecho de que es la más severa que se puede imponer a un imputado, pues implica precisamente su encarcelamiento, con todas las consecuencias reales que esto conlleva para él y su familia. A este respecto, resulta ilustrativo el siguiente criterio expresado por el Juez Sergio García Ramírez:

> [L]a prisión preventiva […] [es] la más severa de las medidas cautelares que hasta hoy conserva el enjuiciamiento penal, en tanto entraña una restricción profunda de la libertad, con muy importantes consecuencias. Solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad –aunque ésta tropiece con el tecnicismo– la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. […] Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar

[194] CrEDH, *Case of Allenet de Ribemont v. France (Application No. 15175/89)*, Sentencia del 10 de febrero de 1995 (Sección Segunda de la Corte), párrs. 36 y 37. En el mismo sentido, véase también: ONU, HRC, Communication No. 770/1997, Dimitry L. Gridin v. Russian Federation, decisión del 18 de julio de 2000, CCPR/C/69/D/770/1997, párr. 8.3.

[195] CrEDH, *Case of X.Y. v. Hungary (Application No. 43888/08),* Sentencia del 19 de marzo de 2013 (Sección Segunda de la Corte), párr. 40; CrEDH, *Case of McKay v. The United Kingdom (Application No. 543/03)*, Sentencia del 3 de octubre de 2006 (Pleno de la Corte), párr. 41; CrEDH, *Case of Neumeister v. Austria (Application No. 1936/63)*, Sentencia del 27 de junio de 1968 (Pleno de la Corte), párr. 4.

[196] CrEDH, *Case of Piruzyan v. Armenia (Application No. 33376/07)*, Sentencia del 26 de junio de 2012 (Tercera Sección de la Corte), párr. 92*; CrEDH, Case of Letellier v. France (Application 12369/86),* Sentencia del 26 de junio de 1991 (Pleno de la Corte), párr. 35.

seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva[197].

141. Además, representa un riesgo para el goce del derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa[198]. Así pues, en atención a la propia naturaleza de la prisión preventiva como la medida más grave que se puede imponer a un acusado, la Corte Interamericana ha establecido consistentemente desde hace una década que: "su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática"[199]. Este principio también ha sido reconocido en instrumentos universalmente aceptados por la comunidad internacional, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos que disponen que "[e]n el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso" (Regla 6.1).

142. En términos prácticos, el principio de excepcionalidad implica que sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, porque se pueda demostrar que otras medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan[200].

B. Condiciones para su aplicación

1. Fundamentos legítimos o causales de procedencia

143. En primer lugar, de acuerdo con el régimen establecido por la Convención Americana la detención preventiva sólo puede aplicarse en procesos penales[201]. Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido consistentemente que de las

[197] Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 18.

[198] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 94; CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 84.

[199] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 121; Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 69; Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 107; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 88; Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67; Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 74; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 106.

[200] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 100.

[201] En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea respecto de las disposiciones análogas contenidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véase al respecto: CrEDH, *Case of Ostendorf v. Germany (Application No. 15598/08)*, Sentencia del 7 de marzo de 2013 (Sección Quinta de la Corte), párr. 68.

disposiciones de la Convención Americana –y a juicio de la Comisión también de las normas de la Declaración Americana– "se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que **no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones** y **que no eludirá la acción de la justicia**, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva" (énfasis añadido)[202]. Este criterio, según el cual la prisión preventiva sólo debe emplearse con fines procesales para cautelar los efectos del proceso, ha sido posteriormente reiterado por la Corte en los siguientes términos:

> [A]ún verificado este extremo [indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la participación del imputado en el ilícito que se investiga], la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar […] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia[203].
>
> Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva[204].

144. En sentido concordante, la Comisión Interamericana entiende que la norma contenida en el artículo 7.5 de la Convención prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. En este sentido, lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin. Por lo tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación *pro homine*, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del

---

[202] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77. Posteriormente, en otros casos como: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 90; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 198; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180.

[203] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 111; Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 103.

[204] Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 74; Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69.

hecho. No sólo por las razones expuestas, sino porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva[205].

145. Corresponde a las autoridades judiciales competentes, particularmente a los fiscales, y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones[206]. Además, en atención al derecho a la presunción de inocencia y al criterio de excepcionalidad, aun cuando se esté en presencia de una eventual causal legítima de justificación, la aplicación de la prisión preventiva debe ser considerada y ejecutada conforme criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

146. Por otro lado, y como se señala con claridad en el presente informe, la legitimidad de las causales de procedencia de la prisión preventiva deriva de su compatibilidad con la Convención Americana y no del mero hecho de que estén contenidas en la ley; pues, es posible que por vía legal se establezcan causales o criterios de aplicación contrarios al régimen creado por la Convención. En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que "[l]a legislación que establece las causales de restricción de la libertad personal debe ser dictada de conformidad con los principios que rigen la Convención, y ser conducente a la efectiva observancia de las garantías en ella prevista"[207].

2. Causales de justificación no válidas o insuficientes

147. En concordancia con lo anterior, los órganos del Sistema Interamericano se han referido a diversas causales de procedencia que aun cuando sean establecidas por la legislación son incompatibles con régimen establecido por la Convención Americana.

148. A este respecto, la Corte Interamericana en el caso *Suárez Rosero v. Ecuador* se pronunció acerca de la norma que excluía a aquellas personas acusadas por delitos relacionados con drogas de los límites legales fijados para la prolongación de la prisión preventiva. La Corte consideró que "esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados". Y que esa norma en sí misma violaba el artículo 2 de la Convención

[205] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 81 y 84; CIDH. Informe No. 77/02, caso 11.506, Fondo, Waldermar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos, Paraguay, 27 de diciembre de 2000, párr. 66.

[206] CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008, párr. 172.

[207] Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 89.

Americana, independientemente de su aplicación en el caso que se decidió[208]. Estas consideraciones fueron reiteradas en la sentencia del caso *Acosta Calderón v. Ecuador*[209].

149. En el caso *López Álvarez v. Honduras*, la Corte se pronunció respecto de la exclusión por vía legal de la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva en razón de la pena fijada para el delito imputado. Con lo cual, la privación de libertad a la que fue sometida la víctima fue consecuencia de una norma procesal que "ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurren a éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar [la prisión preventiva] sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo"[210].

150. Posteriormente, en el caso *Barreto Leiva v. Venezuela* la Corte se refirió a la vigencia y aplicación en el caso concreto de una norma que permitía el encarcelamiento del acusado de comprobarse únicamente la existencia de "indicios de culpabilidad", sin necesidad de establecer un fin legítimo. En los hechos, la Corte observó que "la orden de detención judicial en ninguna de sus 454 hojas hacía mención a la necesidad de dictar la prisión preventiva del Sr. Barreto Leiva porque existan indicios suficientes, que persuadan a un observador objetivo, de que éste va a impedir el desarrollo de procedimiento o eludir la acción de la justicia". En consecuencia, al no haber brindado el Estado "una motivación suficiente respecto de la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión preventiva", la misma devino en arbitraria[211].

151. Por su parte, la Comisión Interamericana en el caso *Peirano Basso v. Uruguay* estableció que: (a) el tipo de delito y la severidad de la pena pueden ser tomadas en cuenta como algunos de los elementos al momento de evaluar el riesgo de fuga (no el único, como ya se ha visto), pero no como justificación de la prolongación excesiva de la prisión preventiva, toda vez que la privación de libertad durante el proceso sólo puede tener fines cautelares y no retributivos; (b) en ningún caso se podrá disponer la no liberación del acusado durante el proceso sobre la base de conceptos tales como "alarma social", "repercusión social" o "peligrosidad"[212], pues son juicios que se fundamentan en criterios materiales y convierten a la prisión preventiva en una pena anticipada; y (c) reiteró que los límites legales a la concesión de la libertad durante el proceso o la

[208] Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 98. Al igual que en el Sistema Interamericano, la Corte Europea considera que "cualquier sistema de prisión preventiva obligatoria es incompatible con el artículo 5(3) del Convenio Europeo". CrEDH, *Case of Ilijkov v. Bulgaria (Application No. 33977/96)*, Sentencia del 26 de julio de 2001 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 84.

[209] Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 135.

[210] Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 81.

[211] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 115 y 116.

[212] A este respecto véase, por ejemplo, el análisis que presenta la Universidad Diego Portales en el *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012* (págs. 211 y ss.) respecto del tratamiento que se da al criterio de "riesgo para la sociedad" en la Ley 20,253 de 2008 denominada "agenda corta antidelincuencia".

imposición legal de la prisión preventiva no pueden ser considerados condiciones *iuris et de iure*, que no necesiten ser probadas en el caso específico y que sea suficiente su mera alegación. La Convención no admite que toda una categoría de imputados, por esa sola condición, quede excluida del derecho a permanecer en libertad durante el proceso[213].

152. En el caso *Díaz Peña v. Venezuela* la CIDH se refirió a la presunción legal del riesgo de fuga en casos de delitos con penas privativas de libertad de diez años o más. La Comisión consideró que la aplicación de una presunción del riesgo de fuga sin una consideración individualizada de las circunstancias específicas del caso es una forma de detención arbitraria, aun cuando tal presunción estuviera establecida en la ley. La Comisión consideró además que el hecho de que tal presunción se aplicase en función de un pronóstico de la pena constituía una violación al derecho a la presunción de inocencia[214].

153. Asimismo, en el caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, también relativo al riesgo de fuga como causal de procedencia de la prisión preventiva, la Comisión hizo énfasis en que corresponde al tribunal acreditar la existencia de los elementos constitutivos de esta causal mediante "argumentos razonables"; no pudiendo limitarse a invocarla o a mencionar las normas en las que dicha causal está establecida. En este caso, si bien no operó una presunción legal respecto del riesgo de fuga, el tribunal de la causa consideró que la eventual condena hacía considerar que el acusado trataría de evadir la justicia, sin acreditar en ningún momento este extremo, ni la necesidad y proporcionalidad de la detención preventiva. En razón a estas consideraciones la CIDH consideró que el encarcelamiento de la víctima fue arbitrario y violó el derecho a la presunción de inocencia[215].

154. En sentido concordante, la Corte Europea ha establecido que el riesgo de fuga no puede ser establecido únicamente con base en la severidad de la eventual sentencia, sino que debe considerarse en conjunto con otra serie de factores relevantes. La expectativa de una sentencia prolongada y el peso de la evidencia pueden ser relevantes, pero no son decisivos en sí mismos, en ausencia de otros elementos el eventual riesgo puede ser mitigado por medio de otras garantías. La sola referencia a la naturaleza del delito no puede considerarse justificación suficiente del riesgo de fuga[216]. Asimismo, la gravedad de los cargos formulados contra una persona no puede ser el único elemento que

---

[213] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 89, 140, 141 y 144.

[214] CIDH. Informe No. 84/10, Caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010, párrs. 150, 152, 153, y 172.

[215] CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008, párrs. 172, 176, 178, 179, 180 y 184.

[216] CrEDH, *Case of Piruzyan v. Armenia (Application No. 33376/07)*, Sentencia del 26 de junio de 2012 (Tercera Sección de la Corte), párr. 95 y 96; CrEDH, *Case of Panchenko v. Russia (Application No. 45100/98)*, Sentencia del 8 de febrero de 2006 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 105; CrEDH, *Case of Becciev v. Moldova (Application No. 9190/03)*, Sentencia del 4 de octubre de 2005 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 58; CrEDH, *Case of Muller v. France (Application No. 2180/93),* Sentencia del 17 de marzo de 1997 (Pleno de la Corte), párr. 43; *CrEDH, Case of Letellier v. France (Application 12369/86),* Sentencia del 26 de junio de 1991 (Pleno de la Corte), párr. 43.

se tome en consideración para justificar la prolongación posterior de la prisión preventiva[217].

155. La Comisión ha observado que la aplicación de la prisión preventiva sobre la base de la gravedad del delito no siempre es una cuestión de diseño legal. En su visita a Uruguay, por ejemplo, la Relatoría de PPL observó que los representantes del Poder Judicial manifestaron su firme convicción de que la gravedad del delito es en sí misma una circunstancia que hace presumir que el imputado incurrirá en alguna acción justificativa de la necesidad de decretar la prisión preventiva. En atención a esta realidad, la CIDH instó al Estado, sobre todo, a "promover un verdadero cambio de paradigma en la concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva"[218].

156. En su informe *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*, la Fundación para el Debido Proceso da cuenta de que en algunos países de la región el clima social generado por los distintos actores que intervienen en el debate público en torno al tema de la seguridad ciudadana –a los que se ha hecho referencia en el Capítulo II del presente informe–, no sólo ha abierto paso a cambios de legislación, sino también a criterios de interpretación judicial sobre la procedencia de la prisión preventiva, de los cuales el más simple y usual consiste en reducir la decisión sobre la aplicación de esta medida a la gravedad de la pena, que en la legislación es usualmente listado como uno de varios elementos necesariamente concurrentes. Esto genera que en muchos casos la audiencia en la que se debate la procedencia de la prisión preventiva, se torna en un "juicio anticipado", al evaluar el riesgo de fuga en función de la pena estimada, con lo cual se estaría prejuzgando acerca de la responsabilidad del acusado[219].

157. Finalmente, en cuanto al criterio de reincidencia, la Comisión estima que el mismo pudiera considerarse como un elemento más en el análisis de procedencia de la medida en el caso concreto, pero en ningún caso debería utilizarse como criterio rector de su aplicación, por ejemplo, mediante la presunción legal de que con esta sola circunstancia se configura el riesgo procesal, ello sería contrario al principio de presunción de inocencia. Además, en ningún caso podrá considerarse la reincidencia en función de registros policiales u otra base documental distinta de sentencias ejecutoriadas emitidas por los tribunales competentes.

---

[217] CrEDH, *Case of Idalov v. Russia (Application No. 5826/03)*, Sentencia del 22 de mayo de 2012 (Pleno de la Corte), párr. 145; CrEDH, *Case of Chraidi v. Germany (Application No. 65655/01)*, Sentencia de 26 de octubre de 2006 (Quinta Sección de la Corte), párr. 40; CrEDH, *Case of Wemhoff v. Germany (Application 2122/64)*, Sentencia del 27 de junio de 1968 (Pleno de la Corte), *As to the Law*, párr. 14.

[218] CIDH. Comunicado de Prensa 76/11 – Relatoría recomienda adopción de política pública carcelaria integral en Uruguay. Washington, D.C., 25 de julio de 2011, anexo, párrs. 42 y 46.

[219] DPLF, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, 2013, págs. 16 y 17; véase también, Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación de Luis Pásara, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp.

3. Criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad

158. Además de aplicarse en casos en los que hayan indicios razonables que vinculen al acusado con el hecho investigado y que exista un fin legítimo que la justifique, el uso de la prisión preventiva debe estar limitado por los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad vigentes en una sociedad democrática. El respeto y garantía del derecho a la presunción de inocencia, y la naturaleza excepcional de la prisión preventiva, como la medida más severa que puede imponerse a un acusado, exigen que la misma sea aplicada de acuerdo con los mencionados estándares[220].

Necesidad

159. De acuerdo con el criterio de *necesidad*, la prisión preventiva, al igual que el resto de las medidas cautelares, se deberá imponer en tanto sea indispensable para los objetivos propuestos. Es decir, que sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, tras demostrarse que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una medida cautelar de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan. En este sentido, pesa sobre el órgano a disposición del cual se encuentra el detenido la obligación de disponer su libertad, aun de oficio, cuando hayan cesado los motivos que originariamente la habían sustentado. Pues, en atención a su naturaleza cautelar la misma sólo puede estar vigente durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto[221]. La detención preventiva de una persona no debe prolongarse por un periodo más allá del cual el Estado pueda dar una justificación adecuada de la necesidad de la misma, de lo contrario la privación de libertad se torna arbitraria[222]. Por tanto, el criterio de necesidad no sólo es relevante al momento en que se decide la aplicación de la prisión preventiva, sino también al momento de evaluar la pertinencia de su prolongación en el tiempo.

Proporcionalidad

160. Para la imposición de la prisión preventiva es de esencial importancia tener en cuenta el criterio de *proporcionalidad*, lo que quiere decir que, debe analizarse si

---

[220] Véase con un lenguaje similar: Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 107; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 88; Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67; Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 74; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 106.

[221] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 100 y 102 y 105.

[222] ONU, HRC, Communication No. 1547/2007, Munarbek Torobekov v. Kyrguzstan, decisión del 27 de octubre de 2011, CCPR/C/103/D/1547/2007, párr. 6.3; ONU, HRC, Communication No. 1369/2005, Felix Kulov, decisión del 26 de julio de 2010, CCPR/C/99/D/1369/2005, párr. 8.3. En el mismo sentido, Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 74.

el objetivo que se persigue con la aplicación de esta medida restrictiva del derecho a la libertad personal, realmente compensa los sacrificios que la misma comporta para los titulares del derecho y la sociedad.

161. Este criterio de proporcionalidad es susceptible de aplicarse en dos dimensiones, la primera relacionada con la diferencia intrínseca que debe haber entre la naturaleza de la privación de libertad como medida cautelar que se aplica a una persona cuya posición jurídica sigue siendo la de un inocente –cuyas implicaciones prácticas se desarrollan en el Capítulo V del presente informe–, y la privación de la libertad derivada de una condena; y la segunda, relativa a la congruencia entre la detención preventiva como la medida cautelar más severa de que dispone el derecho penal y los fines que con ella se persiguen en el caso concreto. La Corte Interamericana se ha referido de manera muy concreta a estos dos aspectos de la proporcionalidad en los siguientes términos:

> [U]na persona inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción[223].

162. Con respecto al segundo aspecto mencionado, la Corte ha dicho además que la adopción de la prisión preventiva "[r]equiere de un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria"[224]. Cuando los tribunales recurren a la detención preventiva sin considerar la aplicación de otras medidas cautelares menos gravosas, en atención a la naturaleza de los hechos que se investigan, la prisión preventiva deviene en desproporcionada[225].

163. En virtud de la proporcionalidad, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad, tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. Igualmente se deberá considerar, en abstracto, si, de haber mediado

---

[223] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 122.

[224] Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67.

[225] CrEDH, Case of Ladent v. Poland (Application No. 11036/03), Sentencia del 18 de marzo de 2008, Sección Cuarta de la Corte, párrs. 55 y 56.

condena, los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada[226]. De igual forma, cualquier privación de la libertad por expresiones, aún cuando se trate de una medida cautelar, es desproporcionada e incompatible con la Convención[227].

164. Este criterio de proporcionalidad es particularmente relevante frente a la realidad observada en muchos Estados de la región en los que existen importantes patrones de aplicación de la prisión preventiva a personas acusadas de delitos de poca gravedad[228] (incluyendo los patrimoniales cometidos sin daños a las personas y el microtráfico de drogas). Al referirse a esta realidad, el GTDA observó que a estas personas "[s]e las mantiene en prisión únicamente para asegurarse de su comparecencia en el juicio […] sencillamente porque los Estados no son capaces de garantizar que vayan a comparecer ante la justicia"[229]. El GTDA ha establecido también que no basta con que la privación de libertad sea aplicada formalmente conforme a la ley, sino que el derecho a la libertad personal exige que los Estados recurran a la misma "sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa

[226] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 110.

[227] CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008, párr. 179.

[228] A este respecto véase por ejemplo: CIDH. Q*uinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Cap. VII, párr. 4, 7, 29, 34, 35, y 36; ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Comunicado de prensa sobre conclusión de la visita a Brasil, 28 de marzo de 2013, disponible en inglés) en: http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13197&LangID=E; ONU, Subcomité para la Prevención de la Tortura, *Informe sobre la visita a México del SPT,* CAT/OP/MEX/1, publicado el 27 de mayo de 2009, párrs. 101 al 104 ("criminalización de la pobreza"); Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación de la Dra. Elena Azaola, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp (citando los estudios de Guillermo Zepeda); Informe sobre la Situación de las Personas Privadas de Libertad en México, págs. 19 – 22, presentado en el marco de la Audiencia *Situación de las Personas Privadas de Libertad en México*, 144º período ordinario de sesiones, organizada por Documenta, Análisis y Acción para la Justicia Social, Asistencia Legal por los Derechos Humanos, y el Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría S.J. de la Universidad Iberoamericana de Puebla, 23 de marzo de 2012, disponible en: http://www.redtdt.org.mx/media/descargables/INFORMECIDH.PRIVADOS.LIBERTAD.pdf; Universidad Diego Portales, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, págs. 204 – 214; Fundación Paz Ciudadana y *Open Society Foundations*, *Caracterización de la Población en Prisión Preventiva en Chile,* 2011, disponible en: http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2011-03-2011_Caracterizaci%C3%83%C2%B3n-de-la-poblaci%C3%83%C2%B3n-en-prisi%C3%83%C2%B3n-preventiva.pdf; y en particular con respecto a las políticas de drogas, véase por ejemplo: Transitional Institute y Whola, *Sistemas Sobrecargados: leyes de droga y cárceles en América Latina*, 2010, disponible en: http://www.druglawreform.info/es/publicaciones/sistemas-sobrecargados. Respecto a las políticas de drogas, la Comisión observa que la Declaración de Antigua Guatemala "Por una política integral frente al problema mundial de las drogas en las Américas", establece que "las políticas de drogas deben contener una perspectiva transversal de derechos humanos, consistente con las obligaciones de las partes de acuerdo al derecho internacional, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos jurídicos de derechos humanos aplicables". OEA/Ser.P AG/DEC.73 (XLIII-O/13), adoptada el 6 de junio de 2013, párr. 10.

[229] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/40, publicado el 3 de enero de 2007, párr. 69.

necesidad" (énfasis añadido)[230]. Así pues, la Comisión reitera que la privación de la libertad por faltas menores es incongruente con el principio de proporcionalidad[231].

Razonabilidad

165. En cuanto al criterio de *razonabilidad*, la Corte Interamericana ha establecido que el artículo 7.5 de la Convención "impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar"[232]. Así, como ya se vio, el mantener privada de libertad a una persona más allá de un periodo de tiempo razonable equivaldría, en los hechos, a una pena anticipada[233]. No obstante, "aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el periodo de la detención ha excedido el límite de los razonable"[234].

166. Por lo tanto, corresponde en primer lugar a las autoridades judiciales nacionales el asegurar que el periodo de detención preventiva en el que se mantiene a un acusado no exceda de un plazo razonable[235]. Este plazo no puede establecerse en forma abstracta porque responde a criterios cuya concurrencia habrá que determinar de acuerdo

[230] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, E/CN.4/2006/7, publicado el 12 de diciembre de 2005, párr. 63.

[231] CIDH. Q*uinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Cap. VIII, párr. 11. Véase también: CIDH. Comunicado de Prensa 76/11 – Relatoría recomienda adopción de política pública carcelaria integral en Uruguay. Washington, D.C., 25 de julio de 2011, anexo, párr. 46. En el mismo sentido: CrEDH, Case of Ladent v. Poland (Application No. 11036/03), Sentencia del 18 de marzo de 2008, Sección Cuarta de la Corte, párr. 56.

[232] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 119; Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 70. En el mismo sentido, la Corte Europea ha establecido que el propósito del Art. 5(3) del Convenio Europeo es esencialmente el de establecer la libertad provisional del acusado una vez su detención deja de ser razonable. CrEDH, *Case of X.Y. v. Hungary (Application No. 43888/08),* Sentencia del 19 de marzo de 2013 (Sección Segunda de la Corte), párr. 40; CrEDH, *Case of McKay v. The United Kingdom (Application No. 543/03)*, Sentencia del 3 de octubre de 2006 (Pleno de la Corte), párr. 41; CrEDH, *Case of Neumeister v. Austria (Application No. 1936/63)*, Sentencia del 27 de junio de 1968 (Pleno de la Corte), párr. 4.

[233] Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180; Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 229; Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77. Igualmente, CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 133; CIDH. Informe No. 2/97, Caso 11.205, Fondo, Jorge Luis Bronstein y otros, Argentina, 11 de marzo de 1997, párr. 12; CIDH. *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, Cap. IV, párr. 34.

[234] Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 74.

[235] CrEDH, *Case of Sardinas Albo v. Italy (Application No. 56271/00)*, Sentencia del 17 de febrero de 2005 (Primera Sección de la Corte), párr. 85; CrEDH, *Case of Labita v. Italy (Application No. 26772/95)*, Sentencia del 6 de abril de 2000 (Pleno de la Corte), párr. 152; *CrEDH, Case of Letellier v. France (Application 12369/86),* Sentencia del 26 de junio de 1991 (Pleno de la Corte), párr. 35.

con las particularidades de cada caso concreto[236]. Corresponde pues al Estado aportar elementos que justifiquen la prolongación de esta medida[237].

167. La Corte Europea ha establecido que la prolongación de la prisión preventiva debe estar sustentada por razones relevantes y suficientes que la justifiquen[238], y en casos en la que ésta se prolonga considerablemente tal justificación debe ser "particularmente convincente" y demostrar la persistencia de las causales de procedencia que ameritaron inicialmente su aplicación[239].

168. Si bien para la determinación de la razonabilidad de dicho plazo se pueden considerar elementos como la complejidad del caso y el nivel de diligencia de las autoridades judiciales en la conducción de las investigaciones, que son propios también del examen de la duración total del proceso (dentro del ámbito de aplicación del artículo 8.1 de la Convención), en el análisis de la prolongación de la detención preventiva la evaluación de tales factores debe ser mucho más estricta y limitada debido a la privación de libertad que subyace[240].

169. La complejidad del caso se deber medir, especialmente, en relación con las características del hecho y su dificultad probatoria. Como contrapartida, la diligencia de las autoridades judiciales debe ser analizada a la luz de la complejidad del caso y de la actividad investigativa. En este sentido, no se podrá justificar la prisión preventiva por la utilización de los recursos procesales establecidos legalmente. Éstos siempre han sido previstos para garantizar a las partes el debido proceso y, en este sentido, han sido regulados para su plena utilización[241]. Sin embargo, sí se podrá imputar la necesidad de mantener la prisión preventiva a la actividad del imputado si obstaculizó, deliberadamente, el accionar de la justicia o actuó temerariamente, por ejemplo, al introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse, no comparecer injustificadamente.

---

[236] CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 11.663, Oscar Barreto Leiva, 31 de octubre de 2008, párr. 136; CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 135 (siguiendo jurisprudencia constante de la Corte Europea). Véase además: CrEDH, *Case of Lukovic v. Serbia (Application No. 43808/07)*, Sentencia del 26 de marzo de 2013 (Segunda Sección de la Corte), párr. 46; CrEDH, *Case of Piruzyan v. Armenia (Application No. 33376/07)*, Sentencia del 26 de junio de 2012 (Tercera Sección de la Corte), párr. 94; CrEDH, *Case of Sardinas Albo v. Italy (Application No. 56271/00)*, Sentencia del 17 de febrero de 2005 (Primera Sección de la Corte), párr. 84; CrEDH, *Case of Labita v. Italy (Application No. 26772/95)*, Sentencia del 6 de abril de 2000 (Pleno de la Corte), párr. 152; CrEDH, Case of W v. Switzerland (Application No. 14379/88), Sentencia del 26 de enero de 1993 (Pleno de la Corte), párr. 30.

[237] CIDH. Informe No. 66/01, Caso 11.992, Fondo, Dayra María Levoyer Jiménez, Ecuador, 14 de junio de 2001, párr. 48.

[238] CrEDH, Case of Meinikova v. Rússia (Application No. 24552/02), Sentencia del 30 de enero de 2008 (Primera Sección de la Corte), párrs. 83 y 84.

[239] CrEDH, Case of I.A. v. France (Application 28213/95), Sentencia del 23 de septiembre de 1998 (Pleno de la Corte), párr. 111.

[240] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 127 y 128; CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 111.

[241] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 129–131.

170. En este sentido de acuerdo con la racionalidad del artículo 7.5, la persona mantenida en prisión preventiva debe ser puesta en libertad desde el momento en que la privación de libertad traspasa los límites del sacrificio que puede imponerse razonablemente a una persona que se presume inocente[242]. Una vez vencido el plazo considerado razonable, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad. Ello, independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir, aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar[243].

171. La Comisión observa además, como lo ha considerado la Corte Europea, que si bien la existencia de una sospecha razonable o relevante de que el acusado ha cometido un delito es un requisito *sine qua non* para la procedencia de la prisión preventiva, este factor no puede justificar por sí sólo ni la aplicación de esta medida ni su extensión por un periodo prolongado[244]. Ello equivaldría, en efecto, a una pena anticipada previa a la sentencia, e incluso a una eventual violación del principio de legalidad.

172. La especificidad del artículo 7.5 de la Convención, frente a su artículo 8.1, radica en el hecho de que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el Estado tiene de aplicar la detención para asegurar los fines del proceso es una de las razones decisivas que justifica dicho trato prioritario. El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7.5 y el artículo 8.1 de la Convención difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso. El tiempo establecido para la detención es, por tanto, necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio[245]. Por ello, siempre que la pena impuesta resulte menor al plazo durante el cual una persona estuvo sometida a detención preventiva, ésta debe ser considerada irrazonable[246]. El hecho de que

---

[242] CIDH. Informe No. 35/96, caso 10.832, Fondo, Luis Lizardo Cabrera, República Dominicana, 7 de abril de 1998, párr. 71.

[243] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 127; CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 134.

[244] CrEDH, *Case of Labita v. Italy (Application No. 26772/95)*, Sentencia del 6 de abril de 2000 (Pleno de la Corte), párr. 15; CrEDH, *Case of Scott v. Spain (Application No. 21335/93),* Sentencia del 18 de diciembre de 1996, (Pleno de la Corte), párr. 78; CrEDH, *Case of Vander Tang v. Spain (Application No. 19382)*, Sentencia del 13 de julio de 1995 (Pleno de la Corte), párr. 63; CrEDH, *Case of Kemmache v. France (Application No. 12325/86 14992/89),* Sentencia del 2 de noviembre de 1993, párr. 50; CrEDH, *Case of Tomasi v. France (Application No. 12850/87)*, Sentencia del 27 de agosto de 1992, párr. 89; *CrEDH, Case of Letellier v. France (Application 12369/86)*, Sentencia del 26 de junio de 1991 (Pleno de la Corte), párr. 35.

[245] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 127; CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 110.

[246] CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 11.663, Oscar Barreto Leiva, 31 de

Continúa…

un individuo sea posteriormente condenado o excarcelado no excluye la posible transgresión del plazo razonable en prisión preventiva conforme la normativa de la Convención[247].

Plazos máximos legales para su aplicación

173. Directamente relacionado con el criterio del razonabilidad de la duración de la prisión preventiva se encuentra el tema del establecimiento de máximos legales para su aplicación. A este respecto, los órganos del Sistema Interamericano han establecido que: (a) cuando la ley establece un límite temporal máximo para la detención de un imputado, resulta claro que la misma no podrá exceder dicho plazo[248]; (b) siempre que la prisión preventiva se extienda más allá del periodo estipulado por la legislación interna, debe considerarse *prima facie* ilegal (en los términos del Art. 7.2 de la Convención), sin importar la naturaleza de la ofensa en cuestión y la complejidad del caso. En estas circunstancias, la carga de la prueba de justificar el retraso corresponde al Estado[249]; y (c) la fijación de plazos máximos en la legislación no garantiza su consonancia con la Convención, ni otorga una facultad general al Estado de privar de libertad al acusado por todo ese lapso, pues habrá que analizar en cada caso hasta qué punto subsisten los motivos que justificaron inicialmente la detención, sin perjuicio de lo legalmente establecido[250].

174. Además, deberá eliminarse toda tendencia en la práctica judicial a negar la libertad del acusado por vencimiento de términos con base en interpretaciones extensivas de los que pudieran ser las maniobras dilatorias de la defensa.

4. Autoridad competente, proceso decisorio, motivación e indicios

Autoridad competente

175. En cuanto a la autoridad competente para decretar o decidir la aplicación de la prisión preventiva, la Comisión entiende que el sentido del artículo 7.5 de la Convención es de establecer que la misma sea necesariamente una autoridad judicial[251],

…continuación
octubre de 2008, párr. 136; en el mismo sentido: CrEDH, *Case of Liuiza v. Lithuania (Application No. 13472/06),* Sentencia del 31 de julio de 2012 (Segunda Sección de la Corte), Voto Disidente de los Jueces Pinto de Albuquerque y Keller, párr. 24.

[247] CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 55.

[248] Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 74.

[249] CIDH. Informe No. 135/11, Caso 12.167, Fondo, Hugo Oscar Argüelles y otros, Argentina, 31 de octubre de 2011, párr. 124.

[250] CIDH. Informe No. 84/10, Caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010, párr. 159; CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 139; CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 11.663, Oscar Barreto Leiva, 31 de octubre de 2008, párr. 136.

[251] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 115 y 116.

debido a que el juicio acerca del riesgo procesal sólo puede estar a cargo de un juez. Además, al igual que en el caso del control judicial inmediato del acto de la detención (arresto o aprehensión), esta autoridad debe cumplir con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención[252]. La naturaleza de la autoridad que ordena la detención se determina fundamentalmente atendiendo a atribuciones y competencias que le corresponden de acuerdo con el ordenamiento constitucional[253].

176. En este sentido, el HRC ha establecido consistentemente que los fiscales no son autoridades idóneas para decretar la detención preventiva, toda vez que no se puede considerar, salvo que el Estado demuestre lo contrario, que éstos posean la objetividad e imparcialidad necesaria para ser considerados como "funcionario[s] autorizado[s] por la ley para ejercer funciones judiciales", en los términos del artículo 9(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[254]. Por lo tanto, la responsabilidad de imponer la prisión preventiva, de autorizar su continuación y de imponer medidas alternativas deber ser asumida por una autoridad judicial.

177. Por otro lado, al solicitar la aplicación de la prisión preventiva los fiscales deberían manifestar por cuánto tiempo la piden y fundamentar su solicitud de acuerdo con los fines y criterios desarrollados en este informe. Es contrario a las normas y estándares vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos el que los fiscales pidan de manera reiterada, automática e inmotivada el término máximo de prisión preventiva que les permite la ley, sin atender las características específicas del caso. Los jueces, por su parte, deberían establecer claramente en la resolución que ordena la prisión preventiva cuáles son los límites temporales de la misma[255].

Proceso decisorio

178. En cuanto al momento procesal en el que se evalúa la procedencia de la prisión preventiva, es relevante subrayar que en virtud del derecho a la presunción de inocencia el juzgador debe examinar todos los hechos y argumentos a favor o en contra de la existencia de los peligros procesales que justificarían su aplicación o mantenimiento, según sea el caso[256]. Los jueces deben expedir los autos que decretan la prisión preventiva

[252] Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú.* Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrs. 74 – 75.

[253] Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 80; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 119.

[254] ONU, HRC, Communication No. 1547/2007, Munarbek Torobekov v. Kyrguzstan, decisión del 27 de octubre de 2011, CCPR/C/103/D/1547/2007, párr. 6.2; ONU, HRC, Communication No. 1369/2005, Felix Kulov, decisión del 26 de julio de 2010, CCPR/C/99/D/1369/2005, párr. 8.4. La Corte Europea se ha pronunciado en el mismo sentido, véase a este respecto: CrEDH, *Case of Moulin v. France (Application No. 37104/06)*, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, párrs. 57 – 59; CrEDH, *Case of Assenov and Others v. Bulgaria (Application No. 24760/94)*, Sentencia del 28 de octubre de 1998 (Pleno de la Corte), párrs. 146 – 148; CrEDH, *Case of Huber v. Switzerland (Application No. 12794/879)*, Sentencia del 23 de octubre de 1990 (Pleno de la Corte), párr. 41.

[255] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/7/4, publicado el 10 de enero de 2008, párr. 72.

[256] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 86 y 87.

luego de un análisis sustantivo, no simplemente formal, de cada caso[257]. De ahí la importancia de que los actores involucrados en este proceso decisorio cuenten con la adecuada información probatoria acerca de los riesgos procesales y presupuestos legales que van a ser evaluados, para lo cual se deben desarrollar sistemas de información y verificación de la información previa al juicio. En este sentido, los llamados *servicios de evaluación y supervisión previos al juicio* u *oficinas de medidas alternativas y sustitutivas* han demostrado ser una buena práctica.

179. El acusado deberá tener la posibilidad de estar presente en los procedimientos en los que se decida la aplicación de la prisión preventiva, bajo determinadas condiciones este requisito se podrá satisfacer mediante el uso de sistemas de video adecuados[258], siempre y cuando se garantice el derecho de defensa. Todo acusado tiene derecho a ser escuchado por el juez y argüir personalmente contra su detención, la detención preventiva no debería decidirse solamente con vista al expediente del caso[259]. Asimismo, la resolución por medio de la cual se impone esta medida "debe ser realmente dictada por el juez, luego de escuchar en persona al detenido, no por 'sumariantes' ni por secretarios de juzgado"[260].

180. La celebración de una audiencia previa sobre la procedencia de la prisión preventiva, además de garantizar el principio de inmediación, permite, entre otras cosas, que la persona imputada y su defensa conozcan con antelación los argumentos a partir de los cuales se infiere el riesgo de fuga o de interferencia con las investigaciones. Además, ofrece un mejor escenario, tanto para la defensa, como para la parte acusadora, en el que presentar sus argumentos a favor o en contra de la procedencia de la prisión preventiva, o en su caso de otras medidas menos restrictivas. En definitiva, la oralidad garantiza la posibilidad de discutir todas las cuestiones vinculadas con la aplicación de la medida cautelar.

181. Aquí es preciso reiterar la necesidad de contar con sistemas adecuados de programación y ejecución de audiencias, de forma tal que las audiencias que se programen sean efectivamente celebradas, y así reducir los índices de cancelación y reprogramación de las mismas. Además, la autoridad judicial encargada de la aplicación o continuación de la prisión preventiva deberá conocer y decidir sobre el asunto sin dilación.

---

[257] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a Argentina,* E/CN.4/2004/3/Add.3, publicado el 23 de diciembre de 2003, párr. 65.

[258] Consejo de Europa/Comité de Ministros, Recomendación Rec(2006)13 *sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra abusos*, adoptada el 27 septiembre de 2006, párr. 28.

[259] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a Ecuador,* A/HRC/4/40/Add.2, publicado el 26 de octubre de 2006, párrs. 70 y 71.

[260] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a Argentina,* E/CN.4/2004/3/Add.3, publicado el 23 de diciembre de 2003, párr. 65.

Motivación e indicios suficientes

182. Es un principio fundamental, largamente establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que "las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias"[261]. En esta línea, el GTDA, señaló con respecto al derecho a la libertad personal, que "[e]l fundamento jurídico que justifica la privación de libertad debe ser accesible, comprensible y no retroactivo, y debe aplicarse de manera coherente y previsible a todos por igual"[262].

183. Así, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, la Corte Interamericana estableció específicamente que toda decisión por medio de la cual se restrinja el derecho a la libertad personal por medio de la aplicación de la prisión preventiva deberá contener una motivación suficiente que permita evaluar si tal detención se ajusta a las condiciones necesarias para su aplicación (indicios razonables que vinculen al acusado, fines legítimos, aplicación excepcional, y criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad)[263]. Este deber de motivación suficiente también se extiende a las resoluciones judiciales posteriores en las que se decide el mantenimiento o no de la detención, sea que esta revisión se haga de oficio o a petición de parte. En términos generales, la Corte entiende que "[l]a motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión". Y que la misma "es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. […] [L]a argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente […][264].

184. Con respecto al primer supuesto, relativo a la aplicación inicial de la medida cautelar, la Corte consideró los siguientes hechos:

> En el auto que ordenó la prisión preventiva de las víctimas no consta una descripción, aunque sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caracterizan la imputación. En lo que respecta al señor Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para garantizar la inmediación del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento. Además, no se señaló el tipo penal supuestamente infringido por las dos víctimas. Por

[261] Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 108; Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152.

[262] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/22/44, publicado el 24 de diciembre de 2012, párr. 62.

[263] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93.

[264] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párrs. 107 y 118.

consiguiente, la prisión preventiva dictada contra los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria[265].

185. En efecto, una vez establecida la relación entre el hecho investigado y el imputado corresponde fijar la existencia del riesgo procesal que se pretende mitigar con la detención durante el juicio –el riego de fuga o de frustración de las investigaciones–, el cual debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera invocación o enunciación de las causales de procedencia, sin la consideración y análisis de las circunstancias del caso, no satisface este requisito[266]. Como ha señalado la Corte Europea, los argumentos presentados por el tribunal no deben ser generales o abstractos, sino que deben referirse a los hechos específicos y a las circunstancias personales del imputado que justifiquen su detención[267].

186. Es decir, la justicia no puede funcionar "en automático", en atención a patrones, estereotipos o fórmulas preestablecidas en las que sólo se verifiquen ciertas condiciones del acusado, sin que se den razones fundadas que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de mantenerlo en custodia durante el juicio[268]. En efecto, corresponde al tribunal y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de los elementos que justifiquen la procedencia de la prisión preventiva[269].

187. Cuando se demuestra que la detención de una persona ha sido arbitraria, por ejemplo, por carecer de fundamentación, carece de sentido entrar a considerar otras circunstancias como la duración del plazo por el que fue aplicada[270], puesto que "la

---

[265] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 105.

[266] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 80 y 85.

[267] CrEDH, *Case of Aleksanyan v. Russia (Application No. 46468/08),* Sentencia del 22 de diciembre de 2008 (Primera Sección de la Corte), párr. 179; CrEDH, *Case of Panchenko v. Russia (Application No. 45100/98)*, Sentencia del 8 de febrero de 2006 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 107; CrEDH, *Case of Piruzyan v. Armenia (Application No. 33376/07)*, Sentencia del 26 de junio de 2012 (Tercera Sección de la Corte), párr. 96; CrEDH, *Case of Becciev v. Moldova (Application No. 9190/03),* Sentencia del 4 de octubre de 2005 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 59, en estos dos últimos casos la Corte Europea se refirió específicamente al riesgo de el acusado interfiera con el desarrollo adecuado del proceso, estableciendo que el mismo debe fundarse en "evidencia fáctica".

[268] A este respecto véase por ejemplo: CrEDH, *Case of Sulaoja v. estonia (Application No. 55939/00),* Sentencia del 12 de febrero de 2005 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 64; CrEDH, *Case of Piruzyan v. Armenia (Application No. 33376/07)*, Sentencia del 26 de junio de 2012 (Tercera Sección de la Corte), párr. 99.

[269] CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008, párr. 172. En el mismo sentido, CrEDH, *Case of Aleksanyan v. Russia (Application No. 46468/08),* Sentencia del 22 de diciembre de 2008 (Primera Sección de la Corte), párr. 179; CrEDH, *Case of Ilijkov v. Bulgaria (Application No. 33977/96)*, Sentencia del 26 de julio de 2001 (Sección Cuarta de la Corte), párrs. 84 – 85.

[270] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr.142; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 82; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 120.

privación arbitraria de la libertad no puede ser nunca una medida necesaria o proporcionada"[271].

188. En cuando a la calidad de la evidencia o base que se requiere para poner a una persona en prisión preventiva, la Corte Interamericana ha establecido que "deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga". Y partiendo del criterio esbozado por la Corte Europea de la existencia de "sospechas razonables" fundadas en hechos o información "capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción", la Corte Interamericana determinó que tal sospecha, "tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas"[272].

189. Con respecto a la amplitud permisible en la consideración de las sospechas, el Relator Sobre la Tortura ha subrayado que "las exigencias de hacer frente a actividades criminales terroristas no pueden justificar la interpretación del concepto de 'carácter razonable' de la sospecha en que puede basarse un arresto y luego una detención, hasta el punto de menoscabar su propio significado"[273].

190. Asimismo, en el *caso López Álvares v. Honduras,* la Corte encontró que "[l]a autoridad judicial no tuvo en cuenta nuevos elementos de prueba que justificaran la prisión, sino que consideró solamente los mismos elementos que sustentaron la detención en flagrancia"; es decir, el reporte policial generado al momento del hecho investigado. Lo que, en el contexto de las circunstancias de ese caso, llevó a la Corte a considerar que contravenía los principios y las normas aplicables a la prisión preventiva[274]. Este criterio desarrollado por la Corte Interamericana acerca de la falta de idoneidad de la prueba policial como único sustento probatorio de la prisión preventiva es particularmente relevante en vista de lo arraigado de esta práctica en algunos países de la región[275].

---

[271] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/22/44, publicado el 24 de diciembre de 2012, párr. 48.

[272] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párrs. 101-103. Además del caso *Fox, Campbell and Hartley*, citado por la Corte Interamericana en el texto correspondiente a esta nota al pie, la referida definición de sospecha razonable también fue seguida por la Corte Europea, por ejemplo, en: CrEDH, *Case of Grinenko v. Ukraine (Application No. 33627/06)*, Sentencia del 15 de noviembre de 2012 (Sección Quinta de la Corte), párr.82; CrEDH, *Case of K.-F. v. Germany (Application No. 25629/94)*, Sentencia del 27 de noviembre de 1997, párr. 57.

[273] ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe Provisional, A/57/173, publicado el 2 de julio de 2002, párr. 21.

[274] Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 78 y 79.

[275] A este respecto véase por ejemplo: Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación del Dr. Ernesto Pazmiño Granizo, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp

5. Asistencia legal efectiva (defensa pública)

191. De acuerdo con el artículo 8.2 de la Convención Americana, toda persona inculpada de un delito tiene derecho durante el proceso, entre otras, a las siguientes garantías mínimas: comunicación previa y detallada de la acusación formulada; concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; y el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si no se defiende por sí mismo ni nombra defensor dentro plazo establecido en la ley.

192. En desarrollo de estas garantías, los órganos del Sistema Interamericano han establecido como estándares fundamentales que: (a) el deber del Estado de comunicar previa y detalladamente acerca de la acusación implica informar al acusado no solamente de la causa de la acusación, sino también las razones por las cuales se realiza la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que da a esos hechos. Esta información que debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa[276]; (b) el derecho a la defensa surge desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena[277]; (c) en razón de lo anterior, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración[278]; (d) la defensa jurídica que provea el Estado debe ser ejercida por profesionales del Derecho[279], adecuadamente calificados y capacitados, cuyo desempeño sea debidamente supervisado[280]; (e) es preciso que la Defensa Pública preserve su independencia (funcional y presupuestaria) respecto de otros órganos del Estado y de los propios jueces y agentes fiscales[281]; y, particularmente, (f) que el Estado debe adoptar

[276] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 28.

[277] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 29. En otros casos, la Corte se ha referido al "momento en el que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que impliquen afectación de derechos", para establecer el inicio del ámbito de aplicación del derecho a defensa. Véase por ejemplo, Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 132.

[278] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 155; Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 62. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha considerado que "es axiomático que en todas las etapas de las actuaciones judiciales se disponga de asistencia letrada". ONU, HRC, *Communication No. 775/1997, Christopher Brown v. Jamaica*, decisión del 11 de mayo de 1999, párr. 6.6.

[279] Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 132.

[280] CIDH. Informe No. 28/09, Fondo, Dexter Lendore, Trinidad y Tobago, 20 de marzo de 2009, párr. 46. Véase también: CIDH. Informe No. 1/05, Fondo, Roberto Moreno Ramos, Estados Unidos, 28 de enero de 2005, párrs. 56 y 57.

[281] CIDH. *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44, adoptado el 5 diciembre 2013, párrs. 45 – 48; CIDH. Comunicado de Prensa 76/11 – Relatoría recomienda adopción de política pública carcelaria integral en Uruguay. Washington, D.C., 25 de julio de 2011, anexo, párr. 53. Este tema ha sido

Continúa…

todas las medidas adecuadas para que la defensa suministrada sea *efectiva*, para lo cual es preciso que el defensor actúe de manera *diligente*. El nombrar un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica[282].

193. En este sentido, la Comisión ha establecido recientemente que:

> [L]a garantía establecida en el artículo 8.2(e) de la Convención Americana […], implica que la actividad del defensor se dirija a las facultades que la ley reconoce a la parte acusada, las cuales se concretan básicamente en la posibilidad de pedir y aportar pruebas, de controvertir aquellas que han sido allegadas al proceso y de impugnar las decisiones adoptadas en el mismo. Estos elementos de defensa, y cualquier otro que disponga el derecho interno, deben ser utilizados con propiedad por la defensa, la cual debe adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida a asegurar no sólo el respeto de las garantías del acusado, sino también que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas al derecho y a la justicia[283].[284]

…continuación
desarrollado sobre todo en el caso del Estado argentino en el que en distintas provincias el Ministerio Público de la Defensa Penal y los Ministerios Públicos Fiscales se encuentren supeditados a una misma autoridad superior en cabeza de una Procuraduría General o Fiscalía. A este respecto véase por ejemplo: CIDH. Comunicado de Prensa 64/10 – Relatoría de la CIDH constata graves condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires. Washington, D.C., 21 de junio de 2010; ONU, Subcomité para la Prevención de la Tortura, Informe sobre la visita a Argentina del SPT, CAT/OP/ARG/1, párr. 105; ONU, Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Conclusiones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4, publicado el 31 de marzo de 2010, párr. 20. Véase a demás: ONU, Subcomité para la Prevención de la Tortura, Informe sobre la visita a Paraguay del SPT, CAT/OP/PRY/1, publicado el 7 de junio de 2010, párr. 89 y 90; y Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación del Dr. Ernesto Pazmiño Granizo, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp.

[282] Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 155; Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 159; CIDH. Informe No. 28/09, Fondo, Dexter Lendore, Trinidad y Tobago, 20 de marzo de 2009, párr. 45; CIDH. Informe No. 41/04, Caso 12.417, Fondo, Whitley Myrie, Jamaica, 12 de octubre de 2004, párr. 62. En este último caso, la Comisión refiere que la efectividad del servicio de defensa pública requiere que el defensor ejerza su representación "en forma competente". En el mismo sentido, ONU, HRC, *Communication No. 913/2000, Lawrence Chan v. Guyana*, decisión del 31 de octubre de 2005, párr. 6.2; ONU, HRC, *Communication No. 594/1992, Phillip v. Trinidad and Tobago*, decisión del 20 de octubre de 1998, párr. 5.10.

[283] CIDH. Comunicado de Prensa 76/11 – Relatoría recomienda adopción de política pública carcelaria integral en Uruguay. Washington, D.C., 25 de julio de 2011, anexo, párr. 53.

[284] En este sentido, son relevantes los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados, en particular el Principio 14, según el cual: "[l]os abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión".

194. En lo que respecta a la aplicación de la prisión preventiva, y como se verá más adelante, el sólo hecho de que una persona enfrente un proceso penal estando en custodia del Estado, y no en libertad, constituye de por sí una desventaja procesal; cuando la prisión preventiva se prolonga excesivamente aumenta la dificultad del acusado para organizar su defensa.

195. En las etapas procesales previas y conducentes a la eventual aplicación de la prisión preventiva es imprescindible que la defensa del acusado tenga acceso, con suficiente anticipación, a toda la documentación relevante sobre la cual se considere la aplicación de dicha medida. Igualmente, y como ya se mencionó, es esencial que las resoluciones por medio de las cuales se decide la aplicación o la prórroga de la prisión preventiva estén debidamente motivadas, de forma tal que la defensa pueda conocer con claridad y precisión las razones y la valoración en las que se sustentan tales decisiones.

196. En cuanto a la calidad de la gestión de los defensores, es fundamental que en sus actuaciones se verifique una argumentación articulada relativa al cumplimiento de los principios y criterios que rigen la aplicación de la prisión preventiva en el caso concreto de la persona a la que representan. Por lo que, al igual que los jueces, no pueden limitarse a invocar mecánicamente normas o formulas legales preestablecidas. Sino que deben ser capaces de proveer información y argumentos específicos dirigidos a ofrecer al juez condiciones de confiabilidad para el mantenimiento de la libertad. Así como de elaborar argumentación específica relativa a las condiciones fácticas que hacen improcedentes aquellas medidas cautelares que no sean necesarias o proporcionales al caso concreto; y relativa al plazo judicial de la prisión preventiva, en los casos en los que ésta sea procedente.

6. Control judicial y recursos

197. En el Sistema Interamericano se ha establecido como un principio fundamental que para que un recurso sea efectivo, "se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla"[285]. Cuando se trata de la protección del derecho a la libertad personal por medio de un recurso judicial, "el análisis de la autoridad competente no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana"[286]. Estos parámetros son, naturalmente, los fijados por los artículos 8 y 25 de ese tratado, en particular la garantía de imparcialidad del juzgador y al derecho a ser oído como presupuestos del debido proceso legal[287].

---

[285] Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

[286] Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 96.

[287] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 119.

198. En este sentido, las Reglas de Tokio establecen que el acusado "tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva" (Regla 6.3). Dicho control jurisdiccional, por lo tanto, no se refiere exclusivamente a las circunstancias de la detención, sino también a la continuidad de la misma[288].

199. La Corte Europea ha establecido que el derecho de toda persona arrestada o detenida de acceder al control de la legalidad de su detención requiere que el tribunal competente examine no sólo el cumplimiento de los requisitos de procedimiento establecidos en la legislación nacional, sino también la razonabilidad de la sospecha en la que se sustenta la detención y la legitimidad de sus fines[289]. Este procedimiento debe ofrecer la posibilidad de un contradictorio (*adversarial*) y asegurar siempre la igualdad de armas entre las partes, el fiscal y la persona detenida. Para asegurar esta igualdad de armas es esencial que el abogado defensor tenga acceso a aquellos documentos de la investigación que son esenciales para controvertir efectivamente la legalidad de la detención de su representado[290].

200. Adicionalmente, como ya se mencionó, nunca, bajo ningún concepto, se podrá justificar la prisión preventiva por la utilización de los recursos judiciales establecidos legalmente. Éstos siempre han sido previstos para garantizar a las partes el debido proceso y, en este sentido, han sido regulados para su plena utilización.

201. Por otro lado, la Comisión observa que los reclamos relativos a posibles violaciones a los derechos humanos derivadas de la aplicación de la prisión preventiva tienen, en relación con el artículo 46(1)(a) de la Convención, su propia dinámica de agotamiento de los recursos internos, independiente de aquella propia del proceso penal como un todo. En este sentido, la Comisión en el caso *Jorge Alberto Giménez v. Argentina*, consideró que "[e]n el contexto de la prisión preventiva, para el agotamiento de recursos es suficiente la solicitud de excarcelación y su denegatoria"[291]. Esta solicitud de excarcelación a la que la Comisión hizo referencia, dependerá, según sea el caso concreto, del recurso idóneo disponible en el Estado de que se trate.

[288] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 118 y 121.

[289] CrEDH, *Case of Brogan and Others v. The United Kingdon (Applications No. 11209/84, 11234/84 y 11386/85)*, Sentencia del 29 de noviembre de 1988 (Pleno de la Corte), párr. 65.

[290] CrEDH, *Case of Piruzyan v. Armenia (Application No. 33376/07)*, Sentencia del 26 de junio de 2012 (Tercera Sección de la Corte), párr. 116; CrEDH, *Case of Nikolova v. Bulgaria (Application No. 31195/96)*, Sentencia del 25 de marzo de 1999, párr. 58.

[291] CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 57.

7. Revisión periódica, debida diligencia y priorización del trámite

Revisión periódica

202. Como ya se estableció, corresponde en primer lugar a las autoridades judiciales nacionales el asegurar que el periodo de detención preventiva en el que se mantiene a un acusado no exceda de un plazo razonable[292]. Así, en atención al derecho a la presunción de inocencia y al carácter excepcional de la prisión preventiva surge el deber del Estado de revisar periódicamente la vigencia de las circunstancias que motivaron su aplicación inicial. Este ejercicio de valoración posterior se caracteriza por el hecho de que, salvo evidencia en contrario, el riesgo procesal tiende a disminuir con el paso del tiempo. Por eso, la explicación que ofrezca el Estado de la necesidad de mantener a una persona en prisión preventiva debe ser más convincente y mejor sustentada a medida que pasa el tiempo.

203. La Corte Interamericana ha establecido que "son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emitan conforme a su propio ordenamiento", entre ellas, particularmente la detención preventiva. Por eso, el juez no tiene que esperar a dictar sentencia absolutoria o a que venzan los plazos máximos legales para decretar el fin de la medida. En cualquier momento en que parezca que no están presentes las condiciones iniciales que justificaron la aplicación de la prisión preventiva, "deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe"[293].

204. En su sentencia del caso *Yvon Neptune v. Haití*, en la que se probó que la prolongada e injustificada detención de la víctima no fue objeto de una adecuada revisión judicial, la Corte Interamericana aplicó estos estándares en los siguientes términos:

> [E]l señor Neptune fue liberado dos años y un mes después de su arresto, por "razones humanitarias" y no por una decisión judicial que valorara si las causas y fines que justificaron su privación de libertad se mantenían, si la medida cautelar todavía era absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si era proporcional. Es decir, no consta que la decisión de su liberación constituyera una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades que buscara una verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, en particular, una garantía sustantiva de su derecho de defensa[294].

---

[292] CrEDH, *Case of McKay v. The United Kingdom (Application No. 543/03)*, Sentencia del 3 de octubre de 2006 (Pleno de la Corte), párr. 45; CrEDH, *Case of Sardinas Albo v. Italy (Application No. 56271/00)*, Sentencia del 17 de febrero de 2005 (Primera Sección de la Corte), párr. 85; CrEDH, *Case of Labita v. Italy (Application No. 26772/95)*, Sentencia del 6 de abril de 2000 (Pleno de la Corte), párr. 152; CrEDH, *Case of Letellier v. France (Application 12369/86),* Sentencia del 26 de junio de 1991 (Pleno de la Corte), párr. 35.

[293] Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párrs. 74 y 76; Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 108.

[294] Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 110.

205. En cuanto a la motivación específica de las resoluciones judiciales en las que se revisa la vigencia de la prisión preventiva, la Corte ha señalado que las autoridades judiciales deben garantizar "no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos, sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, del tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos". En este sentido, "la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente"[295].

206. Así, el juzgador deberá expresar las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que persiste el riesgo de fuga o enunciar las medidas probatorias pendientes de recaudar y su imposibilidad de producirlas con el imputado en libertad. Este deber encuentra fundamento en la necesidad de que el Estado renueve su interés en mantener la prisión preventiva con base en fundamentos actuales[296]. Este requisito no se cumple cuando las autoridades judiciales rechazan sistemáticamente las solicitudes de revisión limitándose a invocar, por ejemplo, presunciones legales relativas al riesgo de fuga[297], u otras normas que de una forma u otra establecen la obligatoriedad del mantenimiento de la medida. Si el Estado no demuestra que la detención preventiva de una persona sigue siendo razonable y necesaria para el cumplimiento de sus fines legítimos, la misma, aunque haya sido decretada de acuerdo con la ley, deviene en arbitraria[298].

207. La naturaleza misma excepcional y transitoria de la detención preventiva implica que la revisión de su vigencia se realice periódicamente, ya que su propósito es el de preservar la buena marcha de una investigación y un proceso penal que se supone deben ser conducidos con celeridad y debida diligencia[299]. La responsabilidad de garantizar que estas revisiones periódicas se efectúen recaerá en las autoridades judiciales competentes y en la fiscalía. A este respecto, la CIDH considera que entre las prácticas innovadoras que pudieran implementar los Estados para racionalizar el uso de la prisión preventiva están las de crear programas especiales para monitorear su duración y mejorar los sistemas de programación de audiencias.

---

[295] Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107, 117 y 118.

[296] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 104.

[297] CIDH. Informe No. 84/10, Caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010, párrs. 167 y 172.

[298] ONU, HRC, Communication No. 305/1988, Hugo van Alphen v. The Netherlands, decision del 23 de julio de 1990, párr. 5.8.

[299] Véase *mutatis mutandis*: *CrEDH, Case of Bezicheri v. Italia (Application No. 11400/85)*, Sentencia del 25 de octubre de 1989 (Pleno de la Corte), párr. 21.

Debida diligencia y priorización del trámite

208. El derecho de toda persona detenida de ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso (artículo 7.5 de la Convención y XXV de la Declaración), implica la obligación correlativa del Estado de "tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad"[300]. La especialidad del artículo 7.5 de la Convención, frente al artículo 8.1, radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con *prioridad* y conducido con *diligencia*[301]. Es decir, el Estado tiene una obligación especial de agilizar el enjuiciamiento y evitar demoras[302]. Esta limitación temporal está establecida no en el interés de la justicia, sino en interés del acusado. El que la demora constituya la regla y el pronto enjuiciamiento oportuno y expedito la excepción, conduce a múltiples situaciones de injusticia fundamental[303]. Por tanto,

> Es importante que los Estados pongan a disposición de este tipo de procesos todos los recursos, materiales y humanos, para lograr que, en los supuestos de peligro que justifiquen la prisión preventiva, las investigaciones se lleven a cabo con la máxima premura, y así evitar que toda restricción de derechos impuesta a una persona aún no declarada culpable se extienda tanto como para constituir una pena anticipada, violando la defensa en juicio y el principio de inocencia[304].

209. Por otro lado, como subrayó la Corte Europea, este derecho del detenido de que su caso sea tramitado con particular celeridad no debe ser un obstáculo para que los tribunales desempeñen su tarea con la adecuada atención[305].

8. Aplicación por segunda vez y liberación posterior a la sentencia absolutoria

210. Luego de que una persona que estuvo en prisión preventiva fue puesta en libertar, solamente se le podrá volver a encarcelar preventivamente si no se ha cumplido el plazo razonable en la detención previa, siempre que se vuelvan a reunir las

---

[300] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206; párr. 120; Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 70.

[301] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 76 y 127; CIDH. Informe No. 12/96, caso 11.245, Fondo, Jorge A. Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 110.

[302] CIDH. *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Cap. VII, párr. 32.

[303] CIDH. Informe No. 35/96, caso 10.832, Fondo, Luis Lizardo Cabrera, República Dominicana, 7 de abril de 1998, párr. 70.

[304] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 132.

[305] CrEDH, *Case of Tomasi v. France (Application 12850/87)*, Sentencia del 27 de agosto de 1992 (Pleno de la Corte), párr. 102.

condiciones para su procedencia. En estos casos, para establecer el plazo razonable se debe tener en consideración la privación de libertad ya sufrida, por lo que el cómputo no se debe reanudar[306].

211. Asimismo, como ya se señaló, en función del principio de presunción de inocencia, las personas detenidas y absueltas en primera instancia deberán ser puestas en libertad inmediatamente[307].

9. Niños, niñas y adolescentes

212. La Comisión Interamericana en su *Informe Temático sobre Justicia Penal Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*[308] se refirió extensamente a los objetivos, principios generales y garantías mínimas que deben regir los sistemas de justicia penal juvenil. La Comisión subraya que estos deben tener entre sus objetivos fundamentales, el promover la reintegración de los niños en conflicto con la ley brindándoles las oportunidades necesarias para que puedan asumir un papel constructivo en la sociedad[309]. En atención a este objetivo, los Estados deben contemplar alternativas a la judicialización de las infracciones a las leyes penales y a la propia privación de la libertad[310].

213. En este sentido, el empleo de medidas privativas de libertad debe decidirse luego de que se haya demostrado y fundamentado la inconveniencia de utilizar medidas no privativas de libertad, y luego de un cuidadoso estudio, tomando en consideración el derecho del niño a ser escuchado, los principios de legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la pena, entre otros[311]. Así, los principios y criterios de procedencia de la prisión preventiva deben aplicarse con mayor rigurosidad, procurándose un mayor uso de otras medidas cautelares o el juzgamiento en libertad[312]. En los casos en que proceda el encarcelamiento de personas menores de edad el mismo deberá aplicarse como medida de último recurso y durante el periodo más breve que

[306] CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs. 145 y 146.

[307] En el mismo sentido, ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/40, publicado el 3 de enero de 2007, párr. 78(b).

[308] CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, adoptado el 13 de julio de 2011, (en adelante "*Justicia juvenil y derechos humanos*").

[309] Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño; véase CIDH. *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, adoptado el 13 de julio de 2011, párrs. 30 y 34; CIDH. Informe No. 62/02, Caso 12.285, Fondo, *Michael Domingues*, Estados Unidos, 22 de octubre de 2002, párr. 83; Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

[310] CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos*, Recomendaciones, párrs. 15 y 16.

[311] CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos*.

[312] Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

posible[313]. De acuerdo con los estándares del Sistema Universal, "[l]a prisión preventiva debe ser revisada con regularidad, preferentemente cada dos semanas"; y deben adoptarse las medidas necesarias "para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación"[314].

214. La Comisión reafirma además, que los Estados deben garantizar los derechos humanos de todos los niños privados de libertad, y que tienen la obligación de desarrollar acciones que permitan neutralizar o disminuir los efectos de-socializadores del encierro. Para ello, resulta indispensable que se evite en la mayor medida posible la vulneración de otros derechos distintos a la libertad ambulatoria, como la educación y la salud, y permitan el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios[315].

215. La Relatoría sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la CIDH, ha observado que a nivel regional, los principales desafíos en la aplicación de estos estándares están relacionados con los siguientes aspectos: (a) los jueces competentes para decidir casos de menores infractores no están debidamente capacitados; (b) no cuentan con un catálogo de otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva que les permita hacer un uso excepcional de esta medida y asegurar los fines del proceso; (c) la presión social sobre los jueces juega un papel importante; (d) no existe obligación de los jueces de tomar en cuenta los informes de los equipos multidisciplinarios y de buena conducta; y (e) no existe una defensa pública especializada en casos de menores infractores.

216. Por otro lado, y también en función del interés superior del niño, las autoridades judiciales competentes deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva en el caso de personas que tengan la responsabilidad principal de niños a su cargo. En estos casos debe potenciarse el empleo de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. La Comisión ha observado, por ejemplo, que en los hechos un alto porcentaje de las mujeres privadas de libertad que tienen niños a su cargo han sido detenidas por delitos no violentos, como el microtráfico de drogas.

[313] Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37 (b); Reglas de Beijing, Regla 19; y Reglas de La Habana, Reglas 1 y 2; ONU, Declaración de Salvador sobre estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución, adoptada en el 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Salvador (Brasil) del 2 al 19 de abril de 2010, párr. 27.

[314] ONU, Informe conjunto de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Representante Especial del Secretario General sobre la prevención violencia contra los niños en el sistema de justicia juvenil y las medidas con las que responder a dicha violencia, A/HRC/21/25, publicado el 27 de junio de 2012.

[315] CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párrs. 405, 491 y 510. Véase a este respecto, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, reglas 12 y 87(f).

C. Derecho de reparación por aplicación indebida de la prisión preventiva

217. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual son parte treinta Estados miembros de la OEA[316] establece expresamente en su artículo 9(5) que "[t]oda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación"[317]. En el caso de la Convención Americana, aunque no exista una disposición equivalente, la obligación de reparar las violaciones al derecho a la libertad personal surge de la obligación general de los Estados reparar adecuadamente cualquier vulneración de los derechos y libertades establecidos en ese tratado.

218. En efecto, el artículo 1.1 de la Convención establece el deber de los Estados de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella a toda persona sujeta a jurisdicción, de donde se deriva la obligación de restablecer el derecho conculcado y reparar los daños producidos[318]. La reparación de los efectos de las violaciones a derechos humanos es la consecuencia lógica de su plena garantía. Así pues, de acuerdo con el régimen jurídico establecido por la Convención Americana los Estados tienen el deber de reparar dentro de su jurisdicción las violaciones al derecho a la libertad personal en los términos del artículo 7 de la misma, incluyendo por su puesto aquellas relacionadas con la aplicación de la prisión preventiva. En consecuencia, los Estados deberían establecer en su ordenamiento jurídico interno los mecanismos legales adecuados para que el acceso a este tipo de reparación sea efectivo.

219. A este respecto el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Detenciones Arbitrarias ha recomendado a los Estados que, "subsanen la detención arbitraria principalmente mediante la puesta en libertad inmediata y una indemnización, de conformidad con las convenciones internacionales de derechos humanos y con el derecho internacional consuetudinario […]. La Comisión comparte este criterio, y subraya que, en efecto, la sola liberación de una persona que ha sido privada de su libertad ilegal o arbitrariamente no es una medida de reparación suficiente cuando se ha producido un daño concreto derivado este hecho.

220. Conviene aclarar que el hecho de que una persona detenida haya sido posteriormente sobreseída o absuelta no implica necesariamente que la prisión preventiva haya sido aplicada en contravención de las normas de la Convención Americana. Asimismo, el derecho a obtener reparación al que se hace referencia en esta sección es distinto al establecido en el artículo 10 de la Convención Americana relativo al derecho a indemnización generado por una condena firme por error judicial.

---

[316] Estos son: Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Estados Unidos de América, Uruguay y Venezuela.

[317] Esta disposición no es la única en el derecho internacional, de manera similar el Convenio Europeo también establece este derecho en su artículo 5(5).

[318] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

IV. EL USO DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

221. La Comisión Interamericana ha considerado que el respeto y garantía del derecho a la libertad personal exigen que los Estados recurran a la privación de libertad sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad[319]. En efecto, como ha observado el Relator sobre la Tortura de las Naciones Unidas, "[toda] privación de la libertad personal, incluso cuando se justifica por determinados motivos, como la investigación de un delito y el castigo de los condenados, conlleva el riesgo de interferir directamente en la dignidad humana, pues restringe en gran medida la autonomía individual y pone al detenido en una situación de impotencia"[320].

222. A este respecto, los Principios y Buenas Prácticas establecen que en función del contenido y alcances del derecho a la libertad personal los Estados "deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia" (Principio III.4). Estas medidas alternativas de la privación de la libertad deben estar dirigidas a las tres etapas fundamentales del proceso penal: la etapa previa al juicio, el juicio mismo y el proceso de ejecución de la pena.

223. En este sentido, el carácter excepcional de la prisión preventiva implica de manera concreta que los Estados hagan uso de otras medidas cautelares que no impliquen la privación de libertad de los acusados mientras dura el proceso penal. Por otro lado, tanto la Comisión Interamericana, como otros organismos internacionales de derechos humanos, han recomendado consistentemente a los Estados de la región recurrir con mayor frecuencia a las medidas cautelares no privativas de la libertad como parte de una estrategia conducente a reducir el número de personas en prisión preventiva, y consecuentemente los niveles de hacinamiento.

224. Así, la Comisión propone, entre otras posibles, el siguiente catálogo de medidas alternativas: (a) la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; (b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; (c) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; (d) la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; (e) la retención de documentos de viaje; (f) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares, de acercarse o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; (g) el abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado; (h)

[319] CIDH. *Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G); Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, E/CN.4/2006/7, adoptado el 12 de diciembre de 2005. párrs. 61-63.

[320] ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/64/215, adoptado el 3 de agosto de 2009, párr. 47.

la prestación por sí o por un tercero de una fianza o caución pecuniaria; (i) la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; y (j) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga.

225. La Comisión considera como estándar fundamental de aplicación, que siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente mediante la aplicación de una medida menos gravosa para el imputado que la requerida por el fiscal, el juzgador deberá optar por la aplicación de aquella, sea en forma individual o combinada.

226. De de acuerdo con la Corte Europea, bajo el artículo 5(3) del Convenio Europeo de Derechos Humanos –equivalente al artículo 7.5 de la Convención Americana– "las autoridades, cuando decidan si una persona debe ser puesta en libertad o detenida, están obligadas a considerar medidas alternativas que aseguren su comparecencia al juicio"[321]. Así, en el caso *Jablonski v. Polonia*, este tribunal consideró que se violó el artículo 5.3 del Convenio Europeo porque los tribunales internos competentes,

> [N]o tomaron en cuenta ninguna otra forma de garantía que pudiera asegurar la comparecencia [de la víctima] al juicio. No mencionaron por qué tales medidas alternativas no habrían garantizado su presencia en la corte o por qué, si se hubiese liberado al imputado, su proceso no hubiese seguido su curso adecuadamente. Ni señalaron ningún otro factor que hubiese indicado que existía un riesgo de que se fugase, se ocultase o que de alguna otra forma evadiera a la justicia[322].

227. Además, como ya se mencionó, una vez vencido el plazo considerado razonable para la duración de la detención preventiva el Estado pierde la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado[323]. Es decir, el Estado podrá limitar la libertad de aquel con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante el encarcelamiento[324]. En este sentido, la Comisión ha considerado que

---

[321] CrEDH, *Case of Piruzyan v. Armenia (Application 33376/07)*, Sección Tercera de la Corte, Sentencia del 26 de junio de 2012, párr. 103. Véase también: CrEDH, *Case of Kowrygo v. Poland (Application No. 6200/07*, Sentencia del 26 de febrero de 2013 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 70; CrEDH, *Case of Richet v. France (Application No. 3947/97)*, Sentencia del 18 de noviembre de 2010 (Cuarta Sección de la Corte), párr. 64; y CrEDH, *Case of Nevmerzhitsky v. Ukraine (Application No. 54825/00)*, Sentencia del 5 de abril de 2005, (Segunda Sección de la Corte), párr. 137.

[322] CrEDH, *Case of Jablonski v. Poland (Application 33492/96)*, Sección Cuarta de la Corte, Sentencia del 21 de diciembre de 2000, párr. 84.

[323] Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 120.

[324] Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 70.

> [L]a prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad[325]. Ello, independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir, aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar[326].

228. El hecho de que muchos códigos penales se refieran en primer término a la prisión preventiva, y luego contemplen las denominadas "alternativas a las prisión preventiva", sugiere y conduce a una interpretación según la cual la prisión preventiva sería la primera medida a considerarse aplicable. Cuando, por el contrario, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, la prisión preventiva debería ser la *ultima ratio*, es decir la última vía a la que debiera recurrirse cuando las otras medidas menos gravosas no sean suficientes para garantizar los efectos del proceso.

229. En consecuencia, en los hechos, debería ser el fiscal quien explique y sustente por qué en el caso concreto no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. El juzgador, por su parte, deberá evaluar la posibilidad de que los riesgos procesales puedan ser neutralizados por medio de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, y si opta por imponer esta última medida tiene el deber de motivar y razonar suficientemente la necesidad y proporcionalidad de su aplicación. De esta forma, se garantiza además, el ejercicio adecuado del derecho a defensa pues un análisis escalonado y gradual (de la medida menos lesiva a la más gravosa) permitiría a la defensa alegar y centralizar la discusión en las cuestiones concretas del análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas que se consideren.

230. Además, al igual que ocurre respecto de la prisión preventiva, la existencia de indicios suficientes que vinculen al imputado con el hecho investigado es una exigencia o condición *sine qua non* para la aplicación de otras medidas cautelares[327]. De igual forma, en vista de que algunas de estas medidas también implican una restricción en el goce de otros derechos, como el derecho de circulación[328], las mismas también deben ser aplicadas en observancia de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad[329], propios de la restricción de derechos en una sociedad democrática.

---

[325] CIDH. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, Cap. IV, párr. 33.

[326] CIDH. Informe No. 86/09, caso 12.553, Fondo. Jorge, José y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 134.

[327] CIDH. *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, Principio III(2).

[328] El derecho de circulación y residencia (Art. 22 de la Convención Americana), entendió como la libertad de toda persona de trasladarse libremente de un lugar a otro y de establecerse libremente en el lugar de su elección es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115.

[329] En este sentido, véase *mutatis mutandis,* Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 123 y ss.

Así, en atención a las garantías establecidas en los Arts. 8 y 25 de la Convención, y XVIII y XXVI de la Declaración Americana, las decisiones por medio de las cuales se impongan medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a los principios del debido proceso, y los procesados estarán facultados para presentar recursos judiciales cuando consideren que la aplicación de tales medidas afecta sus derechos fundamentales[330].

231. El incumplimiento de las medidas cautelares no privativas de la libertad puede estar sujeto a sanción, pero no justifica automáticamente que se imponga a una persona la prisión preventiva. En estos casos, la sustitución de las medidas no privativas de la libertad por la prisión preventiva exigirá una motivación específica[331]. En todo caso, deberá concedérsele a la persona señalada de incumplir una medida cautelar la oportunidad de ser escuchada y de presentar elementos que le permitan explicar o justificar dicho incumplimiento.

232. En los hechos, el depósito de una fianza o caución como medida de aseguramiento al juicio puede constituirse en una medida discriminatoria cuando no están al alcance de personas que por su situación de vulnerabilidad económica no las puedan aportar o a personas que no pueden demostrar la existencia de otras condiciones como el "arraigo" en la comunidad (para lo que usualmente hay que acreditar la existencia de un trabajo estable, propiedades y vínculos familiares formales, etc.), las que de hecho no reúnen amplios, y a veces mayoritarios, sectores de la población de los Estados miembros de la OEA[332]. Estos patrones afectan de manera más intensa a grupos económicamente desfavorecidos o a grupos históricamente sometidos a discriminación. En gran parte este problema se produce cuando se conceptualiza al arraigo en función de criterios uniformes para casos distintos, y no en atención a las posibilidades concretas del procesado.

233. Así por ejemplo, de acuerdo con un estudio realizado por *Human Rights Watch* (HRW) miles de personas son mantenidas en prisión preventiva en la ciudad de Nueva York porque no pueden pagar los montos de las fianzas. Se encontró que del total de personas arrestadas en 2008 por delitos menores (*nonfelony charges*) cuya fianza había sido fijada en USD$. 1,000 o menos, el 87% (16,649) fueron mantenidos en custodia al no tener la posibilidad de pagar la suma requerida. De acuerdo con los cálculos de HRW la ciudad se habría ahorrado al menos UDS$. 42,000,000 si no hubiese encarcelado dichas personas. En Nueva York durante el 2009 hubo un total de 98,980 ingresos en las cárceles de la ciudad, poco más de la mitad (51%) eran personas en prisión preventiva que no pudieron pagar la fianza. Los detenidos en prisión preventiva acusados de delitos menores

[330] En el mismo sentido, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Reglas 3.5 y 3.6.

[331] En el mismo sentido, véase: Consejo de Europa/Comité de Ministros, Recomendación Rec(2006)13 *sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra abusos*, adoptada el 27 septiembre de 2006, párr. 12.

[332] A este respecto véase por ejemplo: ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Comunicado de prensa sobre conclusión de la visita a Brasil, 28 de marzo de 2013; ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a Canadá,* E/CN.4/2006/7/Add.2, publicado el 5 de diciembre de 2005, párr. 63. Esta situación también fue puesta de relieve por diversas organizaciones en: audiencia sobre: *Uso de la prisión preventiva en las Américas*, 146º período ordinario de sesiones, organizada por Fundación para el Debido Proceso (DPLF), De Justicia, Instituto de Defensa Legal (IDL) y otros, 1 de noviembre de 2012.

que no pudieron depositar caución (un total de 22,846) constituyeron casi un cuarto (23%) del total de ingresos[333].

234. Por otro lado, la Comisión observa que el SPT luego de su visita a México informó acerca de la aplicación en algunos estados de la figura jurídica conocida como "flagrancia equiparada", usada para justificar detenciones masivas de personas, sin que éstas hayan sido detenidas realmente en flagrancia y sin que tuvieran vínculos ni objetos relacionados con el hecho perseguido, como estrategia para criminalizar la protesta social. Estas detenciones se verían agravadas por la imposibilidad de muchas personas de pagar las altas fianzas de excarcelación que se les fijaban[334]. Lo que constituye un ejemplo de cómo la imposibilidad de aportar una fianza puede ser utilizada como medida de represión contra determinados grupos.

235. En este sentido, la Comisión considera que los Estados deben asegurar que la aplicación de la fianza se adecue a criterios de igualdad material, y no constituya una medida discriminatoria hacia personas que no tienen la capacidad económica de consignar dichos montos. En los casos, en los que se ha comprobado la incapacidad de pago del procesado, deberá necesariamente utilizarse otra medida de aseguramiento no privativa de la libertad. En atención al principio de presunción de inocencia, la fianza no podrá en ningún caso constituir o incluir la reparación del daño causado por el delito que se le imputa al procesado

236. Con respecto al monto de la fianza, la Corte Europea ha establecido que el mismo debe ser determinado, de acuerdo con las condiciones del acusado, su capacidad financiera (posesiones) y su relación con quien actúe como fiador; y que en definitiva la naturaleza de esta garantía debería ser tal que su pérdida o incumplimiento constituya un factor disuasivo para disipar cualquier intención del acusado de no comparecer al juicio[335]. Todos estos son factores subjetivos dependerán de la realidad y capacidades específicas de la persona sujeta a juicio. El Tribunal europeo ha señalado además, que el mero hecho de que una persona carezca de una residencia fija no da pie a la existencia del riesgo de fuga[336].

237. Otra medida cuya aplicación es necesario regular y supervisar adecuadamente es el arresto domiciliario. En audiencia sobre la *Situación de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad en Bolivia,* se informó que el arresto domiciliario le impide a las mujeres de bajos recursos realizar actividades económicas fuera del hogar para su propio sustento y el de su familia; y en caso de encontrarse bajo

[333] HRW, *The Price of Freedom: Bail and Pretrial Detention on Low Income Nonfelony Defendants in New York City*, 3 de diciembre 2010, págs. 2, 6 y 21.

[334] ONU, Subcomité para la Prevención de la Tortura, *Informe sobre la visita a México del SPT,* CAT/OP/MEX/1, publicado el 27 de mayo de 2009, párr. 208.

[335] CrEDH, *Case of Neumeister v. Austria (Application no. 1936/63)*, Pleno de la Corte, Sentencia del 27 de junio de 1968, párr. 14.

[336] CrEDH, *Case of Sulaoja v. Estonia (Application No. 55939/00)*, Sentencia del 12 de febrero de 2005 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 64.

vigilancia de un agente policial, éstas tienen que asegurarle un espacio para pernoctar, alimentación y transporte desde el lugar que indique el/la funcionario/a al domicilio de la mujer privada de libertad[337]. Este tipo de desafíos en la implementación de esta medida también han sido observados en otros países de la región.

238. En cuanto a la gestión de las medidas cautelares no privativas de libertad, la Comisión considera que los Estados deben en primer lugar regular adecuadamente su uso y aplicación; garantizar la asignación de los recursos financieros necesarios para que sean operativas, y puedan ser utilizadas por el mayor número posible de personas; implementar programas de capacitación para los funcionarios involucrados en las distintas etapas de su aplicación; y establecer mecanismos de supervisión de su cumplimiento y resultados. Es importante además, generar estadísticas y producir información confiable y sistemática acerca de los resultados obtenidos con la aplicación de tales medidas, a fin de identificar los posibles obstáculos en su aplicación e implementación, y adoptar las medidas pertinentes lograr su mayor y más eficiente uso.

239. De acuerdo con el Defensor Público General de Ecuador, es necesario operativizar las alternativas a la prisión preventiva, ya que la falta de una estructura de acompañamiento para su efectividad real genera la "demonización" política y judicial de su aplicación; la desconfianza de la fiscalía y de la víctima; la "codificación" del debate judicial reduciendo los espacios de procesamiento en libertad; y el desuso judicial de las medidas cautelares no privativas de la libertad[338].

240. La Comisión considera fundamental la creación de mecanismos adecuados de evaluación del peligro procesal y de supervisión de la aplicación de las medidas cautelares no privativas de la libertad, como los llamados *servicios de evaluación y supervisión previos al juicio* u *oficinas de medidas alternativas y sustitutivas*. Estas unidades tienen por regla general dos funciones: por un lado, recabar y verificar información relativa al imputado por distintos medios, y presentarla al tribunal como insumo básico para la evaluación de la procedencia y necesidad de una determinada medida cautelar; y por otro, se encargan de monitorear el cumplimiento de las medidas cautelares no privativas de la libertad. El empleo de este mecanismo genera confianza, tanto en el juzgador que se sentirá más respaldado al aplicarlas, como en la sociedad que recibirá el mensaje de que la libertad que obtiene el procesado no es sinónimo de impunidad. Incluso, se han realizado estudios que documentan los beneficios económicos que representaría para la Administración Pública el establecimiento de estos servicios previos al juicio[339].

---

[337] CIDH. *Situación de las mujeres privadas de libertad en Bolivia*, 147º período ordinario de sesiones, organizada por Oficina Jurídica para la Mujer (OJM), Comité de América Latina y el Caribe (CLADEM), Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 15 de marzo de 2013.

[338] Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación del Dr. Ernesto Pazmiño Granizo, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp

[339] A este respecto véase por ejemplo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú y Centro para el Desarrollo de la Justicia y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC), *Estudio de línea de base para la implementación de una oficina de servicios previos al juicio en el marco del Código Procesal Penal,* 2013, págs. 120-124.

241. En suma, la Comisión considera que promover un mayor uso de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva no solo es congruente con el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva y con el derecho a la presunción de inocencia, sino que es de aquellas medidas que por su naturaleza resultan en principio sostenible y eficaces como parte de una estrategia integral para hacer frente al hacinamiento. Desde una perspectiva más amplia, la modernización de la administración de justicia debe tomar en cuenta el uso de medidas no privativas de la libertad como medio para optimizar la utilidad social del sistema de justicia penal y los recursos con que cuenta[340].

242. El uso racional de las medidas cautelares no privativas de la libertad, de acuerdo con criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, no riñe en modo alguno con los derechos de las víctimas, ni constituye una forma de impunidad. Afirmar lo contrario, supone un desconocimiento de la naturaleza y propósitos de la detención preventiva en una sociedad democrática. Por ello, es importante que desde los distintos poderes del Estado se apoye institucionalmente el empleo de este tipo de medidas cautelares, en lugar de desincentivar su uso o socavar la confianza en las mismas. Si no se construye confianza en el empleo de las medidas alternativas no privativas de la libertad, se corre el riesgo que éstas entren en desuso con grave detrimento de la dignidad humana, la libertad personal y la presunción de inocencia, pilares básicos de una sociedad democrática.

243. Finalmente, la Comisión reitera que en el marco del sistema de derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas, se han adoptado instrumentos y documentos especializados pertinentes a la materia desarrollada en este capítulo, como por ejemplo, las ya citadas *Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio),* y el Manual de Principios Básicos y Prácticas Prometedoras a las Alternativas de Encarcelamiento[341].

[340] CIDH. *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Cap. VII, párr. 36.

[341] Disponible en: http://www.unodc.org/ropan/es/PrisonReform/ToolsandPublications/tools-and-publications.html

V. DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN PRISIÓN PREVENTIVA

A. Separación y tratamiento acorde con el derecho a la presunción de inocencia

244. Como ya se ha mencionado en el presente informe, el principio de presunción de inocencia es el punto de partida para cualquier análisis de los derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran en prisión preventiva[342]. Este derecho no sólo es el principio rector en la decisión de imponer esta medida a una persona, sino que además tiene implicaciones concretas en las condiciones de detención a las que se le somete[343]. En este sentido, el derecho internacional dispone en primer lugar la separación entre personas condenadas y procesadas, y que el régimen de detención al que éstas son sometidas sea cualitativamente distinto en algunos aspectos al aplicado a las personas condenadas.

245. Con respecto a la diferencia en la naturaleza de la detención preventiva y la privación de libertad derivada de una sentencia condenatoria, esta Comisión ha indicado que en virtud del principio de proporcionalidad una persona considerada inocente no debe recibir un trato igual, ni peor, que una condenada. Tampoco se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención con una equiparación de su naturaleza[344].

246. Así, de acuerdo con el régimen establecido por el artículo 5.4 de la Convención Americana –análogo al artículo 10.2(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– los Estados deben establecer como regla general, salvo situaciones excepcionales, la separación entre procesados y condenados[345]. Esta disposición no es una mera recomendación o simplemente una buena práctica, sino que es una obligación vinculante derivada de un tratado. De hecho, la Corte Interamericana ha establecido

---

[342] CIDH. *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Cap. VII, párr. 32.

[343] En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha reconocido que "estas garantías pueden entenderse como corolario del derecho a la presunción de inocencia"; y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha señalado que la separación entre condenados y procesados es "necesaria para recalcar su condición de personas no condenadas; que están también protegidas por el derecho a la presunción de inocencia". Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 146; y ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 21: Trato humano de las personas privadas de libertad*, adoptado en el 44º periodo se sesiones (1992), párr. 9. En *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos Volumen I*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) adoptado el 27 de mayo de 2008, pág. 243.

[344] CIDH. Informe No. 86/09, caso 12.553, Fondo. Jorge, José y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 109.

[345] Este disposición también está contenida en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas 8.8 y 85.1); y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Principio 8).

consistentemente la violación al 5.4 de la Convención en casos en los que se demostró que las víctimas estuvieron detenidas junto con personas condenadas[346].

247. En este sentido, la Corte en el caso *Yvon Neptune* reafirmó el estándar de que esta norma "impone a los Estados la obligación de establecer un sistema de clasificación de los reclusos en los centros penitenciarios, de manera que se garantice que los procesados sean separados de los condenados y que reciban un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas"; considerando además, en sentido concordante con lo establecido por la CIDH en los *Principios y Buenas Prácticas*, que la separación entre ambas categorías de reclusos "requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubicadas en diferentes secciones dentro de un determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible"[347].

248. Por su parte, el HRC ha reconocido expresamente la importancia de esta norma en función del respeto al principio de presunción de inocencia, y ha establecido que los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deben "indicar en sus informes las modalidades de separación de los procesados y condenados y precisar las diferencias entre los regímenes que se aplican a unos y otros"[348]. Con lo cual, ratifica el hecho de que el artículo 10(2) de ese tratado exige de la adopción de medidas concretas para su implementación.

249. Los *Principios y Buenas Prácticas* de la CIDH al referirse a la separación de los reclusos por categorías, por ejemplo entre procesados y condenados, establecen igualmente que dicha separación implica que deberán "estar alojados en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos"; y disponen que "[e]n ningún caso la separación de personas privadas de libertad por categorías será utilizada para justificar la discriminación, la imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas […]" (Principio XIX).

---

[346] Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241, párr. 60; Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 150; Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 104; Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 14, párr. 111 y 112; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 158. Igualmente el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, también ha encontrado la violación concreta del Art. 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en casos en los que la víctima estuvo recluido/a preventivamente con personas condenadas. Véase por ejemplo, ONU, HRC, Comunication No. 1813/2008, Ebenezer Derek Mbongo Akwanga v. Camerún, decisión de 22 de marzo de 2011, CCPR/C/101/D/1813/2008, párr. 7.3.

[347] Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párrs.146 y 147.

[348] ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 21: Trato humano de las personas privadas de libertad*, adoptado en el 44º periodo se sesiones (1992), párr. 9. En *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos Volumen I*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) publicado el 27 de mayo de 2008, pág. 243.

250. En este sentido, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, establecen también como regla general que "[e]estará prohibido imponer [a las personas en detención preventiva] restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención" (Principio 36.2).

251. Así pues, este régimen de detención acorde con la presunción de inocencia, aplicable a las personas mantenidas en prisión preventiva, es desarrollado *in extenso* por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos en sus artículos 84 a 93, los cuales establecen, entre otras cosas, que: (a) los acusados podrán procurarse, si así lo desean, sus propios alimentos del exterior; (b) se les autorizará llevar sus propias prendas personales, o se les asignará un uniforme distinto al utilizado por los condenados; (c) se les deberá ofrecer la posibilidad de trabajar remuneradamente; (d) se les deberá autorizar la obtención de libros, periódicos, materiales para escribir, así como otros medios de ocupación; (e) deberá permitírseles recibir a sus expensas atención médica y odontológica externas[349]; y (f) proporcionársele todas las facilidades necesarias para recibir visitas familiares y para la preparación de su defensa. Estos dos requisitos por su importancia serán desarrollados con mayor detalle en la siguiente sección.

252. Con respecto al régimen aplicable a las personas detenidas en espera de juicio, y haciendo énfasis en su participación en actividades productivas, el RT indicó en su reciente informe acerca del contenido de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos que:

> Habida cuenta del recurso excesivo a la prisión preventiva durante largos períodos de tiempo, es absolutamente necesario asegurar que todas las personas privadas de libertad tengan acceso a actividades y puedan disfrutar de otros privilegios a los que tiene derecho la población penitenciaria general. El Relator Especial reconoce que este principio puede ser difícil de aplicar, habida cuenta de la rotación bastante rápida de las personas en prisión preventiva y de la posibilidad de que las comisarías de policía y otros centros de detención no estén adaptados a tal fin. Sin embargo, como señaló el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, no se puede dejar simplemente que los reclusos languidezcan durante semanas, incluso meses, encerrados en sus celdas[350].

[349] A este respecto, la Recomendación Rec(2006)13 *sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra abusos*, dispone que se adoptarán medidas para que las personas en prisión preventiva "puedan continuar los tratamientos médicos o dentales necesarios que recibían antes de su detención, si así lo decide el doctor o el dentista de la institución de prisión preventiva, de ser posible de acuerdo con el médico o el dentista del presunto delincuente en prisión preventiva" (Párr. 37).

[350] ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe provisional, A/68/295, publicado el 9 de agosto de 2013, párr. 38.

253. El principio de la separación física entre procesados y condenados no sólo es un imperativo del derecho internacional, sino que también es reconocido como norma de rango constitucional en Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua y Paraguay[351]. La mayoría de estas constituciones establecen que las personas en prisión preventiva estarán en centros o establecimientos especiales distintos de aquellos destinados a las personas condenadas.

254. Sin embargo, a pesar de este marco normativo en el que se establece y desarrolla la obligación de los Estados de mantener a las personas sometidas a prisión preventiva separadas de las condenadas y en condiciones de detención acordes con su calidad de inocentes, la realidad constatada en la mayoría de los países de la región es completamente distinta. Por regla general las personas en espera de juicio son mantenidas en las mismas instalaciones que aquellas que ya han sido condenadas, y como tal están sometidas a las mismas condiciones de hacinamiento, insalubridad, violencia, falta de acceso a elementos básicos para su subsistencia, y otras restricciones a las que también está expuesta la población penal general[352]. De hecho, en muchos casos las personas en detención preventiva tienen aún menos posibilidades de acceso a ciertas actividades, por ejemplo laborales y educativas, a las que tienen mayor acceso las personas condenadas por el hecho mismo de encontrarse en el proceso de ejecución de la pena.

255. En la práctica los criterios de separación de reclusos por categorías se reducen a razones como la pertenencia a una pandilla o grupo criminal; su condición socioeconómica (según pueda pagar para ser alojado en un mejor lugar dentro del centro penal); si se trata de antiguos funcionarios públicos o ex miembros de las fuerzas de seguridad; si se trata de internos que presentan graves problemas de convivencia con la población general; o si por ejemplo, son personas que padecen de enfermedades mentales o infectocontagiosas, o si son personas de edad avanzada. Pero el estado procesal no suele ser, en los hechos, un criterio se separación que se aplique consistentemente.

256. Esta situación se agrava aún más en contextos penitenciarios caracterizados por el hacinamiento y la falta de estructuras y recursos adecuados para su correcto funcionamiento. Estos factores provocan además una especie de efecto de cascada en el que la saturación de los establecimientos penitenciarios, incluyendo los centros de detención provisional, lleva a las autoridades a alojar a personas procesadas en

[351] Constitución del Ecuador Art. 77.2; Constitución Política de la República de Guatemala Art. 10; Constitución de Haití Art. 44; Constitución Política de la República de Honduras Art. 86; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Art. 18; Constitución Política de Nicaragua Art. 33(5); y Constitución Nacional del Paraguay Art. 21.

[352] Incluso en aquellos casos en los que las personas en prisión preventiva están en establecimientos separadas, también suelen padecer las consecuencias de las deficiencias estructurales de los sistemas penitenciarios. A veces con consecuencias dramáticas, como ocurrió en Chile el 8 de diciembre de 2010, cuando murieron 81 internos de la torre 5 del *Centro de Detención Preventiva (CDP)* de San Miguel producto de un incendio en el cuarto piso de la torre. De hecho, la peor tragedia carcelaria en la historia de ese país. Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), *Situación de los Derechos Humanos en Chile – Informe Anual 2011*, pág. 25.

comisarías, estaciones de policía y otros centros de detención transitoria[353], que no están diseñados para estos fines y cuyo personal no está capacitado para ejercer esas funciones[354]. Todo lo cual ha conducido a que en algunos países se produzcan situaciones realmente graves derivadas de la saturación de estos establecimientos.

257. Sobre este particular, la CIDH ha establecido que "deben adoptarse las medidas legislativas y las reformas estructurales necesarias para que la detención en sede policial sea utilizada en la menor medida posible, sólo hasta que una autoridad judicial determine la situación de la persona arrestada"[355].

B. Otras consideraciones relevantes respecto a las condiciones de detención de las personas en prisión preventiva

258. Las condiciones de detención a las que se somete a una persona mantenida en prisión preventiva no solamente son una cuestión relativa al derecho a la presunción de inocencia, sino que además tienen una incidencia directa en el goce de otros derechos humanos fundamentales, como el derecho a la defensa en juicio y al mantenimiento de las relaciones familiares. Además, de estos dos aspectos, en esta sección se hace referencia al derecho al voto de las personas en prisión preventiva, a la aplicación del aislamiento solitario y al uso de módulos de máxima seguridad.

1. Derecho a la defensa en juicio

259. La Convención Americana establece en su artículo 8(2) que toda persona inculpada de un delito tiene derecho durante el proceso a, entre otras, las siguientes garantías mínimas: (c) "concesión […] del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa"; y (d) "derecho […] de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor". En el caso de las personas mantenidas en prisión preventiva el cumplimiento de

[353] Así por ejemplo, la CIDH ha recibido información según la cual en Guatemala se han habilitado instalaciones carcelarias incluso en cuarteles militares. Respuesta al cuestionario de consulta con motivo del *"Informe temático sobre prisión preventiva en las Américas"* de la CIDH, Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, 2 de noviembre de 2012, pág. 6. Este tema fue desarrollado con mayor amplitud en la Audiencia Temática: *Situación de derechos humanos de las personas privadas de libertad en Guatemala*, 141º período ordinario de sesiones, organizada por ICCPG, UDEFEGUA y CEJIL, el 29 de marzo de 2011.

[354] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párr. 458. De igual forma, el GTDA constató que en El Salvador "[m]ás de 2,300 detenidos en espera de juicio son albergados en bartolinas de policía, cuya capacidad en todo el país no excede de 600 plazas. Estas bartolinas no designadas para albergar a detenidos por más de 72 horas. Sin embargo, son utilizadas para albergar a imputados en espera de juicio o durante el proceso judicial". ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a El Salvador, A*/HRC/22/44/Add.2, publicado el 11 de enero de 2013, párr. 100. Asimismo, en Argentina, se informa que de las aproximadamente 63,000 personas privadas de libertad en el país, habría alrededor de 10,000 detenidas en comisarías. Respuesta al cuestionario de consulta con motivo del *"Informe temático sobre prisión preventiva en las Américas"* de la CIDH, 6 de octubre de 2012, Observatorio Internacional de Prisiones de Argentina.

[355] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párr. 458; CIDH. Comunicado de Prensa 56/11 - Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad culmina visita a Suriname. Washington, D.C., 9 de junio de 2011, Anexo, párr. 23.

estas garantías procesales implica necesariamente que el Estado debe asegurar las condiciones para que aquellas puedan ejercer de manera efectiva su derecho a defensa en juicio mientras están detenidas.

260. En efecto, el mantener a una persona en detención preventiva mientras dura el proceso debilita sus posibilidades de defensa, particularmente cuando éstas carecen de los medios para sufragar los gastos de su defensa[356]. Igualmente, se ha constatado que el albergar a detenidos en espera de juicio en comisarías o estaciones de policía puede afectar su derecho a defensa[357]. De igual forma, el someter a personas en prisión preventiva a condiciones de reclusión que por su precariedad afectan su salud, seguridad o bienestar, conlleva a que éstas participen en el proceso penal en condiciones menos favorables que la parte acusadora. En tal sentido, el GTDA ha señalado también que "[c]uando las condiciones de reclusión son tan inadecuadas que debilitan gravemente al detenido en prisión preventiva, esa igualdad [de armas entre la acusación y la defensa] se ve perjudicada y ya no se puede garantizar un juicio imparcial, incluso cuando las garantías procesales respetan escrupulosamente"[358].

261. De acuerdo con los estándares internacionales vigentes[359], toda persona privada de libertad deberá contar con las oportunidades, infraestructura y tiempo adecuados para recibir visitas, comunicarse y consultar a sus abogados sin demora, interceptación o censura y con plena confidencialidad. Estas entrevistas podrán ser objeto de vigilancia visual, pero su contenido no podrá ser escuchado por terceras partes. Estas condiciones de confidencialidad y no interferencia aplican a todas las formas de comunicación utilizadas por los detenidos (telefónicas y por correspondencia también). Esto significa que los funcionarios de los centros penales no deberán abrir las cartas o interceptar las llamadas telefónicas que realicen los internos a sus abogados. Además, las comunicaciones entre una persona privada de libertad y su abogado no podrán ser admitidas como prueba en su contra a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer. Este derecho de toda persona detenida o privada de libertad de comunicarse libre y privadamente con su abogado, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

---

[356] ONU, Subcomité para la Prevención de la Tortura, *Informe sobre la visita a Paraguay del SPT,* CAT/OP/PRY/1, publicado el 7 de junio de 2010, párr. 64.

[357] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a El Salvador, A*/HRC/22/44/Add.2, publicado el 11 de enero de 2013, párr. 129.

[358] ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/40, publicado el 3 de enero de 2007, párr. 66; ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/6, publicado el 1 de diciembre de 2004, párr. 69.

[359] Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, Regla 93; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principio 18; y ONU, Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990), Principio 8.

262. La Comisión observa también que pueden darse otras situaciones de hecho que afectan el derecho de las personas detenidas a tener acceso a sus medios de defensa, como por ejemplo la aplicación de controles desproporcionados (o incluso denigrantes) a los abogados que acuden a los centros penales[360], o a los detenidos que van a entrevistarse con ellos[361]; el no permitir o decomisar en las requisas las copias de expedientes u otros documentos legales que mantienen los internos en su poder; y los traslados de los detenidos a lugares distantes de los jueces o tribunales que llevan sus procesos y de sus abogados[362].

263. Con respecto a la afectación procesal que supone el traslado de detenidos a establecimientos penales considerablemente distantes del lugar donde se conducen sus procesos, la CIDH destaca la reciente Recomendación No. 35/2013 emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (CNDH)[363], en la que esta institución señaló haber comprobado que "los traslados penitenciarios representan una de las formas más comunes de violación del derecho a la seguridad jurídica de los reclusos". Entre otras razones, porque al estar alejados de los jueces o tribunales ante los cuales se tramitan sus procesos y del lugar donde se verificaron los hechos, se obstaculiza la posibilidad de los detenidos de dar seguimiento a sus procesos y de estar presentes en las actuaciones, y se limita el acceso a una adecuada defensa. En consecuencia recomendó a las autoridades competentes, "girar las instrucciones correspondientes para que antes de efectuar un traslado, se garantice que la persona sujeta a prisión preventiva tenga la posibilidad real y efectiva de defenderse en el proceso que se sigue en su contra, atendiendo a su derecho al debido proceso y, en especial, al derecho a la defensa".

264. Igualmente en audiencia sobre la situación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en el Complejo Penitenciario de Islas Marías –un complejo penitenciario federal ubicado a 112 kilómetros de las costas del estado de

[360] Así por ejemplo, el GTDA en su visita a El Salvador "recibió extensa información relativa a que en los centros de detención y en las prisiones, los abogados y defensores públicos son también sometidos a una inspección rigurosa, tanto a la entrada como a la salida. La inspección es llevada a cabo por militares que controlan incluso las notas que contienen información obtenida por los abogados durante las entrevistas con sus clientes. […] Lo anterior es aún más grave si se trata de abogadas, pues son también sometidas a un control que en ocasiones es indecoroso, intrusivo y humillante". ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a El Salvador, A*/HRC/22/44/Add.2, publicado el 11 de enero de 2013, párrs. 74 y 75.

[361] La Comisión ha recibido información según la cual las autoridades a cargo del centro de detención de la base naval de Guantánamo han implementado recientemente, entre otras, la práctica de realizar cacheos o revisiones en las áreas genitales de los detenidos como procedimiento obligatorio antes y después de que éstos pasen a entrevistarse con sus abogados.

[362] A este respecto, la CIDH ha dicho que "cuando los traslados son ejecutados arbitrariamente o en condiciones contrarias al respeto de los derechos humanos de los reclusos, pueden llegar a constituir espacios poco visibles o zonas grises para la comisión de abusos por parte de las autoridades"; y fijó los estándares de protección judicial aplicables esta medida. CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 485 y 500.

[363] CNDH, Recomendación No. 35/2013, *Sobre el caso de internos del Centro Federal de Readaptación Social No. 11 "CPS Sonora", en Hermosillo Sonora.* México, D.F., 25 de septiembre de 2013, párrs. 56, 58, 66, 68 y 145. Si bien esta recomendación se da como reacción a las continuas quejas recibidas en el "CPS Sonora" sus consideraciones y conclusiones son aplicables a todo el sistema penitenciario federal mexicano.

Nayarit, México– las organizaciones peticionarias denunciaron que el alejamiento geográfico de este centro penal, al que sólo llega una embarcación de la Secretaría de Marina una vez a la semana y en el que se imponen fuertes restricciones en las vías de comunicación, afecta considerablemente el derecho de defensa de los internos, lo que es particularmente grave respecto de los detenidos del fuero común, ya que el único defensor de oficio que hay en el complejo pertenece al fuero federal[364].

265. En este contexto, resulta inaceptable desde todo punto de vista que las personas mantenidas en detención preventivas tengan que ausentarse de sus audiencias u otras actuaciones procesales por motivos tales como la falta de medios de transporte o personal de custodia; así como también, por la inasistencia de los agentes fiscales o por alguna otra razón atribuible al Estado. Ello es así porque es el propio Estado quien decide mantener en custodia a una persona con el objeto, en principio, de asegurar su comparecencia al juicio; por lo tanto, el que éste no tenga la capacidad de proporcionar el transporte y custodia de los detenidos a los tribunales para las diligencias respectivas en la fecha y hora fijadas, constituye una situación de injusticia fundamental. De la misma manera, es completamente inaceptable el cobro de "coimas" o sobornos a los detenidos para ser transportados a los tribunales, este tipo de prácticas, cuando ocurren, deben ser debidamente investigadas y sancionadas.

266. Además de los fines procesales propios de la defensa del acusado, la asistencia legal puede ser necesaria para otros efectos, como garantizar la tutela judicial de las condiciones de reclusión, o por otros motivos personales o familiares del detenido ajenos al encarcelamiento. Para ello, es necesario que los internos en general cuenten con los medios y las condiciones para tener un acceso efectivo a su representación legal.

267. Por otro lado, y siguiendo los estándares fijados por el Consejo de Europa, la Comisión considera que las sanciones disciplinarias que se apliquen a las personas en prisión preventiva no podrán tener el efecto de prolongar la duración de la detención ni de interferir con la preparación de su defensa en juicio[365].

268. Además de las consideraciones anteriores, resulta pertinente reafirmar que bajo ninguna circunstancia debe tolerarse la práctica de utilizar la detención preventiva de personas como un mecanismo para forzarlas a realizar confesiones, señalar a otros sospechosos, o para inducirlas a autoinculparse y optar un juicio abreviado como una vía para acceder de forma pronta a su libertad[366]. Tales prácticas, al igual que el uso no

[364] CIDH. Audiencia Temática: *Situación de las personas privadas de libertad en el Complejo Penitenciario de Islas Marías, México*, 149º período ordinario de sesiones, organizada por: ASILEGAL, Documenta, Renace, Instituto de DDHH Ignacio Ellacuría, Universidad Iberoamericana de Puebla y otros el 1 de noviembre de 2013. A este respecto, véase también: CNDH, Recomendación No. 90/2011, *Sobre el caso de internos del Complejo Penitenciario "Islas Marías"*, México, D.F., 16 de diciembre de 2001, punto (g).

[365] Consejo de Europa/Comité de Ministros, Recomendación Rec(2006)13 *sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra abusos*, adoptada el 27 septiembre de 2006, párr. 41.

[366] En este sentido, además de lo señalado respecto a Colombia en el párrafo 63 del presente informe, la Comisión observa que de acuerdo con un estudio realizado en cuatro jurisdicciones de la República Argentina (la jurisdicción nacional y las provincias de Santa Fe, Córdoba y Chubut) encontró como denominador común que,

Continúa…

excepcional de la prisión preventiva, también son contrarías a la esencia misma del estado de derecho y a los valores que inspiran a una sociedad democrática.

2. Contacto familiar

269. En su *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas en las Américas*, la CIDH reiteró que los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las personas privadas de libertad de mantener y desarrollar las relaciones familiares; considerando además que en función del artículo 17.1 de la Convención, éstos deben crear las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho, atendiendo todas aquellas deficiencias estructurales que impiden que el contacto y la comunicación entre los internos y sus familias se den en condiciones dignas, seguras y con suficiente regularidad. Asimismo, a partir de la realidad observada en distintos países de la región la Comisión constató que,

> Para las personas privadas de libertad, el apoyo de sus familiares es esencial en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el sustento material. En la mayoría de las cárceles de la región, los elementos que necesitan los presos para satisfacer sus necesidades más elementales no le son suministrados por el Estado, como debería ser, sino por sus propios familiares o por terceros. Por otro lado, a nivel emocional y sicológico, el mantenimiento del contacto familiar es tan importante para los reclusos, que su ausencia se considera un factor objetivo que contribuye a incrementar el riesgo de que éstos recurran al suicidio[367].

270. Con respecto a la personas en prisión preventiva, la Comisión considera que el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias conducentes a garantizar el contacto familiar es aún mayor en función del derecho a la presunción de inocencia, y tomando en cuenta que esta medida únicamente atiende a los fines procesales de asegurar la comparecencia del acusado al proceso. En este sentido, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos disponen que a los acusados "se les concederán todas las facilidades razonables para comunicarse con [su familia] y sus amigos y para recibir la visita de estas personas, con la única reserva de las restricciones y de la vigilancia necesarias en interés de la administración de justicia, de la seguridad y del buen orden del

…continuación
"al preguntársele a las personas privadas de libertad, en esas jurisdicciones, si la prisión preventiva los condicionaba para firmar un juicio abreviado, todos respondieron afirmativamente pues les daría certeza de su situación procesal o por sentirse apremiados por la inseguridad dentro de las cárceles". Este estudio concluyó además que "[e]l encierro procesal genera una afectación directa en las personas que condicionan su libertad de elección y su posibilidad de armar una defensa eficaz. En ese contexto, opera como un factor de extorsión en aquellos sistemas en los que se prevé un acuerdo de juicio abreviado amplio, en donde la mayoría de los casos se termina acordando una pena que muchas veces es similar al tiempo que estuvo el detenido en esa modalidad". Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), *El Estado de la Prisión Preventiva en la Argentina-Situación actual y propuestas de cambio*, Buenos Aires, 2012, pág. 67.

[367] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 576-578.

establecimiento" (Regla 92). Esta comunicación, debe facilitarse por los tres medios principales generalmente aceptados: visitas, correspondencia y llamadas telefónicas.

3. Derecho al voto

271. El artículo 23 de la Convención Americana establece que: (1) Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: (a) a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; (b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto […]. Y dispone con respecto a la instrumentalización del ejercicio de estos derechos que: (2) La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

272. En cuando al contenido y alcances de esta norma, la Corte Interamericana ha establecido como principios fundamentales que los derechos en ella contenidos "deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad". Para lo cual, considera indispensable que éste, "genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación". Lo que "no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente estos derechos, sino que requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalijamiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales". En consecuencia, la Corte considera que el derecho al voto es "uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia"[368].

273. La Comisión Interamericana observa que si bien el derecho al voto de los reclusos en general es un tema complejo que amerita un análisis mucho más amplio en el que se tome en cuenta el desarrollo actual del derecho internacional y los avances legislativos alcanzados por algunos Estados en esta materia, resulta claro para la Comisión que en el caso de las personas privadas de libertad bajo prisión preventiva el ejercicio de este derecho al voto está efectivamente garantizado por los artículos 23 y 8.2 de la Convención Americana. En otras palabras, la Comisión considera que no existe fundamento jurídico válido alguno, congruente con el régimen establecido por la Convención Americana, que sustente una restricción a este derecho a aquellas personas en custodia del Estado como medida cautelar[369].

[368] Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs 194, 195, 198 y 201.

[369] En un sentido similar, el RT, ha señalado que "[e]n principio, los detenidos también podrán ejercer su derecho al voto y a otras formas de participación en la gestión de los asuntos públicos, de conformidad con el artículo 25 del Pacto Internacional [de Derechos Civiles y Políticos]". ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe provisional, A/64/215, publicado el 3 de agosto de 2009, párr. 54.

274. En primer lugar, porque de acuerdo con el propio artículo 23 de la Convención, el ejercicio de los derechos contenidos en su numeral (1) solamente puede reglamentarse por las razones expresamente indicadas en el numeral (2), las cuales, como resulta evidente, no son aplicables a las personas sobre las cuales aún no ha recaído una sentencia firme. Pero además, porque tal restricción es claramente incompatible con el derecho a la presunción de inocencia, que como ya se mencionó, es el punto de partida para cualquier análisis de los derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran en prisión preventiva. Por tanto, y tomando en consideración que el objeto natural de esta medida es garantizar los fines del proceso penal, carece de todo sentido el no permitir que las personas en prisión preventiva ejerzan su derecho al voto.

275. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha sido enfático en establecer que "[a] las personas a quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar"[370]. [371]

276. Con lo cual, de acuerdo con los artículos 23 de la Convención Americana y XX de la Declaración Americana, corresponde a los Estados adoptar las medidas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para garantizar en la práctica que las personas mantenidas en prisión preventiva pueden ejercer su derecho al voto en condiciones de igualdad con el resto de la población electoral.

277. La Comisión observa que los Estados de la OEA pueden disponer sin mayores dificultades las medidas para asegurar el goce efectivo del derecho al voto a todas las personas en prisión preventiva. Así por ejemplo, en Ecuador el artículo 62 de la Constitución de 2008 reconoce expresamente este derecho a las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada, desde entonces el Estado, por medio del Consejo Nacional Electoral y del Ministerio de Justicia, ha hecho posible el ejercicio del mismo en las elecciones de 2009 y 2013, en estas últimas el número de votantes en prisión preventiva ascendió a más de 8,900[372].

---

[370] ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25: La participación en los asuntos públicos y el derecho al voto*, adoptado en el 47º periodo se sesiones (1999), párr. 14. En *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos Volumen I*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) publicado el 27 de mayo de 2008, pág. 262. Igualmente, las Reglas Penitenciarias Europeas disponen que esta población reclusa "podrá votar en las elecciones públicas y referéndums que se celebren durante el periodo de prisión preventiva" (Regla 39).

[371] En el mismo sentido, Consejo de Europa/Comité de Ministros, Recomendación Rec(2006)13 *sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra abusos*, adoptada el 27 septiembre de 2006, párr. 39.

[372] Véase entre otros medios: Hoy.Com.Ec, *Presos sin sentencia ejercieron su derecho al voto*, 15 de febrero de 2013, disponible en: http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/presos-sin-sentencia-ejercieron-su-derecho-al-voto-574316.html; y América Economía, *Presos sin sentencia votarán por anticipado en Ecuador*, 14 de febrero de 2013, disponible en: http://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/presos-sin-sentencia-votaran-por-anticipado-en-comicios-en-ecuador

4. Aislamiento solitario y módulos de alta seguridad

278. Con respecto al aislamiento solitario (aislamiento físico y social de personas que permanecen en sus celdas entre 22 y 24 horas al día) la Comisión Interamericana ha establecido como criterio general que el mismo "sólo se permitirá como una medida estrictamente limitada en el tiempo y como último recurso, cuando se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales como la vida e integridad personal de las personas privadas de libertad o del personal de dichas instituciones"[373].

279. De acuerdo con la Declaración de Estambul, y con la literatura especializada al respecto, la reclusión en régimen de aislamiento puede producir graves daños psicológicos y a veces fisiológicos en las personas, ocasionándoles síntomas que van desde el insomnio y la confusión hasta la alucinación y la psicosis. Estos efectos negativos sobre la salud pueden comenzar a manifestarse tras sólo unos pocos días de reclusión y agravarse progresivamente[374]. En ese sentido, el RT "ha llegado a la conclusión de que el plazo de 15 días es el límite entre el 'régimen de aislamiento' y el 'régimen de aislamiento prolongado', porque en ese punto […] algunos de los efectos psicológicos nocivos del aislamiento pueden ser irreversibles"[375]. Por eso, el criterio fundamental relativo a la aplicación del aislamiento solitario consiste en que sólo debe aplicarse en casos excepcionales, por el periodo de tiempo más breve posible –por cuestión de días y no de semanas o meses– y sólo como medida de último recurso[376].

280. El aislamiento de personas que aún no han sido condenadas es particularmente problemático, toda vez que el mismo infringe condiciones punitivas y potencialmente perjudiciales a personas que son inocentes hasta que se demuestre su culpabilidad. Además puede servir para coaccionarlos y forzarlos a autoinculparse o a dar algún tipo de información. En este sentido, el RT ha indicado que,

---

[373] CIDH. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Principio XXII(3). Con respecto al aislamiento, existe todo un cuerpo de estándares desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos en el que se fijan las causales, garantías, restricciones y formas en las que se puede aplicar esta medida, a este respecto véase en general, CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 397 – 418.

[374] La mayoría de los efectos que produce el aislamiento solitario son de naturaleza psicológica, esta medida puede producir alteraciones agudas, y hasta crónicas, en las siguientes áreas: ansiedad, depresión, ira, alteraciones cognitivas, distorsiones de percepción, paranoia y psicosis. A nivel fisiológico se pueden presentar problemas gastro-intestinales, cardiovasculares, genito-urinarios, migrañas y fatiga profunda. Véase: Shalev, Sharon, *A sourcebook on solitary confinement*, Mannheim Centre for Criminology, LSE, 2008, págs. 15 y 16. Disponible en: http://solitaryconfinement.org/uploads/sourcebook_web.pdf.

[375] ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe provisional, A/66/268, publicado el 5 de agosto de 2011, párrs. 26 y 61.

[376] ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, *Informe provisional presentado en cumplimiento de la Resolución No. 62/148 de la Asamblea General, A/63/175*, adoptado el 28 de julio de 2008, párr. 83.

> Si bien la segregación física y social puede ser necesaria en algunas circunstancias durante las investigaciones penales, la práctica del régimen de aislamiento durante la prisión preventiva crea de hecho una situación en la que la presión psicológica puede influir en los detenidos para que hagan confesiones o declaraciones contra otras personas, lo que socava la integridad de la investigación. Cuando el régimen de aislamiento se utiliza intencionalmente durante la prisión preventiva como una técnica para obtener información o una confesión, equivale a la tortura, según se define en el artículo 1, o a un trato o pena cruel, inhumano o degradante previstos en el artículo 16 de la Convención contra la Tortura, y a una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[377].

281. De acuerdo con la doctrina del Comité contra la Tortura del Consejo de Europa, el aislamiento de personas que se encuentran en detención preventiva debe regirse por los siguientes estándares:

> [S]ólo es admisible en circunstancias excepcionales, debe estar estrictamente limitado a lo que se requiere para el caso y ser proporcional a las necesidades de investigación; (b) las restricciones que se impongan deben ser autorizadas por un tribunal; (c) los detenidos deben tener un derecho efectivo de apelar su decisión a un tribunal o a otra autoridad independiente; (d) los detenidos deben tener acceso a un médico cuyo informe escrito debe ser enviado a las autoridades competentes; y (e) se debe brindar a los detenidos la oportunidad de participar en actividades productivas, además de ejercicio al aire libre y el apropiado contacto humano[378].

282. Además, la aplicación del aislamiento solitario en personas en espera de juicio "no afectará el acceso a un abogado y deberá permitir un contacto mínimo con la familia en el exterior. No debería afectar a las condiciones de detención […] en lo relativo a la ropa de cama, ejercicio físico, acceso a materiales de lectura y a representantes religiosos autorizados"[379].

283. A lo largo de los años, y en el ejercicio de sus distintas funciones, la CIDH ha observado que por regla general el aislamiento solitario de personas es aplicado en la mayoría de los países de la región sin sujeción a las normas y estándares del derecho internacional de los derechos humanos, y que el mismo se aplica por lo general de la misma manera a personas condenadas y procesadas.

---

[377] ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Informe provisional, A/66/268, publicado el 5 de agosto de 2011, párr. 73.

[378] Shalev, Sharon, *A sourcebook on solitary confinement*, Mannheim Centre for Criminology, LSE, 2008, pág. 43.

[379] Consejo de Europa/Comité de Ministros, Recomendación Rec(2006)13 *sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra abusos*, adoptada el 27 septiembre de 2006, párr. 42.

284. Así, por ejemplo, en el contexto del presente informe, la Comisión recibió información según la cual en los Estados Unidos anualmente hay aproximadamente 60,000 personas en prisión preventiva en la jurisdicción federal, además de otras 700,000 detenidas a órdenes de jurisdicciones estatales, y que con base en estas cifras y en la práctica constante del aislamiento solitario en los Estados Unidos, se podría inferir que existen cientos de miles de personas procesadas potencialmente mantenidas en aislamiento anualmente en el país. Además, de haberse documentado la práctica de mantener a menores en conflicto con la ley en aislamiento solitario durante todo el periodo que dura su proceso, como medida de protección cuando son recluidos en cárceles de adultos; y el uso frecuente del aislamiento solitario de menores como castigo disciplinario. Como ejemplo de esto último, el Departamento de Prisiones de la Ciudad de Nueva York estima que más del 14% de los adolescentes en edades de entre 16 y 18 años son sometidos a aislamiento solitario como medida disciplinaria durante su periodo en detención preventiva[380].

285. En este sentido, la Comisión reitera enfáticamente que de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo los estándares del Sistema Interamericano, el aislamiento solitario no debe aplicarse a niños, niñas y adolescentes privados de libertad[381].

286. En cuanto a la reclusión de detenidos en módulos de alta seguridad, la Comisión ha establecido que independientemente de sus condiciones, esta medida no tiene razón de ser en los establecimientos penales destinados a personas en prisión preventiva, donde debe tratarse al interno de manera consecuente con el respeto a su derecho a la presunción de inocencia[382].

C. Efectos del uso excesivo de la prisión preventiva en los sistemas penitenciarios

287. Desde hace varios años, la Comisión Interamericana, al igual que otros organismos internacionales de derechos humanos e incluso los órganos políticos de la OEA, ha observado que el problema más grave y extendido que enfrentan los Estados miembros con respecto a la gestión penitenciaria es el hacinamiento; y que éste es la consecuencia

[380] American Civil Liberties Union (ACLU), Nota informativa dirigida al Relator de PPL de la CIDH, el 23 de mayo de 2013. En esta comunicación ACLU señaló también que no existe un análisis comprensivo de la naturaleza y extensión acerca del uso del aislamiento solitario en personas en prisión preventiva en los Estados Unidos. Con respecto al uso del aislamiento solitario en los Estados Unidos véase también, CIDH. Audiencia Temática: *Derechos humanos y aislamiento solitario en las Américas*, 147º período ordinario de sesiones, organizada por American Civil Liberties Union (ACLU), y en la que también participó el Relator Especial Sobre la Tortura, Juan Méndez, 12 de marzo de 2013.

[381] CIDH. *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, Principio XXII(3); CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 409 y 410.

[382] CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II.100. Doc. 7 rev. 1, adoptado el 24 de septiembre de 1998. Cap. III, párr. 250.

previsible de, entre otros factores, el uso excesivo de la detención preventiva[383]. Ello puede verse de manera ilustrativa en el *cuadro 1* del presente informe (*supra* párr. 90), en el que se muestra la proporción de personas en prisión preventiva frente a la población penal en varios Estados de la región, de acuerdo con la información oficial presentada por los propios Estados.

288. El hacinamiento incrementa los niveles de violencia entre internos; impide que éstos dispongan de un mínimo de privacidad; dificulta el acceso a los servicios básicos, algunos tan esenciales como el agua; facilita la propagación de enfermedades; crea un ambiente en el que las condiciones de salubridad e higiene son deplorables; constituye en sí mismo un factor de riesgo de situaciones de emergencia; restringe el acceso de los internos a actividades productivas; propicia la corrupción; afecta el contacto familiar de los reclusos[384]; y en definida genera serios problemas en la gestión misma de los establecimientos penitenciarios[385].

289. Otra grave consecuencia del hacinamiento es la imposibilidad de clasificar a los internos por categorías, por ejemplo, entre procesados y condenados, lo que en la práctica genera una situación generalizada contraria al régimen establecido por el artículo 5.4 de la Convención Americana, y al deber del Estado de dar a los procesados un trato distinto, acorde con el respeto de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia[386]. Además, como ya se vio, la saturación de las cárceles y centros de detención puede conducir a que se recluya a personas en detención preventiva en estaciones de policía, comisarías u otros establecimientos que no están diseñados ni cuentan con el personal idóneo para el alojamiento prolongado de personas.

290. Asimismo, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, el hacinamiento de personas privadas de libertad puede llegar a constituir en sí mismo una forma de trato cruel, inhumano o degradante, violatoria del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos[387]. Por eso, cuando el colapso de un

[383] CIDH. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G); CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras*, párr. 65; CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 447 – 451. A este respecto, véase también, ILANUD, *Cárcel y Justicia Penal en America Latina y el Caribe*, 2009, Elías Carranza, *Cárcel y Justicia Penal: El modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente al delito*, págs. 78 y 79.

[384] CIDH. *Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G).

[385] CIDH. *Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G); CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras*, párr. 66; CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 455-456.

[386] CIDH. *Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G); CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párr. 457.

[387] CIDH. *Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G); CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras*, párr. 67; CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las*

Continúa…

sistema penitenciario o de un centro penitenciario determinado conlleva a la imposibilidad material de ofrecer condiciones dignas a los internos, no le es dable al Estado seguir ingresando personas a esos espacios, porque al hacerlos las somete deliberadamente en una situación que vulnera sus derechos fundamentales[388]. Ello se sustenta además en la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes establecida por el derecho internacional de los derechos humanos.

291. Con respecto al espacio con que deben contar las personas privadas de libertad, la Corte Europea de Derechos Humanos estableció en el caso *Ananyev y otros v. Rusia* que cuatro metros cuadrados es el espacio mínimo del que cada interno debe disponer en las celdas compartidas; este criterio fue luego reafirmado en el caso *Torreggiani y otros v. Italia.* En ambas decisiones el Tribunal europeo se refirió al hacinamiento como una deficiencia estructural, y consideró que el uso de medidas alternativas al encarcelamiento era un camino viable para hacer frente a ese problema[389].

292. En este sentido, la Comisión reitera que la atención efectiva del hacinamiento requiere por parte de los Estados de la adopción de políticas y estrategias que incluyan, entre otros elementos, las reformas legislativas e institucionales necesarias para asegurar un uso más racional de la prisión preventiva, y que realmente se recurra a esta medida de forma excepcional. Así como la observancia de los plazos máximos establecidos legalmente para la permanencia de personas en detención preventiva; y la promoción del uso de otras medidas cautelares[390].

293. La solución a este problema, como se plantea en el presente informe, no se resuelve simplemente con la construcción de nuevos centros penales, estos proyectos de inversión deben formar parte de una política pública más amplia que contemple estrategias específicas dirigidas a la reducción del hacinamiento, que partan de una comprensión técnica de la naturaleza del problema delictivo, el funcionamiento eficaz del sistema de justicia penal y las estrategias generales de prevención del delito. Con respecto a la etapa previa al juicio estas estrategias deberán contemplar, como ya se ha

…continuación
personas privadas de libertad en las Américas, párr. 460. En este sentido, véase también: Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241, párr. 67(a); Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ananyev and Others v. Russia,* Sentencia del 10 de enero de 2012 (Sección Primera de la Corte), párrs. 144-148; ONU, Comité contra la Tortura, Informe sobre el Brasil preparado por el Comité en el marco del artículo 20 de la Convención, y respuesta del Brasil, CAT/C/39/2, publicado el 3 de marzo de 2009, párr. 189; ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a El Salvador, A*/HRC/22/44/Add.2, publicado el 11 de enero de 2013, párr. 96.

[388] CIDH. *Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G).

[389] Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Torreggiani and Others v.* Italy, Sentencia del 8 de enero de 2013 (Sección Segunda), párr. 76 y 95; Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ananyev and Others v. Russia,* Sentencia del 10 de enero de 2012 (Sección Primera de la Corte), párrs. 144 – 145 y 197 y ss.

[390] CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras*, párr. 68; CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párr. 462.

mencionado, aquellas medidas conducentes a reducir el empleo y la duración de la detención preventiva, y a promover la aplicación de otras medidas cautelares.

294. Este abordaje el problema del hacinamiento ha sido compartido también por los tribunales de algunos Estados miembros, como la Corte Constitucional colombiana que se manifestó en su histórica sentencia T-153/98 en los siguientes términos:

> La Corte es consciente de que el problema de las prisiones no se soluciona únicamente con dinero y construcciones. Todo parece indicar que en el país sigue primando una concepción carcelaria del derecho penal. Mientras esta concepción continúe imperando nunca habrá suficiente espacio en las prisiones.
>
> Por eso, la Corte considera importante llamar la atención acerca de que el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema […].
>
> […] [L]a visión expuesta acerca de la detención preventiva y de la prisión no entraña la denegación del derecho de los ciudadanos a que el Estado vele por su seguridad. De lo que se trata es de evitar los excesos, de que la aplicación de estas dos instituciones penales se reduzca a los casos en los que sea necesaria[391].

295. En suma, la Comisión considera que el uso no excepcional y prolongado de la prisión preventiva tiene un impacto directo en el incremento de la población penal, y por ende, en las consecuencias negativas que produce hacinamiento en las condiciones de reclusión y en la propia administración de los centros penales. En este sentido, el hecho de que un porcentaje importante, a veces mayoritario, de la población penal esté conformado por personas en detención preventiva es un hecho sintomático y preocupante que debe ser afrontado con la mayor atención y seriedad por los respectivos Estados. En este sentido, es importante documentar y analizar el impacto del uso excesivo de la prisión preventiva sobre el sistema penitenciario, y adoptar las medidas necesarias para racionalizar el flujo de ingresos a los centros de privación de libertad. La estabilidad en el aumento del número de personas privadas de libertad es un requisito indispensable para la proyección e implementación de cualquier política pública dirigida a la gestión penitenciaria[392].

[391] Corte Constitucional, Sentencia T-153/98, del 28 de abril de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), párrs. 60 y 61.

[392] CIDH. *Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G).

VI. REGISTROS DE DETENIDOS, TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PENITENCIARIA Y GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN RELATIVA AL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

A. Registros de detenidos

296. En el derecho internacional de los derechos humanos uno de los puntos fundamentales relativos al tratamiento de las personas privadas de libertad ha sido el deber del Estado de mantener registros de las personas que se encuentran bajo su custodia. El objeto de estas disposiciones, que originalmente se circunscribía de manera muy específica a la protección de derechos como la vida y la integridad personal, se ha ido desarrollando de forma tal que ha llegado a considerarse como un elemento necesario para la garantía del derecho a la libertad personal, el derecho al debido proceso; e incluso, como un requisito indispensable para el diseño de políticas criminales y penitenciarias.

297. En el derecho de los tratados (*treaty law*) hay dos disposiciones vinculantes relevantes para los Estados miembros de la OEA en materia de registros de detenidos: el artículo 17.3 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas[393], y el artículo XI de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas[394]. De igual forma, podemos encontrar disposiciones específicas en otros instrumentos internacionales ampliamente reconocidos y aceptados como válidos por la comunidad internacional, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (Regla 7.1)[395]; el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de detención o Prisión (Principio 12); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Regla 21); y particularmente los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principio IX)[396].

[393] ONU, Convención Interamericana para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución A/RES/61/177 del 20 de diciembre de 2006. Dieciocho Estados miembros de la OEA son parte de este tratado: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, Uruguay y Venezuela.

[394] OEA, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. La cual ha sido ratificada por catorce Estados miembros: Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

[395] El RT en su reciente informe sobre el proceso de revisión de las Reglas Mínimas reiteró la importancia de un registro oficial como una de las salvaguardias fundamentales contra la tortura u otros malos tratos, y fijó toda una serie de elementos que una nueva versión de este instrumento internacional debería incorporar a este respecto. ONU, Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/68/295, publicado el 9 de agosto de 2013, párr. 43.

[396] Esta disposición establece que: "[l]os datos de las personas ingresadas a los lugares de privación de libertad deberán ser consignados en un registro oficial, el cual será accesible a la persona privada de libertad, a su representante y a las autoridades competentes. El registro contendrá, por lo menos, los siguientes datos: a. Información sobre la identidad personal, que deberá contener, al menos, lo siguiente: nombre, edad, sexo, nacionalidad, dirección y nombre de los padres, familiares, representantes legales o defensores, en su caso, u otro dato relevante de la persona privada de libertad; b. Información relativa a la integridad personal y al estado de salud de la persona privada de libertad; c. Razones o motivos de la privación de libertad; d. Autoridad que ordena o autoriza la privación de libertad; e. Autoridad que efectúa el traslado de la persona al establecimiento; f.

Continúa…

298. La Comisión Interamericana considera que la existencia de un registro centralizado, técnicamente organizado, eficiente y accesible no sólo es una salvaguarda esencial para preservar la vida e integridad física de las personas privadas de libertad, sino que es también uno de los componentes básicos de un sistema de justicia penal que funcione apropiadamente. Estos sistemas, cuando son eficientes, proporcionan información valiosa que puede ser utilizada para la formulación y aplicación de políticas y para establecer las responsabilidades del sistema de justicia penal[397].

299. Avanzando en el contenido y alcances de esta obligación internacional, la Comisión en su *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* estableció que una adecuada gestión de estos registros y de los expedientes de los reclusos implica que la información sea tratada de forma organizada y eficiente en cada centro penal, y que ésta esté disponible en sistemas centralizados de información; que todas las autoridades vinculadas a estos procesos estén debidamente capacitadas y que se les provea de los instrumentos y medios tecnológicos adecuados para cumplir estas funciones; y que deben establecerse los mecanismos idóneos de control y monitoreo que aseguren que estos procedimientos de ingreso y registro sean efectivamente cumplidos. Además, los Estados tienen el deber de actuar con la debida diligencia en la transferencia y archivo de documentos enviados desde los juzgados y tribunales hacia los centros penitenciarios[398].

300. Por su parte, la Corte Interamericana a partir de los casos *Paniagua Morales y otros* y *Juan Humberto Sánchez* estableció el deber de los Estados de garantizar la certeza y publicidad de los registros de detenidos derivaba de la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención Americana[399]. Posteriormente, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*, la Corte, consideró que un adecuado sistema de registros debía tener las siguientes características: (a) actualización permanente; (b) interconexión

…continuación
Autoridad que controla legalmente la privación de libertad; g. Día y hora de ingreso y de egreso; h. Día y hora de los traslados, y lugares de destino; i. Identidad de la autoridad que ordena los traslados y de la encargada de los mismos; j. Inventario de los bienes personales; y k. Firma de la persona privada de libertad y, en caso de negativa o imposibilidad, la explicación del motivo".

[397] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 153 y 155; CIDH. *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Cap. VII, párr. 18; CIDH. *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116. Doc. 5 rev. 1 corr., adoptado el 22 de octubre de 2002, párr. 122. Asimismo, en su reciente *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica*, la CIDH llamó la atención acerca de la falta de estadísticas públicas de las detenciones, considerando que esto impide que el propio gobierno pueda controlarlas o regularlas, al tiempo que impide a la sociedad civil monitorear las prácticas de detención y reportar eventuales abusos cometidos por las autoridades públicas. CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Jamaica*, OEA/Ser.L/V/II.144 Doc 12, adoptado el 10 de agosto de 2012, párrs. 179.

[398] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 157-161.

[399] Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. *Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párrs. 195 y 203; y Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras.* Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 189.

de la base de datos de dicho registro con las demás existentes; (c) garantía de que dicho registro respetará las exigencias del acceso a la información y privacidad; y (d) un mecanismo de control de que las autoridades cumplirá con estos procesos[400].

301. En suma, la Comisión considera que el mantenimiento de registros adecuados de personas privadas de libertad, no sólo es una garantía contra la desaparición forzada y la violación de otros derechos fundamentales, sino que además es una herramienta fundamental para la garantía de otros derechos de naturaleza procesal y una necesidad básica de la propia administración penitenciaria. La existencia de un sistema de expedientes completo, exacto y accesible es condición indispensable para la eficaz toma de decisiones y la buena administración penitenciaria. En el caso de los detenidos en espera de juicio, la falta de registros exactos, incluidas las fechas de las audiencias, puede generar demoras considerables. De allí la importancia de mantener sistemas eficientes de registros de las órdenes de prisión preventiva y de la comunicación con los juzgados a cuya disposición se encuentran estas personas, de forma tal que se mantenga un adecuado control del cumplimiento de los plazos máximos de prisión preventiva[401].

B. Transparencia de la función penitenciaria

302. Luego de un análisis general sobre la situación penitenciaria en la región, la Comisión Interamericana llegó a la conclusión de que uno de los problemas más graves y extendidos es precisamente la corrupción y la falta de transparencia en la gestión penitenciaria. Tradicionalmente las cárceles han sido ámbitos aislados, que en gran medida se han mantenido fuera del escrutinio público y de las actividades de monitoreo y fiscalización de los Estados[402].

303. En atención a esta realidad, y a la naturaleza fundamental de los derechos humanos que se hayan en juego con el acto de la reclusión, la Comisión subraya que la gestión penitenciaria en general debe regirse por criterios estrictos de transparencia, apertura y monitoreo independiente[403]. La Corte Interamericana ha establecido como criterio fundamental, que "la forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de

[400] Corte IDH., *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 243 y punto resolutivo 16.

[401] ONU, 12º Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Salvador, Brasil, del 12 al 19 de abril de 2010. Véase documento técnico: *Seminario sobre estrategias y mejores prácticas para prevenir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios*, A/CONF.213/16, publicado el 25 de enero de 2010, párr. 13.

[402] CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, párrs. 2, 4 y 182.

[403] CIDH. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G).

aquél"[404]. De igual forma, el RT ha subrayado que es preciso "sustituir el modelo de opacidad en torno a los lugares de privación de libertad por uno de transparencia"[405].

304. La condición esencial para un efectivo escrutinio de la gestión penitenciaria es precisamente el monitoreo independiente de sus operaciones y de los establecimientos de privación de libertad (en sentido amplio). En primer término esta función está a cargo de aquellas autoridades públicas que por ley tienen el mandato de monitorear la situación de las personas privadas de libertad o la tutela de sus derechos fundamentales (p.ej., Defensorías del Pueblo u Ombudsman, autoridades judiciales, Ministerio Público, Procuradurías, entre otras); y luego también, por parte de otras entidades independientes cuyas funciones incluyen la supervisión y monitoreo de la situación de las personas privadas de libertad, como por ejemplo, las organizaciones de la sociedad civil[406] y las instituciones académicas comprometidas con el trabajo en cárceles.

305. En este contexto, son particularmente relevantes los mecanismos de monitoreo creados en virtud de tratados, como el Mecanismo Nacional de Prevención contemplado en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas[407]. En este sentido, la Comisión Interamericana reitera su llamado a los Estados miembros de la OEA a ratificar este tratado, y en el caso de aquellos que ya lo han hecho a implementar y poner en funcionamiento el Mecanismo Nacional de Prevención contemplado en el mismo[408]. Es decir, que éste cuente con los recursos suficientes y el apoyo institucional necesario para operar de manera efectiva y con la autonomía e independencia que la naturaleza de sus funciones de monitoreo requieren[409].

---

[404] Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 262; yCorte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126.

[405] ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/57/173, adoptado el 2 de julio de 2002, párr. 36. Véase también, Véase, ONU, Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/56/156, adoptado el 3 de julio de 2001, párr. 34.

[406] Así por ejemplo, tras su reciente visita a El Salvador el GTDA recomendó al Estado "[f]avorecer las visitas a los centros penales y centros de detención de las organizaciones no gubernamentales". ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe sobre Misión a El Salvador, A*/HRC/22/44/Add.2, publicado el 11 de enero de 2013, párr. 132(q).

[407] ONU, Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado por la Asamblea General en su Resolución 57/199, de 18 de diciembre de 2002. Hasta la fecha este tratado ha sido ratificado por catorce Estados miembros de la OEA: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

[408] De acuerdo con las normas del derecho internacional, cuando un Estado celebra un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas, y hacerlo dentro de un plazo razonable. Sin perjuicio de que el referido tratado establezca plazos concretos para la implementación de sus disposiciones, caso en el cual los Estados partes deberán atenerse a los mismos.

[409] CIDH. Comunicado de Prensa 151/12 – CIDH celebra ley de creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en Argentina. Washington, D.C., 30 de diciembre de 2012. Lo mismo ha sido reiterado consistentemente por la CIDH en varios de los informes relativos a visita de trabajo de su Relatoría sobre Personas Privadas de Libertad, disponibles en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/paises.asp

306. Por otro lado, es importante que no se impongan restricciones arbitrarias al ingreso de terceras personas u organizaciones que acuden a los centros de privación de libertad a realizar trabajos en derechos humanos, estudios académicos, labores de caridad o trabajos de monitoreo con apego a las normas legales y reglamentarias vigentes.

307. La necesidad de que el actuar de la administración penitenciaria se adecué al principio de transparencia fue reconocida además por los Estados miembros de la OEA en la Segunda Reunión de Autoridades Responsables de las Políticas Penitenciarias y Carcelarias en los siguientes términos:

> Se promoverá la apertura y la transparencia de la gestión penitenciaria tomando en cuenta a todos los actores del sistema, con especial consideración a las personas privadas de libertad y sus familiares, a los jueces de ejecución de la pena o de vigilancia, a la sociedad civil y a los funcionarios penitenciarios. Al instar a la transparencia en la política penitenciaria, se potenciarán mecanismos de acceso a la justicia. Con este fin, en la ejecución de las penas y respetando las competencias establecidas, el operador penitenciario permitirá que su actividad sea supervigilada (sic) por el órgano jurisdiccional competente. La actuación de todos los agentes del sistema penitenciario tendrá asimismo, como finalidad, la prevención de la corrupción[410].

C. Gestión de la información relativa al uso de la prisión preventiva

308. En línea con lo anterior y con el deber del Estado de adoptar políticas públicas orientadas a hacer un uso racional del encarcelamiento, la Comisión considera que un elemento estratégico de tales políticas es la recopilación de datos útiles que permitan analizar los principales aspectos del uso de la prisión preventiva[411].

309. En este sentido, se recomienda establecer indicadores que sirvan para fijar objetivos medibles relativos al uso racional de la prisión preventiva, que sean cumplidos por el Estado en atención a los estándares internacionales aplicables, y reducir los costos financieros y humanos asociados al uso de esta medida. La ausencia de indicadores se traduce en la imposibilidad de realizar evaluaciones, y adoptar decisiones, sobre la base de parámetros objetivos.

310. Estos indicadores deberían ser idóneos para permitir un análisis de aspectos tales como: (a) *el nivel de exposición a la detención*, usualmente medible con la

[410] OEA, Segunda Reunión de Autoridades Responsables de las Políticas Penitenciarias y Carcelarias de los Estados Miembros de la OEA, Valdivia, Chile, del 26 al 28 de agosto de 2008, OEA/Ser.K/XXXIV GAPECA/doc.8/08 rev. 2, 16 de diciembre de 2008, sección E. Supervigilancia y transparencia.

[411] En este sentido, también a nivel de autoridades penitenciarias de la OEA se ha recomendado la elaboración de indicadores, proponiéndose "la elaboración de instrumentos que puedan servir para realizar mediciones periódicas de los principales factores o indicadores específicos de la gestión penitenciaria". OEA, Segunda Reunión de Autoridades Responsables de las Políticas Penitenciarias y Carcelarias de los Estados Miembros de la OEA, Valdivia, Chile, del 26 al 28 de agosto de 2008, OEA/Ser.K/XXXIV GAPECA/doc.8/08 rev. 2, 16 de diciembre de 2008, sección E. Supervigilancia y transparencia[411].

proporción de personas detenidas por cada 100,000 habitantes en el país, desagregando además esta información de acuerdo con determinadas características del procesado, como edad, género y etnia; (b) la *excepcionalidad* del empleo de la prisión preventiva, observable, por ejemplo, atendiendo a la relación entre el número y porcentaje de las órdenes de prisión preventiva versus el número y porcentaje de otras medidas cautelares que se hayan aplicado en una jurisdicción determinada en un espacio de tiempo definido, desagregando la información por tipo de delito; (c) el *nivel de cumplimiento o efectividad* de las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, lo que se puede apreciar atendiendo al número y porcentaje de casos en los que el procesado cumple con las condiciones de la medida impuesta por el juez; (d) la *duración de la prisión preventiva*, incluyendo el número de personas que son mantenidas en prisión preventiva más allá de los plazos legales (duración máxima establecida en la ley, término legal máximo para las investigaciones o plazo prefijado por el juez); (e) el número y porcentaje de *personas mantenidas en detención y no condenadas a penas de prisión* (p.ej., sobreseídas, absueltas o con sentencias suspendidas)[412]. Este último criterio permitiría identificar patrones de solicitudes irresponsables de prisión preventiva.

311. Para la consideración de estos aspectos es importante analizar las normas legales en las que establecen los parámetros de aplicación de la prisión preventiva. Además es importante analizar estos factores en relación con delitos de distinta naturaleza y con el perfil de las personas detenidas. Otro elemento esencial que debe ser objeto de análisis y ponderación es la calidad de las resoluciones por medio de las cuales se solicita (por parte de los fiscales) y aplica (por parte de los jueces) la prisión preventiva; es decir, si se adecuan a los parámetros de procedencia de esta medida cautelar y si están debidamente motivadas. De igual forma, es útil considerar la calidad de las actuaciones procesales de los defensores públicos en esta etapa procesal.

312. Por lo general el indicador más utilizado por los Estados (en algunos casos el único) es el relativo al porcentaje de personas en prisión preventiva del total de personas privadas de libertad (o a veces sólo en el sistema penitenciario) en un momento determinado. Sin embargo, este solo indicador, a pesar de ser útil para determinados propósitos, no es suficiente para evaluar adecuadamente si la prisión preventiva es utilizada de acuerdo con las normas legales, constitucionales e internacionales aplicables. Asimismo, hay otros factores posteriores a la aplicación de esta medida, relativos por ejemplo a aspectos procesales de la tramitación de los procesos penales, que tienen incidencia directa en la emisión de sentencias de primera instancia, y que en definitiva contribuyen a que el número total de personas sometidas a prisión preventiva se mantenga estable. Con lo cual, el mero hecho de que el porcentaje total de personas sometidas a prisión preventiva en un determinado momento no se aprecie como alto, no significa necesariamente que la aplicación de esta medida sea realmente excepcional[413].

[412] Para una explicación más detallada de estos temas véase por ejemplo, Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, 9 y 10 de mayo de 2013, presentación de Ina Zoon, en el audio del panel 2 de la reunión, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp.

[413] CIDH. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2013, Cap. VI(G).

313. Es importante también elaborar estudios estadísticos relativos al costo de la aplicación de la prisión preventiva, los cuales, al igual que toda la información a la que se ha hecho referencia en este capítulo, deberán ser de libre acceso al público. En este sentido, deberá tomarse en cuenta, tanto el costo que implica el mantenimiento de personas en espera de juicio bajo custodia del Estado y el relativo al pago de indemnizaciones por el daño antijurídico causado por la aplicación ilegal o arbitraria de esta medida, como el costo en términos humanos derivado de los perjuicios personales, familiares o de otra naturaleza, independientemente de que la detención se haya decretado de acuerdo con la ley.

314. El contar con una estimación de costos del uso de la prisión preventiva es útil para realizar futuros análisis de costo/efectividad de la misma. Tomando en cuenta que con otras medidas o sistemas de supervisión debidamente implementados se pueden asegurar los mismos objetivos procesales que, en principio, se buscan asegurar con la prisión preventiva, pero con una menor restricción de derechos y eventualmente a un menor costo económico, tanto para el Estado, como para los detenidos, sus familiares y la sociedad[414]. Igualmente, un análisis de costos resulta útil para identificar malas prácticas en materia de políticas públicas y para determinar cuáles son las prioridades del aparato de justicia penal, frente al discurso político oficial y las necesidades reales de los desafíos de seguridad ciudadana[415].

315. La Comisión Interamericana considera que es posible conciliar los enfoques de costos de la aplicación de la prisión preventiva y el cumplimiento de las obligaciones internacionales en esta materia. Si se cuenta con la información adecuada relativa a los costos de los distintos mecanismos de la justicia penal, y de la implementación de otras medidas de prevención primaria y secundaria (ver *supra* párrs. 18 y 104), es posible programar el gasto público de una forma eficiente y compatible con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados.

316. En definitiva, toda esta información que se genera respecto del uso de la prisión preventiva debe ser utilizada para analizar el impacto real que tiene el empleo de esta medida sobre el fenómeno de la delincuencia. Esta información recogida de acuerdo con criterios metodológicos debe servir base para el diseño, adopción e implementación de las políticas criminales de los Estados, y deber ser asumida con toda seriedad de modo particular por los gobiernos y órganos de representación popular al momento de legislar sobre esta materia.

[414] Fundación Paz Ciudadana, *Los Costos de la Prisión Preventiva en Chile*, 2008, pág 45.

[415] Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina,* Documento de trabajo No. 29, 2009, págs. 9 y 10.

VII. CONCLUSIONES

317. El uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad. El uso excesivo o abusivo de esta medida es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y es una situación inadmisible en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia.

318. El sistema procesal penal en una sociedad democrática se funda en la primacía de la dignidad de la persona humana y en los derechos fundamentales que le son inherentes, entre los cuales se encuentran la garantía de la libertad personal, el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia, lo que se traduce en el derecho de toda persona a permanecer en libertad durante el proceso penal.

319. La prisión preventiva tiene un carácter estrictamente excepcional, y su aplicación se debe adecuar a los principios de legalidad, presunción de inocencia, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Esta medida procede única y exclusivamente en los casos y conforme a los requisitos expresamente previstos por la Ley, y sólo es admisible cuando se dirige a cumplir sus fines legítimos, que conforme al artículo 7.5 de la Convención Americana son los siguientes: (a) prevenir el riesgo de que el imputado eluda la acción de la justicia, para lo cual se podrá tener en cuenta su nivel de arraigo en la comunidad, su conducta durante el proceso, la gravedad de la imputación y la eventual condena; o (b) evitar que obstruya el normal desarrollo de las investigaciones o el proceso, para lo cual podrá valorarse la capacidad del acusado de alterar gravemente las pruebas, influir en los testigos o inducir a terceras personas a cometer estos actos.

320. Es una garantía básica del debido proceso y de la presunción de inocencia que el imputado cuente con un recurso judicial efectivo ante una autoridad judicial independiente que le permita controvertir la decisión de mantenerlo en custodia durante el proceso. De forma tal que se que garantice a plenitud el derecho de defensa del imputado, y que se atribuya a la autoridad judicial competente el deber de realizar un análisis integral de todos los aspectos procesales y sustantivos que sirvieron de fundamento a la decisión recurrida y que no se limite a una simple revisión formal.

321. De igual forma, en vista que el periodo de detención preventiva durante el que se mantiene a un imputado no debe exceder un plazo razonable, el Estado tiene el deber de revisar periódicamente la vigencia de las circunstancias que motivaron su aplicación inicial. En este sentido, el juzgador deberá evaluar periódicamente si la detención preventiva de una persona sigue siendo razonable y necesaria para el cumplimiento de sus fines legítimos.

322. De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos la detención de una persona previa a la emisión de una sentencia definitiva debe ser la excepción y no la regla, precisamente en función del derecho a la presunción de inocencia. Por eso, es una distorsión del estado de derecho y del sistema de justicia penal el que se utilice la prisión preventiva como una suerte de pena anticipada o como una vía de justicia

expedita previa a una sentencia emitida de conformidad con las normas del debido proceso. El hacer ver que una mayor utilización de la prisión preventiva es una vía de solución al delito y la violencia es una falacia comúnmente esgrimida desde el poder político, sin embargo no hay evidencia empírica alguna de que esto sea así. Además es una actitud políticamente irresponsable, entre otros motivos, porque evade la responsabilidad de adoptar medidas preventivas y sociales mucho más profundas.

323. El uso no excepcional de la prisión preventiva como estrategia de política criminal, no sólo constituye una grave violación de los derechos humanos consagrados en la Convención y en otros instrumentos internacionales, sino que es una de las principales causas de la grave crisis de muchos de los sistemas penitenciarios de la región.

324. Así, la CIDH reitera que los Estados de la región deben adoptar políticas públicas integrales dirigidas al sistema de justicia penal y la gestión penitenciaria, que incluyan, tanto medidas de adopción inmediata, como planes, programas y proyectos a largo plazo. Y que sean asumidas como una prioridad que comprometa a todas las ramas del poder público, y que no dependa del mayor o menor interés que coyunturalmente puedan darle los gobiernos de turno, ni de los avatares de la opinión pública.

325. Estas políticas públicas deberán tener las siguientes características esenciales: (i) *continuidad*: ser asumidas como un asunto de Estado, y que su ejecución no se vea afectada por los sucesivos cambios de gobierno; (ii) *marco jurídico adecuado*: es preciso que exista un marco legal apropiado, debidamente reglamentado; (iii) *presupuesto suficiente*: que se disponga una asignación presupuestal suficiente, que sea incrementada progresivamente con el transcurso del tiempo; e (iv) *integración institucional*: lo que implica un esfuerzo serio y coordinado de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, tanto en la formulación, como en la implementación de estas políticas. Además, y como presupuesto esencial para la implementación de las mismas es preciso que se adopten las medidas conducentes a estabilizar el crecimiento de la población penitenciaria.

VIII. RECOMENDACIONES

326. En atención al análisis y las conclusiones presentadas en este informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formula las siguientes recomendaciones a los Estados miembros de la OEA:

A. De carácter general relativas a políticas del Estado

1. Los Estados deben adoptar las medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole requeridas para corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva, garantizando que esta medida sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad; evitando así su uso arbitrario, innecesario y desproporcionado. Estos principios deberán guiar siempre la actuación de las autoridades judiciales, con independencia del modelo de sistema penal adoptado por el Estado.

2. Intensificar esfuerzos y asumir la voluntad política necesaria para erradicar el uso de la prisión preventiva como herramienta de control social o como forma de pena anticipada; y para asegurar que su uso sea realmente excepcional. En este sentido, es esencial que se envíe desde los niveles más altos del Estado y la administración de justicia un mensaje institucional de respaldo al uso racional de la prisión preventiva y al respeto del derecho presunción de inocencia.

3. La CIDH exhorta a las autoridades a aplicar la prisión preventiva con un criterio eminentemente excepcional, haciendo uso de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. En este sentido, se exhorta a los Estados a elaborar planes estratégicos de capacitación y sensibilización de las autoridades judiciales y de aquellas encargadas de las investigaciones penales acerca de la excepcionalidad de prisión preventiva, el uso de medidas cautelares no privativas de la libertad, y otros estándares internacionales y constitucionales aplicables a la materia. Pero sobre todo, insta a los Estados a promover un verdadero cambio de paradigma en la concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva en la cultura y práctica judicial.

4. Analizar el impacto real del uso excesivo de la prisión preventiva sobre el fenómeno de delincuencia. En base a esa información, reorientar las políticas públicas, incorporando el uso excepcional de la prisión preventiva como un eje de las políticas criminales y de seguridad ciudadana y evitar respuestas de endurecimiento de los sistemas penales que repercutan en la restricción de la libertad durante el proceso penal ante demandas de seguridad ciudadana.

5. Adoptar con carácter urgente las medidas necesarias para corregir el retardo procesal y revertir el alto porcentaje de personas que se encuentran privadas de su libertad sin una condena firme, entre ellas, disponer los recursos necesarios a tal fin.

6. Fortalecer y reforzar las capacidades de las autoridades encargadas de la investigación de hechos delictivos, de forma tal que se agilicen los procesos y el tiempo que justifica la aplicación de la prisión preventiva.

7. Asegurar la suficiente dotación de autoridades judiciales encargadas del control de la legalidad de la aplicación de la prisión preventiva.

8. Adoptar políticas públicas integrales con respecto a la gestión de los establecimientos penitenciarios que reúnan los cuatro elementos señalados en las conclusiones de este informe: continuidad, marco jurídico adecuado, presupuesto suficiente e integración institucional. Dichas políticas públicas deberán incluir como eje central el diseño e implementación efectiva de un modelo de política criminal acorde con las normas del derecho internacional de los derechos humanos; basada en información técnica, evaluaciones y datos científicos; y orientada a estabilizar y reducir el crecimiento de la población penitenciaria. Estas políticas públicas deberán además prestar atención a los derechos a las víctimas de la violencia y el delito.

9. Como estrategias concretas para reducir el hacinamiento en las cárceles se recomiendan las siguientes líneas de acción: (a) velar porque el proceso penal y los programas conexos se aborden mediante un enfoque integrado, sostenido y que abarque todo el sistema; (b) asegurar que la tramitación de los procesos penales se realice dentro de un plazo razonable; (c) optar por un diseño de política criminal en la que se garanticen los derechos fundamentales; (d) adoptar pasos concretos para asegurar un uso excepcional y racional de la prisión preventiva; (e) aumentar el empleo de medidas no privativas de la libertad, aplicando el principio del encarcelamiento como último recurso y el principio de la proporcionalidad; (f) fortalecer el acceso a la justicia y los mecanismos de defensa pública; (g) fortalecer la aplicación de los mecanismos de libertad previa al cumplimiento de la sentencia propios del proceso de ejecución de la pena; (h) fortalecer las medidas para prevenir la reincidencia, como los programas de actividades productivas (educativas y laborales); (i) garantizar el principio del trato humano a las personas privadas de libertad y el cumplimiento de los estándares internacionales aplicables; (j) aumentar la capacidad de las cárceles si es absolutamente necesario; (k) establecer sistemas eficientes de gestión y análisis de la información judicial y penitenciaria; y (l) desarrollar programas de capacitación a los operadores de justicia en torno al carácter excepcional de la prisión preventiva.

10. Establecer por vía de legislación, el deber de la autoridad competente de definir la capacidad de alojamiento de cada lugar de privación de libertad conforme los estándares vigentes en materia habitacional. La determinación de esta capacidad de alojamiento deberá realizarse de acuerdo con criterios y procedimientos técnicos. Asimismo, la ley deberá establecer los procedimientos a través de los cuales podrán impugnarse los datos relativos a la capacidad instalada de los centros de privación de libertad fijada por las autoridades. La ocupación de establecimientos por encima del número de plazas establecido debe ser prohibida por la ley. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. En su caso, los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados para frenar y revertir esta situación, en ausencia de una regulación legal efectiva.

B. Aplicación de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva

1. En vista del carácter excepcional de la prisión preventiva, se recomienda a los Estados asegurar que sus ordenamientos jurídicos internos contemplen otro tipo de medidas cautelares que tengan un carácter menos restrictivo.

2. Asimismo, se insta a los Estados a regular de manera adecuada el uso y aplicación de las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva; garantizar la asignación de los recursos necesarios para que sean operativas, y puedan ser utilizadas por el mayor número de personas posible; y aplicar dichas medidas de manera racional, atendiendo a su finalidad y eficacia de acuerdo con las características de cada caso.

3. La CIDH recomienda que, con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, se considere la aplicación de las siguientes medidas: (a) la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; (b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; (c) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; (d) la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; (e) la retención de documentos de viaje; (f) el abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado; (g) la prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada; (h) la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; (i) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; o (j) la prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados. El juez deberá optar por la aplicación de

la medida menos gravosa que sea idónea para evitar razonablemente el peligro de fuga o de entorpecimiento de las investigaciones.

4. Asegurar que la aplicación de la fianza se adecue a criterios de igualdad material, y no constituya una medida discriminatoria hacia personas que no tienen la capacidad económica de consignar dichos montos. En los casos, en los que se ha comprobado la incapacidad de pago del procesado, deberá necesariamente utilizarse otra medida de aseguramiento no privativa de la libertad. En atención al principio de presunción de inocencia, la fianza no podrá en ningún caso constituir o incluir la reparación del daño causado por el delito que se le imputa al procesado.

5. El incumplimiento de las medidas cautelares no privativas de la libertad puede estar sujeto a sanción, pero no justifica automáticamente que se imponga a una persona la prisión preventiva. En estos casos, la sustitución de las medidas no privativas de la libertad por la prisión preventiva exigirá una motivación específica. En todo caso, deberá concedérsele a la persona señalada de incumplir una medida cautelar la oportunidad de ser escuchada y de presentar elementos que le permitan explicar o justificar dicho incumplimiento.

6. Desarrolle programas de capacitación, supervisión y aplicación para garantizar el uso de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, de conformidad con las normas internas e internacionales.

C. Marco legal y aplicación de la prisión preventiva

1. Adoptar las medidas necesarias para garantizar que la prisión preventiva sea aplicada como una medida excepcional, justificada sólo cuando se cumplan los parámetros legales aplicables en cada caso individual, los cuales deberán estar de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, en los términos establecidos en el presente informe.

2. Adoptar las medidas necesarias para asegurar que las personas que se encuentran en detención preventiva sean sometidas a juicio sin una demora indebida. En ese sentido, se recomienda a los Estados otorgar prioridad a la celeridad del trámite de los procesos penales en los que haya personas mantenidas en prisión preventiva. Garantizar que los periodos de prisión preventiva se ajusten estrictamente a los límites establecidos en la ley.

3. En aquellos casos en los que la ley establece límites al periodo en que una persona puede permanecer en prisión preventiva, esta disposición no podrá interpretarse o aplicarse en el sentido de que la persona podrá siempre permanecer detenida hasta dicho límite, sino que su detención deberá prolongarse únicamente por el periodo de tiempo necesario

según los fines por los cuales se dictó la medida, en atención a los principios de necesidad y proporcionalidad. Asimismo, el hecho de que esté previsto un periodo máximo de prisión preventiva no deberá impedir que se examine regularmente la necesidad real del mantenimiento de dicha medida en los términos indicados en las presentes recomendaciones.

4. En aquellos casos en los que la legislación penal contemple la posibilidad de extensiones al plazo máximo establecido para la prisión preventiva bajo determinadas circunstancias, las mismas deberán ser interpretadas de manera restrictiva, de forma tal que la prolongación, aun legal, de la prisión preventiva sea realmente utilizada de manera excepcional. Al decidir si debe prolongarse la prisión preventiva, se tendrá en cuenta que la evidencia concreta, que en su momento motivó la aplicación inicial de la medida puede haberse convertido en menos determinante con el paso del tiempo.

5. Estudiar la posibilidad de aumentar el número de las figuras delictivas respecto de las cuales no cabe la posibilidad de aplicar la prisión preventiva, y de no establecer mayores restricciones a los mecanismos y posibilidades procesales de excarcelación de los detenidos en espera de juicio. De forma tal que el empleo de esta medida sea realmente excepcional y de naturaleza cautelar.

6. En el marco de un proceso penal deberán existir elementos de prueba suficientes que vinculen al imputado con el hecho investigado, a fin de justificar una orden de privación de libertad preventiva. No deberá solicitarse la imposición de la prisión preventiva con base únicamente en los informes producidos por las autoridades policiales. En todo caso dicha solicitud deberá estar debidamente fundamentada.

7. Al solicitar la imposición de una o varias medidas cautelares, los fiscales o agentes del Ministerio Público deberán: (a) acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado; (b) justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a los elementos subjetivos del procesado la posibilidad de que éste no se someterá al proceso u obstaculizará la investigación o la realización de algún acto concreto del proceso; y (c) indicar el plazo de duración que estime necesario para la aplicación de la medida. En los casos en los que solicite la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva, el fiscal deberá sustentar el por qué no sería viable la aplicación de otra medida menos gravosa.

8. Las autoridades judiciales competentes deberán adoptar las decisiones en las que se ordena la aplicación de prisión preventiva a una persona luego de un análisis exhaustivo, y no meramente formal, de cada caso, de

acuerdo con los estándares internacionales aplicables desarrollados en el presente informe. La resolución que imponga la prisión preventiva deberá individualizar al imputado, enunciar los hechos que se le atribuyen, su calificación legal, expresar las circunstancias que dan fundamento a la medida y fijar el plazo por el cual se establece, determinándose claramente la fecha de vencimiento de dicho plazo.

9. La aplicación de la prisión preventiva sobre una persona se decidirá en audiencia oral, con la intervención de todas las partes, incluyendo la/s víctima/s, garantizando los principios de contradicción, inmediación, publicidad y celeridad. En determinadas condiciones este requisito se podrá satisfacer mediante el uso de sistemas de video adecuados.

10. Para decidir acerca del peligro de fuga se podrá tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: (a) el arraigo (vinculación)[416], determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país (o el estado en el caso de Estados federales) o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado; y (b) el comportamiento del imputado durante ese procedimiento, en la medida en que indique cuál es su voluntad de someterse a la persecución penal, y en particular, si incurrió en rebeldía, o si hubiese ocultado información sobre su identidad, o domicilio, o si hubiese proporcionado una falsa; y (c) el tipo de delito por el que se acusa y severidad de la eventual condena.

11. Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se podrá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: (a) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; (b) influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o (c) inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

12. La prisión preventiva no deberá ser usada en casos de infracciones penales menores, cuando existe una mera sospecha acerca de la responsabilidad penal del acusado, cuando exista la posibilidad de emplear otras medidas cautelares distintas para asegurar la comparecencia del acusado al juicio, por motivos de "alarma social", o con base en conceptos jurídicos vagos o indeterminados, o en atención a la expectativa de la pena.

13. Toda disposición que ordene la aplicación obligatoria de la prisión preventiva por el tipo de delito deberá ser derogada.

[416] Considerando el término "arraigo" en su sentido corriente, relativo al establecimiento permanente de una persona en un lugar vinculándose a personas y cosas.

14. Establecer mecanismos de supervisión para revisar periódicamente la situación de las personas que se encuentran bajo prisión preventiva, para garantizar que se agilicen los procesos penales y que las personas que no sean juzgadas en un tiempo razonable sean puestas en libertad mientras concluye el proceso. La responsabilidad de garantizar que estas revisiones se efectúen recaerá en la Fiscalía o en la autoridad judicial competente a cargo del proceso. Cuando no haya necesidad de mantener esta medida la misma deberá ser levantada inmediatamente.

15. Asegurar la existencia de recursos judiciales adecuados, efectivos y accesibles a las personas sometidas a prisión preventiva, por medio de los cuales se pueda obtener la tutela judicial de aquellos derechos eventualmente afectados por la aplicación o prolongación ilegal o arbitraria de dicha medida.

16. Establecer por disposición legal que las personas detenidas que resulten absueltas mediante providencia judicial en primera instancia sean excarceladas inmediatamente, sin perjuicio de que continúe el proceso.

17. Garantizar en la ley penal que el tiempo que una persona ha pasado en prisión preventiva le sea reconocido o descontado como tiempo cumplido de la eventual condena.

18. Asegurar la reparación del daño antijurídico causado por la aplicación ilegal o arbitraria de la prisión preventiva, o contraria a otros derechos humanos establecidos en tratados vinculantes de los que el Estado sea parte. Esta reparación deberá ser integral y tomar en cuenta los estándares establecidos por el Sistema Interamericano relativos a la restitución del daño causado por violaciones a derechos humanos. La sola liberación o excarcelación del procesado no se considera en sí misma como una forma de reparación íntegra del daño antijurídico causado por la indebida aplicación de la prisión preventiva.

19. La aplicación de la medida de prisión preventiva en niños, niñas y adolescentes deberá ser excepcional y empleada siempre como medida de último recurso.

D. Condiciones de detención

1. Establecer sistemas eficaces para garantizar que las personas acusadas sean separadas de aquellas que han sido condenadas, y crear mecanismos de clasificación de las personas privadas de libertad conforme su sexo, edad, la razón de su detención, necesidades especiales de atención y el trato que corresponda aplicarles.

2. En ningún caso la separación de las personas privadas de libertad por categorías será utilizada para justificar la discriminación, la imposición de

torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas. Los mismos criterios deberán ser observados durante el traslado de las personas privadas de libertad.

3. Dotar al sistema penitenciario de los recursos necesarios para asegurar la separación efectiva de las personas procesadas de las condenadas, y garantizar a las personas procesadas condiciones de detención acordes con el respeto del derecho a la presunción de inocencia, de acuerdo con los estándares establecidos por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos.

4. Velar por que las personas privadas de libertad en prisión preventiva tengan completo acceso a las actividades productivas, laborales, culturales y recreativas que se ofrecen en los centros penitenciarios.

5. Garantizar que las condiciones de detención sean controladas de manera efectiva por las autoridades judiciales competentes, según sea el caso.

6. Erradicar la práctica de mantener a personas detenidas bajo prisión preventiva en comisarías, postas policiales o estaciones de policía. Y trasladar a estas personas a centros penales en espera de juicio, donde deberán permanecer separadas de las personas condenadas. A estos efectos, los Estados miembros de la OEA deberán adoptar las medidas necesarias para poder alojar a los detenidos en condiciones compatibles con la dignidad de las personas. De lo contrario, de no ser capaces de garantizar condiciones compatibles con la dignidad humana de las personas procesadas, deberá disponerse la aplicación de otra medida cautelar distinta a la prisión preventiva o disponerse su libertad durante el juicio.

7. Asegurar que toda persona mantenida en prisión preventiva disponga de las condiciones de higiene y seguridad, y del tiempo y facilidades necesarias para recibir visitas y asesoría legal de un defensor de su elección en total confidencialidad, sin dilaciones indebidas, intercepción de las comunicaciones o alguna forma de censura. Las visitas de los defensores no podrán ser escuchadas por las autoridades penitenciarias. Cualquier restricción indebida u obstaculización del acceso de los detenidos a sus defensores estará sujeta a la revisión inmediata de una autoridad independiente. Toda persona detenida deberá tener acceso y estar autorizada para estar en posesión de los documentos legales relativos a su proceso, sin que éstos le sean retirados arbitrariamente por las autoridades penitenciarias.

8. Asegurar que el ordenamiento jurídico disponga la separación de la autoridad encargada de la investigación penal y las autoridades encargadas de la detención y del control de las condiciones de la prisión

preventiva. Esta separación es indispensable para evitar que las condiciones de reclusión se utilicen para entorpecer el ejercicio efectivo del derecho de defensa del procesado, prevenir su autoinculpación o que la prisión preventiva sea una forma de castigo anticipado.

9. Adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar a las personas privadas de libertad en prisión preventiva el ejercicio de los derechos políticos que sean compatibles con esta situación jurídica, y especialmente el ejercicio del derecho al voto.

10. Las medidas disciplinarias impuestas a las personas privadas de libertad bajo prisión preventiva no podrán tener el efecto de prolongar la duración de la prisión preventiva, ni interferir en la preparación de la defensa, ni el acceso regular a los abogados; tampoco deberán impedir un nivel mínimo necesario de contacto entre el detenido y su familia.

E. Defensa jurídica

1. El proceso para evaluar la aplicación de cualquier medida cautelar deberá estar presente un abogado de confianza o, en su defecto, un defensor público oficial. Este derecho deberá ser informado con el tiempo suficiente y en un idioma y lenguaje que la persona entienda, para poder preparar su defensa de manera adecuada. A tal fin, y con la debida antelación deberá contar con los elementos que van a ser utilizados para la solicitud de la medida cautelar. Si se tratara de una persona extranjera, tendrá derecho además a que se notifique al cónsul de su país para que pueda prestar asesoramiento y asistencia.

2. Fortalecer los sistemas de defensa pública (o licitada cuando sea el caso), prestando atención prioritaria a la cobertura y a la calidad del servicio, de manera tal que sean capaces de proporcionar desde el momento de la aprensión policial un servicio oportuno, efectivo y encaminado a la protección de los derechos fundamentales de toda persona señalada de haber cometido un delito.

3. Los Estados miembros deberán otorgar en su legislación interna, autonomía funcional, administrativa y financiera a los sistemas de defensa pública, procurando la igualdad funcional con la fiscalía y la estabilidad laboral de los defensores públicos. De forma tal que la defensa pública tenga la misma capacidad institucional de gestionar los procesos que la fiscalía.

4. Asimismo, garantizar el principio procesal de igualdad de armas entre la defensa pública (o licitada cuando sea el caso) y la fiscalía. En particular, en aspectos tales como la capacidad de actuar, presentar y producir pruebas, tener acceso a los expedientes y a lo actuado en las investigaciones.

F. Independencia de los operadores de justicia

1. Adoptar las medidas legislativas, administrativas e institucionales necesarias para garantizar el mayor nivel posible de independencia e imparcialidad de las autoridades judiciales encargadas de adoptar decisiones relativas a la aplicación de la prisión preventiva, de forma tal que ejerzan sus funciones libres de cualquier tipo de injerencia.

2. Los funcionarios de los poderes del Estado deberán abstenerse de emitir públicamente opiniones que directamente descalifiquen a fiscales, jueces o defensores públicos por una decisión adoptada relativa a la aplicación, o no, de la prisión preventiva; aún cuando tales manifestaciones no constituyan delitos o faltas de acuerdo con el derecho interno. Asimismo, deberán abstenerse de promover un uso generalizado, o la aplicación selectiva (en determinados casos específicos) de la prisión preventiva.

3. Como medidas para el acompañamiento y fortalecimiento institucional de las autoridades judiciales encargadas de la aplicación de la prisión preventiva, se recomienda, entre otras medidas, capacitar a los operadores de justicia para desempeñarse en situaciones de alta controversia social en las que será objeto de presiones antes de decidir, y de críticas y cuestionamientos, después de haber decidido.

4. Garantizar el principio fundamental de la inamovilidad de los jueces y magistrados. Los cuales sólo podrán ser removidos de sus funciones i) cuando se cumpla el plazo, condición de nombramiento o se llegue edad de jubilación forzosa, supuestos que constituyen el cumplimiento efectivo de la garantía de inamovilidad durante el período del ejercicio del cargo, o bien, ii) cuando la separación se produce como consecuencia de una sanción emitida por autoridad competente, tras un proceso que revista las garantías del debido proceso y el principio de legalidad.

5. Los procesos de control disciplinario, tendrán como objetivo valorar la conducta y el desempeño del juez como funcionario público. En este sentido, se deberá establecer de forma clara y detallada las conductas susceptibles de sanciones disciplinarias, las cuales deberán ser proporcionales a la infracción cometida. Asimismo, las decisiones por medio de las cuales se impongan sanciones disciplinarias deberán ser motivadas, públicas, susceptibles de revisión y con observancia del debido proceso. La información sobre los procesos disciplinarios debe ser accesible y sujeta al principio de transparencia.

6. En ningún caso, estos mecanismos de control disciplinario deberán utilizarse como medio de presión o castigo contra las autoridades judiciales que hayan adoptado decisiones relativas a la prisión preventiva dentro del ámbito de sus competencias y conforme a derecho.

7. Con respecto a las relaciones entre el sistema de justicia y los medios de comunicación se recomienda: (a) diseñar una política de comunicación en cada institución del sistema de justicia, que incluya la adopción de medidas destinadas a compartir información de forma accesible; (b) crear o reformular mecanismos de enlace (oficinas de prensa por ejemplo) entre el Poder Judicial y los medios de comunicación que proporcionen la información objetiva y no reservada sobre el desarrollo o el desenlace de procesos judiciales; (c) gestionar espacios públicos para difundir el funcionamiento de las instituciones del sistema de justicia, la manera en que se desenvuelven los procesos judiciales más frecuentes y el significado de sus fases más importantes. Tales espacios deben comprender desde el sistema escolarizado hasta los medios de comunicación masiva.

8. Diseñar e implementar reglas claras de manejo de la información en el ámbito penal para garantizar la presunción de inocencia de los detenidos y sospechosos, y preservar la dignidad de las víctimas. Los Estados miembros no podrán exhibir públicamente en medios de comunicación colectiva a personas privadas de libertad que todavía no han sido presentadas ante un juez, y en ningún caso se presentarán como culpables antes de la sentencia condenatoria.

G. Registros y estadísticas

1. Consignar los datos de las personas ingresadas a los lugares de privación de libertad en un registro oficial, el cual será accesible a la persona privada de libertad, a su familia, a su representante y a las autoridades competentes. El registro contendrá, por lo menos, los siguientes datos: (a) información sobre la identidad personal, que deberá contener, al menos, lo siguiente: nombre, edad, sexo, nacionalidad, origen étnico, dirección y nombre de los padres, familiares, representantes legales o defensores, en su caso, u otro dato relevante de la persona privada de libertad; (b) información relativa a la integridad personal y al estado de salud de la persona privada de libertad; (c) razones o motivos de la privación de libertad; (d) autoridad que ordena o autoriza la privación de libertad; (e) autoridad que efectúa el traslado de la persona al establecimiento; (f) autoridad que controla legalmente la privación de libertad; (g) día y hora de ingreso y de egreso; (h) día y hora de los traslados, y lugares de destino; (i) identidad de la autoridad que ordena los traslados y de la encargada de los mismos; (j) inventario de los bienes personales; y (k) firma de la persona privada de libertad y, en caso de negativa o imposibilidad, la explicación del motivo.

2. Implementar sistemas de gestión de la información judicial y penitenciaria que proporcionen datos actualizados y de fácil acceso sobre las causas y la situación de las personas acusadas penalmente. Lo mismo

será aplicable a las personas condenadas. En este sentido, deberá procurarse siempre la mayor coordinación institucional y uniformidad de criterios posible entre las distintas autoridades vinculadas. Dichas autoridades deberán contar con la capacidad técnica para asegurar la calidad de la información y su buena gestión. Mantener sistemas eficientes de registros de las órdenes de prisión preventiva y de comunicación con los juzgados a cuya disposición se encuentran estas personas.

3. Establecer indicadores que sirvan para fijar objetivos medibles relativos al uso racional de la prisión preventiva que sean cumplidos por el Estado.

4. En este sentido, se recomienda producir y publicar periódicamente información estadística sobre personas privadas de libertad, incluyendo: (a) el número de detenidos por la policía, el número de imputados y el número de personas en prisión preventiva; (b) el número de personas en prisión preventiva desagregado por tipo de delito, sexo y edad; (c) el número de personas en prisión preventiva por cada 100,000 habitantes; (d) el número de decisiones de prisión preventiva del total decisiones de medidas cautelares; (e) la cantidad de solicitudes de aplicación de la prisión preventiva que formulan los fiscales, en contraste con los casos en que solicitan la aplicación de otra medida alternativa o ninguna medida y respectivamente la cantidad de solicitudes de aplicación de la prisión preventiva que formulan los fiscales en contraste con las prisiones preventivas otorgadas por los jueces; (f) las tasas de efectividad (cumplimiento) de otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva y el número de personas procesadas en libertad; (g) la duración de la prisión preventiva (incluyendo el número de personas en prisión preventiva más allá de los plazos legalmente establecidos); (h) el número de presos preventivos absueltos o liberados antes del proceso en la primera instancia por falta de evidencia o por caducidad. Además, elaborar y difundir guías detalladas para la construcción de estos indicadores de una manera uniforme y coordinada institucionalmente.

5. Asegurar que esta información sea utilizada para implementar políticas públicas dirigidas a asegurar la aplicación de los estándares internacionales relativas al uso de la prisión preventiva, y reducir los costos financieros y humanos asociados al empleo de la misma.

6. Documentar y analizar el impacto del uso excesivo de la prisión preventiva sobre el sistema penitenciario.

7. Elaborar estudios estadísticos relativos al costo de la aplicación de la prisión preventiva, de acuerdo con los elementos desarrollados en el presente informe, los cuales deberán ser de libre acceso público.

UNIDAD III
DERECHO PROCESAL PENAL

- ✓ **Defensoría del Pueblo.** Nuevo Código Procesal Penal: Aproximación a los mecanismos de atención a la víctima. Serie de Informes de Adjuntía – Informe N° 17-2012-DP/ADHPD, 2012, Lima. http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2012/informe-017-2012-ADHPD.pdf



NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL:
APROXIMACIÓN A LOS MECANISMOS DE ATENCIÓN A LA VÍCTIMA

Serie Informes de Adjuntía – Informe Nº 017-2012-DP/ADHPD

Defensoría del Pueblo
Jirón Ucayali N° 388
Lima – Perú
Teléfono : (511) 311-0300
Fax : (511) 426-7889
E-mail : defensor@defensoria.gob.pe
Web : http://www.defensoria.gob.pe
Línea gratuita: 0800-15170

Primera edición: Lima, Perú.
Diciembre del 2012.
200 ejemplares.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú (N° 2012-16057)

Este documento ha sido elaborado por el comisionado Luis E. Francia Sánchez con la colaboración de la comisionada Isabel Berganza Setien, bajo la coordinación del Doctor Percy Castillo Torres, Jefe del Programa de Asuntos Penales y Penintenciarios de la Defensoría del Pueblo.

La presente publicación se realizó con el auspicio de una canasta de fondos* financiada por ACDI (2006-2013), AECID (2007-2013), ASDI (2007-2010), Bélgica (2012-2013) y COSUDE (2006-2011), en el marco del programa "La promoción de la equidad e inclusión para la realización de los derechos humanos" de la Defensoría del Pueblo.

* www.defensoria.gob.pe/canastadefondos

ÍNDICE

CAPÍTULO I

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y SU RELACIÓN CON LA VÍCTIMA: COMPETENCIA, ANTECEDENTES, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DEL INFORME DE ADJUNTÍA 9

1. Competencia de la Defensoría del Pueblo respecto a las víctimas de delitos 9
2. Antecedentes 10
3 Objetivos del Informe 10
4. Metodología de la investigación 11

CAPÍTULO II

LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL 13

1. La víctima en el proceso penal 13
2. Los derechos de la víctima 16
3. Marco normativo internacional sobre los derechos de la víctima 20
   - 3.1 Instrumentos internacionales generales de Derechos Humanos 20
   - 3.2 Instrumentos internacionales específicos de Derechos Humanos para grupos de especial vulnerabilidad 21
   - 3.3 Otros instrumentos internacionales vinculados con el tema 22
   - 3.4 La protección de la víctima en la Unión Europea 24
   - 3.5 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 27
4. Marco normativo nacional previo a la reforma del Código Procesal Penal 29
5. El Nuevo Código Procesal Penal y la víctima 30
6. Instituciones que brindan atención a la víctima en el procesal penal 35
   - 6.1 El Programa Nacional de Asistencia Víctimas y Testigos del Ministerio Público 36

6.2 La Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 40
6.3 Los Centros Emergencia Mujer 41

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA SUPERVISIÓN 45

1. Aspectos generales 45
   1.1 Diversas instituciones públicas atienden a las víctimas 45
   1.2 Necesidad de una capacitación interinstitucional 46
   1.3 Necesidad de la difusión de los derechos de las víctimas 46
2. El Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público 47
   2.1 Origen del pedido de intervención 47
   2.2 Tipo de medidas que se brindan 49
   2.3 Tipo de personas beneficiadas 51
   2.4 Relación entre fiscales y las Unidades Distritales 51
   2.5 Conocimiento del Programa por los/as ciudadanos/as 55
   2.6 Recursos del Programa 55
   2.7 El personal del Programa 56
3. La Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas 57
   3.1 Implementación a nivel nacional 57
   3.2 Competencia 57
   3.3 Conocimiento de los/as ciudadanos/as 58
   3.4 Superposición de funciones 58
   3.5 Coordinación con el fiscal 59
   3.6 Necesidad de capacitación especializada 59

CONCLUSIONES 61

RECOMENDACIONES 64

PRESENTACIÓN

Nuestra legislación, al igual que la internacional, ha incidido regularmente en establecer derechos y garantías para la persona que interviene como imputado en un proceso penal. Así, desde la investigación policial hasta la ejecución de la pena, se establecen un conjunto de disposiciones que buscan defender a la persona frente al poder de las instituciones que administran justicia. Ello se ha debido a que, históricamente las personas procesadas han tenido el mayor riesgo de ser afectadas por vulneraciones al debido proceso.

La situación de la víctima de un delito –a lo largo de la historia-, no ha sido un tema prioritario para el Estado, constatación que ha sido reconocida en diversos ámbitos académicos. En tal sentido, el Código Procesal Penal del 2004, ha incorporado un conjunto de derechos que buscan que la víctima deje de ser un espectador pasivo en el proceso y tenga un rol propio. Además, establece un mecanismo que permita asistirla y protegerla, el cual se encuentra en manos del Ministerio Público.

En esa medida, si bien desde la Defensoría del Pueblo hemos observado con interés el proceso de implementación del Nuevo Código Procesal Penal, entendiendo que la reforma busca dotar de celeridad, eficacia y garantía al nuevo proceso penal, también compartimos la importancia en la atención que debe merecer la persona agraviada por un delito.

En el Informe de Adjuntía Nº 017-2012-DP/ADHPD, "Nuevo Código Procesal Penal: Aproximación a los mecanismos de atención a la víctima", se desarrolla el papel de la víctima en el proceso penal, analizando su evolución y los derechos que le asisten. Asimismo, recoge información sobre los mecanismos que desde el Estado se han implementado para atender y proteger a la víctima en un proceso penal, desde la perspectiva y enfoques de las instituciones que tienen a su cargo esta labor. Lo interesante radica en que éstas reconocen sus dificultades, buscando mejorar y fortalecer su labor.

Así, se describe la labor del Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público que ha implicado un cambio importante en el rol asignado regularmente al Fiscal, pero también es cierto se encuentra en proceso de implementación, siendo aún una experiencia que requiere mejoras, una mayor difusión y ampliación en sus capacidades para atender íntegramente y adecuadamente las necesidades de la víctima.

De otro lado, si bien hasta cierto momento se ha entendido que el Fiscal es quien defiende los derechos de la víctima, la realidad nos indica que ello no es necesariamente así y, en tal sentido resulta fundamental que se les asegure una defensa adecuada. En ello radica la importancia de labor de la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas, mecanismo implementado recientemente por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En el marco de su mandato constitucional, la Defensoría del Pueblo continuará un seguimiento a este tema, a partir de los casos que pudiera conocer, buscando contribuir con los esfuerzos por contar con un sistema de protección y atención de las víctimas, eficaz, oportuno y que cubra sus necesidades, considerando que este aspecto constituye uno de los más importantes de la reforma procesal penal.

Antes de finalizar estas líneas debo expresar nuestro sincero agradecimiento a los diversos funcionarios y funcionarias de la Unidad Central y las Unidades Distritales del Programa Nacional de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público así como de las Direcciones Distritales de Defensa Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Gisella Vignolo Huamaní
Adjunta para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad
Defensoría del Pueblo

CAPÍTULO I

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y SU RELACIÓN CON LA VÍCTIMA: COMPETENCIA, ANTECEDENTES, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

1. COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO RESPECTO A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS

De acuerdo al artículo 162º de la Constitución Política del Perú y el artículo 1º de la Ley Nº 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, corresponde a esta institución la defensa de los derechos fundamentales y constitucionales de la persona y la comunidad, así como la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

En materia de procesos penales ello involucra tanto a las personas a las que se les imputa un delito como aquellas que han sido encontradas responsables, por lo tanto es competencia de nuestra institución supervisar la actuación de todas las entidades encargadas de la investigación y juzgamiento de un delito, así como la situación del sistema penitenciario. En el marco de ello la actividad de la Defensoría del Pueblo está orientada a verificar el respeto de los derechos fundamentales de procesados y sentenciados.

En dicho contexto es claro que la labor no se circunscribe únicamente a la situación de los imputados, sino también de las personas que pueden haber resultado víctimas por la comisión de un delito. En este caso, como es sabido, el ciudadano (cuando es víctima) tiene un conjunto de derechos a ser protegidos durante el proceso, los mismos que deben de dar por resultado un efectivo acceso a la justicia y la reparación del daño ocasionado, es decir una garantizada tutela jurisdiccional efectiva. En tal sentido es competencia de la institución el supervisar la labor de las diversas entidades que participan durante el proceso de investigación y juzgamiento de un delito.

Marco legal aplicable

Legislación Nacional

- Constitución Política del Perú (1993);
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Ley Nº 26520);

- Resolución Defensorial Nº 0039-2006/DP de fecha 30 de septiembre de 2006 (Reglamento de Organización y Funciones de la Defensoría del Pueblo);
- Código de Procedimientos Penales (Ley Nº 9024)
- Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957)

Legislación Internacional

- Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder[1]
- Directrices para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos[2]

2. ANTECEDENTES

La Defensoría del Pueblo ha realizado diversas actividades relacionadas con la difusión de derechos en el marco del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP), así en el 2009 se publicó la Cartilla "La Reforma Procesal Penal y las Personas Privadas de Libertad" como material informativo destinados a los ciudadanos involucrados en un proceso penal. Posteriormente en el 2010 conjuntamente con el Centro de Estudio de Justicia de las Américas (CEJA), se realizó la presentación del "*Informe sobre Prisión Preventiva*".

En el Informe Defensorial N° 154 (2011), Sistema Penitenciario, se incluyeron los principales indicadores en relación al impacto que la reforma procesal penal ha tenido respecto a la situación de las personas privadas de libertad, especialmente el porcentaje de procesados y sentenciados.

Durante el 2012, la Defensoría del Pueblo, interesada en difundir los derechos de las víctimas en el marco del nuevo modelo procesal penal, publico la *"Cartilla sobre Derechos de la Víctima en el Nuevo Modelo Procesal Penal"*

3 OBJETIVOS DEL INFORME

Considerando la vigencia de la nueva norma procesal penal y la inclusión en la misma de un conjunto de derechos, se han establecido los siguientes objetivos para el presente Informe:

1 Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

2 Dictada por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño (2003). Si bien no constituye un tratado internacional, sirve de guía para el cumplimiento de estos derechos.

- Identificar los derechos que asisten a la víctima durante el proceso penal en el NCPP
- Analizar los mecanismos de asistencia y protección para la víctima.
- Establecer las funciones de las instituciones que atienden las necesidades y requerimientos de las víctimas.
- Señalar un conjunto de recomendaciones a fin de que el Estado garantice una mejor atención a las víctimas.

Como es conocido, el delito puede originar víctimas directas e indirectas, las que pueden en determinados casos participar en el proceso penal mediante su constitución como actor civil.

Pero al mismo tiempo un hecho delictivo puede originar otro tipo de víctima, que no es considerada en el proceso penal y por ende no tiene derechos reconocidos en los mismos. A estas puede considerarse víctimas sociales, como por ejemplo aquellas personas que deben de alejarse de su lugar de origen debido a los niveles de violencia ocurridos en determinadas zonas y que no pueden volver a sus hogares por temor a represalias o verse inmersos en situaciones violentas. Estas situaciones han sido conocidas en nuestro país hace décadas y sigue siendo un problema que se observa actualmente, tanto en zonas rurales y urbanas.

Es claro que el proceso penal no puede atender dichos casos en tanto no está constituido para ello, requiriendo estas personas de medidas concretas, especialmente de soporte social, económico y psicológico, que implica el desarrollo de programas sociales de asistencia e inserción social.

Reconociendo la importancia de ello, es claro que escapa a los objetivos del presente Informe. No obstante es claro que constituye una obligación del Estado el brindar respuesta frente a situaciones de vulnerabilidad de un conjunto de ciudadanos.

4. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACION

La metodología utilizada para la elaboración del Informe ha sido:

- El análisis de las normas nacionales e internacionales relacionadas con la asistencia y protección de las víctimas en el proceso penal.

- Visita, durante los meses de agosto y octubre del año 2012, a seis distritos judiciales (Ica, Cusco, Chiclayo, Trujillo, Piura, Tacna[3]), para realizar entrevistas a funcionarios de las siguientes instituciones: Unidades de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público, Fiscales Penales de Investigación Preparatoria y Direcciones de Defensa Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

3 Los distritos judiciales fueron seleccionados debido a que en ellos está vigente desde hace al menos dos años el nuevo modelo procesal penal, lo que ha permitido desarrollar los mecanismos de atención y protección a la víctima a fin de evaluar estos servicios.

CAPÍTULO II

LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

1. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

Como indica Julio Maier, el tratamiento de la víctima no es un tema de derecho penal o procesal penal, sino uno que abordar el conjunto del sistema penal.

> *"Conviene advertir, también, acerca de que el papel de la víctima no es un problema específico en el Derecho procesal penal, tampoco del Derecho penal material, únicamente. Se trata, antes bien, de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el Derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el Derecho procesal penal. Así, la discusión, aunque se encare en algunos casos, principalmente, desde el ángulo de observación del derecho penal, y, en otros, bajo el punto de vista del Derecho procesal penal, preferentemente, no puede prescindir de los elementos que aporta la otra rama jurídica. Es por ello, precisamente, que aquí comenzamos de la manera indicada en el título: se trata de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto."* [4]

En tal sentido, el tratamiento de la víctima de un delito ha tenido un desarrollo conjunto con la forma como se ha concebido el proceso penal. Así, puede decirse que en los sistemas tradicionales, las víctimas fueron atendidas por la propia sociedad que ayudaba a su recuperación. En medio de este contexto el conjunto social buscaba que víctima y víctimario pudieran solucionar la situación producida mediante formas de conciliación y compensación. [5]

Así, la víctima:

> *Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaban la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal.*[6]

---

4 MAIER, Julio B. J. "La víctima y el sistema penal". En **Revista** Jueces para la democracia, Nº 12, 1991 , págs. 31-52.

5 Este tipo de tratamiento puede observase en algunos casos de la justicia indígena o comunal que existe en nuestro país y es reconocida en el art. 149° de la Constitución.

6 MAIER, Julio B. J. Op. cit.

El desarrollo de un sistema penal centralizado en el Estado dio por resultado una modificación no sólo respecto a cómo se observaba a la víctima, sino a todo el proceso penal.

En dicho contexto, la víctima cambió sustancialmente de lugar:

> *"La víctima fue desarrollada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante , o cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción -el más intenso- en manos del Estado, que lo utilizaba de oficio , sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había "estatizado": de allí que se hable, pleonásticamente, de una "criminalización del Derecho penal", antes bien, del origen del Derecho penal, tal como hoy lo conocemos culturalmente, o, mejor aún, del "nacimiento de la pena".*[7]

Por ello en el desarrollo del proceso penal, la víctima regularmente ha sido olvidada y dejada de lado, de modo tal que sus problemas e interés fueron confiscados por parte del Estado.

Algunos autores indican que este proceso estuvo marcado por el desarrollo en Europa del sistema inquisitivo en el siglo XII, caracterizada por:

- Se constituye en un proceso para alcanzar una verdad procesal, para lo cual confisca el conflicto a la víctima.
- Se consagra la idea de la persecución penal pública, mediante la cual es el Estado quien asume la afectación por el delito, en tanto ello viola la norma que prohíbe ciertas conductas (la ley penal), siendo el Ministerio Público el que tenía por labor la persecución penal en nombre del rey.
- Si el objeto del proceso es lograr la verdad, entendida como verdad material, es la indagación el mejor mecanismo para alcanzarla, y la tortura su herramienta preferida.[8]

7 MAIER, Julio B. J. Op. cit.
8 MAIER, Julio B. J. Op. cit.

Con ello el imputado se transforma en un objeto de la persecución penal, pero también el papel de la víctima cambia en dicho sistema, queda fuera de escena o participa como testigo o como instrumento para que legitime el castigo estatal.

> *Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal. La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto de la disputa entre intereses privados, el Derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al statu quo ante -o a la reparación del daño- entre sus fines y tareas, y el Derecho procesal Penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla, por ello, de una expropiación de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica elementales (paternalismo estatal); ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: es que el concepto "bien jurídico", establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podía dedicar a su "protección", a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado.* [9]

Si bien este modelo procesal fue cuestionado (por parte del movimiento reformista ilustrado), dichas críticas dieron como resultado la consolidación de un conjunto de derechos para el imputado, pero no mejoraron la posición de la víctima en el proceso penal.

Esta expropiación del conflicto se ha asentado de tal manera que cuando en los últimos años se propone incorporar ciertos derechos a las víctimas, como los acuerdos reparatorios u otras formas de negociación, se indica que ello implica una *privatización* de los conflictos. [10]

9 MAIER, Julio B. J. Op. cit.

10 CASTILLO VAL, Ignacio. *La Reaparición de la Víctima en el Nuevo Proceso Penal; Un Camino de la Inquisición al Acusatorio*. El artículo puede revisarse en: http://www.pensamientopenal.com.ar/

2. LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA

En el marco de la evolución de los derechos de la víctima, en la actualidad se puede señalar que son tres los derechos que se le reconocen básicamente:

a. **Acceso a la justicia penal y trato justo[11].-** Ello implica que deben existir mecanismos judiciales y administrativos que permitan a la víctima obtener reparación mediante procesos rápidos, justos, poco costosos, y accesibles. Asimismo se le debe brindar información necesaria sobre su proceso.

En dicho contexto se debe asegurar un trato digno considerando el daño que ha sufrido que puede haber afectado su salud física, psicológica y emocional, por lo que se le debe brindar una atención en todos estos niveles.

El daño será resarcido de la mejor manera posible, por lo que el proceso debe ser idóneo para dicho objetivo. La víctima deberá mantenerse informada sobre el avance del proceso y su opinión será considerada, del mismo modo debe garantizarse su seguridad y minimizar las molestias para ella, sus familiares y testigos del proceso, de manera que se evite una "doble victimización". En lo posible debe promoverse, la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias y prácticas de justicia consuetudinarias. [12]

b. **Asistencia a las víctimas[13].-** Se debe brindar asistencia médica, material, psicológica y social a la víctima, mediante:

- El acogimiento urgente e inmediato, que pretende escuchar a la víctima, ayudarla a formular la denuncia, así como buscarle alojamiento, asistencia médica y asistencia psicológica.

- El programa de asistencia a nivel afectivo y práctico durante el desarrollo del proceso penal (mediante las Oficinas de Ayuda o Asistencia a la Víctima).

---

node/16022010/doctrina05.pdf

11 Desarrollado según la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder.

12 Por ejemplo, el NCPP incorpora tanto el principio de oportunidad como el acuerdo reparatorio.

13 Desarrollado según la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder.

Para ello se debe informar adecuada y oportunamente respecto a dicha asistencia, desde el nivel policial.

c. **Resarcimiento e indemnización**[14]**.-** La reparación civil comprende tanto la devolución de bienes, como el pago de los daños sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización y del proceso, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

El resarcimiento debe ser realizado de la manera más pronta y efectiva posible. Los responsables del daño deben resarcir tanto a la víctima como a sus familiares u otras personas que tengan relación con el daño causado. Cuando el daño es ocasionado por funcionarios o agentes públicos, es el Estado el obligado a responder por ellos. [15]

Cuando ha sido insuficiente la indemnización del responsable del delito, el Estado ha de procurar prestar la indemnización económica correspondiente, especialmente en el caso de víctimas que hayan sufrido graves daños corporales o menoscabo de su salud física o mental. Asimismo en el caso de los familiares, especialmente de las víctimas que hayan muerto o quedado con discapacidad (física o mentalmente). Para ello se considera la necesidad de fondos destinados a la indemnización de víctimas.

Estos derechos son recogidos por diversos instrumentos internacionales y son desarrollados con mayor detalle más adelante.

Adicionalmente, se puede señalar que se ha reconocido otro derecho de la víctima.

Derecho a una asistencia legal.- Como se indica para el caso chileno, en el marco de la Reforma Procesal Penal, la víctima podría quedar en una situación de desigualdad, puesto que mientras el imputado tiene derecho a defensa por el Estado, mediante la Defensoría Penal Pública, la víctima no lo tiene.

14 Desarrollado según la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder.

15 La responsabilidad es solidaria entre el funcionario y el Estado. En el caso que el Estado realice el pago, puede posteriormente revertir el cobro hacia el funcionario.

Si bien la nueva normatividad procesal (como observaremos más adelante) asigna un conjunto de derechos a la víctima, la vigencia y cumplimiento de los mismos requieren de una defensa legal durante el proceso, ya que si no existe un mecanismo que lo haga valer, esos derechos no pasan de ser meras enunciaciones.

La necesidad de una Defensa Pública de Víctimas, que asuma la representación legal durante el proceso, se sustenta en algunas ideas que deben quedar claras:

- La víctima es un interviniente del proceso penal, de acuerdo con nuestra legislación procesal penal, teniendo por ello una calidad jurídica que le permite actuar en el proceso. Así, la participación efectiva de la víctima solo puede darse mediante la constitución como actor civil, requiriendo de un abogado, no pudiendo establecer una forma de auto defensa. Por ejemplo, la víctima debe poder solicitar medidas cautelares reales.

  En caso de no constituirse en actor civil, la víctima únicamente será convocada por el Fiscal cuando requiera alguna información sobre los hechos o en las audiencias donde se requiera su presencia para ser informada sobre alguna decisión que puede afectarla. En caso deseará acudir a la vía civil para ver satisfecha su indemnización también requiere de una asistencia legal.

- El Ministerio Público no persigue necesariamente los intereses de las víctimas[16]. Los deseos e intereses de ellas pueden contraponerse con las opciones que el Fiscal adopte durante el desarrollo del proceso, teniendo el derecho de hacer valer dichos intereses y defenderlos, incluso en contra de la opinión del fiscal.

  El Fiscal no está obligado a seguir los requerimientos o consideraciones de la víctima, correspondiéndole la persecución del delito y la adopción de medidas para proteger a víctimas y testigos. Ante una contraposición de opiniones, es claro que el Fiscal asume la que considere más adecuada para sus funciones. Así, puede aplicar el principio de oportunidad, archivar la investigación, negociar una terminación anticipada o solicitar un sobreseimiento.

16 En la actualidad el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante la Dirección General de Defensa Pública, se encuentra implementando un sistema de defensa de víctimas.

Siendo uno de los principios del proceso penal el contradictorio, que implica la existencia de partes que intervienen en el proceso, con roles diferenciados y contradictorios, sólo puede producirse si la víctima puede hacer valer sus criterios, dicha contraposición únicamente puede darse en tanto exista una defensa legal adecuada para la víctima, que le permita hacer valer su derecho a impugnar una decisión que decida el no inicio del proceso penal (archivo por parte del fiscal por ejemplo) o le ponga fin (sobreseimiento o sentencia absolutoria del imputado).

- El derecho a la defensa es una garantía constitucional y un derecho fundamental que no admite excepción alguna.

En esta medida resulta una necesidad que el Estado garantice una defensa legal a las víctimas de los delitos, al igual como se brinda dicho servicio a los imputados.[17]

Derechos de la víctima y derechos del imputado.- En la legislación internacional de derechos humanos y de cada país, se regulan derechos tanto para los imputados como para las víctimas. Conforme señala Madina[18], existe una tensión en el proceso penal cuando ambas partes invocan normas (especialmente del derecho internacional de los derechos humanos), originando la apariencia que el reconocimiento de uno implica la afectación de un derecho del otro[19], lo que debe ser resuelto mediante una ponderación en el caso concreto a fin de establecer restricciones razonables a uno u otro caso.

---

17 No se busca desarrollar con detalle este punto, pero debe recordarse que la crítica al proceso penal por *expropiar* el conflicto de la víctima y no atender a sus necesidades, es ya un tema recurrente en la dogmática procesal penal.

18 MADINA, Marcelo Augusto. *Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales de derechos humanos y su conflicto en el seno del proceso penal.* En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II. Montevideo 2005. Fundación Konrad Adenauer Oficina Uruguay Paginas 615 – 625.

19 El autor indica que este tipo de contraposición de derechos se da especialmente en los casos de violación de derechos humanos. Se indica como ejemplo de ello, los siguientes casos:

- El caso que el imputado sea absuelto, pero dicha decisión afecte el interés de la víctima (que es parte del proceso) y la misma desee impugnar directamente dicha resolución judicial en virtud al derecho a la doble instancia judicial y al acceso a la justicia.
- La afectación de la garantía del *ne bis in ídem*, cuando un imputado es absuelto por un delito de violación de derechos humanos. En dichos casos el sistema interamericano ha señalado reiteradamente que dicha garantía no puede oponerse frente a la víctima, en virtud al tipo de delito cometido y con la finalidad de evitar situaciones de impunidad. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencias diversas, como la del caso Barrios Altos.
- La afectación del derecho del imputado de poder interrogar, mediante su defensa, a los testigos (incluida la victima). Este derecho es relativizado cuando la víctima es un menor de edad, en virtud a la protección del niño.

Esta situación se deriva especialmente por el reconocimiento de un conjunto de derechos para con la víctima, que se enfrenta paulatinamente a clásicos derechos del imputado y por ende plantea una revisión de los mismos.

3. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA

3.1 Instrumentos internacionales generales de Derechos Humanos

En éstos se indican derechos que benefician directamente a las víctimas de los delitos.

a. Declaración Universal de los Derechos Humanos.- La cual si bien no señala directamente el caso de la víctima, contiene un conjunto de derechos que le pueden ser aplicables, como:

- A un recurso efectivo ante los tribunales nacionales cuando se ha vulnerado un derecho (artículo 8º);
- A ser oído públicamente, en condiciones de igualdad, por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones (artículo 10º); y,
- A la protección de la ley contra injerencias o ataques arbitrarios en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia (art. 12º).

b. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.- En su artículo 5º reconoce el derecho de toda persona a la protección contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. Por ello las víctimas de delitos están protegidas y el Estado está obligado a brindarles la protección. Otro conjunto de artículos establecen un conjunto de derechos que deben de ser protegidos[20].

c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.- En su artículo 2º establece el compromiso del Estado de hacer respetar los derechos de los ciudadanos. En caso se consideren afectados los mismos, puedan interponer un recurso efectivo para su cumplimiento. Por su parte, el artículo 14º establece el derecho del acceso a la justicia y define un

20 Artículos 6º, protección a la familia; 7º, protección a la maternidad y a la infancia; 9º, derecho a la inviolabilidad del domicilio; 10º, inviolabilidad de la circulación y correspondencia; 10º, derecho a la preservación de la salud y el bienestar; y por último el 18º el cual contempla el derecho a la justicia.

conjunto de garantías legales para todo interviniente en un proceso (tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley; resguardo de la moral, orden público y vida privada de las partes)

d. Convención Americana sobre Derechos Humanos.- Define el derecho a la protección judicial (artículo 25º), que implica que las víctimas han de acceder a la justicia y tener un juicio justo con todas las garantías judiciales que le asisten.

e. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes / Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.- Ambos instrumentos internacionales, respecto a las víctimas de tortura, establecen el derecho al acceso a la justicia (nacional e internacional)[21] y al resarcimiento e indemnización respectivos. [22]

La Convención de Naciones Unidas en su artículo 13º señala que las víctimas y los testigos deben ser protegidos de malos tratos o intimidación. Este mismo instrumento internacional crea un Comité contra la Tortura al cual pueden acceder las víctimas para exigir la garantía de sus derechos a nivel internacional.

3.2 Instrumentos internacionales específicos de Derechos Humanos para grupos de especial vulnerabilidad

Éstos plantean algunas disposiciones referentes a las víctimas.

a. *Convención sobre los Derechos del Niño*.- El artículo 39º establece que los Estados han de adoptar medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, así como la reintegración social del niño víctima de diversos hechos, entre ellos un delito.

b. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer[23].- Establece derechos a favor de las mujeres víctimas

21 Artículo 13º de la Convención de Naciones Unidas. Por su parte la Convención Interamericana la desarrolla en el artículo 8º.

22 Artículo 14º de la Convención de Naciones Unidas, que indica adicionalmente que la indemnización comprende los medios necesarios para la rehabilitación completa o indemnización a familiares en caso de muerte de la víctima. En el caso de la Comisión Interamericana, dicho derecho se encuentra desarrollado en el artículo 9º.

23 Adoptada en 1994 por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

de delitos de género (muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico). Los artículos 7º y 8º precisan derechos específicos para las mujeres víctimas de delitos:

- Al acceso a la justicia.
- Obligación del Estado de prevenir, investigar, y sancionar la violencia contra la mujer.
- A las medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer.
- A procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan medidas de protección, proceso oportuno y acceso efectivo a tales procedimientos.
- Al resarcimiento por parte de la víctima, mediante mecanismos judiciales y administrativos.
- A la asistencia, mediante servicios especializados para la atención a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado,

3.3 Otros instrumentos internacionales vinculados con el tema

Existen otros instrumentos internacionales que si bien no tienen el nivel de una convención, o tratado, si deben ser considerados, en tanto desarrollan de manera específica la protección de los derechos de las víctimas.

a. *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder*[24].- Señala los derechos de las víctimas y la necesidad de brindar una protección especial. Sobre ellos se precisa el acceso a la justicia y el trato justo, el resarcimiento, la indemnización y la asistencia. Asimismo se incluye una sección especial respecto a los derechos de las víctimas del abuso de poder[25].

b. *Directrices para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos*[26].- Señala diez directrices específicas:

- Derecho al trato con dignidad y respeto.
- Derecho a la protección contrala discriminación.

24 Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.
25 El contenido de estas declaraciones ha sido desarrollado en el punto 2 del presente capítulo.
26 Dictada por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño (2003). Si bien no constituye un tratado internacional, sirve de guía para el cumplimiento de estos derechos.

- Derecho a ser informado.
- Derecho a expresar opiniones, preocupaciones y a ser escuchado.
- Derecho a la asistencia efectiva.
- Derecho a la privacidad.
- Derecho a ser protegido de la adversidad dentro del proceso de justicia.
- Derecho a la seguridad.
- Derecho a la reparación.
- Derecho a medidas preventivas especiales.

Asimismo, se indican medidas para la implementación de las directrices: capacitación y educación de profesionales, colaboración y monitoreo de la implementación de las directrices. Se establece que todo tipo de entrevistas o reuniones con los niños, deben realizarse con las medidas necesarias (psicológicas y sociales) para causar el menor impacto negativo, asimismo debe evitarse en lo posible el contacto de la víctima con el delincuente o demás factores que puedan afectarle.

c. Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos.- En el 2008 a nivel latinoamericano la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos aprobó las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos que *"tienen por finalidad orientar las decisiones de los Ministerios Públicos iberoamericanos en relación con su organización interna y su actividad para alcanzar una meta que se resume en el fortalecimiento de los derechos de víctimas y testigos"*.

El documento define a la víctima de manera amplia, como *"cualquier persona que ha sufrido menoscabo en sus derechos como consecuencia de un delito"* y desarrolla los siguientes puntos:

- *Sistemas de información a las víctimas: el derecho a la información como principio y su articulación efectiva*. El Ministerio Público debe velar porque la víctima se informada de su condición, sus derechos, el papel que juegan las instituciones dentro del proceso, las vías que tiene para formular la denuncia y las medidas de seguridad y asistencia de las que puede disponer.

- *La seguridad de las víctimas: protocolos de actuación e instrumentos de seguridad*. Para lo cual el Ministerio Público debe coordinar con otras instituciones, como el Poder Judicial o la Policía.

- *Formación de operadores en materia de protección de víctimas*. El Ministerio Público tiene la obligación de formar a su personal en el sistema legal de protección de víctimas, la red asistencial y de seguridad ajena a la propia institución y las habilidades de trato mínimo con las víctimas, de tal manera que se evite una mayor victimización.

- *El rol de la víctima durante el proceso.* Se establecen, entre otros, los siguientes postulados: La víctima tiene derecho a ser oída y participar durante la investigación, proporcionando pruebas e información de las consecuencias que ha supuesto el delito; se debe tener cuidado de que la víctima no coincida con el agresor y que la investigación no afecte su seguridad; la víctima tiene derecho a conocer el curso del proceso y de las actuaciones, pudiendo acceder a la información y resoluciones que se dicten, así como a entender su contenido según sus condiciones personales de lengua y cultura; y, algunas obligaciones de la víctima, ya que si bien tiene libertad para denunciar los hechos, una vez iniciado el proceso está obligada a ser veraz y a colaborar con el Ministerio Público para esclarecer los hechos.

- *La compensación de las víctimas*. El Ministerio Público debe dar información a las víctimas sobre las vías de reparación y propiciar acuerdos de reparación y de mediación. Además, las Guías establecen que los Estados deben hacer énfasis en la progresiva creación de una caja de compensación para brindar cierto grado de reparación a determinadas víctimas.

Igualmente, se resalta la atención que merecen algunos grupos de víctimas especialmente vulnerables, bien sea por el delito por el que han sido victimados (trata de personas, violencia familiar o domésticas y terrorismo, escenarios bélicos, violencia social y asimilados) o por características personales (niños y adolescentes, extranjeros e indígenas).

3.4 La protección de la víctima en la Unión Europea

La Unión Europea, a través del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados elaboró en 1985 la Recomendación (85) 11 sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, la misma que ha sido base para el desarrollo de la posición respecto a la víctima.

Este documento parte del presupuesto que la función fundamental de la justicia penal es dar respuesta a las necesidades de la víctima y proteger sus intereses, teniendo en cuenta los prejuicios físicos, psicológicos, materiales y sociales causados. Por ello, las necesidades y los intereses de la víctima deben ser tomadas en cuenta en todas las fases del proceso.

En este sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomendó a los Estados revisar su legislación y su práctica en los siguientes puntos:

- *En el nivel policial*: la policía debe estar capacitada para tratar de manera adecuada a las víctimas e informarles sobre las posibilidades de obtener asistencia, asesoría jurídica y reparación. Asimismo, deben recibir información sobre la investigación policial y, en la elaboración del atestado se deben tomar en cuenta las lesiones y daños sufridos por la víctima.

- *En el nivel de la persecución*: Al decidirse sobre la persecución de un delito se debe tomar en cuenta la reparación del daño sufrido por la víctima. Además, esta debe ser informada de la decisión definitiva sobre la persecución y tener derecho a pedir la revisión de la decisión de archivo.

- *Interrogatorio de la víctima*: Se debe realizar con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

- *Juicios*: la víctima debe ser informada de la fecha y lugar del juicio, de las posibilidades de obtener restitución y reparación y de lograr asistencia jurídica. Además, el Tribunal debe ordenar la reparación por parte del delincuente.

- *En el momento de la ejecución*: cuando la reparación sea parte de la sanción penal, ha de tener prioridad sobre otra sanción pecuniaria y debe prestarse a la víctima la máxima ayuda para facilitar el cobro.

- *Protección de la vida privada*: durante la instrucción y el juicio se ha tener en cuenta la necesidad de proteger a la víctima frente a cualquier situación que pueda dañar su vida privada o su dignidad.

- *Protección especial de la víctima*: sobre todo para los casos de delincuencia organizada.

También se recomienda a los Estados examinar las ventajas de establecer sistemas de mediación y conciliación, así como promover las investigaciones sobre la eficacia de las disposiciones relativas a las víctimas.

Posteriormente, el Consejo de la Unión Europea aprobó un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (Resolución 2011/C 187/01)[27]. El Plan de trabajo establece unos objetivos generales que se resumen en los siguientes puntos:

- Establecer procedimientos y estructuras para que se respete la dignidad, la integridad personal y psicológica y, la intimidad de la víctima en un proceso penal, así como para prevenir la victimización secundaria y repetida.
- Fomentar el acceso de la víctima de delitos a la justicia, fomentando el papel de los servicios de apoyo a las víctimas.
- Promover que las víctimas cuenten con interpretación y traducción en el proceso penal cuando lo requieran.
- Animar a las víctimas a que participen activamente en los procesos penales que corresponda.
- Reforzar el derecho de la víctima a recibir información sobre el proceso y su resultado.
- Fomentar la justicia reparadora, las modalidades alternativas de solución de conflictos, tomando en consideración los intereses de la víctima.
- Velar para que la víctima reciba una indemnización adecuada.
- Prestar una especial atención a los niños/as.
- Promover la formación de los profesionales pertinentes.

27 De fecha 10 de junio de 2011. La Unión Europea ha elaborado diferentes instrumentos que hacen mención a la protección de la víctima y sus derechos, entre los que destacan los siguientes: Carta de los Derechos fundamentales, Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Programa de Estocolmo- Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, Directiva sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos, el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, la Recomendación Rec (2006) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre asistencia a las víctimas de delitos, el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011.

Para ello se establecen medidas que se deben implementar, lo que implica una revisión de las normas existentes a nivel europeo sobre la materia. Entre ellas destaca el promover una Directiva con reglas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, así como la elaboración de guías y modelos basados en buenas prácticas sobre estos aspectos que sirvan a los Estados para implementar normas mínimas. Igualmente en este Plan de trabajo se invita a la Comisión a establecer una Directiva para revisar y simplificar los procedimientos para la solicitud de indemnización por parte de las víctimas.

Otro aspecto que se incluye en este Plan de trabajo es el análisis de cómo la legislación existente está atendiendo las necesidades específicas de víctimas que pueden ser consideradas especialmente vulnerables, tanto por el delito que han sufrido como por sus características personales. Esto, para poder realizar recomendaciones en las que se propongan medidas prácticas e idóneas para dar orientación a los Estados de cómo abordar las necesidades específicas de las víctimas.

Por lo tanto, existe por parte de la Unión Europea una preocupación en el marco del proceso penal, por fomentar el papel de la víctima, así como la protección de sus derechos. Todo ello, teniendo un trato especial con las víctimas más vulnerables.

3.5 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) se ha pronunciado con relación a ciertos derechos de las víctimas.

En tanto tiene una especial naturaleza (por su función de establecer responsabilidades institucionales por la violación a los derechos humanos) presta una especial atención a la víctima y no tanto al autor directo de la violación, habiéndose pronunciado en diversas ocasiones a fin de buscar restablecer la vigencia de los derechos vulnerados y resarcir a la víctima por los daños sufridos[28] (en concordancia al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

28 GALDAMEZ ZELADA, Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamercana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 Nº 3, pp. 439-455

- ***El daño al proyecto de vida.-*** Es un concepto novedoso, como uno independiente al daño material e inmaterial. El *proyecto de vida* se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. El *daño al proyecto de vida* implica la pérdida o grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Sin embargo, aún no existe unanimidad entre los jueces respecto a la reparación del daño al proyecto de vida, y por ende la Corte Interamericana se abstiene de cuantificar este daño.

- ***Reconocimiento del derecho a la reparación para las víctimas y nuevas formas de lograrlo.-*** Sustentado en el artículo 63.1 de la Convención Americana[29]. Para la Corte Interamericana, la reparación consiste en la implementación de las medidas que tiendan a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida, dependiendo la misma de la calidad y monto del daño ocasionado (en el plano material como en el moral)[30]. En ella se incluyen indemnizaciones y otras formas de reparación, como la obligación del Estado de investigar los hechos y establecer responsabilidades o la obligación de modificar leyes y anular juicios internos, liberar a las víctimas y cancelar los antecedentes. Así, se entiende la reparación de una manera más amplia que lo puramente económica. La Corte Interamericana ha impuesto, como formas de reparación, la obligación del Estado de brindar asistencia psicológica a la víctima y a sus familiares. Así, se busca garantizar que los actos que provocaron la violación de derechos no se repitan[31].

- ***Personas que deben ser consideradas como víctimas***.- La Corte ha establecido un criterio amplio, concretamente para los casos de desaparición forzada, determinando que el daño producido se extiende a los familiares, y por lo tanto también pueden ser considerados como víctimas[32], incluso afirmando que en este caso el sufrimiento no requiere ser acreditado, sino que se supone[33].

29 El citado artículo señala: *"Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada"*

30 Casos Castillo Páez y Loayza Tamayo.

31 GALDAMEZ ZELADA, Liliana. Op. cit. Página 454.

32 Caso Bámaca Velásquez.

33 GALDAMEZ ZELADA, Liliana. Op. cit.

- ***El derecho a la verdad.-*** Es propio de las víctimas o familiares. Si bien este derecho no se encuentra explícitamente reconocido por la Convención Americana, la Corte ha establecido en determinados casos la obligación del Estado de investigar los hechos que han producido violaciones a los derechos y con ello implícitamente la existencia de este derecho. En la sentencia del caso Barrios Altos se establece que *"es incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a las víctimas de los familiares que fallecieron, conocer la verdad de los hechos ocurridos en barrios Altos"*[34], estableciendo indirectamente, que las víctimas y familiares tenían derecho a conocer la verdad. En la misma sentencia se relaciona este derecho con el derecho a buscar y recibir información (artículo 13.1 de la Convención), al afirmar que *"sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos"*[35].

4. MARCO NORMATIVO NACIONAL PREVIO A LA REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Según el Código de Procedimientos Penales de 1940 (en adelante CdPP), el agraviado es tomado en cuenta únicamente si se constituye como actor civil. En efecto, carece de derechos, limitándose su participación a formular su denuncia, rendir su declaración preventiva, participar en una diligencia de Confrontación, sin otro tipo de participación y no tiene mayores derechos que el ser simplemente un objeto de prueba.

El art. 54º del CdPP señala que pueden constituirse en parte civil o actor civil el agraviado, o en su defecto su cónyuge, descendiente, ascendiente, tutor, curador y otra persona que lo represente legalmente (en tanto el agraviado directo o sujeto pasivo del delito esté imposibilitado de hacerlo por fallecimiento, ausencia o incapacidad). Las personas jurídicas lo hacen por medio de su representante legal y el Estado por el Procurador Público[36].

Para constituirse en actor civil la víctima debe presentar una solicitud oral o escrita correspondiente ante la instancia judicial (art. 55º) hasta antes del inicio del juicio oral. Ante ello el Fiscal o el Juez, dicta la resolución

34 Caso Barrios Altos, párrafo 48.
35 Caso Barrios Altos, párrafo 45.
36 Si hay concurrencia de peticiones, sólo uno de ellos puede ser constituido en parte civil, en cuyo caso se acude a las prioridades sucesorias fijadas en el Código Civil.

constituyendo al agraviado en actor civil. En caso de no existir la resolución carece de legitimación procesal.

Constituido como actor civil, puede intervenir en el proceso, para colaborar con el esclarecimiento del delito y la responsabilidad del autor o partícipe, así como acreditar la reparación civil que pretende. Puede intervenir activamente en la instrucción: ofrecer pruebas, plantear recusaciones, llevar peritos de parte, interrogar a testigos, intervenir en las confrontaciones, incidentes, acreditar el daño sufrido, etc. Tiene derecho de impugnar resoluciones tales como del auto que: concede la libertad, señalar el monto del embargo, entre otros.

En la audiencia de juicio oral puede apersonarse con su abogado, quien debe informar acerca del daño sufrido por el delito, destacar la solvencia del acusado o del tercero civil.[37] Asimismo, luego del debate probatorio, puede alegar fundamentando su derecho a la reparación civil, pero no puede pronunciarse sobre la pena y la calificación del delito. Si no estuviere de acuerdo con la sentencia, podrá impugnarla ante el superior (arts. 57º, 58º y 276º del CdPP).

5. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA VÍCTIMA

Como se conoce, el proceso de reforma procesal penal se inició en el año 2006 en el Distrito Judicial de Huaura y posteriormente se ha implementado en varios distritos judiciales.

Los planteamientos del NCPP conllevan un cambio significativo en razón de las implicancias y los efectos en el proceso penal, tanto en relación con los operadores del sistema de justicia como en la persona acusada de la comisión de un delito y la víctima.

De acuerdo al NCPP, el proceso penal tiene las siguientes etapas:

37 La pretensión civil en el proceso penal puede o no ser deducida por el agraviado, quien además puede reservar su ejercicio para un proceso civil, sin que ello implique que de realizarse la persecución del delito por Fiscal. Si el agraviado opta por la vía civil ya no puede acudir a la vía penal o viceversa.

- ***Las Diligencias Preliminares***[38], que es desarrollada entre el Fiscal y la Policía Nacional del Perú (en adelante PNP) a fin de determinar si existen elementos suficientes para iniciar una investigación preparatoria o archivar la denuncia.

- ***La Investigación Preparatoria,*** que es dirigida por el Fiscal (con el apoyo de la policía), quien busca reunir información que le permita definir si acusa o no, es decir establecer si el hecho es un delito, las circunstancias en que ocurrieron, la identidad del responsable y el daño causado a la víctima. [39]

- ***La Etapa Intermedia,*** que se desarrolla en una audiencia en la que se debate ante el Juez de Investigación Preparatoria lo que solicita el Fiscal (tras culminar la investigación preparatoria: iniciar el juicio oral[40] o el sobreseimiento del caso[41]).

  El Fiscal remite por escrito su decisión al Juez, quien notifica a las demás partes procesales para que en un plazo máximo de 10 días interpongan cualquier pedido permitido por Ley (observación, excepción, solicitud de prueba anticipada, entre otros). Posteriormente, señala día y hora para realizar la audiencia, en la cual la presencia del Fiscal y del abogado defensor del acusado es obligatoria, mientras que el actor civil debe ser convocado pero su presencia no es imprescindible para la realización de la diligencia.

- ***El Juicio Oral,*** en la que el Juez de Juzgamiento realiza una audiencia donde el Fiscal y el defensor debaten, a fin de determinar la inocencia o culpabilidad del acusado, así como el monto de la pena y la reparación civil a imponer.

En dicho marco se desarrollan un conjunto de derechos para la víctima, entendida como tal a la persona natural o jurídica, grupo o comunidad

38 Si bien esta etapa no se encuentra establecida como tal en el NCPP, la consideramos como tal para fines didácticos en el presente documento. Ésta etapa se inicia con la presentación de la denuncia por parte del ciudadano y la determinación del Fiscal de requerir indagaciones previas a desarrollar por la policía a fin de determinar si cabe formalizar una investigación preparatoria o archivar la denuncia. Algunos autores denominan a esta etapa como investigación preliminar.

39 La defensa del imputado ha de realizar una labor similar, es decir acumular material probatorio a su favor.

40 En este caso la audiencia sirve para determinar los hechos y tipo penal imputados por el fiscal, la posición de la defensa, los elementos probatorios a debatirse en el juicio oral y las posibles convenciones probatorias a las que hayan llegado las partes.

41 La resolución judicial de sobreseimiento tiene como efecto la conclusión definitiva del proceso.

directamente afectada por la comisión del delito o perjudicada por las consecuencias de éste. Dependiendo de la naturaleza del mismo, puede ser el afectado directamente (violación sexual) o el familiar más cercano (homicidio) o su representante (empresa). A fin de participar en el proceso penal, la víctima se debe constituir en parte civil del proceso (Actor Civil), siempre que cumpla con los requisitos y el trámite correspondiente establecido en el NCPP.

Durante el desarrollo del proceso penal, la víctima tiene un conjunto de derechos y facultades:

a. Durante las diligencias preliminares

- *Denunciar.-* Toda persona víctima de un delito (o cualquier otra persona) puede denunciar estos hechos ante la autoridad competente, la denuncia puede ser formulada por cualquier medio (arts. 326º y 328º inc. 3 del NCPP).

- *Impugnar la decisión fiscal de archivo de denuncia*[42].- Notificado del archivo de la denuncia, el interesado o denunciante que estuviese en desacuerdo puede impugnar tal decisión. Admitido el recurso, se procede a elevar lo actuado al Fiscal Superior competente, quien debe resolver en un plazo de cinco días (art. 334º incs. 5 y 6 del NCPP).

- *Propiciar la aplicación del principio de oportunidad.-* Si bien no se encuentra recogido de modo expreso en el NCPP, la lectura del art. 2º permite señalar que la víctima puede solicitar al Fiscal la aplicación del citado principio (art. 2º inc. 1 lit. a, b y c y art. 2º inc. 6 del NCPP).

- *Lograr un Acuerdo Reparatorio*[43] *con el imputado.-* Es una figura procesal incorporada por primera vez en el NCPP, que permite a la víctima

42 El Fiscal puede archivar la denuncia en caso considere que no existen fundamentos para el desarrollo de una investigación.

43 Esta figura procesal incorporada por primera vez en el NCPP, implica un Acuerdo mediante el imputado se compromete a satisfacer los daños materiales y morales, así como los perjuicios originados. El efecto del acuerdo implica que el Fiscal se debe abstener de ejercer la acción penal, teniendo la Disposición de Abstención del ejercicio de la Acción Penal tiene los mismos efectos de la cosa juzgada. Si bien se implementa antes del proceso penal (formalización de la investigación preparatoria), también las partes pueden solicitarlo antes de que se formule la Acusación Fiscal, debiendo el Juez de la Investigación Preparatoria aprobar el Acuerdo, previa Audiencia con las partes, mediante un auto de sobreseimiento en el que puede establecer reglas de conducta (art. 2º inc. 7).

suscribir un acuerdo de reparación económica con el imputado de un delito, como resarcimiento o reposición del daño causado. Solo está permitido para los delitos expresamente señalados en la norma (inc. 6 del art. 2° del NCPP).[44]

b. Durante la Investigación Preparatoria

- *Constituirse como parte en el proceso.-* La víctima o el agraviado pueden formar parte del proceso, debiendo constituirse en actor civil, previa autorización del Juez (art. 98º del NCPP).

- *Solicitar la realización de diligencias.-* El actor civil tiene derecho a solicitar al Fiscal diligencias destinadas a esclarecer los hechos (art. 337.4 del NCPP).

- *Solicitar medidas limitativas de derechos.-* El actor civil está facultado a solicitar medidas limitativas de derechos, el embargo y la administración provisional de posesión (arts. 104º y 253º ss. del NCPP).

- *Oponerse a la terminación anticipada.-* Si bien no participa en las negociaciones de terminación anticipada, la víctima debe ser citada a la audiencia de terminación anticipada, donde puede plantear sus observaciones respecto al monto de la reparación civil propuesto por el Fiscal y el imputado (art. 468º del NCPP).

- *Apelar la sentencia anticipada.-* En caso de que el Juez de Investigación Preparatoria acoja el acuerdo del Fiscal y el imputado, mediante una sentencia anticipada, el actor civil puede apelar respecto a la reparación civil (art. 468º del NCPP).

- *Solicitar la conclusión del proceso.-* Cumplido el plazo de la investigación preparatoria, el actor civil puede solicitar su conclusión al Juez de Investigación Preparatoria (art. 343.2 del NCPP).

44 Lesiones leves (Art. 122° del CP), hurto simple (Art. 185° del CP), hurto de uso (Art. 187° del CP), hurto de ganado (Art. 189-A primer párrafo del CP), apropiación ilícita (Art. 190° del CP), sustracción de Cosa Propia (Art. 191° del CP), apropiación de hallazgos y tesoros (Art. 192° del CP), apropiación de prenda (Art. 193° del CP), estafa (Art. 196° del CP), defraudaciones (Art. 197° del CP), fraude en la administración de personas jurídicas (Art. 198° del CP), daño simple (Art. 205° del CP), Libramiento indebido (Art. 215° del CP) y los delitos culposos.

c. Etapa intermedia

En esta etapa la víctima, en tanto se encuentre constituida en actor civil, tiene derecho a:

- *Oponerse a la solicitud de sobreseimiento.-* El actor civil puede solicitar nuevos actos de investigación adicionales. Y en la misma audiencia puede cuestionar el pedido del Fiscal.

- *Impugnar el auto de sobreseimiento.-* Contra la resolución que dispone el sobreseimiento procede el recurso de apelación, el cual no impide la inmediata libertad del imputado (art. 347.3 del NCPP). La apelación es resuelta por la Sala de Apelaciones.

- *Objetar la acusación.-* La víctima o afectado pueden (art. 350.1 del NCPP) observar la acusación por defectos formales, requiriendo su corrección; ofrecer pruebas para el juicio; y, objetar la reparación civil o reclamar su incremento, para lo cual ofrecerá los medios de prueba pertinentes para su actuación en juicio oral.

- *Participar en la audiencia de control de acusación.-* En la audiencia el actor civil puede participar planteando su opinión respecto a cada aspecto que vaya a ser debatido.

- *Impugnar la resolución que estime la excepción o medio de defensa.-* Procede el recurso de apelación, el cual no impide la continuación del procedimiento (art. 352º inc. 3 del NCPP). La apelación es resuelta por la Sala de Apelaciones.

d. Juicio Oral

- *Participación en la audiencia de juicio oral.-* El juicio se realiza con la presencia de todas las partes del proceso, incluida la parte civil; pero aún cuando éste no concurra a la audiencia, podrá ser emplazado a declarar (art. 359º del NCPP).

- *Uso de la palabra ante la interposición de incidentes.-* Los incidentes promovidos en el transcurso de la audiencia son tratados en un solo acto y resueltos inmediatamente, previa discusión, en la que se

concederá la palabra a las partes procesales. Lo resuelto será recurrible solo en los supuestos previstos en el NCPP (art. 362º del NCPP).

- *Derecho a exponer su posición.-* La defensa del actor civil, luego de la exposición realizada por el Fiscal, expone sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas (art. 371º inc. 2 del NCPP).

- *Derecho a aportar nueva prueba.-* Las partes pueden ofrecer nuevos medios probatorios, siempre que hayan sido conocidos con posterioridad a la audiencia de control de la acusación. Excepcionalmente pueden reiterar el ofrecimiento de pruebas inadmitidos en la audiencia de etapa intermedia. El Juez resuelve mediante resolución que no es recurrible (art. 373º del NCPP).

- *Derecho a pronunciarse sobre nueva calificación jurídica.-* El Juez, antes de culminar la actividad probatoria, puede advertir al Fiscal y al imputado de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no han sido considerados por el Fiscal, ante lo cual las partes (entre ellas el actor civil) deben pronunciarse y pueden proponer una prueba necesaria (art. 374º inc. 1 del NCPP).

- *Derecho a confrontar al perito o testigo.-* Las partes del proceso, durante el interrogatorio, pueden confrontar al perito o testigo, así como solicitar al Juez un nuevo interrogatorio (art. 378º inc. 8 y 10 del NCPP).

- *Derecho al alegato final.-* Concluido el examen final, procede la discusión con los alegatos de la parte civil. Por otro lado, se concederá el uso de la palabra a la víctima o agraviado (no constituido en parte civil), aunque no haya intervenido en el proceso (Arts. 386º y 388º del NCPP).

- *Derecho a impugnar la sentencia.-* Concluida la lectura de sentencia, el actor civil puede impugnar dicha resolución (Art. 401º del NCPP).

6. INSTITUCIONES QUE BRINDAN ATENCIÓN A LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

El desarrollo normativo de medidas de asistencia o protección a las víctimas ha estado acompañado del desarrollo institucional a fin de establecer oficinas que brinden a la víctima la oportunidad de hacer valer sus derechos.

En tal sentido desde las instancias del sistema penal destacan la labor del Ministerio Público y la Defensa Pública, al crear oficinas que tengan como labor central a la víctima, innovando competencias y funciones, ya que anteriormente ambas instituciones tenían como atención específica la persecución del imputado y la defensa del mismo respectivamente.

A ello se adiciona la labor de los denominados Centros de Emergencia Mujer, que desde antes de la reforma procesal penal han buscado atender los requerimientos de ciertas víctimas, labor que tiene cierta semejanza con la desarrollada por algunas ONGs que buscan atender a las víctimas de ciertos delitos.

A continuación presentaremos la función que realizan estas instituciones, dejando para el capítulo III el análisis respecto a la interrelación que puede darse entre ellas.

6.1 Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público[45]

Como se ha señalado, uno de los derechos de toda víctima de un delito es ser asistida y protegida. En tal sentido, resultaba lógico que la nueva norma procesal penal estableciese disposiciones al respecto.

En dicho contexto se entiende y justifica la creación de un Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público (en adelante *el Programa*), con ocasión de la entrada en vigencia del NCPP.

En efecto, dicha norma en sus artículos 247° a 252° establece las medidas de protección, así como la necesidad de crear un Programa de Protección de agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia.

Para regular este Programa en el 2006 se elaboró el Reglamento del Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos[46] que establece la creación del Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos.

En el mismo año se instaló la primera Unidad de Asistencia a Víctimas y Testigos en Huaura, dándose la creación de otras unidades en cada distrito judicial en donde entró en vigencia posteriormente el NCPP.

45 En el presente apartado se realiza una revisión general de la labor del Programa. Más adelante se analizarán con detalle algunos aspectos del mismo.

46 Resolución Nº 729-2006-MP-FN de 15 de Junio de 2006.

En el año 2008, el citado Reglamento fue modificado[47], ampliándose sus funciones en el año 2010 a través del Reglamento del Programa Integral de Protección a testigos, peritos, agraviados o colaboradores que intervengan en el proceso penal[48], constituyendo una visión más amplia que abarca la asistencia integral (social, psicológica y médica) y la protección. Asimismo se amplían los beneficiarios para la protección a los testigos, peritos y colaboradores.

Actualmente en todos los distritos judiciales en los que rige el NCPP (y en Lima) se han implementado Unidades Distritales de Asistencia y Protección de víctimas y testigos. Además, en los distritos judiciales de Lima Norte, Lima Sur, Lima y Callao se han implementado Unidades de Asistencia a Víctimas y Testigos de las fiscalías especializadas en delito de corrupción de funcionarios, debido a que en estos procesos rige el NCPP.

El Programa tiene como objetivo apoyar la labor fiscal, adoptando las medidas de asistencia legal, psicológica y social a favor de las víctimas y testigos que intervengan en la investigación o en los procesos penales, cautelando que sus testimonios o aportes no sufran interferencia o se desvanezcan por factores de riesgos ajenos a su voluntad. Del mismo modo se busca operativizar la ejecución de las medidas de protección que se dispongan, encargándose de la adopción, ejecución y seguimiento de las mismas.[49]

El Programa está dirigido a la víctima, entendida como aquella persona que resulte directamente ofendida por el delito, perjudicado por sus consecuencias o haya sufrido menoscabo a sus derechos fundamentales[50]. Igualmente atiende a los testigos, peritos y colaboradores que intervengan en el proceso penal.

En cada distrito judicial funciona una Unidad Distrital[51], pero adicionalmente existen Unidades de Asistencia Inmediata, las que se encuentran en las

47 Mediante Resolución N° 1558-2008-MP-FN, del 12 de noviembre del 2008.
48 Decreto Supremo Nº 003-2010-JUS, del 13 de febrero del 2010.
49 Art. 1º del Reglamento del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos y Art. 4 del Reglamento del Programa Integral de Protección a testigos, peritos, agraviados o colaboradores que intervengan en el proceso penal.
50 Art. 7º del Reglamento del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos. En caso de muerte o imposibilidad que la persona pueda ejercer directamente sus derechos se considera víctima a los descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente, pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, o toda persona que mantiene vínculo directo e inmediato con la víctima en tanto habite en el mismo domicilio.
51 Que funciona en la capital del distrito judicial respectivo.

provincias que conforman dicho distrito judicial. [52] En estas oficinas labora un equipo multidisciplinario de profesionales de las áreas de derecho, psicología y trabajo social, cuya función es brindar de forma conjunta a la víctima una asistencia integral, para que pueda afrontar las consecuencias emocionales del delito y evitar las perturbaciones que se generen a partir de las actuaciones procesales en las que la víctima intervenga.

Adicionalmente, existe una Unidad Central de Asistencia, cuya función es proponer las políticas del programa y emitir directrices técnicas para el óptimo funcionamiento de las Unidades Distritales y las Unidades de Asistencia Inmediata, así como dirigir, supervisar y coordinar la ejecución de los fines del Programa a nivel nacional, propiciando el establecimiento de redes de asistencia.[53]

Para acceder al Programa (mediante alguna de sus unidades), el caso debe ser derivado por el Fiscal a cargo del caso, tras realizar una evaluación del riesgo según los criterios de calificación y factores de riesgo que señala el Reglamento[54].

Al inicio de la labor del Programa se firma un acta donde se establecen las obligaciones para ambas partes, el protegido y el Programa, y se establecen las medidas a implementarse, tanto en lo que se refiere a la Asistencia integral como a la protección.

Las medidas asistenciales que el equipo multidisciplinario puede brindar son las siguientes:

- *Asistencia legal*: ofrecer información sobre los derechos que le asisten durante la investigación y el proceso judicial, así como las medidas de protección que puede recibir. También debe orientársele respecto a su participación en las diligencias y proponer su derivación a la red legal asistencial si corresponde.

- *Asistencia psicológica*: se debe apoyar la labor del fiscal proporcionando a la víctima y testigo el soporte adecuado para que pueda enfrentar

52 Como observaremos más adelante, en algunos distritos judiciales no existen unidades de asistencia inmediata, concentrando la unidad distrital la función de abarcar los casos de todas las provincias.
53 Artículo 11º del Reglamento del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos.
54 Artículos 29º y 30º del Reglamento del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos.

adecuadamente las consecuencias del delito y las perturbaciones que puedan generarse por las diligencias procesales en las que deba intervenir, de tal manera, que se pueda dar un testimonio idóneo.

- *Asistencia social*: apoyo de la labor del fiscal, evaluando la situación familiar y socio-económica de la víctima y testigo.

Por otro lado, las medidas de protección que se pueden establecer en estos casos son las siguientes:

- *Protección policial*
- *Reserva de su identidad y demás datos personales* en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.
- Utilización de cualquier *procedimiento que imposibilite su identificación visual* normal en las diligencias que se practiquen.
- Utilización de *procedimientos tecnológicos*, tales como videoconferencias u otros adecuados.
- Fijación como domicilio para citaciones y notificaciones la sede de la Fiscalía competente.

En casos excepcionales, el Juez, a pedido del Fiscal, puede ordenar la concesión de una nueva identidad, así como dotar al protegido de medios económicos para el cambio de residencia o lugar de trabajo. Estas medidas serán permanentemente revisadas por el Programa, bajo la supervisión del fiscal a cargo del caso.

La asistencia y protección pueden terminar por diversos motivos:

- Exclusión de la persona del programa por: negarse injustificadamente a colaborar con la administración de justicia o con los fines del Programa, incumplir las obligaciones establecidas, cometer algún delito o efectuar actos que puedan afectar la seguridad del Programa o cuando se determine que la protección constituye un factor que afecta la seguridad del Programa.

- Renuncia voluntaria del beneficiario

- Cuando se concluya la investigación o el proceso y se estime que se ha cumplido con los fines del Programa.

Como desarrollaremos en el siguiente capítulo, el funcionamiento de este Programa implica acciones positivas a favor de la víctima, las cuales pueden y deben ser ampliadas, al mismo tiempo que presenta nuevos retos a ser considerados una función novedosa para el Ministerio Público.

6.2 Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Si bien regularmente la labor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en relación a los procesos penales, ha sido entendida como la asistencia legal a las personas que son procesadas por la presunta comisión de un delito (labor que es asumida por la Dirección General de Defensa Pública), recientemente dicha labor se ha extendido también para las víctimas de los delitos.

Como hemos indicado en este mismo Informe, si bien el derecho a una defensa legal no constituye un derecho clásico de la víctima, es clara su necesidad en tanto los derechos que se asigna a la víctima en el marco del nuevo modelo procesal penal no pueden plasmarse en hechos concretos si no existe una asesoría y defensa legal efectiva.

Si bien es deber del Estado garantizar la defensa adecuada del imputado, lo es también el hacerlo respecto a la víctima, siendo claro que el Ministerio Público no necesariamente representa sus intereses durante el proceso y que en ocasiones puede diferir o contradecir los de la víctima. En tal sentido resultaba necesario que el Estado garantizase la defensa efectiva de los derechos de las víctimas.

Así, mediante la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas, actualmente se brinda servicios de orientación y patrocinio legal de manera gratuita, a las personas de escasos recursos económicos, que se encuentren en situación de vulnerabilidad y que no puedan contar con los medios económicos para solventar los gastos de un abogado particular.

Esta labor se centra en la orientación, el acompañamiento y el patrocinio legal de aquellas personas que lo soliciten y que han resultado agraviados por algún delito o han sido vulneradas en sus derechos.

A partir de la vigencia del Decreto Supremo Nº 011-2012-JUS, que modificó el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante la Resolución Administrativa N° 099-2012-JUS/DGDP, se aprobó la Directiva N° 03-2012-JUS/DGDP. Dicha norma expedida por la Dirección General de Defensa Pública, señala la forma en la cual se han de atender los casos de víctimas.

En cumplimiento de las citadas disposiciones, aproximadamente desde julio del presente año se ha venido implementando en los diversos distritos judiciales la contratación de abogados defensores para la defensa exclusiva de víctimas, en las diversas Direcciones de Defensa Pública a nivel nacional. Este proceso de implementación aún se encuentra en marcha, en tanto en la mayoría de distritos judiciales el número de dichos defensores especializados es de 1 o 2 profesionales y actualmente no todos los distritos judiciales cuentan con dicho servicio.

6.3 Los Centros Emergencia Mujer

Los Centros Emergencia Mujer (en adelante CEM), son servicios públicos especializados interdisciplinarios y gratuitos de atención y prevención de la violencia familiar y sexual; asimismo son órganos operativos del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual (del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables) y realizan las tres funciones claves de la estrategia de intervención: Atención, prevención y producción de información.

Respecto de las víctimas brindan:

- *Atención psicológica.-* Que busca el restablecimiento de la estabilidad emocional y fortalecer los recursos personales de la persona afectada, desarrollando un proceso mediante el cual se recupera su capacidad perdida para defenderse frente a la violencia, valorarse como persona, tener confianza y disfrutar de la vida. Para ello el CEM brinda un conjunto de atenciones que van desde la evaluación, orientación, contención emocional, consejería, terapia breve y la inserción en un servicio de rehabilitación disponible en el sistema de salud.

- *Asistencia social.-* Tiene por objetivo generar un soporte de protección social para la persona afectada, para lo cual se realiza el diagnostico social (identificando factores de riesgo y factores de protección), efectúa gestiones sociales, derivaciones a servicios complementarios e integra a la persona afectada en una red de apoyo y protección.

- *Asistencia en el área legal.-* Busca el acceso a la justicia para las personas afectadas por violencia familiar y sexual sanción a los agresores y resarcimiento del daño. Entre las principales acciones se encuentran: la asesoría u orientación legal[55], la formulación de denuncia o demanda[56], medidas cautelares de protección solicitadas[57], participación en audiencias[58], investigaciones tutelares patrocinadas, retiro o separación de la persona agresora[59], solicitudes de detención[60] y diligencias[61].

Asimismo los CEM realizan acciones preventivas promocionales (difusión y capacitación) hacia la población a fin de evitar que la violencia se extienda.

El planteamiento inicial de los CEM fue brindar un servicio multisectorial donde converjan todas las instancias, que debe recorrer una persona afectada por la violencia familiar y/o sexual (comisaría, fiscalía y médico legista), a fin de reducir el tiempo para formular su denuncia y hacer el seguimiento del proceso. Su población objetivo está constituida, por las personas afectadas por violencia familiar y sexual. En la actualidad existen 168 a nivel nacional y se encuentran en proceso de transferencia a los gobiernos locales provinciales.

Los CEM también pueden brindar atención legal que le permite participar en el proceso, lo que en alguna medida se relaciona con la Defensa Pública,

55 Consiste en informar a la persona usuaria sobre sus derechos, las leyes vigentes sobre violencia familiar y sexual y los procedimientos para obtener protección y sanción. Asimismo se informa respecto al estado del caso o expediente y las medidas a tomarse.

56 Que implica la redacción de denuncias que se presentan a la Comisaría, Fiscalía o Juzgado. Adjuntando de ser necesario como medios probatorios el peritaje psicológico y el informe social del CEM.

57 Disposiciones que se adoptan para salvaguardar la integridad física y moral de la persona afectada, que consisten el retiro del agresor del domicilio, impedimento de acoso a la persona afectada, suspensión temporal de visitas, inventarios sobre sus bienes y otras medidas de protección inmediata que garanticen su integridad física, psíquica y moral. Se solicitan en el ámbito fiscal y judicial.

58 Acompañamiento a la persona afectada en las audiencias judiciales; para brindarles confianza y seguridad. Se busca un proceso justo y evitar la revictimización.

59 Medida de protección que consiste en retirar a la persona agresora del hogar o domicilio de la persona afectada a fin de evitar que los hechos violentos continúen poniendo en riesgo su integridad física, psicológica y sexual. El área legal del CEM se encarga de solicitar esta medida ante el Juez.

60 Requerimientos que se solicitan ante el fiscal o la policía para la detención preliminar de la persona agresora, toda vez que se tienen pruebas del hecho y se advierte una tentativa de huir o eludir la justicia.

61 Seguimiento de los procesos legales mediante lecturas de expedientes, lectura de sentencias, acompañamientos a preventivas y declaraciones, entrevistas con las autoridades competentes entre otros.

pero al mismo tiempo busca brindar soporte psicológico y social, lo que la relaciona con el Programa del Ministerio Público.

Finalmente debe señalarse que existe un conjunto de instituciones privadas (ONGs) que tienen como función brindar asistencia y soporte (de diverso tipo y modalidad) a las víctimas de ciertos delitos, especialmente los casos de violencia sexual contra la mujer, feminicidios o trata de personas.

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA SUPERVISIÓN

En el marco de las visitas realizadas a los diversos distritos judiciales, se llevaron a cabo entrevistas con los funcionarios y funcionarias del Programa del Ministerio Público y de la Defensa Pública. Asimismo en determinados casos se sostuvieron reuniones con fiscales, jueces y policías, a fin de tener un panorama respecto a la situación de las víctimas en el marco de la aplicación del nuevo modelo procesal.

Cabe señalar que en esta oportunidad no se han realizado entrevistas al personal que labora en los Centros Emergencia Mujer.

A continuación presentaremos los resultados de dicha labor.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 Diversas instituciones públicas atienden a las víctimas

Como se ha indicado, al planificar la realización del presente Informe, se había previsto que se centrará en el funcionamiento del Programa, no obstante en el desarrollo del mismo se decidió incluir la labor de la defensa pública de víctimas.

Ello no resulta un hecho casual sino que marca el interés y atención que el tratamiento de las víctimas está teniendo en el marco de la reforma procesal penal. Como se ha apreciado, ello también se encuentra expresado en un conjunto de instrumentos internacionales.

En tal sentido una de las primeras constataciones que se puede realizar es la existencia de diversas entidades estatales que buscan responder a las derechos básicos de las víctimas. Así no sólo se aprecia la labor del Programa, sino también de la Defensa Pública y de los CEM.

Si bien sus labores no son similares, pueden complementarse pero en ocasiones también pueden superponerse. Los CEM y el Programa tienen una labor de asistencia, la Defensa Pública y los CEM tienen una labor de defensa legal, la Defensa Pública y los fiscales deben representar los interés de las víctimas pero al mismo tiempo pueden tener diferencias en el proceso, etc.

La necesidad de prevenir superposición de funciones, dejar vacíos de atención o hacer que la víctima acuda a diversas entidades para ser atendida origina un desgaste personal y posiblemente un desinterés en el proceso (tanto por el uso de tiempo del que pueden no contar o la necesidad de repetir el relato de los hechos).

En tal sentido resulta necesario evaluar la posibilidad de establecer un Protocolo Único Interinstitucional de Atención a las Víctimas, que sistematice las funciones de todas las instituciones, precise las competencias y brinde a la víctima un recorrido claro de atención. Este documento de manera alguna debe ser entendido como una limitante a la labor desarrollada hasta el momento, sino potenciar el uso de los recursos que el Estado dispone y que mediante sus diversas entidades brinda para la atención de la víctima.

1.2 Necesidad de una capacitación interinstitucional

Como se ha señalado, la capacitación realizada en el marco de la implementación del NCPP no ha considerado como un eje principal de la misma la situación de la víctima, siendo ésta una necesidad. En dicho contexto son los profesionales del Programa los que han desarrollado hasta el momento un mayor conocimiento y comprensión del tema, tanto por su trabajo cotidiano con las víctimas, como por la capacitación que se les brinda.

Por ello se puede señalar la necesidad de una capacitación respecto a los derechos de la víctima, modalidades y metodología de atención, entre otros aspectos. Si bien la misma debe ser brindada a cada una de las instituciones involucradas con el proceso penal, también es cierta la conveniencia que se realice de manera interinstitucional, conforme se ha realizado la capacitación para la aplicación de la norma procesal penal.

Ello debido a que si bien son algunas las instituciones que tienen como función brindar un servicio específico hacia la víctima, el respeto de sus derechos debe ser transversal a todo el personal que tenga contacto con ella con ocasión de la realización de un delito, desde la intervención policial hasta la ejecución de la reparación civil determinada por la sentencia condenatoria.

1.3 Necesidad de la difusión de los derechos de las víctimas

Finalmente, pero no menos importante, es el constatar que salvo las acciones de los integrantes del Programa o de la Defensa Publica, no existe en el marco del proceso de reforma procesal penal una suficiente difusión hacia

los ciudadanos de los derechos de la víctima. Como se ha indicado en los antecedentes del presente Informe, la Defensoría del Pueblo ha iniciado una labor al respecto mediante una cartilla de derechos.

Frente a lo señalado se plantea la necesidad que este aspecto sea considerado como un eje de las actividades de difusión de las diversas instituciones a fin que el ciudadano pueda hacer valer sus derechos y conozca las disposiciones que la nueva norma procesal penal ha establecido para la persona afectada por la comisión de un delito.

2. EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS Y TESTIGOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1 Origen del pedido de intervención

Como se ha indicado, la creación del Programa se fundamenta en la necesidad de dar cumplimiento a las disposiciones del NCPP, por lo que se entendería que deberían de ser los fiscales penales los que derivarían la mayoría de casos hacia la atención de las diversas unidades del Programa.

No obstante, la realidad nos muestra que ello no es así. La casi totalidad de unidades entrevistadas (salvo en el caso de Tacna), refieren que la mayoría de casos atendidos proviene de las fiscalías de familia (situaciones de violencia familiar).

Ello puede ser confirmado con la revisión del siguiente cuadro que nos muestra la distribución del origen de las intervenciones de las Unidades del Programa durante los años 2010 y 2011.

Cuadro Nº 1
Intervenciones del Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos, según origen del pedido de intervención 2010 - 2011

Origen	2010	2011
Fiscalía de Familia	11070 (58.96%)	16225 (65.30%)
Fiscalía Penal	7704 (41.04%)	8620 (34.70%)
Total	18774	24845

Fuente: Unidad Central de Protección y Asistencia de Víctimas y Testigos del Ministerio.
Elaboración: Defensoría del Pueblo.

Diversas explicaciones pueden darse para ello, siendo una de ellas que los fiscales de familia, por el tipo de actividad que realizan y la necesidad de establecer mecanismos de atención a las víctimas de violencia familiar, se encontraban en mayor predisposición desde el inicio al funcionamiento de las unidades para remitir los casos. Mientras que los fiscales penales al no estar habituados a solicitar protección para las víctimas de un delito, inicialmente no acudían a este mecanismo, pero lo vienen realizado paulatinamente.

Ello es concordante con la afirmación reiterada de las unidades del Programa respecto a que una de sus iniciales labores, una vez creadas en cada distrito judicial, fue hacer conocer a los fiscales penales la función del Programa, labor que debe mantenerse en relación con los nuevos fiscales. En efecto, la labor del Programa no resulta ser propia de la visión tradicional que se puede tener del Ministerio Público: prevenir y perseguir el delito; siendo necesaria la realización de acciones permanentes de difusión a fin de que los fiscales penales remitan a las unidades los casos en los que se requiere una asistencia o protección de la víctima.

El incremento del uso de las medidas por parte de las fiscalías penales dependerá entonces tanto de la difusión de las unidades del Programa, como de la evaluación que en cada caso concreto el fiscal penal realice respecto a la necesidad y conveniencia de alguna medida de asistencia o protección.

Es necesario reiterar que ni el número de casos remitidos al Programa, ni el origen de los mismos (fiscalías penales o de familia) se encuentran bajo su control, en tanto únicamente pueden realizar alguna intervención una vez que el fiscal remita el caso a alguna de las Unidades Distritales.

El artículo 29º del Reglamento del Programa de Asistencia de Víctima y Testigos, establece los criterios que el fiscal debe considerar para disponer la admisión de la víctima o testigo al programa.

a) *Nexo entre la participación del asistido en la investigación o proceso penal y los factores de vulnerabilidad.*
b) *La víctima o testigo se encuentra en una situación de riesgo comprobado.*
c) *El aporte de información de la víctima o testigo reviste interés relevante para el esclarecimiento del hecho.*
d) *Contar con el consentimiento expreso del beneficiario para incorporarse al Programa.*

e) Existan actos de intimidación o perturbación, o se produzcan en cualquier etapa de la investigación o el proceso, atendiendo a las características personales de los agentes y del delito cometido.
f) La situación personal, familiar y procesal de quien aporta s testimonio, así como de las víctimas de violencia familiar.

Es claro que no se requiere de todos los criterios, debiendo el fiscal hacer una evaluación del conjunto de ellos, los cuales deben estar basados en hechos concretos o riesgos serios, conforme lo señala el artículo 30° del Reglamento del Programa de Asistencia de Víctima y Testigos. El plazo previsto para que el Fiscal efectúe la derivación a la Unidad no debe exceder los 10 días hábiles, computados desde que recibe la solicitud de la víctima y testigo o advierte la existencia del riesgo.

2.2 Tipo de medidas que se brindan

Como se ha indicado, las medidas que pueden brindarse por parte del Programa son de asistencia o de protección, dependiendo de la necesidad que se requiera en el caso concreto.

No obstante, resulta claro, de acuerdo con la información que se ha obtenido en las entrevistas, así como la información estadística, que las medidas utilizadas básicamente son las de asistencia, quedando las de protección básicamente circunscritas a la de protección policial, la cual consiste en una visita que regularmente pueda realizar algún efectivo policial al domicilio de la persona beneficiada. Asimismo algún mecanismo de reserva de identidad en el proceso o para la participación en una audiencia.

Respecto de las medidas de asistencia, las mismas se centran básicamente en asistencia psicológica, como se observa en el siguiente cuadro que muestra el tipo de asistencia brindada entre los años 2010 y 2011, apreciándose que la asistencia psicológica es la más frecuente.

Cuadro Nº 2
Tipo de atención brindada 2010 - 2011

AÑO	LEGAL	SOCIAL	PSICOLOGICA
2011	18821	15960	22864
2010	11379	10143	14641

Fuente: Unidad Central de Protección y Asistencia de Víctimas y Testigos del Ministerio
Elaboración: Defensoría del Pueblo

Pero es claro que dichas medidas en determinados casos son insuficientes, requiriéndose la adopción de otras como la ubicación de la víctima en un inmueble distinto, cambio de identidad, etc. Pero las mismas no son posibles de adoptar regularmente, siendo excepcionales los casos en los que ello ha podido realizarse.

Los motivos de esta situación no se encuentran regularmente en la falta de necesidad de medidas de protección, sino debido a que este tipo de medidas requiere de una infraestructura y recursos que las Unidades y el Programa como tal no cuentan.

Es claro que las medidas de asistencia están destinadas básicamente a los casos en los que la víctima pueda tener alguna afectación por el delito, sin que ello ponga en riesgo su vida o su integridad.

Pero en los casos en donde dicho riesgo exista, especialmente en los delitos relacionados con criminalidad organizada o violenta, han de adoptarse otras medidas que permitan proteger a la víctima.

Ello tiene dos fundamentos: de un lado la clara necesidad del Estado de garantizar la vigencia de un conjunto de derechos fundamentales que podrían ser afectados si las instituciones públicas no realizan acciones concretas para evitarlo; pero al mismo tiempo el hecho cierto de que la no protección puede originar la ausencia de la víctima durante el proceso o que se niegue a realizar declaraciones que permitan determinar al responsable del delito.

Este último aspecto no debe ser interpretado como una utilización de la persona con fines meramente probatorios, pero es claro que efectivamente las medidas de protección inciden tanto en la víctima como persona como en un elemento de prueba especialmente relevante.

La existencia de zonas de especial violencia criminal o las particularidades de algunas víctimas (situación de especial vulnerabilidad), hace necesario la implementación de estas medidas de seguridad, debiendo el Programa para ello contar con recursos necesarios.

Siendo cierto que estas medidas son mucho más costosas que las de asistencia, sería necesario en el proceso de implementación de las mismas a nivel nacional, establezcan un orden de prioridad, considerando criterios como: los distritos judiciales donde se presentan los casos de mayor gravedad o

existencia de organizaciones criminales, o las víctimas de ciertos delitos que regularmente se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, como el caso del delito de trata de personas[62].

Un hecho que debe destacarse es que el Programa en determinados casos excepcionales hasta donde se nos informó, brinda soporte a las víctimas o testigos cuando la asistencia a una audiencia requiere de un apoyo económico. En efecto, cada Unidad Distrital cuenta con un pequeño monto que puede servir para asumir los costos de pasajes, alimentación y alojamiento de estas personas, siempre que la misma no cuente con recursos y su presencia sea de especial importancia.

2.3 Tipo de personas beneficiadas

Si bien el Programa puede atender tanto a víctimas, testigos, peritos y colaboradores, lo cierto es que, como se observa, las medidas han sido dictadas regularmente hacia las víctimas y en menor medida hacia los testigos. Ello se puede apreciar en el siguiente cuadro.

Cuadro Nº 3
Tipo de personas beneficiadas 2010 - 2011

AÑO	VÍCTIMAS	TESTIGO	TOTAL
2011	24137 (86.77%)	3678 (13.23%)	27815
2010	17244 (89.57%)	2008 (10.435)	19252

Fuente: Unidad Central de Protección y Asistencia de Víctimas y Testigos del Ministerio.
Elaboración: Defensoría del Pueblo.

2.4 Relación entre fiscales y las Unidades Distritales

Es claro, de lo señalado en la norma procesal y la reglamentación de las funciones del Programa, que la aplicación de las medidas de asistencia o de protección requieren de una permanente y constante coordinación entre el fiscal a cargo de la investigación del caso y las Unidades Distritales.

62 En este caso, por ejemplo, son necesarios un conjunto de requerimientos para atender y proteger a las víctimas: albergues para su permanencia y alimentación mientras se ubican a sus familiares (regularmente por periodos prolongados), presupuesto para su traslado a sus zonas de origen, etc.

Ello puede plasmarse en determinados aspectos que pasamos a revisar:

a. Conocimiento de la existencia del Programa

Aún cuando pueda parecer algo innecesario, durante las entrevistas a los funcionarios del Programa todos ellos indicaron que una de las primeras actividades que tuvieron que realizar cuando crearon las unidades en cada distrito judicial fue informar a los fiscales respecto de la existencia de la Unidad y su funcionamiento.

Debido a que el Programa constituía una novedad dentro del Ministerio Público, tanto en sus funciones como en el tipo de profesionales con que se contaba, se debieron programar, según se nos informó, un conjunto de actividades como charlas informativas, entrevistas con los fiscales, etc.

Esta labor no culmina de modo alguno en los primeros meses, sino que se constituye en una actividad permanente, en tanto existen cambios de fiscales o se requiere incidir en algún tipo de información. Como se ha indicado, esta labor es fundamental y determina el número de casos que los fiscales remitan finalmente hacia el Programa.

Las diversas opiniones recogidas indican que esta labor ha rendido sus frutos, siendo una constante el que los fiscales, aún cuando no requieran los servicios del Programa, tengan conocimiento del mismo. Esa percepción también fue señalada por los fiscales entrevistados durante las visitas realizadas.

b. Conocimiento de las funciones y rol del Programa

Uno de los aspectos que origina un especial interés es la forma como se percibe el rol central del Programa en relación con la víctima y el proceso penal. Ello debido a que la existencia de una entidad como la descrita puede ser entendida de dos maneras:

- Que es la que debe garantizar la atención de la víctima, mediante la asistencia adecuada a sus necesidades básicas y, protegerla en caso su integridad se encontrase en riesgo a partir de su participación en el proceso penal. La persona y su bienestar, en esta visión, deberá ser el objetivo central del Programa.

- Que es la que debe brindar una atención a la víctima en tanto ello permite asegurar material probatorio (propio de sus declaraciones y

la identificación del imputado) o generar información que sirva para la investigación a ser realizada por el fiscal.

Es claro que ambas opciones no son necesariamente contradictorias entre sí, pero se requiere de una adecuada definición en tanto de ello dependerá la relación a desarrollarse entre el Programa y los fiscales en cada caso en concreto, así como en el trato que ha de brindarse a la víctima.

En tal sentido, debe quedar claro que la labor esencial del Programa consiste en la asistencia y protección a la víctima de un delito, en tanto ello sea necesario y no dependiendo únicamente de la calidad de información que puede otorgar. Ello complementa la labor de persecución penal que desarrolla el Ministerio Público mediante la actuación de los fiscales, pero el Programa no está concebido como una herramienta o medio de dicha persecución.

Por tanto, deben quedar claros algunos aspectos:

- El conjunto de actividades que desarrolla el Programa no se establece a partir de la decisión del fiscal de investigar el caso, sino que depende de la evaluación que en el caso concreto realice el Programa mediante sus profesionales. En efecto, la entrevista del psicólogo, por ejemplo, debe tener por finalidad el brindar un servicio a la víctima y no para indagar o buscar información que le sea relevante para la investigación del fiscal.

- La información y documentación del Programa y sus profesionales debe ser manejada de manera exclusiva por ellos, no pudiendo ser incorporada como parte de la carpeta fiscal y por ende luego utilizada en una audiencia, como la de juzgamiento. Si ello fuera así implicaría un conjunto de consecuencias como: el que los profesionales del Programa pudieran ser convocados a las audiencias para que declaren respecto a su labor y evaluación de la víctima, el que la defensa pudiera acceder al contenido de las entrevistas y evaluaciones realizadas por dichos profesionales. Ello, como se ha señalado no debe suceder.

Durante las entrevistas se ha podido observar que el personal del Programa tiene una claridad respecto a su función central. Lo mismo puede decirse respecto a los fiscales, aún cuando en ciertas ocasiones se han advertido otras situaciones, como las declaraciones de algunos de ellos que resaltaban la

labor de los profesionales del Programa en tanto buscan derivar hacia ellos los casos de víctimas que por sus características una entrevista con el fiscal no logre obtener la calidad de información que sí puede brindarse a un psicólogo o asistente social.

Por ejemplo, se indicaba que la preparación de un fiscal y su forma de actuación regular no brinda la confianza suficiente a la víctima para contar algunos detalles del delito. Aspectos como el lenguaje, el trato, el tipo de preguntas o el grado de empatía, son mejor desarrollados por los profesionales del Programa y en tal sentido ellos pueden obtener de mejor manera la información que posteriormente sea útil al Fiscal.

Es claro que este tipo de percepciones son entendibles desde una óptica de persecución del delito, pero no necesariamente se condicen con la línea de actuación que deben desarrollar los profesionales del Programa.

La necesidad del Programa en hacer entender la naturaleza de su función, y en ciertos casos marcar los límites de su competencia en la atención a la víctima, son aspectos de especial importancia.

Pero al mismo tiempo es cierto que en ocasiones los profesionales del Programa pueden brindar al fiscal alguna orientación respecto al caso, ayudándolo en ello, pero sin que esto implique afectar su función central.

Un aspecto relacionado con lo señalado es la afirmación reiterada por los fiscales de que la labor de asistencia a la víctima origina un fortalecimiento personal y emocional, que incide en que se encuentre más proclive a asistir sin temor o duda a las audiencias, especialmente la de juzgamiento. Si bien no existe una información estadística al respecto, los entrevistados indicaron que fruto de la labor del Programa, algunas víctimas que anteriormente temían identificar al imputado ahora asistían a las audiencias sin mayor dificultad, lo que permite que el fiscal tenga un testimonio de especial relevancia para demostrar la responsabilidad penal del imputado. [63]

Otro aspecto que es reconocido por los fiscales como fruto de la labor del Programa, es la información que a la víctima se le brinda en relación con sus derechos en el proceso penal, los roles de los diversos actores y el propio

63 Según estos fiscales, la asistencia de la víctima a las audiencias disminuye sensiblemente los casos de impunidad.

desarrollo del proceso penal. Indicaron asimismo su apoyo para algunos aspectos en relación a la preparación de la declaración de la víctima en la audiencia, especialmente la de juzgamiento. Esta labor puede ser considerada como una ayuda directa a la labor del fiscal, por lo que debería ser materia de una mayor reglamentación a fin de tener claridad respecto de la misma.

Como se ha indicado, el Programa en determinados casos brinda una asistencia económica a la víctima para su participación en las audiencias y en otros en los días previos a la realización de la misma acude al domicilio de la víctima a fin de explicarle la importancia de su presencia en la audiencia y vencer algunos temores que puedan existir al respecto.

Estos últimos aspectos implican un apoyo que desde el Programa se realiza con la labor del fiscal. En tal sentido, puede decirse que si bien su labor central es la asistencia y protección, existen algunas que implican un apoyo a la víctima que incide en el adecuado desarrollo del proceso.

2.5 Conocimiento del Programa por los/as ciudadanos/as

De igual importancia que el conocimiento de los fiscales respecto del Programa es la que deben tener los ciudadanos y las ciudadanas.

En tal sentido todas las Unidades Distritales indicaron que constituía parte de su labor desarrollar dicha difusión, sea mediante charlas informativas, participación en ferias con otras instituciones, programas radiales, trípticos o afiches, etc. No obstante es claro que ello no constituye la labor central del Programa.

Asimismo es claro que los/as ciudadanos/as ajenos al proceso penal no perciben que una labor del Ministerio Público sea asistir a la víctima. Al respecto, debe tenerse el cuidado necesario, como lo indicaron los propios profesionales del Programa, para informar que el acceso a los beneficios del mismo depende de la decisión del fiscal, por lo que no son aplicables a todas las víctimas.

2.6 Recursos del Programa

Como se ha indicado, el Programa requiere de recursos para implementar las medidas de protección, pero al mismo tiempo existen otras necesidades para el adecuado desarrollo de sus labores.

Uno de las afirmaciones reiteradas en las Unidades Distritales es la capacitación que recibe el personal de manera constante. Pero al mismo tiempo se incide en algunas necesidades materiales como contar con movilidades propias. Cuando se requiere alguna unidad para una labor del Programa, se debe solicitar alguna de las unidades que están al servicio de los fiscales. Si bien se indica que la Presidencia de la Junta de Fiscales respectiva siempre realiza dicho apoyo, en ocasiones ello no permite contar con la disponibilidad inmediata de una unidad móvil.

Del mismo modo se señala la necesidad de incrementar la caja chica destinada a diversos objetivos, entre ellos brindar asistencia económica a las víctimas para que acudan a las audiencias.

En cuanto a su infraestructura, no ha sido objeto de señalamiento como una necesidad inmediata. Al respecto, debe indicarse que algunas oficinas se encuentran ubicadas provisionalmente en algunos locales a la espera de la construcción de las nuevas oficinas del Ministerio Público en el lugar. Del mismo modo si bien se han detectado algunos casos donde se requiere de mayor personal, especialmente en las Unidades de Asistencia Inmediata (para completar el personal básico de un abogado, un psicólogo y un asistente social), no se observa que los requerimientos de atenciones sobrepasen en exceso la capacidad operativa de las diversas unidades.

Llama la atención, no obstante, que algunas Unidades Distritales visitadas, como las de La Libertad y Tacna, no cuenten con Unidades de Asistencia Inmediata en alguna de sus provincias, a fin de brindar una atención inmediata. [64]

2.7 El personal del Programa

Se ha observado en las visitas: la existencia de un personal comprometido con su labor y con los objetivos de su función.

Contar con un perfil profesional distinto a la del fiscal, a pesar de que ambos profesionales son parte del Ministerio Público y el compromiso con el mismo constituye una de las fortalezas del Programa.

Según lo que se percibe en las entrevistas, existe una constante comunicación con la Coordinación del Programa desde Lima, que incluye visitas de

64 En estos casos el personal de la Unidad Distrital debe de atender las necesidades de todo el distrito judicial.

supervisión hacia las diversas Unidades Distritales, así como eventos de capacitación permanentes.

Esta clara diferenciación de roles, en relación al fiscal, constituye un aspecto de especial importancia en tanto permite diferenciar su labor cotidiana y centrarse en la víctima como objeto de atención.

3. LA DIRECCIÓN DE ASISTENCIA LEGAL Y DEFENSA DE VÍCTIMAS

Como se ha indicado, esta labor de la Defensa Pública es una que se encuentra en desarrollo aún, habiéndose iniciado hace pocos meses, por lo que la evaluación que pueda realizarse es todavía inicial.

3.1 Implementación a nivel nacional

Precisamente, al haberse iniciado hace pocos meses su funcionamiento, resulta entendible que no todas las Direcciones de Defensa Pública a nivel nacional cuenten con abogados contratados a fin de brindar la asistencia legal exclusiva para las víctimas. [65]

En la mayoría de casos los abogados contratados en cada Dirección de Defensa Pública eran 1 o 2, quienes deben atender todos los casos del distrito judicial. Si bien parece un número reducido, hasta el momento de las visitas no se observaba una sobrecarga en su labor, pero es claro que ello se debía a que habían iniciado sus funciones recientemente y aún tenían pocos casos asignados. Es de esperar que con el correr de los meses su carga laboral se estabilice y en dicho momento se requiera evaluar la necesidad de un incremento en su número.

Según la información del Ministerio de Justicia, la implementación a nivel nacional debe desarrollarse de manera paulatina en los próximos meses.

3.2 Competencia

Un aspecto central para determinar la carga laboral que debe tener cada abogado es definir con claridad la competencia de este nuevo rol de la Defensa Pública. En tal sentido debe indicarse que existe la necesidad de realizar precisiones al respecto.

65 A noviembre del 2012, el servicio únicamente era brindado a 12 distritos judiciales (fuera de Lima) en donde se aplicaba el NCPP.

En efecto, en algunos distritos judiciales se tiene un concepto amplio de víctima, que abarca tanto los procesos penales como los laborales o administrativos; en otros dicha noción se reduce únicamente a los casos penales, abarcando todos los delitos; y, finalmente en otros se reduce aún más centrándose en la atención prioritaria de las víctimas de ciertos delitos de especial gravedad.

La necesidad de establecer criterios homogéneos o precisarlos, es una consecuencia directa de lo observado. Es claro que el servicio no puede ser brindado a todas las víctimas y que la especialidad del litigio penal hace poco recomendable que una persona a la vez pueda atender litigios penales, laborales y administrativos. El señalar prioridades en la atención, dependiendo de la capacidad del número de profesionales, constituye sin duda una opción totalmente posible y en cierta medida necesaria.

Según la información proporcionada por los funcionarios de la Defensa Pública, los casos de violencia sexual son atendidos por el abogado defensor de familia y no por el penal, por una razón de especialidad. Entendemos que este criterio puede ser revisado en tanto entre ambos se de la especialidad del proceso penal, en cuanto a las particularidades del litigio en el nuevo modelo procesal penal.

3.3 Conocimiento de los/as ciudadanos/as

Siendo una función novedosa, los/as ciudadanos/as regularmente no tienen información respecto a la misma, habiéndose observado que algunas Direcciones de Defensa Pública realizan actividades de difusión y otras en menor grado. El inicial reducido número de defensores públicos para esta función y un posible exceso en los requerimientos de casos a ser atendidos, parece ser el motivo de la ausencia de una decidida campaña de difusión.

3.4 Superposición de funciones

Si bien no se indicaron casos concretos, si se ha recibido la información de que la labor de la Defensa Pública puede superponerse respecto a la que realizan otras instituciones que también brindan asistencia legal a las víctimas. El caso más citado es el de los Centros Emergencia Mujer, que como se ha señalado también tiene abogados que pueden participar en los procesos penales.

Este hecho resalta la necesidad de establecer entre las diversas instituciones

criterios claros de competencia, a fin de evitar la duplicidad de atención o el vacío de la misma hacia otras víctimas.

3.5 Coordinación con el fiscal

En la mayoría de casos atendidos por la defensa pública de víctimas aún no llegaban a la etapa de juicio oral (debido a que el servicio ha iniciado sus funciones recientemente), pero la conversación con los abogados muestra que en el desarrollo de esta labor puede requerir de una adecuada coordinación con el fiscal a cargo del caso.

Como se ha indicado en este mismo documento, en ocasiones los intereses o decisiones del fiscal no concuerdan necesariamente con lo que la víctima considera justo o adecuado, por lo que es factible que se presenten divergencias entre el fiscal y la defensa de la víctima.

Así por ejemplo, el fiscal puede decidir el archivo de una denuncia, pero ello puede ser impugnado por el abogado defensor de la víctima; lo mismo puede suceder cuando el fiscal aplique un principio de oportunidad, la víctima llegue a un acuerdo reparatorio o el fiscal acuerde una terminación anticipada.

En la etapa intermedia el pedido de un sobreseimiento puede causar la oposición de la víctima en la audiencia preliminar, lo mismo que un pedido de acusación en relación a la incorporación de algunos elementos probatorios. Asimismo en el juicio oral pueden presentarse otras divergencias.

El hecho que el fiscal encuentre oposición por el abogado de la víctima, así como por el del imputado, es un escenario poco previsto por el fiscal, por lo que se requiere en este aspecto establecer mecanismos de coordinación que eviten que estas diferencias, que son propias de todo proceso penal, no generen efectos nocivos para sus intereses.

3.6 Necesidad de capacitación especializada

Es indudable que el proceso penal en el modelo contenido en el NCPP requiere de determinadas habilidades para la litigación oral, las cuales han sido desarrolladas en los diversos espacios de capacitación para los operadores del proceso.

No obstante también es cierto que dicha capacitación se ha centrado básicamente en la necesaria para el debate que permita establecer la responsabilidad o inocencia del imputado, dejando lo relacionado con la víctima en un plano secundario o simplemente no era parte de dicha capacitación.

En tal sentido es claro que los abogados defensores de víctimas requieren adicionalmente a dicha capacitación, una especifica que les permita la defensa adecuada de su representado, incidiendo en aquellos aspectos que son de su responsabilidad como sujeto procesal: aporte de material probatorio respecto al daño causado a la víctima, determinación y fundamentación del monto de reparación civil a establecerse, entre otros.

El ejercicio de nuevas funciones origina, qué duda cabe, la necesidad de aprender y ejercitar nuevas habilidades. El rol exitoso que ha tenido la defensa publica respecto del procesado ha sido posible, en gran medida, por una adecuada capacitación de su personal. Los abogados defensores de víctimas requieren también de ello para fortalecer sus capacidades y brindar este servicio tan importante para el ciudadano.

CONCLUSIONES

1. El tratamiento de la víctima en el proceso penal ha sufrido cambios en relación al modelo procesal que se ha implementado, siendo regularmente un actor olvidado en el proceso. Pero desde hace algunos años a nivel de la legislación internacional se han desarrollado un conjunto de normas que han establecido sus derechos y los mecanismos para que los mismos sean respetados.

2. Los principales derechos de las víctimas de un delito son: el acceso a la justicia penal y un trato justo, la asistencia de sus necesidades básicas y el resarcimiento e indemnización. Asimismo, se señala la necesidad de una asistencia legal para hacer valer sus derechos durante el proceso penal.

3. Nuestra legislación procesal penal ha mostrado una modificación sustancial con la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, el cual establece un conjunto de derechos y facultades para la víctima en cada una de las etapas del proceso penal.

4. Como parte del cumplimiento de las disposiciones del Nuevo Código Procesal Penal, el Ministerio Público desde el 2006 ha implementado un Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos, el mismo que tiene las siguientes características:

    - Presencia en todos los distritos judiciales donde se encuentra vigente el Nuevo Código Procesal Penal y en los distritos judiciales de Lima y el Callao.
    - Tiene como labor fundamental aplicar las medidas de asistencia (legal, social y psicológica) y protección que el fiscal del caso considere necesarias.
    - En cada distrito judicial existen Unidades Distritales y Unidades de Asistencia Inmediata, con equipos de profesionales multidisplinarios (abogado, asistente social y psicólogo).
    - La coordinación del Programa se encuentra en la ciudad de Lima.

5. Respecto al funcionamiento del Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público se puede señalar que:

- La mayoría de casos atendidos (60%) proviene de las fiscalías de familia (por situaciones de violencia familiar).
- La mayoría de medidas aplicadas son de asistencia, siendo las de protección escasas, requiriéndose los recursos para su implementación. Asimismo en ocasiones excepcionales se brinda una asistencia económica para que la víctima pueda participar en las audiencias.
- La mayoría de beneficiados/as son víctimas y en menor grado testigos.
- La relación entre el Programa y los fiscales (a cargo de los casos) puede resumirse de la siguiente manera: el conocimiento del funcionamiento del Programa se ha logrado por la difusión de su labor entre los fiscales, existe en la mayoría de casos claridad en el rol del Programa (atención de la víctima) pero se requiere una mayor precisión hacia los fiscales especialmente penales, respecto a que el mismo no tiene una función persecutoria como eje de su labor.
- La labor de difusión del Programa hacia los ciudadanos y ciudadanas debería ampliarse.
- Resulta necesario la asignación de recursos adicionales al Programa tanto para la implementación de las medidas de protección como para superar algunas carencias.
- La existencia de un personal comprometido con su labor y objetivos constituye una de las fortalezas del Programa.

6. Desde mediados del año 2012 la Dirección General de Defensa Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos viene implementando en los distritos judiciales donde se encuentra vigente el Nuevo Código Procesal Penal la asistencia legal a las víctimas, mediante la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas. En la actualidad este servicio se presta en 12 distritos judiciales donde se encuentrá vigente el NCPP y se viene ampliando hasta abarcar todos.

7. Respecto al funcionamiento la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas se puede señalar que:

- Habiéndose iniciado hace pocos meses su funcionamiento, se encuentra en proceso de implementación a nivel nacional.
- En la mayoría de casos cada Dirección de Defensa Pública en un distrito judicial cuenta con 1 o 2 abogados para esta labor.

- Es necesaria una precisión respecto al tipo de víctima que debe ser atendida y el establecimiento de criterios de atención prioritaria en ciertos casos.
- Resulta necesaria una mayor divulgación de esta nueva labor de la Defensa Pública.
- Se requiere de mayor coordinación con los fiscales a fin de articular una labor conjunta en relación a la protección de derechos de las víctimas en el proceso penal.
- Siendo una labor novedosa para la Defensa Pública, se necesita un programa de capacitación especializada y permanente en razón de su labor.

8. Existen otras instituciones públicas que tienen como función atender la situación de la víctima de un delito, lo que muestra un interés del Estado frente a esta situación. Por ejemplo Los Centros Emergencia Mujer brindan a las víctimas de delitos sexuales y violencia familiar asistencia legal, psicológica y legal. Esta labor en determinadas situaciones guarda similitud con la de las dos instituciones antes señaladas. Ello requiere el establecimiento de un procedimiento unificado de atención que señale con claridad las competencias a fin de brindar una atención adecuada a la víctima, evitando duplicidad o vacíos en la atención.

9. Se requiere de una capacitación interinstitucional respecto a los derechos de las víctimas, por ser un tema que regularmente no ha sido abordado en la capacitación brindada dentro del proceso de implementación de la reforma procesal penal.

RECOMENDACIONES

A LA MINISTRA DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

ENCARGAR al Consejo Nacional de Política Criminal, en coordinación con el Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público, la elaboración de un Protocolo Único Interinstitucional de Atención para víctimas en el proceso penal.

AMPLIAR el número de abogados/as defensores para las víctimas, debiéndose priorizar su atención en función al tipo de delito o situación de vulnerabilidad.

ENCARGAR a la Dirección General de Defensa Pública establecer mecanismos de coordinación con el Ministerio Público para una adecuada atención de la víctima durante el proceso penal, así como la capacitación permanente de los abogados que ejercen defensa a favor de la víctima.

DIFUNDIR las labores de la Dirección de Asistencia Legal y Defensa a Víctimas a nivel nacional.

AL MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS

EVALUAR la asignación de un presupuesto adicional para el Ministerio Público, a fin de que se incrementen los recursos del Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos, que le permita fortalecer su labor así como implementar las medidas de protección.

AL FISCAL DE LA NACIÓN

ADOPTAR las medidas necesarias ante el Ministerio de Economía y Finanzas para que se incrementen los recursos asignados al Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos para fortalecer su labor e implementar las medidas de protección.

ASEGURAR que los fiscales penales cuenten con la debida capacitación respecto a las labores del Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos.

A LA COORDINADORA DE LA UNIDAD CENTRAL DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS Y TESTIGOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

DIFUNDIR las labores y funciones del Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos, a través de sus Unidades Distritales, a los ciudadanos y ciudadanas.

FORTALECER la labor de coordinación con los/as fiscales a nivel nacional, respecto a las funciones del Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos.

COORDINAR con el Consejo Nacional de Política Criminal para la elaboración de un Protocolo Único Interinstitucional de Atención para víctimas en el proceso penal.

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de: Distribuidora & Gráfica Rosvil E.I.R.L.
Jr. Pascual de Vivero Nº 1060 - Magdalena del Mar
en el mes de diciembre de 2012
Tiraje: 200 ejemplares

UNIDAD III
DERECHO PROCESAL PENAL

- ✓ **Salinas Siccha, Ramiro.** La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004. Ministerio Público http://portal.mpfn.gob.pe/ncpp/files/172a0f_articulo%20dr.%20salinas.pdf

LA ETAPA INTERMEDIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

por Ramiro Salinas Siccha

LA ETAPA INTERMEDIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

Ramiro Salinas Siccha[1]**.**

1.- INTRODUCIÓN.

En pleno proceso de entrada en vigencia progresiva del Código Procesal Penal de 2004[2], es pertinente efectuar un estudio panorámico sobre la finalidad, funciones y características de la etapa intermedia, la misma que por primera vez se regula en forma orgánica y sistemática en nuestra normatividad procesal que ahora se fundamenta en los pilares ideológicos del modelo procesal penal acusatorio con rasgos adversariales. Modelo adoptado por el legislador nacional siguiendo la tendencia de la legislación comparada cuya razón de ser es la necesidad de adecuar la legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos[3] (Declaración universal de los derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

La etapa intermedia se convierte en una fase o etapa no menos primordial del proceso penal acusatorio. Por un lado se constituye en la etapa donde el Juez de la investigación preparatoria, en audiencia controla, analiza o examina la acusación así como el requerimiento de sobreseimiento y por otro, es la etapa donde se prepara el inminente juicio oral que luego de ella, se realizará en el supuesto que el Juez no resuelva disponer el sobreseimiento del caso.

2.- DEFINICIÓN Y FINES DE LA ETAPA INTERMEDIA.

La investigación preparatoria es la actividad de indagación que se realiza desde que la Policía y el Fiscal tienen conocimiento de la comisión de un hecho con carácter delictivo. Su exclusivo objetivo es buscar, recolectar y reunir los elementos de convicción de cargo y descargo que al final permitirán al Fiscal responsable de

---

[1] Fiscal Adjunto Superior Penal de Lima, con estudios de Post Grado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y ex integrante del Equipo Técnico institucional de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal del Ministerio Público.

[2] Las razones de la entrada en vigencia progresiva del CPP de 2004 lo encontramos en la exposición de motivos. Allí se explica que como quiera que el cambio de modelo de enjuiciamiento penal no se agota en lo meramente normativo, es fundamental tener presente que el proceso de reforma implica un cambio estructural a la ves que cultural y que por lo mismo no podrá realizarse de la noche a la mañana. Por lo que es necesario iniciar un proceso metódico de implementación en el que la pauta principal será la progresividad.

[3] Véase en exposición de motivos del Código Procesal Penal de 2004.

su conducción, decidir si formula acusación o en su caso, solicita al Juez de la investigación preparatoria el sobreseimiento del caso.

La investigación preparatoria concluye normalmente con una petición que efectúa el titular de la acción penal al Juez. Esta petición puede consistir en el requerimiento de apertura de juicio oral efectuada por medio de la formulación de la acusación o en su caso, el requerimiento puede consistir en un sobreseimiento de la causa, es decir, un pedido de archivo del caso debido que luego de la investigación efectuada, el fiscal no cuenta con suficientes elementos de convicción que sirvan para sustentar una acusación (Véase: 1, 344 CPP)

Sin embargo y a diferencia de lo que ocurre en el sistema mixto con tendencia marcada al inquisitivo en vigencia aún en la mayor parte del territorio nacional, en el modelo acusatorio que recoge el Código Procesal de 2004, de modo alguno se pasa al juicio oral una vez concluida la fase de investigación. Entre ambas etapas existe otra que se conoce como "etapa o fase intermedia", la misma que cumple trascendentes funciones al interior del proceso penal.

En principio, es claro que la investigación preparatoria y la etapa intermedia sólo se constituyen en etapas fundamentales que sirven para preparar el juicio. Sin aquellas etapas, es imposible juicio alguno en un proceso penal común.

La razón de ser de la etapa intermedia se funda en la siguiente idea: los juicios orales para ser exitosos deben prepararse en forma conveniente de modo que sólo se pueda llegar a ellos después de realizarse una actividad responsable[4] por parte de los sujetos del proceso incluido el tercero imparcial: el Juez.

La etapa intermedia garantiza, en beneficio del principio genérico de presunción de inocencia, que la decisión de someter a juicio oral al acusado no sea apresurada, superficial ni arbitraria[5]. Sus objetivos se dirigen a evitar lleguen al juzgamiento casos insignificantes o lo que es peor, casos con acusaciones inconsistentes por no tener suficientes elementos de convicción que hacen inviable un juicio exitoso para el Ministerio Público. Este aspecto, la doctrina, lo denomina como justificación política. Se

[4] Binder, Alberto, Iniciación al procesal penal acusatorio, editorial Alternativas, Lima, 2002, p. 56.

[5] Binder, Ob. Cit. p. 57. En el mismo sentido, el profesor Pablo Talavera sostiene que "un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar que la decisión de someter a Juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria. Toda acusación debe ser fundada, esto es, que los elementos de convicción establezcan una probabilidad de que la persona acusada ha cometido el delito y que ofrece pruebas para probarlo en el Juicio"; Comentarios al nuevo Código Procesal Penal , Grijley, 2004, p. 62.

pretende evitar la realización de juicios orales originados por acusaciones con defectos formales o fundamentadas en forma indebida.

También la etapa intermedia tiene su fundamento en el principio de economía procesal, toda vez que se busca finalizar en sentido negativo, sin juicio oral, un caso que no merece ser sometido a debate, evitando de esa forma, dicho sea de paso, molestias procesales inútiles al imputado[6].

Así mismo, se pretende lograr que el Estado evite distraer sus escasos recursos económicos y humanos en procesos evidentemente sin futuro.

De modo que la etapa intermedia constituye el espacio central del proceso que tiene por finalidad preparar propiamente el paso o tránsito de la investigación preparatoria a la etapa del juzgamiento o tomar la decisión de archivar el proceso. Para que el juicio oral y público, que es en esencia la etapa de contradicción o debate, sea exitoso debe ser preparado en forma mesurada y responsable, realizando un control destinado a sanear los vicios sustanciales y formales de la acusación del Fiscal responsable del caso, todo ello durante la audiencia preliminar[7].

La etapa intermedia, tal como precisa el profesor y Fiscal Supremo Pablo Sánchez Velarde[8], es una fase de apreciación y análisis para decidir la acusación, plantear mecanismos de defensa contra la acción penal y también, para que se analicen los medios probatorios presentados por las partes. En esta etapa, toda la activad probatoria efectuado en la investigación preparatoria es sometida a los filtros o controles necesarios de legalidad y pertinencia, para luego de ser el caso, ser admitida a juicio.

En efecto, la existencia de la audiencia preliminar de la etapa intermedia sirve de filtro[9] y como estación de verificación de la información que será debatida luego en el juicio oral. Esta

---

[6] Ernst Beling citador por San Martín Castro, V. I, 2003, p. 608.

[7] Importancia de la aplicación de la etapa intermedia en el proceso penal; Dueñas Canchez, Omar, en Diálogo con la jurisprudencia Nº 90, Marzo 2006, año 11, Gaceta Jurídica, p. 223.

[8] Introducción al nuevo proceso penal, Lima, IDEMSA, 2005, p. 111. En el mismo sentido, Talavera Elguera; Ob. Cit., p. 61.

[9] No le falta razón a Liza Ramos cuando refiere que en cuanto a su función como filtro, existen múltiples enfoques que lo fundamentan, relacionados con el análisis económico del derecho, con la gestión de audiencias, con la justicia restaurativa, así como con criterios de merecimiento y necesidad de pena. Todos estos criterios confluyen en la audiencia preliminar de la fase intermedia para impedir que se continúe un juicio que puede concluir por medio de negociación, por medio de reparación, por un análisis de costo beneficio, o simplemente porque la pena no es necesaria; **LA FASE INTERMEDIA.** La implementación del CPP en Huaura: Algunos problemas y propuestas de solución. Artículo remitido a mi email por la profesora Fany Quispe Farfan.

verificación se desarrolla en un escenario de oralidad con participación de las partes, quienes tienen franqueada la posibilidad de plantear una serie de peticiones que deben resolverse por el Juez de la investigación preparatoria en la misma audiencia. Entre las peticiones que se ventilan en esta audiencia podemos citar: pedir el sobreseimiento, observar la acusación por defectos sustanciales o formales, deducir excepciones, solicitar imposición o revocación de alguna medida coercitiva ya sea personal o real, ofrecer medios de prueba para el juicio, solicitar actuación de prueba anticipada, objetar la reparación civil, instar aplicación del principio de oportunidad, posibilidad de celebrar convenciones probatorias, admisión de hechos no controvertidos, etc.

En suma, la etapa intermedia se constituye en un conjunto de actos procesales relativamente autónomos en los cuales por lo menos se asume con total claridad la crítica a los resultados de la investigación[10]. En esta etapa los resultados de la investigación preparatoria efectuada por el Fiscal con el apoyo técnico de la Policía, se ponen a prueba o examinan para determinar si sirven para llevar el caso a juicio oral o determinar su sobreseimiento.

Además, en esta etapa se resolverá los medios de defensa técnicos deducidos; se practicará la prueba anticipada si así lo decide el Juez luego que alguna de las partes del proceso lo solicite; se aprobará las convenciones probatorias, y se resolverá todas las cuestiones que se planteen en la audiencia y de ser el caso, se dictará el auto de sobreseimiento.

Así mismo, se admitirá los medios de pruebas ofrecidos por las partes. Aquí el Fiscal ofrecerá todos los medios de prueba que considera que deben actuarse en el Juicio para acreditar su imputación. Por su parte, el abogado defensor ofrecerá los medios probatorios que acrediten su pretensión según su estrategia de defensa. Todos los medios de prueba que ofrezcan las partes tendrán como correlato su “teoría del caso” que pretendan exponer en el Juicio oral. El acto probatorio propuesto debe ser pertinente, conducente y útil. Las partes también se opondrán, dando razones, a los medios de prueba que ofrezca la contraparte. Este aspecto aun en la práctica no es manejado por los litigantes, pues he tenido oportunidad de observar que ante el ofrecimiento de medios probatorios de una de las partes, la otra no se opone a alguna. Ello

[10] Binder, Ob. Cit. p. 63. El profesor y Vocal Supremo de la República San Martín Castro enseña que la etapa intermedia, por consiguientes tiene por objeto revisar y valorar los resultados de la instrucción examinando la fundamentación de la acusación y resolviendo sobre el reconocimiento de la pretensión penal, con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio; V.I, 2003, p. 608..

genera que en el Juicio se actúen abundantes medios probatorios y lo que es peor, se actúan hasta medios probatorios inútiles para efectos del proceso y no conducentes.

No hay duda por ejemplo, que el Fiscal que participe en la audiencia de saneamiento del requerimiento fiscal, defenderá con plena convicción, y en todo momento, su posición. En forma verbal expondrá las razones coherentes sobre su acusación o en su caso, sobre el sobreseimiento que solicita. Así mismo, defenderá oralmente los medios de prueba que ofrezca ante una eventual oposición de su contraparte.

2.1. CONTROL FORMAL

Desde el ámbito formal, la etapa intermedia constituye el conjunto de actos procesales que tiene como fin la corrección o saneamiento formal de los requerimientos que efectúa el Fiscal responsable de la investigación preparatoria a la autoridad jurisdiccional.

Por ejemplo, será en la etapa intermedia donde se determine si el Fiscal al solicitar el sobreseimiento del caso, identificó bien o no al imputado. Si se determina que en su petición no ha identificado de modo correcto al imputado, aquí es la oportunidad para corregir tal defecto. Sin este control formal por ejemplo, es posible que se separe del proceso al verdadero autor del hecho delictivo investigado.

Los Fiscales tienen la obligación de ser diligentes y cuidadosos al momento de efectuar una acusación, no obstante, en la etapa intermedia los vicios o errores formales de una acusación deben ser corregidos para evitar que la decisión judicial devenga en inválida**.** No obstante, también al imputado, al defensor, al actor civil y al mismo Juez le interesa que la decisión judicial no tenga errores de forma o mejor, que estos no pasen a la etapa del juzgamiento, donde pueden generar efectos más perjudiciales como por ejemplo, se declare la nulidad de la totalidad del proceso penal.

2.2. CONTROL SUSTANCIAL

Desde el otro ámbito, la etapa intermedia consiste en el conjunto de actos procesales en los cuales se discute preliminarmente sobre las condiciones de fondo de los requerimientos del fiscal. Con tal control según Julio Maier[11] se

[11] Citado por San Martín Castro, 2003, p. 614.

busca racionalizar la administración de justicia penal, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación, por lo que se concede al Juez, de oficio o a instancia de las partes para sobreseer el caso[12].

Por ejemplo, si el Fiscal formaliza acusación en contra del imputado sin ofrecer medios de prueba, o en su caso, los medios de prueba que ofrece son notoriamente insuficientes, en la audiencia preliminar de la etapa intermedia el abogado defensor podrá objetar aquella acusación aduciendo que carece de suficiente fundamento y se pretende someter a juicio a su defendido sin contar con los elementos necesarios para probar la imputación. También podrá alegar que el hecho que se atribuye a su patrocinado no constituye delito o bien los hechos investigados constituyen un hecho punible diferente al objeto de acusación.

Por su parte, el actor civil por ejemplo, podrá objetar el pedido de sobreseimiento al considerar que existen suficientes elementos de convicción para someter a juicio al investigado.

Luego de escuchar a las partes en la audiencia preliminar, el Juez resolverá lo conveniente.

En el modelo acusatorio asumido por el CPP de 2004, nunca más pasan o pasaran a juicio oral casos en los cuales, el Fiscal por ejemplo, no esté convencido que los hechos constituyen delito y que el imputado es el autor o partícipe del mismo o, casos en los cuales el Fiscal no ofrece suficientes medios de prueba que vinculen al acusado con el delito objeto de imputación con la esperanza o ilusión que en el juicio oral como arte de magia aparezcan los medios de prueba.

En el nuevo proceso penal no es posible las mal denominadas “acusaciones formales” que lamentablemente en la práctica del sistema penal mixto todavía se acepta pese que vulnera en forma directa y abierta las bases del modelo procesal penal constitucional. Simplemente, en la audiencia de la etapa intermedia se decidirá si existe o no suficientes fundamento para pasar a la etapa de juzgamiento. El Juez de la investigación preparatoria decidirá, escuchando previamente a las partes, si existen fundamentos para

[12] En esa línea el inciso 4 del artículo 352 del CPP de 2004 establece que el sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurran los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344º, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba.

aceptar la acusación propuesta por el Fiscal o si, efectivamente, debe dictarse el sobreseimiento del caso[13].

3. - CARACTERÍSTICAS DE LA ETAPA INTERMEDIA

La etapa intermedia tiene las siguientes características:

3.1. - Es jurisdiccional. El control formal y sustancial de los requerimientos fiscales y en su caso, del defensor del imputado o del actor civil, es responsabilidad exclusiva de la autoridad jurisdiccional. El inciso 1 del artículo V del Título Preliminar del CPP del 2004 señala expresamente que corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia. En consecuencia, corresponde específicamente al Juez de la investigación preparatoria dirigirla y luego emitir la resolución que corresponda. "La decisión judicial requiere de la celebración de una audiencia de control del sobreseimiento –si el Fiscal solicita esa decisión- o de una audiencia preliminar –si el fiscal formula acusación"[14].

3.2.- Es funcional. En la etapa intermedia se debe decidir, previo debate en audiencia, sobre el requerimiento de sobreseimiento, el control formal y sustancial de la acusación, se admitirá los medios de pruebas ofrecidos por las partes, se resolverá los medios de defensa técnicos, se practicará de darse el caso la prueba anticipada, se aprobará las convenciones probatorias y finalmente se resolverá todas las cuestiones que se planteen en la audiencia.

3.3.- Controla los resultados de la investigación preparatoria. La autoridad jurisdiccional en esta etapa debe decidir si los hechos investigados merecen pasar a juicio y, para tomar tan importante decisión, no queda otra opción que junto con las partes intervinientes (Fiscal, abogado defensor, parte civil y tercero civil de ser el caso) examine en conjunto los resultados de la investigación preparatoria. Incluso, ante la eventual oposición de alguna de las partes, sólo escuchando y contrastando los actos de investigación efectuados recogidos en la correspondiente carpeta, podrá por ejemplo admitir o no los medios probatorios ofrecidos con el fin de ser el caso, actuarlos en el juicio oral.

3.4. - Es primordialmente oral. Todos los requerimientos y pretensiones de las partes si bien al inicio se plantean por escrito, en la audiencia preliminar deben plantearse en forma oral. La autoridad jurisdiccional sólo podrá resolver en forma negativa o

[13] Véase la exposición de motivos del Código Procesal Penal de 2004.
[14] San Martín Castro, Introducción general al estudio del Nuevo Código Procesal Penal, en El Nuevo Proceso Penal –estudios preliminares- coordinadores Cubas Villanueva y otros, Palestra, 2005, p. 37.

positiva luego que las partes hayan oralizado su pretensión. Sólo cuando el Juez, escuche los fundamentos de las partes decide lo conveniente y lo hace de conocimiento a las partes también oralmente en la misma audiencia.

4.- DURACION DE LA ETAPA INTERMEDIA

De la lectura del Código Procesal penal se tiene claro que esta etapa del proceso penal comprende desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento o se dicta la resolución que declara el sobreseimiento del caso por parte de la autoridad jurisdiccional.

El legislador ha sido cauteloso en no poner plazo para su realización. El plazo razonable de esta etapa dependerá de la naturaleza jurídica del o los hechos punibles investigados, de la complejidad del caso, de los planteamientos que puedan efectuar las partes y del número de peticiones que realicen las partes en la audiencia preliminar. Por lo tanto, como atinadamente sostiene el Fiscal Supremo Pablo Sánchez Velarde[15], el plazo de la etapa intermedia dependerá de la actuación judicial y fiscal con observancia al principio de celeridad procesal.

5.- SOBRESEIMIENTO

Luego que el Fiscal responsable del caso da por concluida la investigación preparatoria ya sea por que considera que cumplió su objetivo o porque el Juez de la investigación preparatoria, así lo determina luego de producida una audiencia de control del plazo de investigación, en un término no mayor de quince días en el primer supuesto, o en un plazo no mayor de diez días en el segundo, podrá decidir si solicita el sobreseimiento de la causa (artículo 344 del CPP)

El sobreseimiento no es otra cosa que el requerimiento o solicitud de archivamiento del caso. Lo efectúa el Fiscal al Juez de la investigación preparatoria al concluir que del estudio de los resultados de la investigación preparatoria, existe certeza que el hecho imputado no se realizó o no puede atribuírsele al imputado, o cuando no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, la acción penal se ha extinguido, o no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba al caso y no haya elementos de convicción

[15] Ob.cit. , 2005, p. 113

suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado[16].

5.1. - PRESUPUESTOS.

Con la finalidad explicable de no dejar puerta abierta respecto de los supuestos en los cuales el Fiscal puede solicitar el sobreseimiento después de la investigación preparatoria, el legislador del Código Procesal Penal de 2004 en el inciso 2 del artículo 344 ha regulado en forma taxativa los supuestos o hipótesis que de producirse en la realidad originarían un pedido de sobreseimiento. En efecto, en el citado numeral se ha previsto que el Fiscal podrá requerir el sobreseimiento cuando se den los presupuestos indicados.

De la lectura del citado numeral, pareciera que el solicitar el sobreseimiento es facultad de los representantes del Ministerio Público. No obstante por la misma naturaleza de los supuestos previstos y en base al principio de objetividad que debe guiar el actuar de los fiscales, consideramos que no es una facultad sino un deber u obligación ineludible del Fiscal solicitar el sobreseimiento cuando en la práctica se verifiquen los siguientes supuestos:

1. – "El hecho objeto de la investigación preparatoria no se realizó". Por ejemplo, se viene investigando el secuestro de la acaudalada Juanita Mucha Suerte, sin embargo a los quince días de iniciada la investigación, la supuesta víctima aparece alegando que había viajado a Cancún, hecho que por problemas familiares no lo había comunicado.

2. – "El hecho objeto de la causa no puede ser atribuido al imputado". Por ejemplo, se imputa al investigado ser el autor directo del homicidio de Clara Montes, sin embargo del análisis de los resultados de la investigación se determina en forma fehaciente que en momentos que ocurrió el homicidio, el investigado estaba en lugar diferente.

[16] Talavera Elguera, Ob. Cit., p. 63. Por su lado, Alberto Binder enseña que "el sobreseimiento representa una absolución anticipada, una decisión desincriminatoria fundada en la certeza de que el supuesto hecho punible no existió o, si existió como hecho, no se trató de un hecho punible, o bien de que el imputado no tuvo participación en el hecho punible de que se trata. Todos estos supuestos implican un grado de certeza equiparable al de una sentencia absolutoria y sus efectos también pueden ser equiparados ya que el sobreseimiento firme cierra irrevocablemente el proceso", Ob.Cit. p. 68.

3. – “El hecho imputado no es típico”. Esto es, el hecho investigado no reúne los elementos objetivos como subjetivos de un hecho punible tipificado en la ley penal. Por ejemplo, se investiga un hecho con apariencia del delito de estafa, no obstante, concluida la investigación preparatoria se evidencia que el hecho denunciado no es más que un simple incumplimiento de contrato.

4. – “En el hecho concurre una causa de justificación”. Ejemplo se atribuye al imputado el homicidio de Wily Siete Vidas, sin embargo del análisis de los actos de investigación efectuados, se concluye de modo claro que el imputado habría actuado en legítima defensa, pues el día de los hechos, Wily premunido de un arma de fuego había entrado al domicilio del investigado con intención de robar.

5. – “En el hecho imputado concurre una causa de inculpabilidad”. Por ejemplo, se atribuye al investigado haber dado muerte a su compañero de trabajo Pánfilo Hernández, no obstante concluida la investigación preparatoria, se determina que el día de los hechos en la mina que trabajaban investigado y occiso, se produjo un derrumbe cuando aquellos se encontraban al interior de la misma, quedando atrapados y con grave riesgo de morir asfixiados pues sólo el occiso tenía balón de oxigeno, ante la desesperación y pánico ambos iniciaron una disputa por el balón de oxigeno, único medio para no morir. De esa forma, el investigado mucho más fuerte que el occiso, cogió la barreta que había en el lugar y le dio muerte, apoderándose del balón de oxigeno que le permitió vivir 20 horas, tiempo en el que finalmente fue rescatado.

Aquí lógicamente estamos ante un estado de necesidad exculpante previsto y sancionado en el inciso 5 del artículo 20 CP.

6. – “En el hecho imputado concurre una causa de no punibilidad”. Por ejemplo, se investiga al imputado por haber hurtado bienes de Flor Boquita Pintada, sin embargo, en el curso de la investigación preparatoria se determina que el imputado fue concubino de la denunciante y por tanto se sentía con derecho sobre los bienes objeto del hurto (véase: Art. 208 del CP)

7. – “La acción penal se ha extinguido”. Esto ocurre cuando se dan los supuestos previstos y sancionados en los artículos 80, 81, 82 y 83 del Código Penal.

8. – “No existe la posibilidad razonable de incorporar nuevos datos a la investigación y los existentes no sirven para fundar una acusación”. Este supuesto se configura cuando del análisis de los actos de investigación efectuados y elementos de prueba recolectados, se concluye que no es posible fundamentar razonablemente una acusación y no existe la menor posibilidad de efectuar actos de investigación adicionales que puedan cambiar la situación existente.

5.2. PROCEDIMIENTO DEL PEDIDO DE SOBRESEIMIENTO

Luego que el Fiscal prepara el requerimiento de sobreseimiento, adjuntando la carpeta fiscal lo remitirá al Juez de la investigación preparatoria, quien después de recibir el requerimiento de inmediato correrá traslado de la solicitud a los demás sujetos procesales por el plazo máximo diez días. Dentro de este plazo, los sujetos procesales podrán formular oposición debidamente fundamentada al sobreseimiento. Si la parte que plantea oposición no cumple con argumentarla adecuada y razonablemente la misma será declarada inadmisible.

Es posible que la oposición se fundamente en la omisión de la actuación de actos de investigación, caso en el cual se solicitará la realización de una investigación adicional, indicando su objeto y los medios de investigación que considere procedentes.

Vencido el plazo del traslado, el Juez citará a los sujetos procesales para realizar la audiencia preliminar donde se debatirá los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento. La audiencia se realizará con los asistentes. Se empezará escuchando al Fiscal, luego al sujeto procesal que haya formulado oposición y después a otro sujeto procesal que quiera intervenir. Todo el debate girará en torno o sobre los fundamentos del requerimiento fiscal, no se actúan pruebas. Finalizado el debate, el Juez responsable de la audiencia pronunciará su decisión en forma oral.

Es importante tener en cuenta que tal como enseña el profesor y Vocal Supremo César San Martín[17], la audiencia de control del sobreseimiento se realiza imperativamente, aun cuando las partes no formulen oposición al requerimiento Fiscal o no soliciten una investigación suplementaria para actuar los actos de investigación omitidos.

5.3. PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ

[17] Ob. Cit. p. 37.

Luego de efectuada la audiencia, en un plazo no mayor de 15 días, el Juez emitirá el pronunciamiento que al caso corresponda. El mismo que puede ser hasta en tres sentidos (346 CPP):

1. - Si considera fundado el requerimiento efectuado por el Fiscal, dictará el auto de sobreseimiento y dispondrá el archivo del caso.

2. - Si considera que el requerimiento fiscal no es procedente, expresando las razones o fundamentos en que funda su desacuerdo, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. Sólo el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública.

El Fiscal Superior se pronunciará en un plazo no mayor de diez días. Si ratifique el requerimiento, el Juez de la investigación preparatoria sin trámite alguno dictará el auto de sobreseimiento aun en contra de su criterio y posición. Caso contrario, si el Fiscal Superior no está de acuerdo con el requerimiento formulado, ordenará se formule acusación por un Fiscal diferente al autor del requerimiento objeto de consulta.

Este es un reconocimiento explícito de la facultad constitucional estipulada en el inciso 4 del artículo 159 de nuestra ley de leyes vigente: sólo el Ministerio Público por medio de sus fiscales es el Titular de la acción penal. El Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal. A un fiscal que según su sano criterio, no formula acusación, sólo un Fiscal de grado superior le puede rectificar. La autoridad jurisdiccional no tiene competencia para ello.

3. – El artículo 346 del Código Procesal Penal establece que en el supuesto del numeral 2 del artículo 345, si el Juez lo considera admisible y fundado la oposición dispondrá la realización de una investigación suplementaria indicando el plazo y las diligencias que el fiscal debe realizar.

Este supuesto viene a distorsionar al sistema acusatorio que sustenta el nuevo proceso penal, en el cual el reparto de roles esta debidamente definido en el artículo IV y V del Título Preliminar del Código Procesal Penal. No obstante, ante la existencia de tal norma, con la finalidad que ello en la práctica no se verifique, los Fiscales deben realizar todos los actos de investigación pertinente y útiles que soliciten las partes.

Si el agraviado (eventual opositor al requerimiento de sobreseimiento) solicita la actuación de determinado acto de

investigación pertinente y útil debe efectuarse, pues ante una eventual negativa, el Juez puede disponer su actuación. Si se verifica que el acto de investigación que el agraviado solicita es inútil e impertinente y por ello se deniega, en la audiencia de la etapa intermedia así se argumentará.

Aun cuando todo depende de la actuación de los Fiscales, pensamos que los Jueces a fin de no distorsionar el principio de reparto de funciones o roles que fundamenta el modelo acusatorio, difícilmente ordenaran una investigación complementaria. Inclusom, de hacerlo pondrán en tela de juicio el principio de imparcialidad que en todo momento los jueces deben cautelar.

Para inaplicar esta disposición cabe invocar el artículo X del Título Preliminar del CPP que establece: las normas que integran el Título Preliminar prevalecen sobre cualquier otra disposición del Código. Aquellas normas se utilizan como fundamento de interpretación.

5.4. - VALOR DEL AUTO DE SOBRESEIMIENTO

Siempre se discute en el mundo académico el valor que tiene un auto que declara el sobreseimiento de un proceso penal. Sin embargo, el legislador del Código Procesal del 2004, que se ha limitado a desarrollar el modelo procesal penal previsto en la vigente Constitución Política del Estado, ha puesto fin a la discusión y ha previsto en forma clara en el inciso 2 del artículo 347 que el sobreseimiento tiene carácter definitivo, tal como aparece ya previsto en el inciso 13 del artículo 139 de la Constitución.

La declaración del sobreseimiento en forma lógica importa u origina el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dictó y adquiere la autoridad de cosa juzgada, es decir, nadie puede revivir el proceso finalizado con sobreseimiento. El Profesor San Martín Castro[18] enseña que el sobreseimiento es la resolución firme emanada de órgano jurisdiccional competente, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada.

Aquella disposición tiene efectos prácticos muy importantes. Por ejemplo, a una persona favorecida con un auto de sobreseimiento nunca más un Fiscal podrá investigarla y menos sancionarlo un Juez por el mismo hecho objeto de un

[18] V.I, 2003, p. 615.

sobreseimiento anterior. Si eventualmente ello sucede, opera de modo eficaz el *ne bis in ídem* (no dos veces por los mismos hechos) procesal o sustancial dependiendo ello del caso concreto[19]. Debe tenerse en cuenta siempre que e*l ne bis in idem* funciona o prospera cuando en dos o mas procesos penales concurren el mismo objeto, el mismo sujeto e idéntico fundamento como lo ha reiterado el Tribunal Constitucional en varias sentencias. Esto es, el o los mismos imputados, el o los mismos hechos investigados así como el mismo bien jurídico protegido de los delitos objeto de los procesos.

En mérito al principio de la doble instancia, el auto de sobreseimiento puede ser objeto de apelación pero ello de modo alguno impide de ser el caso, la inmediata libertad del imputado a quien favorece.

5.5. SOBRESEIMIENTO TOTAL Y PARCIAL

En el caso de procesos de cierta complejidad por pluralidad de imputados, el sobreseimiento puede ser total o parcial. Será total y se archivará el caso para todos ellos, cuando no se acredita la participación del conjunto de imputados en el delito o su existencia no se ha demostrado. Será parcial cuando de esa pluralidad de imputados, subsisten cargos contra alguno o algunos de ellos, a quienes se les formula acusación, en cuyo caso se sobreseerá el proceso respecto de unos y se declarará la procedencia de juicio oral contra quienes resulten acusados[20].

En tal línea se tiene que el requerimiento y consecuente declaración judicial de sobreseimiento será total cuando comprende a todos los delitos y a todos los imputados involucrados en el caso objeto de investigación preparatoria. En cambio, se produce el sobreseimiento parcial cuando sólo se circunscribe o limita a algún delito o algún imputado, de los varios que son o fueron materia de investigación preparatoria. Si este fuere el caso, el proceso continuará respecto de los demás delitos o imputados que no los comprende (345 CPP)

6. **LA ACUSACIÓN FISCAL**

[19] En este aspecto, debemos tener siempre en cuenta el artículo III del Título Preliminar del CPP de 2004 que dispone “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho Penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”.

[20] Cfr. San Martín Castro, V.I, 2003, p. 618.

6.1. CUESTIÓN PRELIMINAR

De acuerdo al artículo 344 del CPP, luego que el Fiscal responsable del caso da por concluida la investigación preparatoria, ya sea por que considera que cumplió su objetivo o porque el Juez de la investigación preparatoria, así lo determinó luego de producida una audiencia de control de plazo, en el lapso no mayor de quince días en el primer supuesto, o en un plazo no mayor de diez días en el segundo, podrá decidir si formula o no acusación. Formulará acusación siempre y cuando existan suficientes elementos de convicción para que así proceda.

La acusación es un pedido fundamentado que realiza el Fiscal a la autoridad jurisdiccional para que el caso investigado pase a juicio oral y por tanto, contiene la promesa que el hecho delictivo investigado así como la responsabilidad penal del imputado serán acreditados en el juicio oral público y contradictorio[21].

El Fiscal formulará acusación luego que del análisis de los resultados de la investigación preparatoria (efectuada con el exclusivo objetivo de buscar, recolectar y reunir los elementos de convicción de cargo y descargo) llega a las siguientes conclusiones:

1) Existen elementos o medios de prueba (no prueba debido que ésta a excepción de la prueba anticipada, sólo se produce en el juicio oral) suficientes que determinan o crean convicción en primer término, que la conducta investigada constituye delito de acción pública.

2) Luego, si aquellos elementos o medios de prueba existentes sirven para determinar las circunstancias y móviles de su comisión, así también determinar si sirven para identificar en forma fehaciente a los autores y partícipes, así como a la víctima del delito investigado.

La acusación será debidamente motivada, es decir, se hará una justificación tanto interna como externa, utilizando para tal efecto los elementos de convicción con los que cuenta el Fiscal

[21] Alberto Binder prefiere señalar que "la acusación es un pedido de apertura a juicio por un hecho determinado y contra una determinada persona, y contiene una promesa -que deberá ser fundamentada- de que el hecho podrá ser probado en juicio". Ob. Cit. p. 60. Por su parte el profesor San Martín Castro, citando al español Gómez Colomer define a la acusación como el acto procesal mediante el cual se interpone la pretensión procesal penal, consistente en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena y una indemnización a un persona por un hecho punible que se afirma ha cometido. En consecuencia, no puede acusarse a una persona incierta y no identificada. V.I. 2003, p. 622.

responsable del caso. Si no se procede de tal forma, se dará cabida que el imputado y su defensor soliciten el sobreseimiento en la audiencia preliminar.

La acusación sólo se referirá a hechos y personas incluidos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, no obstante, el Fiscal puede efectuar una calificación jurídica diferente.

Esto significa que el fiscal al momento de acusar puede decir por ejemplo: los hechos no constituyen estafa como se venía investigando sino apropiación ilícita. Pero lo que no puede hacer es cambiar la realidad de los hechos ni menos a las personas investigadas. Ello tiene su fundamento en la exigencia constitucional de evitar acusaciones sorpresivas.

En la acusación, el Fiscal responsable del caso también podrá señalar alternativa o subsidiariamente las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto al de imputación principal. Esto tiene trascendencia para el caso que no resultare demostrado en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal pero si se demuestra la concurrencia de los elementos de la calificación alternativa.

Esta forma de proceder evita que en estos casos, los imputados queden sin sanción y por otro lado, se evita la indefensión de los imputados. Una vez que el imputado conoce la acusación y verifica que hay una calificación principal y otra alternativa o subsidiaria, estará en la posibilidad concreta de planificar su estrategia de defensa para atacar ambas imputaciones. Se minimiza la posibilidad que el imputado pueda alegar indefensión.

El Fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda. Igual ocurre con el proceso inmediato regulado en los artículos 446, 447 y 448 del CPP, con la diferencia que en este proceso, la formulación de acusación es en tiempo más corto desde que ocurrió el hecho delictivo.

6.2. CONTENIDO DE LA ACUSACION

El inciso 1 del artículo 249 del CPP, establece en forma taxativa el contenido que debe tener el escrito de acusación formulado por el Fiscal responsable del caso. En efecto, aquel numeral prevé que la acusación será debidamente motivada y contendrá:

a. Los datos que sirvan para identificar al imputado. Es común denominar a estos datos como generales de ley del imputado.

b. La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos.

En este punto, se narrará o describirá en forma clara la o las conductas que a decir del Fiscal fueron desarrolladas por el imputado en la comisión del delito. Si hay varios imputados, en la acusación habrá varias descripciones de conductas. A cada imputado se le asignará sus hechos con los cuales participó en la comisión del injusto penal investigado. Esto tiene por finalidad que el imputado conozca los hechos concretos que se le atribuye y pueda armar su estrategia de defensa. No es posible acusaciones generales que lamentablemente aun se observa en el modelo mixto.

c. Los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio. Aquí el Fiscal expondrá brevemente sobre los elementos de convicción que ha recogido en la investigación preparatoria (actos de investigación, diligencias, medios o elementos de prueba, etc)

d. La participación que se atribuya al imputado. Deberá establecer en forma contundente si la participación del acusado en el delito investigado fue a título de autor, coautor, instigador, cómplice primario, cómplice secundario, etc.

e. La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran. Por ejemplo, si el imputado tiene una edad menor a 21 años, en la acusación se señalará que cuenta con responsabilidad restringida.

f. El tipo penal que tipifica el hecho. Se indicará el o los artículos del Código Penal que tipifican el delito objeto de acusación. En caso que se trate de un delito agravado, se indicará primero el artículo que recoge el tipo básico del delito y luego se citará el artículo que contiene la agravante.

g. La cuantía de la pena que se solicite. Entre el mínimo y el máximo de pena que prevé los tipos penales de la parte especial del Código Penal, el Fiscal valorando la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos investigados, personalidad del agente así como su conducta exteriorizada en la investigación preparatoria, propondrá al Juez que imponga al acusado determinada pena que

según el artículo 28 del Código Penal son: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa.

Las razones, consideraciones o fundamentos del cuantun de la pena que se solicita deberán ser expresados en la acusación.

h. El monto de la reparación civil. Según el artículo 92 del CP la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, la misma que comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al agraviado del delito (Art. 93 CP).

i. Los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo. Se entiende que sólo se consignará tal aspecto cuando en la investigación preparatoria se hay trabado algún embargo o incautado bienes al acusado.

J. Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia.

En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y lo más importante, se deberá precisar los puntos sobre los cuales en su oportunidad, aquellos serán examinados en el juicio oral.

k.- Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

6.3. EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN DEL CONTENIDO DE LA ACUSACION.

Una vez que el Juez de la investigación preparatoria recibe la acusación, en forma inmediata notificará el contenido de la misma a las otras partes del proceso. Se adjuntará a la notificación copia de la acusación fiscal. Luego de recibida la citada notificación, en el plazo máximo de diez días (1, 350 CPP), las partes como son el imputado o la parte civil o el tercero civil podrán optar por las siguiente alternativas:

a) Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, solicitando su corrección.

b) Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos.

c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción. Aquí muy bien la parte civil podrá solicitar la ministración provisional

de posesión en caso de tratarse de un proceso de usurpación. En su caso, el imputado podrá solicitar se le varíe la medida coercitiva que viene sufriendo por una menos gravosa. Dependiendo del cuantun de pena que se solicita en la acusación y otras circunstancias, la defensa del imputado por ejemplo, puede solicitar se le varíe la prisión preventiva por comparecencia simple o restringida.

d) Solicitar la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242 y 243.

e) Solicitar el sobreseimiento. Hecho que como es natural podrá efectuarlo sólo el imputado y su abogado defensor. Esta alternativa podrá efectuarse cuando el imputado y su defensa estén convencido que los medios de prueba recogidos en la investigación preparatoria, apoyan su posición en el sentido que los hechos que se le imputan no constituyen delito o que, él no es autor ni partícipe del delito investigado o en su caso, corroboran la concurrencia de una causa de justificación plena.

f) Motivar o en su caso, solicitar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad.

g) Ofrecer medios de prueba para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate.

h) Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.

i) Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

j) Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.

7. - CONVENCIONES O ACUERDOS PROBATORIOS

7.1. ACUERDOS SOBRE HECHOS

En concordancia con el inciso 2 del artículo 350 del CPP, luego de notificados la acusación, los demás sujetos procesales conociendo ya el contenido de la acusación así como las propuestas fácticas y peticiones que hace el Fiscal, podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el Juicio.

Respecto de este tipo de acuerdos el Juez por ningún motivo puede desvincularse.

Por ejemplo, tanto imputado y su defensa como el Fiscal se pueden poner de acuerdo que el imputado causó la muerte del occiso. En este caso, el juicio sólo girará en tornó a determinar los móviles y circunstancias en que el imputado cometió el homicidio, etc.

Es recomendable en el nuevo modelo que el Fiscal propicie y busque ponerse de acuerdo con la defensa del imputado sobre aspectos fácticos que están suficientemente acreditados en la investigación y destinar todo su esfuerzo y energías en los puntos que resultan controvertibles. Un buen Fiscal debe saber ahorrar esfuerzos para dedicarlos a los puntos que considera débiles y por tanto pueden poner en peligro su acusación. Pero todo depende de la estrategia que se haya trazado al inicio de la investigación preparatoria y también de la estrategia que pretende desarrollar en el centro o corazón del proceso penal: el juicio oral. En idéntica situación se encuentra el abogado defensor.

7.2. ACUERDOS SOBRE MEDIOS DE PRUEBA

Asimismo, los sujetos procesales luego de conocer el contenido de la acusación y por tanto saber que medios de prueba está ofreciendo el Fiscal, pueden proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que son necesarios para que determinados hechos se estimen probados. Siguiendo el ejemplo citado, las partes pueden ponerse de acuerdo que el protocolo de autopsia acredita la muerte del occiso por impacto de bala.

Se trata de las denominadas “convenciones probatorias”, que son acuerdos relativamente vinculantes, pues el Juez sólo si resultan irrazonables puede desestimarlos[22]. En efecto, el Juez, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de tales acuerdos toda vez que tienen que ver con la actividad probatoria. Sin embargo, el legislador ha sido claro en exigir que la desvinculación sea fundamentada, motivada o mejor dicho justificada. Si el juez de la investigación preparatoria, no cumple con expresar las razones o fundamentos que le llevan a rechazar el acuerdo de las partes, carecerá de efecto la decisión que los desestime y en consecuencia, el acuerdo se tendrá por aprobado.

8. - AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN

[22] San Martín Castro, ob.cit, p. 38.

Presentados los escritos y requerimientos de los sujetos procesales o vencido el plazo máximo de diez días, el Juez de la investigación preparatoria que dirige esta etapa, señalará día y hora para la realización de la audiencia preliminar. Esta audiencia se deberá desarrollar dentro de un plazo no menor de cinco ni mayor de veinte días.

En caso que los jueces de la investigación preparatoria no cumplan con citar a la audiencia preliminar en el término fijado, los Fiscales en su rol de defensores del principio de constitucionalidad y luego de legalidad, en tiempo prudencial deben requerir al Juez por escrito, cuantas veces sea necesario, señale día y hora para la audiencia[23].

Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y el defensor. La presencia del acusado no es indispensable para la instalación de la audiencia.

No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental.

Instalada la audiencia, el Juez dará la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.

El Fiscal podrá en la misma audiencia en forma oral y presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial. Es decir, el Fiscal en esta etapa sólo puede hacer correcciones sobres cuestiones de forma mas no así en cuestiones de fondo. En este supuesto el Juez, en el mismo acto de audiencia correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.

9. - DECISIONES JUDICIALES

[23] Este es el sentido del artículo Tercero de la Directiva Nro. 001-2007-MP-ETII/CPP, aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación Nro. 243-2007-MP-FN de fecha 20 de febrero del 2007. Directiva que es de aplicación obligatoria para todos los Fiscales de los distritos judiciales en los cuales esté vigente el Código Procesal Penal de 2004, bajo responsabilidad. En efecto, allí se dispone que “en los casos que el Fiscal hay remitido una acusación al Juez de la investigación preparatoria y éste, en tiempo prudencial no señala fecha de realización de la audiencia preliminar, el Fiscal como defensor de la legalidad por escrito y las veces que sean necesarias, debe solicitar al Juez señale día y hora para la realización de la respectiva audiencia.”

Luego que concluye la audiencia de control de la acusación y resolver los requerimientos efectuados por los demás sujetos procesales, el Juez responsable de la etapa intermedia y siempre dependiendo del supuesto concreto, podrá proceder del modo siguiente:

1. - Resolverá inmediatamente todas las cuestiones planteadas.

No obstante por cuestiones de tiempo como puede ser la hora avanzada por ejemplo, o la complejidad de los asuntos por resolver, el Juez puede diferir la emisión de su resolución hasta por cuarenta y ocho horas después. Este término es improrrogable. Si la resolución se difiere, la decisión simplemente se notificará a las partes. Resulta ocioso hacerlos que concurran al lugar de la audiencia para simplemente se les notifique lo resuelto por el Juez.

2. Si luego del debate se pone en evidencia que la acusación tiene defectos que requieren un nuevo análisis de parte del Fiscal, suspendiendo la audiencia por cinco días, el Juez dispondrá la devolución de la acusación para efectos que se la corrija. Corregida la acusación y entregada al Juez, la audiencia se reanudará.

En los casos que la corrección no requiera nuevo análisis, el Fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes.

Si no hay observaciones, se tendrá por modificada, aclarada o saneada la acusación en los términos precisados por el Fiscal, en caso contrario resolverá el Juez mediante resolución inapelable.

3. De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el Juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución, procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento.

4. El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o ha pedido del acusado o su defensa cuando concurran los supuestos ya analizados, requisitos que prevé el inciso 2 del artículo 344, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba.

Es obvio que si en la audiencia aparecen evidencian que los hechos por los cuales se acuso no constituye delito o, aparecen indicios razonables o medios de prueba que evidencian de manera contundente que el acusado no participó en la comisión del delito objeto de acusación, o peor la acción penal del delito prescribió, el

Juez sin esperar que lo soliciten tiene la facultad de disponer el sobreseimiento del caso.

En otro extremo, la resolución que desestima el sobreseimiento solicitado por el imputado o su abogado defensor, no es apelable prosiguiendo la audiencia según su estado. El que no sea recurrible la desestimación del sobreseimiento se fundamenta en el hecho que el imputado tiene su oportunidad trascendental de probar su inocencia que alega en el juicio oral.

5. Se admitirá los medios o elementos de prueba ofrecidos por las partes, siempre y cuando:

a) La petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor esclarecimiento del caso; y

b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el Juicio oral.

El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. Esta exigencia debe cumplirse a cabalidad en cuanto a las testimoniales, caso contrario los interrogatorios corren el riesgo de tornarse en tediosos e inútiles para los fines del proceso penal.

La resolución que se dicte por ejemplo denegando la admisión de algún medio de prueba no es recurrible. Este aspecto procesal también tiene su fundamento y explicación en el hecho que luego, en la instalación de la audiencia del juicio oral, la parte interesada en que el medio de prueba se actúe, tiene la posibilidad de volver a ofrecer su medio de prueba denegado. En esta oportunidad, dependiendo de los argumentos que exprese, es posible que sea admitido.

6. La resolución sobre los acuerdos o convenciones probatorias, no es recurrible. En el auto de enjuiciamiento se indicarán de forma precisa y clara los hechos específicos que se dieren por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

7. La decisión sobre la actuación de prueba anticipada no es recurrible. Si se dispone su actuación, ésta se realizará en acto aparte conforme a lo dispuesto en el artículo 245, sin perjuicio de dictarse el auto de enjuiciamiento. Podrá dirigirla sólo un Juez si se trata de Juzgado Penal Colegiado

10. - EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO.

Una vez que se han resuelto todas las cuestiones planteadas, el Juez dictará el auto de enjuiciamiento. Este no es otra cosa que la resolución por la cual la autoridad jurisdiccional encargada de la etapa intermedia dispone que el caso pasa a la etapa estelar del proceso penal: el juicio oral. La resolución, bajo sanción de nulidad (353 CPP) deberá contener los siguientes aspectos:

1. El nombre completo de los imputados y de los agraviados.

2. El delito o delitos materia de la acusación fiscal, indicando el tipo penal respectivo y de ser el caso que se hubieran planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias.

3. La enumeración de los elementos o medios de prueba ofrecidos por las partes y admitidos por el Juez para ser actuados en el juicio oral.

4. El ámbito de las convenciones probatorias.

5. La indicación de las partes constituidas en la causa.

6. La orden de remisión, es decir, la disposición que el caso pasa al despacho del juez unipersonal o colegiado de juzgamiento, ello dependiendo del caso, que se hará responsable de la realización del Juicio oral.

El auto de enjuiciamiento al constituir una decisión judicial por la cual se admite el pedido del Fiscal que el acusado sea sometido a juicio oral, público y contradictorio, cumple función trascendente en el proceso penal. Aquí se determina el contenido preciso del juicio, delimitando su objeto y por ello se precisa que se describa en forma clara el hecho justiciable[24].

Esta determinación tiene su *leif motiv* en el principio procesal de congruencia entre acusación y sentencia, según el cual la sentencia que se dicte al final del proceso sólo podrá versar sobre los hechos que originaron el inicio del juzgamiento. Ello tiene por finalidad evitar acusaciones sorpresivas y por otro lado, garantizar una adecuada defensa del imputado.

Luego, el auto de enjuiciamiento será notificado al Fiscal y los demás sujetos procesales tal como lo establece en forma taxativa el inciso 1 del artículo 354 del CPP. Acto seguido, en un plazo máximo de 48 horas se producirá la remisión o traslado material del caso al Juez unipersonal o colegiado responsable del juicio oral, adjuntando de ser el caso, los documentos y los objetos incautados. Se pondrá

[24] Véase: Binder, Ob. Cit. p. 65.

a su disposición a todos los imputados que tengan medida coercitiva de prisión preventiva.

Acto seguido, una vez que el Juez unipersonal o colegiado recibe las actuaciones del Juez de la Investigación preparatoria, en forma inmediata dictará el auto de citación a juicio oral con indicación de la sede del juzgamiento y de la fecha de su realización (art. 355 CPP). Se ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio, incluido testigos y los peritos admitidos. Esto significa que la autoridad jurisdiccional dispondrá la notificación de las partes, testigos y peritos para que concurran al juzgamiento.

Por su parte, el inciso 5 del artículo 355 del Código Procesal Penal dispone que es obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesados coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto. El verbo coadyuvar debe entenderse como contribuir o asistir en el objetivo que los testigos o peritos concurran al juicio oral. Pero ello de modo alguno significa que el Fiscal va ha convertirse en una especie de notificador de los testigos o peritos para que concurran al juicio, como al parecer viene ocurriendo en el distrito judicial de Huaura[25], sino que el papel del Fiscal se circunscribe a hacer lo posible o contribuir que el testigo o perito que ha propuesto concurra al juicio una vez que éste ha sido bien notificado por la autoridad judicial.

[25] Según información del Fiscal Superior Coordinador Raúl Solórzano, quien incluso agrega que de esa forma los Fiscales estarían cumpliendo el papel de notificadotes. Situación que debe superarse.

UNIDAD III
DERECHO PROCESAL PENAL

- ✓ **Neyra Flores, José Antonio.** Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal. Poder Judicial https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0bc81c80443f92d68dc8ddeb309de3e9/Manual-Juzgamientoo_NEYRA+FLORES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0bc81c80443f92d68dc8ddeb309de3e9

Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal

Preparado por:

José Antonio Neyra Flores

Dr. JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES

El doctor José Antonio Neyra Flores, es Abogado, con estudios de Maestría en Derecho Penal en la Universidad de San Martín de Porres y Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en los cursos de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Práctica Penal; Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, en los cursos de Derecho Procesal Penal y Derecho Penitenciario; Catedrático de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor de la Academia de la Magistratura.

EL PROCESO PENAL ACTUAL

En el presente capitulo se hará una breve reseña acerca de la configuración del proceso penal según la regulación vigente. En ella se podrá de manifiesto las limitaciones y aspectos críticos subyacentes a nuestro proceso penal. En primer término, se dejará en claro el verdadero ámbito de aplicación del juicio oral y las modificaciones que derivaron en una supresión de éste para el procesamiento de la mayoría de delitos.

Asimismo, se pondrá suscintamente en evidencia las carencias con las que cuenta el actual juicio oral que hacen de éste una estructura meramente simbólica y que desemboca –al lado del procedimiento sumario– en una configuración netamente inquisitiva del proceso penal peruano.

1. BREVE RESEÑA DEL PROCESO PENAL EN EL PERÚ

El estado actual del Proceso Penal en el Perú, es producto de la convergencia de distintos factores: económicos, políticos, sociales, culturales; los cuales determinan la producción de normas en esta materia, no siempre de manera coherente ni acorde con la normativa supranacional que en materia de Derechos Humanos existe.

En el Proceso Penal vigente, diferenciamos diversos tipos de procedimiento entre los cuales podemos ubicar el procedimiento ordinario y el procedimiento sumario, ambos con presencia latente del Sistema Inquisitivo. Sin embargo, ello no fue siempre así, porque el código de procedimientos penales de 1940, determinó que el proceso penal se dividiera en dos etapas: Instrucción y Juzgamiento. Ambas etapas a cargo de diferentes jueces.

Con ello queda claro, que el Procedimiento Sumario no estuvo regulado primigeniamente por el legislador del '40 porque su principal redactor –Carlos Zavala Loayza– en la exposición de motivos señaló que una de las motivaciones de ese código era quitarle la facultad de fallo a los jueces instructores, estableciendo que el Juicio Oral era consustancial al proceso[1].

[1] En ese sentido, en la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Penales, se señala que "... En materia criminal es más trascendental y necesaria la cesura del proceso y la distinción y la distinción de los funcionarios a quienes se da intervención en cada una de las etapas. El instructor no puede no debe ser magistrado pasivo e imparcial que se requiere para el juzgamiento, porque de colocarlo en esa situación peligraría la obra que estuviera a su cargo. Su labor investigatoria debe distinguirse de contrario por una efectiva espontaneidad e iniciativa en la persecución, como representante de la sociedad y de la parte agraviada...". En: GUZMÁN FERRER, Fernando. Código de Procedimientos Penales. 7ma Ed. No Oficial. Legislación Peruana. 1977. pp. 09-10.

Sin embargo, en 1969 a pesar de que el legislador del '40 dejó clara la idea que el juez que investigaba no podía fallar, e inspirada en la sobrecarga procesal existente en los Tribunales Correccionales debido a la gran cantidad de delitos de poca monta, que tenían que ser resueltos en esa sede, emite el Decreto- Ley N° 17110.

Estableciendo con el referido Decreto Ley que, en determinados delitos taxativamente enumerados, el mismo Juez que investigaba, tendría facultad de fallo suprimiendo con ello la etapa del Juicio Oral. Aún así, hay algo que resaltar de este tipo de procedimiento, y ello esta referido a que en el Art. 9 se establecía que contra la sentencia dictada por el juez de instrucción procedía recurso de apelación y que ello daría paso a la realización de una audiencia con las características de un procedimiento ordinario.

Con la dación de este decreto ley, se abre paso a un régimen de excepción, que iría restringiendo progresivamente la realización del juicio oral en determinados delitos hasta llegar a una sumarización de los procedimientos en la totalidad de delitos, lo que inicialmente se constituyó como una excepción, posteriormente la encontraríamos como la regla.

Así tenemos que a partir de 1981 se empieza a desdibujar el panorama del proceso penal peruano, ampliando cada vez más el ámbito de aplicación del procedimiento sumario, con la derogación del Decreto Ley 17110, sustituyéndolo por el Decreto Legislativo 124, que ya no establecía en ningún articulo y bajo ninguna circunstancia la posibilidad de que un caso tramitado en la vía sumaria se ventilara en el procedimiento ordinario.

El siguiente paso para la sumarización del proceso penal se da en 1996, fecha en que se publica la Ley N° 26689, que enumera de manera taxativa los procesos sujetos a la tramitación ordinaria, convirtiendo la excepción (procedimiento sumario) en regla. En el año 2001, esta lista se precisa aún más y lo que finalmente queda del panorama del proceso penal es una estructura en la cual el 90% de delitos se tramitan mediante el procedimiento sumario, quedando solo el 10% de los delitos sujetos al tramite ordinario.

Con ello, el procedimiento sumario se manifiesta como el paradigma del sistema inquisitivo en el Perú, al concentrar las funciones de investigación y juzgamiento en un solo funcionario: el juez. Y no solo eso, también elimina la oralidad, la publicidad, inmediación, contradicción, etc., del proceso penal al eliminar la etapa de juzgamiento. Con ello, el 90% de los delitos se tramitan mediante un procedimiento netamente inquisitivo.

Pero aún en el caso del procedimiento ordinario, en el que aún se mantiene la etapa de juzgamiento, ésta deviene en ser una etapa meramente simbólica del proceso penal, convirtiendose virtualmente en una etapa formal que tampoco

asegura los estándares mínimos de procedimiento para que este merezca el adjetivo de debido.

2. JUICIO ORAL: ¿FASE SIMBÓLICA?

Como habíamos afirmado en párrafos precedentes, dentro de la estructura del procedimiento ordinario existen dos etapas plenamente diferenciadas: la etapa de instrucción y la etapa de juzgamiento o Juicio Oral. Esta segunda etapa es la que nos interesa en el presente análisis.

Si entendemos el juicio oral como la etapa principal del proceso penal y como la única etapa en la cual se puede dar la producción de la prueba que puede fundar una sentencia de culpabilidad, éste debe realizarse en cumplimiento de los principios de contradicción, publicidad, imparcialidad del juzgador, teniendo como vehículo de comunicación la palabra hablada, instrumento denominado "ORALIDAD".

Así tendremos un Juicio Oral que se desenvolverá como un triangulo equidistante: a la cabeza –como tercero imparcial– tendremos al Juzgador y debajo de éste, al Fiscal sosteniendo la tesis de culpabilidad del acusado y frente a éste al acusado con su abogado defensor, que replicará el ataque del Ministerio Público.

En ese sentido, compartimos las aseveraciones realizadas por BINDER en torno a esta etapa procesal, cuando señala que el Juicio Oral es "un acto realizado por un juez que ha observado directamente la prueba, que ha tenido contacto directo con las partes fundamentalmente acusador y acusado, que se hace de un modo público, tal que los ciudadanos pueden ver por qué razones y sobre la base de qué pruebas un conciudadano será encerrado en la cárcel, y donde se garantiza la posibilidad de que el acusado se defienda"[2].

Dentro de la concepción de juicio oral que nosotros manejamos, se hace la ineludible diferenciación entre la actividad realizada en la etapa de instrucción y la actividad realizada en el Juicio Oral. Por ello, se debe entender que la actividad realizada en la etapa de instrucción solo tiene el carácter de ser PREPARATORIA, porque la instrucción es una institución orientada a la preparación del Juicio Oral, su función consiste en hallar los elementos necesarios que le permitan al Fiscal formular acusación y que se abra la siguiente etapa. Por lo tanto los actos allí realizados no deben constituir ACTOS DE PRUEBA, sino solo ACTOS DE INVESTIGACIÓN.

[2] BINDER, Alberto Política Criminal de la Formulación a la Praxis. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1997. p. 218.

Sin embargo, en la actualidad el CdePP de 1940 en su Art. 280 nos señala que al momento de valorar las pruebas, el juzgador no solo tendrá que apreciar las pruebas ofrecidas en la Audiencia, sino también las actuaciones de la etapa de instrucción al momento de sentenciar. De esta manera, el legislador le otorga la misma fuerza probatoria a actuaciones que se han obtenido con diferentes niveles de garantías. Los actos de investigación no tienen el mismo nivel de garantías que los actos de prueba, porque no se realiza bajo los principios de publicidad, inmediación, contradicción ni utilizando el instrumento de la oralidad.

Logrando con ello que sentencias condenatorias se puedan fundamentar en información obtenida solo en actos de investigación desarrollados durante la etapa de la instrucción, bajo la dirección del juez penal y la colaboración del Fiscal Provincial. Valorando los Vocales Superiores elementos que no han sido producidos ante ellos y por el contrario obtenidos en forma escrita reservada y sin contradicción.

Otra muestra más de lo *"simbólica"* que es la etapa de juicio oral, la constituyen las facultades de investigación de oficio y la posibilidad amplia no solo de dirección sino de participación activa con las que cuentan los Vocales durante la realización del juicio oral.

Así tenemos, por ejemplo, que al Tribunal se le atribuye las funciones de examen del acusado e interrogatorio de los testigos y peritos, siendo ellos quienes examinan en primer término en el caso del acusado y en segundo término en el caso de testigos. De este modo, los Vocales Superiores, dejan de lado la imparcialidad consustancial a su función y se sustituyen a la actuación que deberían tener las partes. Esto lo encontramos regulado en los artículos 247 y 251 del CdePP de 1940.

Asimismo, una característica más de la cultura inquisitiva que vive nuestro proceso penal, se manifiesta en el hecho que se le permite a los Vocales Superiores, actuar prueba de oficio. Regulado en el artículo 240 del CdePP de 1940, en donde si el tribunal lo cree conveniente se puede presentar objetos que tengan relación con el delito.

Las razones esgrimidas, de modo puramente ejemplificativo, nos sirven para concluir que en la actualidad el Juicio Oral –solo regulado para el 10% de delitos– resulta ser meramente simbólico, porque no esta en consonancia con las concepciones de un proceso penal respetuoso de las garantías individuales esgrimidas en el contexto de un Estado Democrático de Derecho.

PREGUNTAS GUÍAS

1. ¿Cuál fue la configuración inicial de la estructura del proceso penal en el CdePP de 1940, antes de las modificaciones realizadas?

2. ¿Cuáles son las modificaciones que se realizaron para que la inicial estructura del proceso penal variara de manera radical?

3. ¿Cuál es la diferencia esencial entre el procedimiento sumario y el procedimiento ordinario?

4. ¿Cuáles son las características que hacen del Juicio Oral una etapa meramente simbólica?

EL SISTEMA ACUSATORIO

A lo largo de la historia se han dado tres sistemas procesales: Acusatorio, Inquisitivo y Mixto, los cuales han determinado la configuración externa del Proceso Penal en cada época. En el presente capitulo se desarrollara las características más importantes del Sistema Acusatorio y las implicancias que de éste se derivan para la estructuración del proceso penal.

Una comprensión adecuada del sistema en el cual se desenvuelven las instituciones estudiadas, nos ilustrarán acerca del contenido con el que debemos dotar al juicio oral en determinado sistema.

1. QUÉ ENTENDER POR SISTEMA ACUSATORIO

Para entender el sistema acusatorio debemos tener en cuenta, aunque sea muy someramente, su origen histórico y respecto de ello podemos decir que es el primero en aparecer en la historia[3]. Nace en Grecia, de donde se extendió a Roma y sus orígenes se vinculan con una concepción Democrática, tan es así que fue adoptado por los antiguos regímenes democráticos y republicanos y prevaleció hasta el siglo XIII, cuando fue sustituido por el sistema inquisitivo. La denominación de Sistema Acusatorio toma ese nombre porque en él ubicamos de manera latente el Principio Acusatorio.

El Principio Acusatorio implica la repartición de tareas en el proceso penal puesto que el juzgamiento y la acusación recaen en diferentes sujetos procesales es por eso que el Juez no puede efectuar investigaciones por cuenta propia ni siquiera cuando se cometa un delito durante el juicio entiéndase delante de él, en este caso deberá comunicarlo al fiscal de turno; sin embargo, el Sistema Acusatorio no solo implica la separación de funciones entre juzgador, acusador y defensor sino también que trae consigo otras exigencias fundamentales tales como que necesariamente deben existir indicios suficientes de que un individuo haya cometido un hecho constitutivo de delito y no solo meras sospechas para poder realizar una imputación o iniciar un proceso afectando de esta manera la dignidad del sujeto imputado.

Del mismo modo también se establece que debe haber igualdad de armas antes y durante todo el proceso, pues el derecho de defensa que tiene el imputado

[3] Cf. GRILLO LONGORIA, José Antonio. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Ediciones Pueblo y Educación. La Habana, 1973. p. 4.

es una derivación del principio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* reconocido como un derecho fundamental; otra exigencia es que el imputado no tiene el deber de ofrecer prueba en su contra sino que la carga de la prueba le corresponde al Fiscal como titular de la acción penal; así mismo también otra exigencia fundamental es que sin acusación no hay posibilidad de llevar a cabo juzgamiento alguno sobre la base del principio *"nemo iudex sine actore"* es decir sin acusación externa no puede iniciarse un proceso.

Otra de las exigencias en este sistema es la evidente correlación que debe existir entre acusación y sentencia y solo cuando el fiscal o el querellante pida la ampliación de acusación al Juez, el órgano jurisdiccional podrá sancionar al imputado por hechos no contemplados en la acusación inicial pues la acusación debe contener todos los puntos o delitos que se atribuyen al imputado para no sorprender a la defensa y se respete el derecho de defensa que tiene el imputado y limitar su competencia fáctica a los hechos objeto del proceso.

Además en este sistema se encuentra vigente también la exigencia de la interdicción de *reformatio in peius* que se debe seguir como garantía del imputado recurrente; esta prohibición implica analizar el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior que se produce cuando la condición jurídica del recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de su recurso, si el imputado recurre en forma exclusiva a un tribunal *A Quem,* a fin de mejorar su situación jurídica, el tribunal por este merito no podrá agravar su situación, en la medida que este debe sujetarse a la pretensión de las partes. Situación distinta acontece cuando el acusador publico impugna también la sentencia, a fin de que se agrave la pena en este caso el tribunal hace suya la pretensión punitiva del agente fiscal y no se produce vulneración alguna a este principio general del derecho procesal.

Asimismo, San Martín Castro[4] señala que las características de un sistema acusatorio son:

- El proceso se pone en marcha cuando un particular formula la acusación. El juez no procede de oficio.
- La acusación privada determina los ámbitos objetivo y subjetivo del proceso, es decir el hecho punible y la persona que se va a procesar.
- Rige el brocado *iuxta alegata et probata* es decir el juez no investiga hechos ni practica pruebas no ofrecidas por la partes.
- El juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada ni por hechos distintos de los imputados. Es el principio de inmutabilidad de la imputación.

[4] SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. 2da ed. actualizada y aumentada. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2003. p. 124.

- El proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad

En los últimos tiempos, la mayor parte de los principios y reglas conformadoras del órgano jurisdiccional y del proceso penal han pretendido centrarse en el principio acusatorio que establece un juicio oral publico y contradictorio como etapa central del procedimiento.

Así, Montero Aroca señala que la distinción juez instructor y juez decidor se deriva de la incompatibilidad de funciones y no guarda relación alguna con la pretendida imparcialidad objetiva del juez[5], así pues el que el juez haya instruido no supone que el mismo tenga interés en que la sentencia se dicte en un determinado sentido, el instruir no afecta la parcialidad sino que comporta la realización de dos actividades incompatibles atendiendo a la forma regular del proceso es decir en la práctica misma.

Otra de las reglas es que el juez no puede acusar, la distinción entre parte acusadora y juez no es algo propio de una clase proceso sino que atiende a la esencia misma del proceso y esto se manifiesta en que no puede haber proceso si no hay acusación y esta ha de ser formulada por persona distinta de quien va a juzgar. En ese sentido, Montero Aroca señala que no puede confundirse esta regla de que no hay proceso sin acusación, con el que no puede haber condena sin acusación pues son cosas diferentes, pues aun cuando el juez en el proceso se percate de la existencia de otros delitos no los podrá condenar y solo se podrá basar en el objeto del proceso, pues no puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distintas de los acusados.

Pues contrario al sistema acusatorio al sostener que en la calificación jurídica la acusación vincula al juzgador, se esta diciendo algo tan absurdo como que el proceso penal rige el principio *Iura Novit Curia*.

2. SISTEMA ACUSATORIO Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El Perú es un Estado de Derecho como proclama el Art. 43 de la Constitución. Ello significa que el Perú es un Estado que está regido por una Ley Suprema que consagra determinados derechos fundamentales, inherentes a la personalidad humana que limitan y establecen un sistema eficaz de control ante los Tribunales, cuando se produzca una violación, ataque o menoscabo.

Los Estados que reconocen a sus ciudadanos la titularidad de derechos fundamentales y, lo que es aun más importante, el ejercicio de estos derechos, tienen

[5] MONTERO AROCA Juan. Derecho Jurisdiccional II. Procesal Penal. 8va edición. Tirant lo Blanch. Barcelona, 1999. p. 22.

con seguridad instituciones sólidas y democráticas vibrantes que resguarden el cumplimiento de estos.

Así pues, la prevalencia de un Sistema Acusatorio en un Juicio Oral según BINDER[6] representa que el Juicio sea la etapa mas importante y plena del proceso penal pues todo el sistema procesal en su conjunto no es ajeno al Juicio oral sino está encaminado a ello, por ello la idea y la organización de un Juicio contradictorio seria inconcebible sin la vigencia de un principio acusatorio y de un Estado de Derecho.

El proceso penal debe tener como faro orientador el respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales, que se llevará a cabo bajo el respeto de un principio acusatorio que sigue una concepción democrática y que significa en lo esencial que son personas distintas quien acusa –sea un órgano oficial o un particular, ofendido o no por el delito que debe promover y atender una acusación contra otra– y el juzgador, aquel obligado a pronunciarse sobre la acusación, pero limitándose a los hechos esenciales que constituyen el objeto del proceso con imposibilidad de alterarlos.

En ese marco de ideas, la configuración del sistema acusatorio –propio de un Estado de Derecho– se deriva de la constitucionalización de los principios procesales. De una lectura del texto constitucional, podemos apreciar que ésta recoge en su normativa importantes derechos y principios de carácter procesal penal, cuya aplicación directa viene encomendada a todos los juzgados y tribunales quedando el último control a cargo del Tribunal Constitucional.

Como muestra de ello, tenemos al principio de presunción de inocencia señalado en el Art. II del titulo preliminar del NCPP 2004 “toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal”. El titulo preliminar, solo recoge la regulación ya existente en el ámbito constitucional, porque ésta así lo establece en su Art. 2 inciso 24 literal e en la cual señala que “...toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Del mismo modo, en el Art.139 inciso 9 establece “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”, regulando otro principio aplicable al proceso.

Así mismo se ha recogido en la Constitución el tema de la competencia judicial penal señalada en el Art. V del T. P del NCPP 2004 donde se establece que le corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley y que nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la ley;

[6] BINDER, Alberto. Iniciación del Proceso Penal Acusatorio. Para Auxiliares Jurisdiccionales. Editorial Alternativas. Buenos Aires, 1999. p. 32.

en ese sentido se encuentra también plasmada la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional en el Art. 139 inciso 1 de la Constitución Política del Perú.

Siguiendo el análisis de la norma procesal y constitucional, el principio de legalidad penal establecido en el NCPP 2004 Art. VI del T P llamado también legalidad de las medidas limitativas, que a su vez se encuentra constitucionalizado en el Art. 2 inciso 24 literal d del NCPP 2004, establece que: "Nadie será procesado ni condenado por acto omisión que al tiempo de cometerse no este plenamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Así también en el Art. VII sobre la vigencia e interpretación de la ley procesal penal, también se recoge en la Constitución en el Art. 103 "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorece al reo".

De esta manera también el derecho de defensa que ha sido recogido por el Art. IX del T.P del NCPP 2004 Artículo IX establece que: "Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

Así también el inciso 2 establece que: "Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad".

Al respecto la Constitución Política en su Art. 139 inciso 14 recoge el principio de no ser privado de derecho de defensa en ningún estado del proceso y que toda persona tiene derecho a ser informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención, así también tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

3. SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL EN EL JUICIO ORAL DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Nuevo Código Procesal Penal de 2004 se inspira en el mandato constitucional de respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona y busca establecer un equilibrio entre estos derechos y las facultades de persecución y sanción penal del estado a través de sus órganos competentes, ello se fun-

damenta en el principio de limitación del poder que tiene y debe informar a un Estado Democrático de Derecho, cuyo limite son los derechos fundamentales reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que son incorporados al derecho interno.

Entre los rasgos más esenciales del Sistema Acusatorio Adversarial que encontramos en el NCPP 2004 específicamente en el titulo preliminar están la gratuidad de la administración de la justicia penal; la garantía del juicio previo del cual derivan los principios de oralidad, publicidad, contradicción, doble instancia, igualdad procesal, presunción de inocencia, interdicción de la persecución penal múltiple; la inviolabilidad de la defensa, la legitimidad de la prueba y la legalidad de las medidas limitativas de derechos.

Así también se establece para todos los delitos, sin excepción, un proceso común y se elimina el inconstitucional procedimiento sumario que es sumamente inquisitivo y que lejos de nacer como una excepción se convirtió en una regla aplicable a casi el 90% de los tipos penales.

Centrándonos en el tratamiento que hace el NCPP 2004 del juicio oral o fase de juzgamiento, notamos que establece claramente cuáles son los principios aplicables en esta etapa pero estableciendo antes que esta es la etapa principal del proceso y debe realizarse sobre la base de una acusación realizada por el órgano competente, que se debe llevar a cabo con todas las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú.

Así pues establece que rigen en esta etapa plenamente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción durante toda la etapa de juzgamiento y en la actuación probatoria. A su vez, establece en el desarrollo del juicio se deben observar los principios de continuidad del juzgamiento y concentración de los actos del juicio, pues la audiencia se debe desarrollar en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión, así también será imprescindible identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

De esta manera también se establece como garantía de control popular que el juicio se desarrolle en forma pública lo cual representa una clave esencial del control popular y de la participación ciudadana en los procesos penales; esto trae a referencia la frase celebre de Mirabeau[7] que dice: “Dadme como juez si queréis al peor de mis enemigos con la condición de que todas las actuaciones que deba cumplir tengan que cumplirse en publico.” Así pues la presión que ejerce el público sobre el juez al momento del juicio, especialmente en jueces

[7] HONORE Gabriel Riquete, CONDE DE MIRABEAU (1749-1791) fue el máximo Orador de la Revolución Francesa (1789-1793) y ardiente defensor del Sistema Acusatorio y del Juicio Oral.

profesionales o permanentes que quieren mantener su cargo, es tal que no se llegaría a este control si los juicios se realizaran a puertas cerradas.

Sin embargo el juzgador mediante auto especialmente motivado podrá resolver, aún de oficio, que el acto oral se realice total o parcialmente en privado, en los casos expresamente establecidos como que se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio, o se afecte gravemente el orden público, la seguridad nacional o los intereses de la justicia (Art. 357).

Así mismo también establece que el juicio se debe realizar con la presencia ininterrumpida de los jueces, del fiscal y de las demás partes en caso contrario establece soluciones en caso de que estos se ausenten; así, si el acusado no concurre a la audiencia será conducido compulsivamente al juicio; y cuando el defensor del acusado, injustificadamente, se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres audiencias no consecutivas se dispondrá la intervención de un abogado defensor de oficio, y al ausente se le excluirá de la defensa y el abogado defensor de oficio continuará en la defensa hasta que el acusado nombre otro defensor; cuando el Fiscal, injustificadamente, se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres sesiones no consecutivas, se le excluirá del juicio y se requerirá al Fiscal jerárquicamente superior en grado que designe a su reemplazo.

La audiencia en este proceso se realizará oralmente y se documentará en acta, tan latente estará la oralidad en el juicio que toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella, pues está prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin, salvo quienes no puedan hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, en cuyo caso intervendrán por escrito, salvo que lo hagan por medio de intérprete. En ese sentido también las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta.

En el desarrollo del Juicio el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, lo harán los abogados del actor civil y del tercero civil exponiendo concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas y finalmente, intervendrá el defensor del acusado y expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas y cuando ya estén culminados los alegatos preliminares, el Juez informará al acusado de sus derechos y le indicará que es libre de manifestarse sobre la acusación o de no declarar sobre los hechos. Así pues el acusado en cualquier estado del juicio podrá solicitar ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o complementar sus afirmaciones o declarar si anteriormente se hubiera abstenido.

El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio; y en caso acepte los hechos objeto de acusación del Fiscal pero se mantiene un cuestionamiento sobre la pena y/o la reparación civil, el Juez previo traslado a todas las partes, establecerá debate solo sobre ese extremo.

En cambio si la respuesta es negativa el juez dispondrá la continuación del juicio y en ese sentido la actuación de las pruebas admitidas en la etapa intermedia y, solo excepcionalmente, podrá disponer de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.

Esto debido a que en el proceso penal acusatorio, los resultados de las diligencias de investigación realizadas durante la fase preparatoria no constituyen prueba para condenar, ni pueden ser valoradas directamente en la sentencia definitiva, pero esto no quiere decir que los resultados de las diligencias y los actos de investigación carezcan de valor sino que estos tienen como fin sustentar la acusación que dará paso al juicio oral.

Así la función de la prueba en un proceso judicial es precisamente procurar certeza de tales hechos sobre los cuales se debe pronunciar, la función de la prueba tiene también dos aspectos, un aspecto positivo que se refiere a la comprobación de la certeza de los hechos alegados por cada parte o por su contra parte, y en un aspecto negativo consiste en la refutación de los hechos alegados por las partes, en el proceso penal la prueba de refutación o la contraprueba es una posibilidad abierta a todo lo largo del proceso.

PREGUNTAS GUÍAS

1. ¿Cuál es el sistema adoptado por el NCPP 2004 y cuáles son los cambios significativos que se han dado en la etapa de juzgamiento?
2. ¿Cuáles son los principios procesales recogidos en la Constitución Política del Perú de 1993?
3. ¿Cuáles son las exigencias fundamentales para la vigencia de un principio acusatorio?
4. ¿Cuáles son los principios básicos que deben regir en la etapa de juzgamiento según el NCPP 2004?

EL JUICIO ORAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

La reforma del proceso penal, trae como consecuencia diferentes variantes que se manifiestan sobre todo en la revalorización de la etapa estelar del proceso penal: LA ETAPA DE JUZGAMIENTO. Y es que si en el C de PP vigente se buscó darle mayor efectividad a la etapa de instrucción, éste NCPP 2004, cambia su perspectiva y punto de partida: los juicios orales son el eje del sistema procesal que se pretende implantar como garantía de respeto de los derechos fundamentales.

En el presente capitulo tendremos oportunidad de analizar, como inciden los principios del juicio oral en la configuración de un proceso penal acusatorio. Asimismo, los principios que orientan la actividad probatoria.

1. PRINCIPIOS DEL JUICIO ORAL

En palabras de Baytelman, los principios del juicio oral son concebidos como "un conjunto de ideas fuerza o políticas que se deben de tener en cuenta para el juzgamiento de una persona[8]. En efecto, los principios son reglas fundamentales o conjunto indicadores, que garantizan el correcto manejo y desarrollo durante el inicio y culminación del enjuiciamiento.

Dentro de los principios orientadores del Juicio oral en el nuevo proceso penal, tenemos a los siguientes:

1.1. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Este principio nos informa que no debe mediar nadie entre el juez y la percepción directa de la prueba. Para que la información sea creíble se debe asumir este principio, que trae como consecuencia que la instrucción tiene solo el carácter de ser una etapa preparatoria y en ningún sentido, se le otorga valor probatorio alguno a las diligencias practicadas en ésta. Para la realización de este principio debemos contar con el instrumento de la oralidad porque la concentración propicia la mediación. Asimismo, es necesario para cumplir con la garantía de la inmediación, establecer la realización de una sola audiencia y con la presencia física interrumpida de los juzgadores, quienes evaluarán la prueba producida en su presencia.

[8] BAYTELMAN, Andrés. "Juicio Oral" En: Conferencia Magistral: "Desafíos de la Reforma Procesal Penal en el contexto Latinoamericano ". Academia de la Magistratura y Ministerio Público. Lima, 2003. p. 4.

Por, ello coincidimos con lo afirmado por Baytelman, cuando señala que "para que la información sea confiable –para que satisfaga un mínimo control de calidad- debe ser percibida directamente por los jueces. Esto es a lo que llamamos principio de inmediación: la idea de que nadie medie entre el juez y la percepción directa de la prueba, por ejemplo el testigo que está declarando. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee en un acta, entonces simplemente no está en condiciones –por capaz que sea– de realizar un verdadero juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho. La información que esa acta contiene –la información del testigo recogida en el acta– es información de bajísima calidad", y es que a falta de inmediación, siempre vamos a encontrarnos antes información que no es confiable –en términos de Baytelman– y por lo tanto, no se puede fundar validamente una sentencia condenatoria.

En virtud al principio de inmediación, el juzgador no podrá utilizar como pruebas los simples actos o medios que se encuentren por escrito. Sino por el contrario toda prueba o fuente de prueba entre otras, testigos y peritos tienen que estar presentes en la audiencia para que puedan declarar lo que saben (los testigos en su interrogatorio y los peritos en su examen).

Un sistema acusatorio otorga la importancia debida a la inmediación del juez con la prueba, razón por la que inclusive si se trata de un testigo clave y no aparece en el juicio oral, el fiscal o defensa que lo requiera no podrá presentar como prueba la declaración que este prestó en la fase de investigación o instrucción, ya que se realizó de forma escrita y reservada. Ya que al aceptarla, la Sala solo tendrá una inmediación con el papel y no con el órgano de prueba, y esta vendría a ser un contrasentido.

La única excepción a esta regla vendría a ser la prueba anticipada y la prueba pre-constituida, quines tienen su fundamento en la necesidad y la urgencia, la inmediación rige plenamente para el resto de la actividad probatoria. Los jueces no son jueces de papeles.

En concordancia con nuestro sentir, Maier nos dice que la correcta concepción del principio de inmediación radica en el respeto del enfrentamiento de intereses entre las partes. En ese sentido, afirma que "la forma de la inmediación es respetar el enfrentamiento de intereses que se produce en todo juicio, ya sea en un juicio de derecho privado como también en un juicio de derecho publico. La ley legitima a ciertas personas como representantes de ciertos intereses o bienes de los que son portadores, y estas personas son las que comparecen al juicio, a expresar cada una su verdad, y contraponerla entre ellas en forma dialéctica"[9].

[9] MAIER, Julio. "Las Notas Esenciales de la Oralidad en materia Penal". En: Congreso Internacional de Oralidad en materia Penal. La Plata, 1995. p. 120.

En efecto, un juicio oral debe realizarse en una sola sesión de audiencia y en su defecto, ya sea por la complejidad del asunto, deberá iniciarse y continuarse en forma consecutiva hasta la expedición de la sentencia como lo señala el NCPP 2004 en su Art. 360[10] con la finalidad de no afectar tal garantía, con las mini-sesiones de diversas causas en un solo día, con un criterio equivocado de celeridad en el proceso, causando la dilación en estas mini-sesiones con varios días de distancias entre una y otra, que afectan al contacto directo del juzgador con la producción de prueba en el juzgamiento.

En ese sentido se pronuncia Baytelman, cuando nos dice que "lo que interesa destacar aquí es que si los jueces no perciben directamente la información entonces no pueden estar seguros de que ella sea seria y creíble y, por lo mismo, van a estar expuestos a equivocarse al utilizar información de baja calidad. Toda excepción al principio de inmediación, entonces, debería ser vista con recelo y con sospechas por parte de los jueces, quienes deben en consecuencia hacer interpretaciones restrictivas y exigentes respecto de ellas"[11].

1.2. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Este principio permite que las partes puedan intervenir con una igualdad de fuerzas dentro del juzgamiento y realicen libremente todo lo posible para desvirtuar o controvertir el caso de la contra parte. Es la derivación de la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho de defensa establecido en el Art. 139. 14 de la Constitución Política del Perú.

Esta garantía se manifiesta en la igualdad de armas que debe existir entre las acusaciones del fiscal y la defensa del imputado. Y que la contradicción o el derecho a contradecir del imputado sea durante todo el proceso y en mayor medida dentro del desarrollo del juicio oral. Porque si pudiéramos resumir el derecho de defensa solo diríamos que debe existir "igualdad de condiciones".

Respecto al derecho de defensa, Binder indica que éste cumple "un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan vigencia concreta dentro del proceso penal"[12].

---

[10] Art. 360: "instalada la audiencia, esta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión".

[11] BAYTELMAN, Andrés. Ob. Cit. p.7.

[12] BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 1993. p 151.

Como respaldo a esta afirmación tenemos los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos que lo comprenden, como son:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14.3.d.
- La Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 8.2.d.

El nuevo NCPP 2004 establece de manera expresa el Derecho de Defensa, en el Art. IX del titulo preliminar: "toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistido por su abogado defensor de su elección o en su caso, por un abogado de oficio (...) también tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria."

En ese sentido, la contradicción –derivada del derecho de Defensa– permite también que el juez pueda aceptar una información que ha sido debidamente procesada y puesta a prueba. Previamente la trasladará a la contraparte para que sea quien logre desmentirla o desvirtuarla utilizando toda su capacidad para contradecirla, a través del contraexamen (al respecto véase supra: capitulo IV).

Por tanto a los jueces les debe interesar que la contraparte realice cabalmente su rol, para resolver con las mejores garantías el caso concreto. Pues es información obtenida de primera calidad, bajo el principio de contradicción.

Esto es lo que se denomina proceso de depuración de la información, que solo se logra con un contraexamen en un juicio oral, público y contradictorio. Por lo que se ha previsto en el nuevo Código Procesal Penal el interrogatorio directo en el artículo 375. 3 y el contraexamen en el artículo 378. 8.

La aplicación del principio de contradicción en el juicio oral, da mucha claridad al juzgador que aprecia el debate entre ambas partes, el fiscal como acusador público formula su acusación frente al acusado y su abogado defensor. Pero el Fiscal, como representante del Ministerio Publico, tiene la titularidad de la acción penal y por ende, la carga de la prueba o la carga de probar pero en sentido material. Ya que ambas son necesidades del imperio de la propia ley.

En cambio el imputado, tiene un derecho de defensa tanto de manera material y subjetiva, que lo realiza por medio de su defensor, ya que el imputado tiene el derecho subjetivo, que le da la necesidad de probar su situación jurídica.

Este es el principio que nos lleva a una bilateralidad, a una lucha en igualdad de armas. Y presupone una defensa tanto material como técnica. La primera: se da cuando es el propio procesado quien tiene la posibilidad efectiva de defenderse sobre las imputaciones en su contra. La segunda: cuando tiene la posibilidad de

elegir un defensor (abogado) y, en caso de deficiencia económica el Estado le otorgará un defensor de oficio.

1.3. ORALIDAD

Este viene a ser un instrumento principal, que produce la comunicación oral entre las partes. Ya sea como emisor o receptor. La eficacia de este principio radica en que la comunicación es oral y no escrita, por tanto, no solamente escuchamos el mensaje o la información en vivo y en directo, sino también, apreciamos necesariamente la comunicación corporal a través de los gestos, los ademanes y el nerviosismo que puede mostrar la persona al hablar.

En ese sentido se pronuncia el Art. 361 del NCPP 2004 establece que "la audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta (...) toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella".

Por lo tanto, la oralidad resulta ser el mejor medio o mecanismo para la practica de la prueba, ya que a través de la misma se expresan tanto las partes, como los testigos y peritos.

Se tiene que tener en cuenta que la oralidad no significa la mera lectura de escritos, declaraciones, actas y dictámenes, etc., que afectarían la inmediación y el contradictorio. Por el contrario, la oralidad es la declaración sobre la base de la memoria del imputado, víctima, testigos y peritos, que deben ser oídas directamente por las partes y los jueces.

Al juzgador le corresponderá valorar si mienten o no luego del interrogatorio adversarial de las partes. Las partes tendrán en cuenta esas mismas respuestas para la elaboración de su estrategia.

La regla es la reproducción oral, no entendida como mera lectura de actas, pero la excepción la encontramos en que se permite la oralización de ciertos medios de prueba que sean irreproducibles en el juicio oral, por su estado de urgencia y necesidad.

Como vemos, solamente con la Oralidad se puede alcanzar una protección a la persona, que llega a ser el instrumento o medio principal y medular del enjuiciamiento. Siendo el vehículo que lleva necesariamente a la inmediación y publicidad. En ese sentido, se pronuncia Binder cuando afirma que la oralidad "es un mecanismo que genera un sistema de comunicación entre el juez, y las partes y los medios de prueba, que permite descubrir la verdad de un modo más eficaz y controlado"[13].

[13] BINDER, Alberto. Op. Cit. p. 99.

1.4. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Este principio es la garantía más idónea para que un proceso se lleve a cabo acorde con las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Constitución Política del Estado que velan por un debido proceso. Entendiéndose que el juzgamiento debe llevarse a cabo públicamente con trasparencia, facilitando que cualquier persona o colectivo tengan conocimiento, cómo se realiza un juicio oral contra cualquier persona acusada por un delito y controlen la posible arbitrariedad de los jueces.

La regulación normativa de este principio la encontramos en el Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Art. 8 inc 5, la Constitución y el artículo 356, inciso 1 del NCPP 2004.

En síntesis, la publicidad nos da la garantía que los ciudadanos tengan un control sobre la justicia y que las sentencias sean el reflejo de una deliberación de las pruebas surgidas dentro de un Juicio Oral. Por tanto; esta trasparencia que nos da la publicidad permite el control del poder jurisdiccional (de decisión) y del poder acusatorio fiscal (de requerimiento o persecutor del delito).

Asimismo, podemos hallar como beneficios de tener a la oralidad es que ésta no permite la delegación de funciones, ya que controlaría la presencia del juzgador en el desempeño de sus roles, con la verificación por cualquier persona que tenga conocimiento directo del desarrollo de dicho Juicio.

2. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

La actividad probatoria realizada en el juicio oral en el marco de un sistema acusatorio, se efectúa con pleno respeto de los derechos fundamentales, así mismo observando los principios que a continuación explicamos, pues el esclarecimiento de la verdad no se constituye como el fin último del proceso.

2.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La obtención, recepción, valoración de la prueba debe realizarse en virtud de lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no implica adoptar el sistema de valoración de prueba legal o tasada.

En la aplicación de este principio se debe tener en cuenta, el respeto a la dignidad del ser humano, ya que no se puede invocar una norma, que atente contra los derechos de las personas.

2.2. PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD

Es también llamado principio de legitimación, implica que el sujeto que aporta la prueba y el que la valora (Juez) deba estar autorizado para hacerlo, se trata de una facultad procesal.

2.3. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE LA PRUEBA

Se basa en la máxima de que todo se puede probar y por cualquier medio, es decir el texto normativo solo nos establece medios probatorios de manera ejemplificativa, no taxativa, ya que todos son admisibles para lograr la convicción judicial. Como todo principio encuentra sus excepciones en los derechos fundamentales. Ej. interceptación telefónica.

2.4. PRINCIPIO DE PERTINENCIA DE LA PRUEBA

Implica la relación lógica entre el medio de prueba y el hecho que se ha de probar. La prueba es pertinente cuando el medio se refiera directamente al objeto del procedimiento. Ej. la pericia de preexistencia de embarazo es pertinente para la investigación del delito de aborto pero no para un delito tributario.

2.5. PRINCIPIO DE CONDUCENCIA

Se manifiesta cuando los medios de prueba son conducentes, tienen la potencialidad de crear certeza judicial. Este principio está relacionado con el principio de utilidad.

2.6. PRINCIPIO DE UTILIDAD

Un medio de prueba será útil si es relevante para resolver un caso particular y concreto. Su eficiencia se muestra luego de la valoración de la prueba. No es útil la superabundancia de pruebas, por ejemplo: ofrecer muchos testigos que declaren sobre un mismo hecho.

PREGUNTAS GUÍAS

1. ¿Cuáles son los principios que informan el Juicio Oral?
2. ¿Cuáles son los principios que informan la actividad probatoria?
3. ¿Qué se entiende por principio de contradicción?
4. ¿Cuál es el alcance del principio de publicidad?
5. ¿Cuáles son las consecuencias más importantes que se derivan del principio de inmediación?
6. ¿En que sentido se debe entender la oralidad?

TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL

El objetivo central de las partes que participan en el Juzgamiento, es establecer su caso, como el más creíble, aquel que logra explicar mejor la prueba. Establecer nuestro caso como el más creíble, ante los ojos del Juzgador, exige conocimiento en las Técnicas de Litigación Oral, estas comprenden: elaboración de la teoría del caso, saber como realizar un efectivo examen directo, contraexamen, presentar la prueba material, objetar, realizar un buen alegato de apertura y alegato de clausura.

1. TEORÍA DEL CASO

1.1 Definición

La teoría del caso es el instrumento más importante, para organizar nuestro desempeño en el Proceso Penal. La teoría del caso se define como la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar.

Respecto a la teoría del caso Baytelman y Duce sostienen: "La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. Siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia (...) la teoría del caso es un ángulo desde el cual ver toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo..." [14]

El NCPP 2004 considera en el desarrollo del juicio oral la teoría del caso, en el Art. 371.2, estableciendo: "…el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas, posteriormente en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

[14] BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE. Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, 2004. pp. 90-91.

En el transcurso del Juicio Oral debemos proveer al tribunal de un punto de vista convincente (debemos tener en cuenta que nuestra contraparte lo hará), se debe aportar los medios probatorios idóneos, con nuestra teoría del caso, ya que esa manera el Tribunal no va a adquirir un punto de vista independiente (convicción judicial) y muchas veces imprevisibles para nosotros.

Debemos tener en cuenta que toda la actividad que realicen las partes debe ser funcional (se debe tener en cuenta en los exámenes directos, en los contraexamenes y en todos los actos que realicemos dentro de la Audiencia del Juicio Oral) con la teoría del caso planteada, manejar mas de una teoría del caso es perjudicial para el objetivo que se plantee, lo cual no implica la estática dentro del planteamiento, solo ser coherentes con nuestro planteamiento.

1.2. Características de la teoría del caso

a) Sencilla. Debemos presentarla con elementos claros, no debemos tratar de sorprender al Juzgador con palabras rebuscadas, ya que corremos el riesgo de que el mensaje no llegue correctamente.

b) Lógica. Se debe guardar coherencia lógica en cada proposición que se maneje, en consonancia con las normas aplicables

c) Creíble. Debe ser presentado como un acontecimiento real. La credibilidad se muestra en la medida que logre persuadir al juzgador.

d) Debe estar sustentada en el Principio de Legalidad. La Teoría del caso al ser un instrumento destinado a la organización de nuestro plan dentro del proceso, debe estar basada en el derecho aplicable al caso concreto.

e) Amena y realista.

1.3. ¿Cómo elaborar la teoría del caso?

La teoría del caso se elabora en forma de relato, es decir contamos con proposiciones. En el caso que se nos presenta debemos tener en cuenta: los hechos relevantes, el derecho aplicable.

La ley se encuentra redactada de manera general, se debe identificar los hechos que satisfagan esos datos generales (de la ley), en esa medida son relevantes para nuestro caso (elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad).

Las proposiciones se obtienen del hecho encuadrado en el tipo legal. Basándose en las proposiciones obtenidas el litigante debe construir su relato.

2. ALEGATO DE APERTURA

El momento de presentación de la teoría del caso es el alegato de apertura. Es la primera información que el Juez recibe de las partes. Al hacer la exposición de la teoría se debe captar la atención y el interés de los jueces al exponerle un resumen objetivo de los hechos y la prueba con que cuentan.

Se presenta el caso que se va a conocer, señalando lo que prueba va a demostrar y desde que punto de vista debe ser apreciada. En el alegato de apertura se hará una "promesa" de lo que se presentara en el juicio[15] .

2. 1. Recomendaciones para el alegato de apertura

a) No debemos argumentar. El momento del alegato de apertura no es para emitir conclusiones, ya que materialmente no se tiene nada probado (desde el punto de vista normativo es causal válida de objeción). Las conclusiones, el porqué nuestro caso debe prevalecer, lo dejaremos para los alegatos finales.

b) Solo se debe prometer, lo que se cumplirá. No debemos sobredimensionar los alcances de la prueba que se presentará, esto genera costos de credibilidad.

c) No emitir opiniones personales. El alegato de apertura no es una instancia para apelar a los sentimientos del juzgador.

d) Se debe tratar de personalizar el conflicto. Presentar el caso de manera humana, no debemos caer en abstracciones.

e) Ayuda de audiovisuales. Entre más complejo sea el caso, hay más necesidad de ayuda audiovisual.

2.2. Estructura del Alegato de Apertura

No existe una única manera de presentar los alegatos, ello depende de las particularidades del caso, sin embargo consideramos el siguiente como un modelo más general.

---

[15] En ese sentido se pronuncia Baytelman: "El objeto de estos alegatos es otro: (haciéndose referencia a que en el alegato de apertura no se deben emitir conclusiones, respecto a la credibilidad de la prueba) presentar al Tribunal la teoría del caso de cada parte y hacer una cierta promesa acerca de que hechos, en términos generales, quedaran acreditados a partir de la prueba" BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE. Juicio Oral. En: Conferencia Magistral: "Desafíos de la Reforma Procesal Penal en el contexto Latinoamericano". Academia de la Magistratura y Ministerio Público. Lima, 2003. p. 18.

a. **Introducción.** Desde su inicio debe enviar un mensaje al juzgador, esta introducción debe contener la información esencial Se debe comenzar con consideraciones generales, para bajar a los detalles en el caso concreto, la declaración inaugural llámese alegato de apertura debe iniciar con un panorama general fáctico, es decir acerca de los hechos.

b. **Presentación de los hechos** (Todavía no se han producido las pruebas, tener en cuenta que no se puede argumentar, inferir acerca de las pruebas es propio del alegato final).

c. **Presentación de los fundamentos jurídicos** (Se debe enunciar las disposiciones sustantivas y adjetivas que fundamentan su teoría).

d. **Conclusión**. (Se debe concluir con una petición concreta de lo que será en realidad el juicio).

3. EXAMEN DIRECTO[16]

El examen directo es el primer interrogatorio que se efectúa por la parte que ofreció al testigo. El examen directo, es la mejor oportunidad que los litigantes tienen, para establecer su caso y probarlo, brindándole al Tribunal, la versión del testigo. El juzgador debe "escuchar al testigo".

3.1. Objetivos

El principal objetivo es obtener del testigo la información necesaria, sea el caso completo o partes del mismo, para construir la historia que hemos presentado en el alegato de apertura, es decir se acredite nuestra Teoría del Caso. También se pueden establecer otros objetivos: introducir la prueba material.

3.2 Preparación de testigos

La idea de preparación a los testigos suele ser incomoda en nuestro medio, ya que se asocia al engaño, es decir se prepara a un testigo para que mienta en el Juicio (el testigo cometa perjurio), para que actúe conforme ha sido instruido por el abogado. La preparación del juicio es una práctica totalmente lícita y necesaria en un Sistema Acusatorio Adversarial, en la medida que no existen testigos perfectos. El tener la calidad de testigo en un Juicio Oral, es un asunto, neta-

[16] Asumimos la posición de Baytelman y Duce, con relación a sustituir la palabra interrogatorio (que es la más común) por examen, ya que describe mejor el papel que desempeña el litigante con los testigos, en razón que no solo obtiene del testigo información por medio de preguntas, sino también introduciendo prueba material (objetos, documentos y otros análogos) En: BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE. Ob. Cit. p.101.

mente accidental, (a excepción de los peritos que son una especie de testigos), la gran mayoría de ciudadanos, siente temor ante la idea de comparecer en una audiencia de Juzgamiento a brindar su declaración.

Debemos tener en cuenta lo complicado que es afrontar un juicio oral, tal como nos lo explica GOLDBERG: "...Por desgracia los juicios no son tan sencillos. Algunos testigos mienten, algunos testigos veraces parecen estar mintiendo, algunos testigos mentirosos parecen estar diciendo la verdad, algunos testigos olvidan, algunos testigos no son escuchados, hay jurados que no escuchan, hay abogados que cometen errores, testigos que también incurren en error, hay jueces que se equivocan"[17].

El litigante debe hacerle entender al testigo el rol que desempeña en el Proceso, debe entender que su declaración debe ser recibida por el Juzgador de manera clara, debe hacer que el mensaje llegue.

Quiñones Vargas[18], desarrolla los siguientes principios, al momento de la preparación de testigos:

- Cuestionar la versión del testigo.
- Asegurarse que el testigo dice la verdad.
- Familiarizar al testigo con el Sistema Procesal Penal.
- Hacer consciente al testigo de su rol en el Proceso.
- Escuchar el relato del testigo y seleccionar las partes pertinentes.
- Explicar al testigo las reglas y propósitos del interrogatorio directo.
- Definir el vocabulario a utilizar.
- Indicarle al testigo la forma de testificar en la Audiencia Pública.
- Practicar con el testigo las preguntas y respuestas del interrogatorio directo.

3.3. ¿Cómo presentar a los testigos y a los testimonios?

a. Orden de los testigos

Se trata de determinar en que orden declaran los testigos, lo cual es una cuestión de estrategia. Existen diferentes criterios, lo cual dependerá de las necesidades del caso: los testigos impactantes al principio y al final, el orden cronológico, o el orden temático.

[17] GOLDBERG H, Steven. Mi Primer Juicio Oral, ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?. Título Original: The First Trial. Where Do I Sit? What Do I Say? Traducción de Aníbal Leal. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1994. p. 14.

[18] QUIÑONES VARGAS, Héctor. Las técnicas de litigación oral en el Proceso Salvadoreño. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, 2003. p. 164 -172.

b. Orden de los testimonios

La mejor manera de producir el testimonio es de manera cronológica, ya que es la forma común que se organizan nuestros recuerdos, de contar nuestros relatos, podemos encontrar excepciones a esa regla.

3.4. Estructura del examen directo

a. Acreditar al testigo.

Es el primer acto que debe realizarse al examinar a un testigo, lo cual emana de la lógica de los juicios orales en un Sistema Acusatorio-Adversarial. La acreditación del testigo es la respuesta a la pregunta de ¿por qué el juzgador debe creer lo que mi testigo declara?

El juzgador debe conocer al testigo, se debe tratar de humanizar al testigo[19], esta información le brindara credibilidad a mi testigo. Desde el punto de vista del testigo estas preguntas le brindaran confianza ya que se le pregunta por aspectos familiares.

La intensidad con la cual el litigante acredite a su testigo, depende de la información que este va brindar. Las preguntas de acreditación se formulan: ¿Cómo se llama usted? ¿A que se dedica? ¿Qué relación tiene con el agraviado/ imputado? ¿Hace cuánto conoce al agraviado/ acusado?....etc.

b. Tipos de preguntas a realizar en el examen directo

Debemos tener en cuenta que el testigo es el protagonista del examen directo y no el abogado, el debe ser quien relate la historia, ya que el conoce los hechos de manera inmediata. El objetivo especifico es que el Juzgador escuche a nuestro testigo, la información con la cual el Juzgador decidirá el caso, es aquella que emana de los testigos.

b.1. Preguntas Abiertas

Es la herramienta más importante con la que se cuenta en el examen directo, invitan al testigo a formular su respuesta de manera directa general. Este tipo de preguntas permite evaluar el conocimiento de los hechos por parte del testigo. Estas preguntas elevan la credibilidad del testigo, sin embargo en el caso que el testigo no este bien preparado para afrontar un Juicio Oral, el testigo no aportara los datos relevantes, o aporta datos irrelevantes.

[19] FONTANET MALDONADO, Julio E. Principios y Técnicas de la Práctica Forense. 2º Edición. Jurídica Editores. Chicago, 2002. p. 5.

Ejemplos: ¿qué hizo el 13 de Enero? ¿Qué sucedió después de que Ud. salió del Bar Buenaventura?

b.2. Preguntas de transición u orientación

Este tipo de preguntas permite al testigo reconstruir los hechos, nos permiten "mover" al testigo en el tema de manera coherente y sencilla, hacer transitar al testigo de un tema a otro a fin de que no se pierda.

Ejemplos: "Srta. Hurtado ahora le preguntaré de su relación con el acusado". "Sr. Espinosa ahora situémonos el día 13 de Enero".

b.3. Preguntas Cerradas. Son preguntas admisibles en el examen directo, estas preguntas suministran una respuesta especifica, no es una pregunta que sugiere una respuesta, si no invita a elegir una opción entre varias posibles. Este tipo de preguntas tiene costo de credibilidad en el interrogatorio directo, pero nos favorece en la medida que nos brindan una respuesta específica.

Ejemplos: ¿Qué marca es su mototaxi? ¿Cuál es el nombre de su padre? ¿Cuál es el color de su auto?

c. Prohibiciones en el Examen Directo

En el examen directo es perjudicial para nuestro caso la pregunta sugestiva. La pregunta sugestiva es aquella en la cual se hace una afirmación, la respuesta del testigo será afirmar o negar la aseveración que hace el litigante.

Este tipo de preguntas en el interrogatorio directo demuestra: mala preparación del abogado, un testigo a quien haya que sugerirle las contestaciones, un abogado que priva de protagonismo al testigo (crea un interrogante en torno a la capacidad de recordar del testigo, el testigo es quien tiene que hacer las aseveraciones y las conclusiones.

La pregunta sugestiva puede ser identificada, ya que solo puede ser contestada de manera afirmativa o negativa. La mejor manera de combatir estas preguntas es haciendo preguntas abiertas, propician que el testigo sea el protagonista del interrogatorio. Así mismo, debemos tener en cuenta, lo afirmado por Romero Coloma[20]: "La sugestividad de la pregunta depende no solamente de la forma en que se haya hecho la pregunta, si no también del tono y la autoridad del interrogador y del ambiente en que tiene lugar".

[20] ROMERO COLOMA, Aurelia María. Problemática de la prueba testifical en el Proceso Penal. Civitas Ediciones. Madrid, 2000. p. 55.

3.5 ¿Cómo producir el testimonio?

- Sencillez. No podemos poner en riesgo la producción efectiva del testimonio con un lenguaje sumamente técnico. En el Juzgamiento debemos comunicar, y el lenguaje que se utiliza en el interrogatorio directo debe ser sencillo, comprensible.

- Escuchar al testigo. Debemos estar atentos a la contestación del testigo (si nosotros no lo escuchamos menos el juzgador) a fin de resaltar los puntos importantes y minimizar los aspectos negativos, aclarar lo confuso, entre otras situaciones que se pueden presentar.

- Controlar el ritmo. Relacionado con la intensidad del directo. Darle mayor énfasis y tiempo a lo más resultante del relato del testigo, no se debe detener en partes innecesarias. En las partes del relato que pueda ser perjudicial para nuestro testigo, no debemos detenernos. Ej. Que acude a prostíbulos, que es alcohólico.

4. CONTRAEXAMEN

4.1 Definición

Es aquel que lo lleva a cabo el abogado de la parte contraria inmediatamente después que el testigo fue objeto de un interrogatorio directo. En el contraexamen, se pone a prueba la información obtenida en el examen directo, es la mejor oportunidad que se tiene para confrontar la prueba de nuestra parte adversa.

Se le suele definir como el "[Contrainterrogatorio]...ataque frontal que asegura el triunfo de la verdad la justicia"[21] así mismo se afirma, que "[Contrainterrogatorio]...Es el tiroteo en la calle que deja a una persona moribunda, tendida en el suelo"[22], el contraexamen nos brinda la oportunidad de disminuir el material probatorio de la parte contraria.

4.2 Propósitos del contraexamen

No podemos sobredimensionar las bondades del contrainterrogatorio, no siempre vamos a lograr que el testigo acepte que está mintiendo deliberadamente o cometió un error al propósito, ya que en la mayoría de ocasiones, los testigos declaran lo que efectivamente conocen, debemos reconocer al contraexamen objetivos mas modestos:

---

[21] LEE BAILEY, F. Cómo se ganan los Juicios Orales. El abogado litigante. Titulo original: TO BE A TRIAL LAWER. Traducido por José Hurtado Vega. Limusa Noriega Editores. México, D.F., 1995. p. 155.
[22] GOLDBERG H, Steven. Ob. Cit. p. 14.

- Tachar la credibilidad, hacer que el testigo de la parte contraria sea desacreditado, desacreditando el testimonio o la persona.

- Rescatar aspectos positivos de nuestro caso, obtener del testigo información favorable para nuestro caso y así probar nuestras alegaciones.

- Procurar que el testigo destaque las partes negativas del caso de la parte contraria.

4.3 Preparación del Contraexamen

"La preparación para las repreguntas, aunque individual en el sentido de que se procede examinar a testigos individuales, implica un ataque general de la argumentación contraria. Así como la preparación para el interrogatorio directo exige ante todo una teoría del caso, las repreguntas requieren una teoría de la defensa"[23].

Respecto a la preparación individual, se debe tener el conocimiento cabal del testigo y lo que este dijo antes con respecto al caso. Antecedentes del testigo y su relación con el caso.

4.4 ¿Cuándo y como contraexaminar?

a. Cuándo es Útil

Fontanet[24] nos dice que "en ocasiones el mejor contrainterrogatorio es no hacer ninguna pregunta o a veces la mejor pregunta, es aquella que no se hace". No siempre se tiene que contraexaminar, solo cuando es necesario. Debemos identificar qué pretendemos cuando realizamos un contraexamen.

b. Solo preguntas de las cuales se sabe la respuesta del testigo

Debemos tener en cuenta que la investigación del caso ya terminó en el directo, no debemos esperar la cooperación del testigo, no debemos arriesgarnos a introducir información adicional que favorezca a la parte contraria, ni arrojarnos a un terreno que desconocemos.

c. Solo preguntas sugestivas

Estableciendo una analogía: en el examen directo, la principal arma es la pregunta abierta; en el contraexamen lo es la pregunta sugestiva[25]. Durante

[23] GOLDBERG H, Steven. Ob. Cit. . p.196.
[24] FONTANET MALDONADO, Julio E. Ob. Cit. p. 137.
[25] En el NCPP 2004, en el Art. 378 in. 4, las preguntas sugestivas están prohibidas en el contraexamen, lo cual nos parece un error, ya que es necesario este tipo de preguntas en el contraexamen para obtener información de alta calidad y poder emitir una sentencia adecuada.

el contraexamen, el litigante que contraexamina es el protagonista, lo cual le confiere control.

Por su estructura, la pregunta sugestiva, no le da oportunidad al testigo que explique su respuesta, ya que solo admite un sí o un no como respuesta.

Ejemplos de pregunta sugestiva:
- ¿Es cierto que usted es consumidor de drogas?
- ¿Dígame si es o no cierto que usted consume drogas?
- ¿Ud. consume drogas? ¿ Eso es correcto?

4.5 ¿Cómo producir el contraexamen?

- Control. En el contraexamen el protagonista es el litigante, se impide al testigo que hable más de lo debido. No debemos permitir que el testigo explique. Cuanto menos habla el abogado la parte que contraexamina tiene mas control, para ello la mejor herramienta con la que contamos son las preguntas sugestivas.

- Breve. Debemos recordar que el testigo está identificado con la parte contraria, el testigo es hostil a nuestra teoría del caso, debemos identificar previamente las áreas que nos favorecen, ser selectivos en las áreas que va a cubrir el contraexamen. Partimos de la premisa que el abogado conoce a cabalidad el caso.

  La brevedad del contraexamen depende del caso concreto, habrán oportunidades donde el contraexamen tendrá que ser más exhaustivo y casos donde no.

- Velocidad. El contraexamen debe ser rápido es decir se debe crear un clima de tensión para el testigo, ya que la experiencia demuestra que cuando un testigo miente necesita tiempo para construir su mentira.

- Escuchar al testigo. Para saber si el testigo contesto lo que nosotros esperábamos.

- No pelear con el testigo. En el contraexamen nunca discuta con el testigo, el ansia de discusión nace de la idea que nos debemos imponer, del sueño de aniquilar por completo al testigo. No es necesario antagonizar con los testigos, podemos obtener información favorable, siendo cortés.

- Dirigido al alegato de apertura. No se ganan puntos en el contraexamen, ellos se obtienen en el alegato de apertura, por lo tanto debemos proyectarnos al alegato de apertura cuando hacemos las preguntas.

4.6. ¿Cómo cuestionar la credibilidad del testigo?

- Por su capacidad de percepción.
- Por sus versiones inconsistentes.
- Omitió aspectos importantes.
- Tiene algún interés en el resultado del proceso.

5. EXAMEN Y CONTRAEXAMEN A PERITOS

El testigo solo puede declarar sobre materias de las cuales tenga conocimiento personal. Solo a los peritos se les permite emitir opiniones o inferencias sobre hechos o eventos. El perito es un testigo excepcional que posee conocimiento especializado.

5.1. Prueba pericial

La pericia es un medio de prueba, mediante el cual se busca información fundada basándose en conocimientos especiales, ya sean científicos, artísticos, técnicos (medicina, contabilidad, balística, etc.) útiles para la valoración de un elemento de prueba.

La declaración del perito que comparece al Juicio Oral y presta testimonio ante el tribunal en forma directa a través del examen directo y el contra examen de las partes no puede ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas registradas en acta o por informe pericial escrito, salvo casos excepcionales, lo cual es una exigencia del principio de inmediación.

5.2. Estructura en el examen directo del Perito

a) Acreditación. Al igual que en el examen a testigos brinda al juzgador acerca de la credibilidad del perito, es decir le da motivos al juzgador para que crea a nuestro perito.

   Cuando se trate de peritos debemos saber el conocimiento en concreto que tiene; es decir, debemos saber en donde trabaja, que cargo desempeña, lo que él ha escrito sobre el tema en cuestión, ponencias o discursos, lugar, las ocasiones anteriores en los que él ha testificado, etc.

b) Estructura temática. Ya que los peritos no son testigos presenciales, la cronología carece de relevancia en estos casos. El relato de los peritos será temático, es decir girará en torno a las conclusiones a las que ha llegado y los procedimientos que usó para ello llegar a esas conclusiones.

c) Lenguaje especializado. Cuando el perito utilice términos científicos propios

de su área de conocimiento, se le debe pedir que explique en términos comunes.

5.3. Estructura del contraexamen del Perito

Los objetivos serán los mismos: tachar su credibilidad, Rescatar aspectos positivos de nuestro caso, obtener del testigo información favorable para nuestro caso y así probar nuestras alegaciones. Las reglas del contraexamen a los peritos también son iguales que para los testigos legos.

6. PRUEBA MATERIAL

6.1. Concepto

Es un medio probatorio, al igual que la prueba testifical y la prueba pericial. La prueba material la constituyen los documentos y objetos que se presentan ante el Juzgador en la Audiencia del Juicio Oral. Ej.: el arma homicida, los paquetes de droga incautados.

6.2. Cómo introducir la prueba material a la Audiencia de Juzgamiento

Para que estos medios probatorios puedan ser ingresados en la Audiencia de Juicio Oral se requiere su acreditación, para ello se necesita:

a) Elegir un testigo idóneo para que reconozca el objeto. Puede que más de un testigo acredite el objeto.
b) Exhibir el objeto al testigo.
c) Solicitar al testigo el reconocimiento de dicho objeto.
d) Pedir al testigo razones de su reconocimiento.

Luego de realizar estas diligencias, puedo utilizar el objeto para los fines que el litigante estime convenientes.

7. LAS OBJECIONES

En el contexto donde se asegure el juego justo deben existir limites para las actuaciones de los sujetos que participan, en el proceso penal a estos limites, se le denominan objeciones.

Objetar significa poner reparo a algún elemento o material de prueba que se pretenda introducir en el proceso por alguna de las partes litigantes o por el juez. El objetar no es una obligación es un derecho.

La objeción va dirigida al aspecto sustantivo de la prueba, no a la parte que pretende hacerlo. Se le pueden objetar las actuaciones del juez. El objetar no debe ser considerado como un acto personalista en contra de la parte adversa, nos debemos dirigir siempre con respeto y firmeza: "objeción".

7.1. Cómo objetar

- Oportunamente. Tan pronto surja la situación que da lugar a la objeción. La presentación de pruebas en los sistemas de adversarios es función exclusiva de las partes en el proceso.

- Específicamente. Al hacer la objeción la parte debe señalar que es lo que objeta. Lo importante es el fundamento que se invoque para fundamentar la objeción.

Una prueba puede ser inadmisible por varios fundamentos igualmente validos y meritorios.

7.2. Catálogo de objeciones más comunes en el sistema acusatorio adversativo

a) Cuando la pregunta es sugestiva, en el examen directo.
b) Cuando la pregunta es repetitiva.
c) Cuando la pregunta es compuesta.
d) La pregunta asume hechos no acreditados.
e) Cuando la pregunta es ambigua.
f) La pregunta es especulativa, la pregunta supone hechos que no sucedieron.
g) Pregunta capciosa, encierra un engaño o confusión.
h) El testigo no responde lo que se le pregunta (respuestas claras y concretas.), en este caso se debe evaluar estratégicamente.
i) El testigo emite opinión y no es perito.
j) Hacer comentarios, luego de cada respuesta al testigo, los comentarios y argumentaciones no constituyen prueba en el proceso.
k) Irrespetuosidad con los testigos.

7.3. Recomendaciones al momento de objetar

- Ser respetuoso. El escenario de la Audiencia de Juicio Oral, no debe convertirse en una pelea callejera, cuando objetemos debemos hacerlo de manera respetuosa.

- Necesidad. No se debe objetar todo lo que sea objetable[26], es decir cuando el acto objetable de ser admitido, perjudique nuestro caso.
- Predictibilidad. Predecir las situaciones objetables.

8. ALEGATO DE CLAUSURA

En esencia el alegato de clausura es un ejercicio argumentativo, responde a la pregunta ¿por qué debe prevalecer mi caso?, el abogado sugiere que conclusiones se deben extraer de lo que ocurrió durante el debate.

El alegato final debe ser acorde con la teoría del caso, es la ultima oportunidad del litigante de persuadir[27] al juzgador, sin embargo debemos ser conscientes que el Juzgador evaluará toda nuestra actuación en el Juzgamiento. (Alegato de apertura, examen directo, contraexamen. etc.)

8.1. Recomendaciones

- Claro y directo, en el alegato final se emiten conclusiones acerca de la prueba actuada en el Juicio oral, no es una oportunidad para apelar a los sentimientos del juez para que nos favorezca, ni para hacer una declaración de principios, entre otros ejercicios argumentativos, que solo nos quitan la atención del juzgador.

- Coherencia lógica, ser coherente con nuestra teoría del caso. Es en cierto modo parecido a la teoría del caso pero es más extenso, con la diferencia que ya se cuenta con prueba necesaria para poder argumentar con propiedad, hacer inferencias necesarias fuera de esto.

- Captar la atención del juzgador. Una forma de captar su atención es comenzando la argumentación con una pregunta o premisa impactante.

- No leer los alegatos de clausura.

8. 2. Estructura

El caso en particular determinará el caso que se pretende hacer, no existe una forma única para ello, todo dependerá del tipo de delito que se esté juzgando, el tipo de prueba que se haya presentado y admitido en el juicio. Lo que importa es tener la información y el material necesario para poder estructurarlo.

---

[26] FONTANET MALDONADO, Julio E. Ob. Cit. p. 80.

[27] GOLDBERG, respecto a la persuasión afirma "La persuasión exige que uno demuestre a los jurados que a la luz de los hechos del caso, la idea que uno formula es la única razonable y constituye el único resultado justo". En: GOLDBERG H, Steven. Ob. Cit. p. 71.

Presentamos una manera básica de organizar nuestro alegato de clausura:

a) Introducción donde se haga referencia a la teoría del caso.

b) Breve descripción de los hechos para colocar al juzgador en posición de recordar los ya discutidos.

c) Análisis de la prueba incorporada durante el proceso, que apoye sus alegaciones y aquellas que desacredite las de la parte adversa.

d) Finalmente una discusión de las normas jurídicas aplicables al caso y como estas favorecen al caso.

PREGUNTAS GUÍAS

1. ¿El alegato de apertura es un ejercicio argumentativo?
2. ¿Cuáles son las características de la Teoría del Caso?
3. ¿Cómo realizar un examen directo efectivo?
4. ¿Qué tipo de preguntas se realizan en el Contraexamen?
5. ¿Quiénes son los peritos?
6. ¿Cómo objetar eficazmente?
7. ¿Cómo introducir prueba material en el Juicio Oral?
8. ¿Qué es el alegato de clausura?

BIBLIOGRAFÍA

1. ASENCIO MELLADO, José María. Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. Editorial Trivium. Madrid, 1991.
2. BAYTELMAN, Andrés. Juicio Oral. En: Conferencia Magistral: En: "Desafíos de la Reforma Procesal Penal en el contexto Latinoamericano ". Academia de la Magistratura y Ministerio Público. Lima, 2003.
3. BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE. Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, 2004. pp. 90-91.
4. BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad - Hoc. Buenos Aires, 1993.
5. BINDER, Alberto. Iniciación del Proceso Penal Acusatorio. Para Auxiliares Jurisdiccionales." Editorial Alternativas. Buenos Aires, 1999.
6. BURGOS MARIÑOS, Víctor. Derecho Procesal Penal Peruano. Tomo I. Universidad Privada San Pedro. Trujillo, 2002.
7. CAFFERATA NORES. Proceso Penal y Derechos Humanos, Editorial de Puerto. Buenos Aires, 2000.
8. CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Vol. III, Editorial Forum. Bogotá, 1995.
9. FONTANET MALDONADO, Julio E. Principios y Técnicas de la Práctica Forense. 2º Edición. Jurídica Editores. Chicago, 2002.
10. FUMERO PUGLIESSE Félix. Guía para capacitadores. Taller de capacitación para capacitadores. Módulo "Técnicas de Oralidad y Derecho Probatorio", Iris Center Perú- USAID, Lima, 2004.
11. GRILLO LONGORÍA, José Antonio. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Ediciones Pueblo y Educación. La Habana, 1973.
12. GOLDBERG H, Steven. Mi Primer Juicio Oral, ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?. Titulo Original: The First Trial. Where Do I Sit? What Do I Say? Traducción de Aníbal Leal. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1994.
13. GUZMÁN FERRER, Fernando. Código de Procedimientos Penales. 7ma Ed. No Oficial. Legislación peruana. 1977.

14. LEE BAILEY, F. Cómo se ganan los Juicios Orales. El abogado litigante. Titulo original: TO BE A TRIAL LAWER. Traducido por José Hurtado Vega. Limusa Noriega Editores. México, D.F., 1995.

15. ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. 2da Ed. Editorial Alternativas. Editorial Jurídica, 1999.

16. SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. II Volúmenes. 2da Ed. Grijley. Lima, 2003.

17. JAUCHEN, Eduardo M. Derecho del Imputado. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2005.

18. MAIER, Julio. Las Notas Esenciales de la Oralidad en materia Penal. En: "Congreso Internacional de Oralidad en materia Penal". La Plata, 1995.

19. MONTERO AROCA Juan. Derecho Jurisdiccional II. Procesal Penal. 8va ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

20. PEREZ SARMIENTO, Eric. Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal. Editorial Temis. Bogotá, 2005.

21. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. 2da. ed. Actualizada y Aumentada. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2003.

22. QUIÑONES VARGAS, Héctor. Las técnicas de litigación oral en el Proceso Salvadoreño. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, 2003.

23. ROMERO COLOMA, Aurelia María. Problemática de la prueba testifical en el Proceso Penal. Civitas Ediciones. Madrid, 2000.

UNIDAD IV
DERECHO DE EJECUCION PENAL

- ✓ **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.** Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio. Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia-MINJUS. Lima. http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/portada/manual-de-beneficios-penitenciarios.pdf

MANUAL DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS Y DE LINEAMIENTOS DEL MODELO PROCESAL ACUSATORIO

MANUAL DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS Y DE LINEAMIENTOS DEL MODELO PROCESAL ACUSATORIO

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Dirección General de Defensa Pública
Dr. Raúl Callirgos Velarde - Director General
rcallirgos@minjus.gob.pe

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° 2012-04075

Impreso en los talleres gráficos de Editora ABC Perú S.A.C., domiciliado en jirón General Varela 1670, Breña, Lima, Perú

Impreso en Perú - Printed in Peru
Primera edición, abril 2012
Tiraje 1000 ejemplares

Esta publicación se ha realizado con el apoyo de la Delegación Regional para Bolivia, Ecuador y Perú del Comité Internacional de la Cruz Roja.
Con la consultoría del Dr. Wilfredo Pedraza Sierra.

ÍNDICE

Presentación .21

PRIMERA PARTE
LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

[1] Los Beneficios Penitenciarios .29

1.1 Concepto

1.2 Clasificación de los Beneficios Penitenciarios

1.3 Los Beneficios en la Legislación Penitenciaria

1.4 Criterios de aplicación de la Ley y los Beneficios Penitenciarios

[2] El Permiso de Salida .37

[3] La Visita Íntima .41

3.1 Requisitos de la visita íntima

3.2 Visita íntima entre personas privadas de libertad

3.3 Posición del Tribunal Constitucional respecto a la visita íntima

[4] Otros Beneficios Penitenciarios .49

[5] Redención de Pena por Trabajo o Educación .53

5.1 Concepto
5.2 Cómputo de la Redención de Pena dos por uno (2x1)
5.3 Cómputo de Redención de Pena cinco por uno (5x1)
5.4 Cómputo de Redención de Pena del seis por uno (6x1) para internos reincidentes y habituales a partir del 23 de octubre de 2010
5.5 Cómputo de Redención de Pena siete por uno (7x1)
5.6 Delitos en los que no procede la redención de pena
5.7 Pautas para redimir pena por actividades laborales y educativas
5.8 La Redención de Pena para el cumplimiento de la condena
5.9 La Redención de Pena para solicitar el beneficio de Semilibertad o Liberación Condicional
5.10 El Juez puede revisar el cómputo de la Redención de Pena
5.11 La Redención de Pena durante la ejecución del beneficio de Semilibertad
5.12 La aplicación de la Ley en el tiempo en materia de Redención de Pena

[6] La Semilibertad .71

6.1 Concepto
6.2 Requisitos para solicitar la Semilibertad
6.3 La Semilibertad con el cumplimiento de un tercio (1/3) de la condena (plazo ordinario)
6.4 La Semilibertad con el cumplimiento de las dos terceras partes (2/3) de la condena (plazo especial)
6.5 Delitos en los que no procede la Semilibertad
6.6 Obligaciones de un beneficiado con la Semilibertad

[7] Liberación Condicional .81

7.1 Concepto
7.2 Requisitos de la Liberación Condicional
7.3 La Liberación Condicional con el cumplimiento de la mitad (1/2) de la condena (plazo ordinario)
7.4 La Liberación Condicional con el cumplimiento de los tres cuartos (3/4) de la pena (plazo especial)
7.5 Delitos en los que no procede la Liberación Condicional
7.6 Obligaciones de un beneficiado con la Liberación Condicional

[8] Requisitos especiales para acceder al beneficio de Semilibertad y Liberación Condicional .89
8.1 Informe médico y psicológico para casos de violación sexual
8.2 Pago de la reparación civil y multa como requisito para acceder a la Semilibertad y Liberación Condicional

[9] Delitos que no tienen Beneficios Penitenciarios .93

[10] Los Beneficios Penitenciarios para delitos cometidos a partir del 23 de octubre de 2010
10.1 La Semilibertad y Liberación Condicional para reincidentes y habituales
10.2 La Redención de Pena para reincidentes y habituales

[11] Trámite de la Semilibertad y Liberación Condicional .107
11.1 Formación del expediente en el ámbito penitenciario
a) Presentando una solicitud documentada ante el Director del Penal
b) Presentando una simple solicitud
11.2 Trámite judicial
a) Juez competente
b) Dictamen fiscal
c) Resolución del Juez

d) Recurso de Apelación

[12] Revocatoria de los Beneficios de Semilibertad y Liberación Condicional .113

12.1 Revocatoria por incumplimiento de reglas de conducta y sus efectos

12.2 Revocación por comisión de nuevo delito doloso y sus efectos

12.3 Revocatoria de la Semilibertad o Liberación Condicional por la comisións de nuevo delito doloso y el cumplimiento de las dos sentencias condenatorias

12.4 Revocatoria de la Semilibertad y Liberación Condicional por infracción a las reglas de conducta impuestas por Vigilancia Electrónica Personal

[13] Los Beneficios Penitenciarios y la Vigilancia Electrónica Personal .123

[14] Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Beneficios Penitenciarios y otros aspectos a considerar .127

14.1 El cumplimiento de los requisitos para solicitar un beneficio penitenciario y la discrecionalidad del Juez

14.2 Obligación de motivar la resolución judicial sobre beneficios penitenciarios

14.3 La resocialización como fundamento de la concesión de un beneficio penitenciario. Prognosis de la conducta del sentenciado

14.4 Valor de los informes de los profesionales del Órgano Técnico de Tratamiento

14.5 La Ley aplicable en la concesión de beneficios penitenciarios

14.6 Condena por varios delitos y el régimen de beneficios penitenciarios aplicable

SEGUNDA PARTE

LINEAMIENTOS DEL MODELO PROCESAL ACUSATORIO

[1] La Reforma y los Nuevos Roles de los Sujetos Procesales .143

1.1 El Juez

1.2 El Fiscal

1.3 El Abogado Defensor

[2] El Proceso Común .151

2.1 La Investigación Preparatoria

a) Finalidad

b) Diligencias Preliminares
c) Roles de los sujetos procesales en la Investigación Preparatoria
d) Reserva y secreto de la Investigación Preparatoria
e) Desarrollo de la Investigación Preparatoria
f) Plazos y finalización de la Investigación Preparatoria
2.2 Etapa Intermedia
a) Sobreseimiento
b) Acusación
2.3 Juzgamiento
a) La Audiencia
b) Desarrollo de la Audiencia
c) Deliberación y Sentencia
d) Sentencia Absolutoria
e) Sentencia Condenatoria

[3] Recursos de Impugnación .177
3.1 Recurso de Reposición
3.2 Recurso de Apelación
3.3 Recurso de Casación
3.4 Recurso de Queja de Derecho
3.5 La Acción de Revisión

[4] La Detención .187
4.1 Detención Policial y la Flagrancia
4.2 Arresto ciudadano
4.3. Detención Judicial Preliminar
4.4 Convalidación (ampliación) de la detención

[5] Medidas Restrictivas de Derechos .195
5.1 Control de identidad policial

5.2 Videovigilancia
5.3 Pesquisas
a) Inspecciones o Pesquisas
b) Retenciones
c) Registro de Personas
5.4 Intervención Corporal
a) Examen Corporal del Imputado
b) Examen Corporal de otras Personas
c) Examen Corporal para Prueba de Alcoholemia

[6] Las Medidas Coercitivas .205
6.1 La Comparecencia
a) La Comparecencia Simple
b) La Comparecencia Restringida
6.2 Prisión Preventiva
a) Requisitos
b) Modificación de la Prisión Preventiva
c) Apelación
d) Cese de la Prisión Preventiva
e) Duración de la Prisión Preventiva
f) Libertad por Exceso de Prisión Preventiva
6.3 La Detención Domiciliaria

[7] Procesos Especiales y Mecanismos de Simplificación Procesal .221
7.1 Principio de oportunidad
a) Concepto
b) Supuestos
c) Procedimiento
d) Efectos del incumplimiento de la obligación

7.2 Acuerdo Reparatorio
a) Concepto
b) Ventajas
c) Desventajas
d) Sujetos Legitimados
e) Trámite
f) Oportunidad de Promover el Acuerdo Reparatorio
g) Delitos en los que procede el Acuerdo Reparatorio
h) Excepciones
i) Procedimiento
j) Ejecución del Acuerdo por Incumplimiento
7.3 Proceso Inmediato
a) Concepto
b) Supuestos de Proceso Inmediato
c) Procedimiento
7.4 Terminación Anticipada
a) Concepto
b) Oportunidad para Tramitar la Terminación Anticipada
c) Procedimiento
d) Reducción de la Pena y el Acuerdo Provisional
e) Terminación Anticipada con Pluralidad de Hechos e Imputados
7.5 Conclusión Anticipada

ANEXO N.° 1: .243

Últimas disposiciones sobre la materia

ANEXO N.° 2: .271

Cuadro de Beneficios Penitenciarios

ANEXO N.° 3: .274

Cuadro de Beneficios Penitenciarios para delitos cometidos a partir del 23 de octubre de 2010 (Ley N.° 29604)

PRESENTACIÓN

MANUAL DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS
Y DE LINEAMIENTOS DEL MODELO PROCESAL ACUSATORIO

PRESENTACIÓN

Nuestro ordenamiento normativo regula la ejecución de las penas y el tratamiento legal de las personas internas en los establecimientos penitenciarios a través del Código de Ejecución Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 654, así como por su Reglamento publicado mediante Decreto Supremo N° 015-2003-JUS, cuerpos normativos que definen a los beneficios penitenciarios como estímulos que forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización de la pena, considerando para ello la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, que resulten coadyuvantes a su reeducación y reinserción social.

Si bien podemos sostener que la fundamentación jurídica de los beneficios penitenciarios se halla en los principios de reeducación, rehabilitación y resocialización del interno, debe tenerse presente que su otorgamiento requiere el análisis razonado de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia de diversos criterios como la buena conducta, el trabajo y en general, la evolución positiva del interno en el proceso de reinserción, ello a fin de evitar que

el beneficio se convierta en una herramienta de vulneración de la ley. En suma, resulta necesario no sólo contar con un escenario legislativo que regule de manera idónea los beneficios penitenciarios, sino principalmente, con operadores que los apliquen de manera razonada, técnicamente aceptable y a los casos correctos.

Por otro lado, es sabido que a medida que el tiempo transcurre, las necesidades de la sociedad van variando, por ello, siendo el Derecho un conjunto de normas que regula la conducta humana en sociedad, también se encuentra obligado a ir evolucionando con el transcurso del tiempo, dando paso a nuevos sistemas normativos, como es el caso del sistema acusatorio adoptado en el Nuevo Código Procesal Penal, que implica un cambio sustantivo en el modo en que se aplicará la justicia penal en nuestro país y que ya es irreversible. El sistema acusatorio implantado se caracteriza por instituir una metodología basada en la oralidad como elemento principal del proceso, redefiniendo las funciones de los actores en el sistema de justicia penal, encargando el desarrollo de la investigación al Ministerio Público, en coordinación con la policía, dejando al juez la obligación y responsabilidad del juzgamiento a exclusividad y permitiendo que la defensa asuma un rol activo. Esto que puede parecer una cuestión básica, es un cambio fundamental y una ruptura de paradigmas en la justicia.

La situación crítica de nuestro sistema penitenciario tiene que llamarnos a una profunda reflexión sobre lo que hacemos como país con las cárceles. Los centros de reclusión tienen que ser lugares de rehabilitación y no espacios de encierro sin objetivos ni resultados en cambiar a los internos. La dignidad humana se expresa también en el hecho de estar privado de libertad y tenemos que hacer todos los esfuerzos posibles para lograr que la finalidad de la pena tenga el efecto renovador y que con ello la sociedad se vea restaurada. En el actual contexto, heredando un sistema carcelario en crisis y con tantas carencias, es muy difícil plantear la nueva agenda. Y es que la brecha entre la realidad y el propósito que buscamos es muy alta. Pero tenemos una luz al final del túnel.

En efecto, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, viene asumiendo un proceso de transformación a partir de su nueva ley de organización y funciones. En lo que toca al tema carcelario va a asumir por primera vez la definición de políticas penitenciarias. Nunca se han definido desde el Ministerio y la creación de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria en la nueva organización de este sector, significa un salto cualitativo para poder corregir en el mediano y largo plazo la cuestión de las cárceles y, por fin, el ordenamiento y ponderación adecuada de los bienes jurídicos protegidos por la legislación penal, para que existan criterios técnicos para calificar los tipos penales y sus consecuencias punibles, con penas proporcionadas y ajustadas a dichos bienes protegidos. Ello relevará, esperamos, a los políticos en la definición de los criterios de conductas criminales y sus penas, para evitar la situación de penas desproporcionadas y que generan una alta incoherencia como que un homicidio pueda tener penas menos graves que un robo.

Por cierto, este esfuerzo debe servir para coordinar las políticas judiciales y verificar el adecuado funcionamiento de las agencias de control penal. Verificar que la fortaleza del sistema penal transite también por la independencia de criterio y con ello por la necesaria razonabilidad de sus medidas. Que todo esté alineado bajo los estándares de un sistema de justicia eficaz, pero también garantista; este equilibrio es la clave para un modelo adecuado a un Estado Constitucional de Derecho que es el que afirma el actual Gobierno.

La situación de las cárceles peruanas implica un reto importante al Estado hoy día. Es paradójico que sea así pero el problema de inseguridad ciudadana, ha propiciado la mirada del país hacia el problema penitenciario y permite que hoy la gestión se enfoque en un importante período de cambios y transformaciones. La respuesta está en más penales, más personal en tratamiento y en agentes de seguridad, pero también en la renovación de procesos internos que limiten la ineficacia y corrupción que ha penetrado en sus fueros internos. La gran reforma

que implica la Carrera Especial Pública Penitenciaria, que premia la meritocracia y que significará por fin la incorporación de salarios decorosos, es vista hoy desde el sector como un gran reto que apunta a una solución que el país exige desde hace mucho tiempo.

Hay que resaltar en toda esta gama de hechos significantes, la participación de entidades externas al sistema penitenciario que colaboran con la situación de las personas privadas de libertad. El trabajo de la pastoral carcelaria, de las instituciones religiosas que brindan alimento espiritual tan necesario en estas circunstancias, las entidades privadas que cooperan desde su ámbito y hasta las acciones que muchas personas anónimas prestan, reflejan el esfuerzo que solo mueve la solidaridad y el pensar en el bienestar del prójimo.

En este contexto, el mandato del Comité Internacional de la Cruz Roja, de proteger la vida y la dignidad de las personas, se enfoca en un ámbito que debemos resaltar sobremanera. Esta vez, en la publicación del "Manual de Beneficios Penitenciarios y de Lineamientos del Modelo Procesal Acusatorio", que materializa el esfuerzo conjunto con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en aras de proporcionar una herramienta concreta para fortalecer el Servicio Nacional de Defensa Pública y contribuir al logro de una defensa de calidad, real y eficiente, pero además, optimizar la actuación de los operadores del sistema de justicia penal en el Perú.

Es para nosotros especialmente importante poder presentar este Manual como un instrumento que, estamos seguros, se convertirá en elemento de consulta y apoyo necesario que redundará en el mejoramiento del sistema de justicia penal de nuestro país.

Dr. Juan Federico Jiménez Mayor
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

01.

PRIMERA PARTE

LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

PRIMERA PARTE

1. LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

[1.1] CONCEPTO

Los beneficios penitenciarios son mecanismos que promueven la resocialización del privado de libertad a través de su participación en actividades laborales, educativas, y los servicios psicológicos, legales y sociales que ofrece la administración penitenciaria, así como a través de las actividades que los propios internos implementan con tal finalidad.

Los beneficios penitenciarios son también mecanismos jurídicos que permiten reducir la permanencia en prisión de un condenado a pena privativa de libertad efectiva, así como a mejorar sus condiciones de detención.

Contribuyen también, de manera importante, a mantener la gobernabilidad de los establecimientos penitenciarios, pues al promover la participación del interno en actividades terapéuticas, laborales y educativas, generan espacios de producción, capacitación y de distensión, que en la vida cotidiana de una prisión se traduce en la reducción de la violencia interna, así como en mayores niveles de convivencia ordenada y pacífica.

Se fundamentan en los principios de reeducación y reinserción social que inspiran la finalidad preventivo especial, asignada a la pena en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Estado; sin embargo, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, pues constituyen una opción político criminal a través del cual un Estado concede o regula estímulos a un condenado con fines de resocialización.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

> *«los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que aún cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonables».* (Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia 0842-2003-HC/TC).

[1.2] CLASIFICACIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

- **Beneficios que mejoran las condiciones de vida del interno**

  Es el caso del permiso de salida, la visita íntima y un conjunto de recompensas que se conceden al interno, como la autorización para trabajar horas extras, desarrollar labores auxiliares, visitas especiales, entre otros beneficios. Se denominan también beneficios «*intramuros*», pues —con excepción del permiso de salida— se conceden en el interior del penal. La concesión de estos beneficios es una facultad de la autoridad penitenciaria.

- **Beneficios que permiten una libertad anticipada**

  Son beneficios que posibilitan el cumplimiento de una parte de la condena en libertad, y constituyen una expresión avanzada en la progresión del tratamiento penitenciario. Es el caso de la Semilibertad y la Liberación Condicional, que también se denominan beneficios «*extramuros*», por cuanto permiten la libertad del beneficiado. Su concesión es potestad de la autoridad judicial.

  En este grupo de beneficios penitenciarios se incluye la redención de pena por trabajo o educación, pues también permite una libertad anticipada, aunque propiamente no constituyen beneficios «*extramuros*». El reconocimiento del tiempo de redención de pena por trabajo o educación corresponde a la autoridad penitenciaria.

[1.3] LOS BENEFICIOS EN LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA

De acuerdo con el artículo 42 del Código de Ejecución Penal (en adelante, CEP), una persona privada de libertad podrá acceder a los siguientes beneficios penitenciarios:

- Permiso de salida;
- Redención de la pena por el trabajo y la educación;
- Semilibertad;
- Liberación Condicional;
- Visita íntima; y,
- Otros beneficios o estímulos que la autoridad penitenciaria considere conveniente otorgar.

[1.4] CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA LEY EN LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

En el numeral 14.5 del presente manual se ha desarrollado la problemática relacionada con la aplicación de la ley en el tiempo en materia de Beneficios Penitenciarios, señalándose que el criterio imperante en la actualidad, —por mandato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— es la aplicación de la norma vigente al momento de solicitar el beneficio, o cuando el privado de libertad presente su solicitud con dicha finalidad.

Sin embargo, para los delitos cometidos a partir del 23 de octubre de 2010, la Primera Disposición Complementaria de la Ley N.° 29604, publicada el 22 de

octubre de 2010, ha introducido criterios adicionales de aplicación de la Ley en la concesión de beneficios penitenciarios, tema que es desarrollado en el numeral 10 del presente manual.

Se puede afirmar que se trata de dos mecanismos de aplicación de la Ley en materia de beneficios penitenciarios, que no se oponen ni contradicen, de los cuales se derivan los siguientes criterios:

- Para los delitos cometidos hasta el 22 de octubre de 2010 (antes de la vigencia de la Ley N.° 29604), se aplicarán los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional; es decir, la ley vigente al momento de solicitar el beneficio o la vigente cuando el interno haya presentado su solicitud;

- Para los delitos cometidos a partir del 23 de octubre de 2010, que no han sido incluidos expresamente en la Ley N.° 29604, se aplicarán los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, que mencionamos en el párrafo anterior; y,

- Para los internos primarios que a partir de 23 de octubre de 2010, hayan cometido los delitos previstos en los artículos 108, 121-A, 121-B, 189, 200, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, se aplicará la Ley N.° 29604 en casos de redención de pena;

- Para los casos de reincidentes y habituales que han cometido nuevo delito doloso a partir del 23 de octubre de 2010, se aplicará la Ley N.° 29604, para fines de redención de pena.

- Para los delitos cometidos a partir del 23 de octubre de 2010, que la Ley N.° 29604 ha incluido en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal (Artículos 108, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321,

325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal), se aplicarán los parámetros establecidos en la citada ley, tal como se explica en el numeral 10 del presente manual.

2. EL PERMISO DE SALIDA

• Artículo 43 del Código de Ejecución Penal

• Artículo 169 a 174 del Reglamento del CEP

El Permiso de Salida es un beneficio penitenciario que permite al interno una salida temporal del establecimiento penal, hasta por un máximo de 72 horas, acompañado por una custodia que garantice su retorno. El beneficio puede ser concedido en los siguientes casos:

- Enfermedad grave debidamente comprobada con certificación médica oficial o muerte del cónyuge o concubino, padres, hijos o hermanos del interno;
- Nacimiento de hijos del interno;
- Realizar gestiones personales de carácter extraordinario que demanden la presencia del interno en el lugar de la gestión; y,
- Realizar gestiones para la obtención de trabajo y alojamiento ante la proximidad de su liberación.

Atendiendo a las razones extraordinarias de su concesión, el beneficio de Permiso de Salida puede concederse incluso cuando el interno se encuentre sanciona-

do por una falta grave, en caso de que se fundamente en la muerte de un familiar o en una enfermedad grave. En estos casos, el interés humanitario prevalece sobre el régimen disciplinario.

El interno que desee acceder al beneficio de Permiso de Salida, deberá presentar una solicitud ante el Director del establecimiento penal donde se encuentra recluido, explicando las razones por las cuales solicita el beneficio; y, de ser posible, adjuntando un documento que acredite su dicho.

El Director del penal, dependiendo de la naturaleza o urgencia de la causa invocada en la solicitud, podrá conceder de manera inmediata el beneficio o disponer que el servicio social del penal verifique la causa invocada antes de expresar su decisión.

Si el Director del establecimiento penitenciario concede el beneficio, deberá dar cuenta al representante del Ministerio Público en caso de que el beneficiado sea una persona sentenciada (Fiscalía Penal de Turno). Cuando se trate de un inculpado, informará al Juez que conoce su proceso. El Director deberá adoptar todas las medidas necesarias de custodia, bajo responsabilidad.

El interno a quien se le deniega este beneficio, tiene la posibilidad de impugnar dicha decisión, en cuyo caso corresponderá resolver al Director Regional correspondiente.

El interno que incumple las reglas de conducta durante su permiso de salida, agrede al personal de seguridad o intenta fugarse, será pasible de la sanción que corresponda.

3. LA VISITA ÍNTIMA

- **Artículo 58 del Código de Ejecución Penal**
- **Artículo 197 a 205 del Reglamento del CEP**

Es un beneficio al que pueden acceder todas las personas privadas de libertad, procesadas o sentenciadas, que tengan la condición de casadas o convivientes. Corresponde a la administración penitenciaria calificar la situación de convivencia entre un interno o interna y su pareja, que no siendo casados, tienen relaciones afectivas permanentes. Usualmente, se entiende que la convivencia es una relación afectiva de carácter permanente entre dos personas.

[3.1] REQUISITOS DE LA VISITA ÍNTIMA

Tal como dispone el artículo 198 del Reglamento del Código de Ejecución Penal (en adelante, RCEP), la visita íntima la concede el Director del establecimiento penitenciario, siempre que el interno cumpla con los siguientes requisitos:

a) Presentar una solicitud dirigida al Director del penal, en que se consigna los datos de identidad de su pareja;

b) Adjuntar una copia simple de la partida de matrimonio civil o religioso o cualquier otro documento que acredite la relación de convivencia (por ejemplo: partida de matrimonio religioso, partida de nacimiento de hijos, boletas de compra de algún bien, cuenta bancaria mancomunada, declaración jurada, etcétera);

c) Un informe médico que certifique que el interno no adolece de enfermedades de transmisión sexual, que deberá ser expedido por el área de salud del penal. Este informe deberá ser renovado cada seis meses; y,

d) Un certificado médico de fecha reciente expedido por el área de salud en el que se indique que el o la cónyuge o conviviente del interno o interna no adolece de enfermedades de transmisión sexual. Dicho certificado también deberá ser renovado cada seis meses.

Recibida la solicitud, el Director debe remitirla al Órgano Técnico de Tratamiento, que lo evaluará y verificará en un plazo no mayor de 10 días, para luego emitir una opinión. Sobre la base de dicha opinión. El Director deberá resolver la petición en un plazo no mayor de 3 días hábiles. En caso, que la solicitud fuera declarada improcedente, el interno puede interponer recurso de apelación, debiendo el Consejo Técnico Penitenciario resolverlo en un plazo no mayor de 5 días hábiles (artículo 199 del RCEP).

Contra la decisión del Consejo Técnico Penitenciario procede un Recurso de Revisión, que se interpondrá ante la misma autoridad, pero que deberá ser resuelto por el Director Regional correspondiente, con cuya decisión se agotará la instancia administrativa. Si la denegación del beneficio persiste y a juicio del

interno dicha decisión carece de sustento, podrá recurrir a la autoridad judicial en la vía contenciosa administrativa. Caso contrario, podría optar —lo que sería más recomendable— por subsanar el error u omisión, y volver a presentar la solicitud, pues las denegatorias en la vía administrativa, aun fueran sucesivas, no generan cosa juzgada ni impiden ejercer el derecho de volver a solicitar el beneficio.

Si bien es deber de la Administración Penitenciaria difundir y promover la paternidad y maternidad responsables, así como implementar programas de planificación familiar; sin embargo, no tiene la facultad de obligar a una persona privada de libertad a utilizar un método de anticoncepción.

Corresponde a la Administración Penitenciaria garantizar que la visita íntima se realice en un ambiente adecuado y con la privacidad necesaria. El Consejo Técnico Penitenciario es el responsable de señalar la periodicidad en la que deba realizarse la visita íntima, ponderando para ello el número de beneficiarios y la infraestructura disponible.

Teniendo en consideración que es necesario proteger la salud y la seguridad en los establecimientos penitenciarios, de conformidad con el artículo 203 del RCEP, existen supuestos en los que la visita íntima puede ser suspendida temporalmente:

- Cuando el interno o su pareja adquiera una enfermedad de transmisión sexual, hasta que se recupere;
- Por seis meses, cuando se compruebe que la pareja ejerce la prostitución dentro del establecimiento penitenciario. Se prohibirá también el ingreso de la pareja por treinta días;
- Cuando el interno haya sido objeto de la sanción de aislamiento, mientras dure esta medida; y,
- Por 30 días, cuando el interno no observe las disposiciones de disciplina y seguridad que regulan la visita íntima.

[3.2] VISITA ÍNTIMA ENTRE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Las personas privadas de libertad, cuyas parejas se encuentren también recluidas en un establecimiento penitenciario, pueden acceder a la visita íntima, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 198 del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

Como en los casos ordinarios de visita íntima, para conceder o denegar el beneficio, la autoridad penitenciaria deberá tener presente las normas contenidas en el reglamento, así como los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional que se reseña en el numeral 3.3 del presente manual.

El artículo 205 del citado reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 015-2010-JUS del 8 de setiembre de 2010 regula la visita íntima de internos entre penales, en los siguientes lineamientos:

a) Cuando la pareja de internos se encuentra recluida en un mismo penal

En nuestro país no existen penales en los que varones y mujeres compartan dormitorios. Por ello, la referencia normativa a «un mismo establecimiento penitenciario» debe entenderse como penales mixtos, esto es, personas privadas de libertad recluidas dentro del mismo perímetro de un penal, aunque separadas en ambientes distintos en razón a su sexo, siendo usual que ambas áreas respondan a una misma administración.

En este caso, corresponderá al Consejo Técnico Penitenciario del Penal autorizar la visita íntima y establecer su frecuencia sobre la base de la conducta de los internos y de las condiciones del establecimiento penitenciario.

b) Cuando los internos se encuentren recluidos en establecimientos adyacentes

Se entiende por establecimientos adyacentes, aquellos penales que tienen administraciones (directores) diferentes, siendo irrelevante que se encuentren en un mismo perímetro o sean contiguos.

Para dichos internos, la visita íntima será concedida por el Consejo Nacional Penitenciario, que establecerá su frecuencia, teniendo en cuenta los siguientes elementos:

- El grado de peligrosidad;
- Conducta de los internos;
- Condiciones de los establecimientos penitenciarios;
- Capacidad operativa que implica su ejecución; y,
- Riesgos que pudiesen atentar contra la seguridad penitenciaria y/o ciudadana.

c) Cuando los internos se encuentren recluidos en establecimientos de una misma localidad o provincia cercana

Se trata de establecimientos penitenciarios ubicados en áreas distintas de una misma ciudad o en una provincia cercana. En este supuesto, la visita íntima será autorizada también por el Consejo Nacional Penitenciario, que además establecerá su frecuencia, tomando en consideración los aspectos señalados en el párrafo anterior.

[3.3] POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA VISITA ÍNTIMA

El Tribunal Constitucional, en Sentencia N.° 01575-2007-PHC/TC, ha formulado importantes precisiones sobre el beneficio de la visita íntima, así:

- **Es una forma de protección de la familia**

  El Tribunal Constitucional afirma que la visita íntima coadyuva en la consolidación de la familia y en el proceso de resocialización del interno, ya que las condiciones de hacinamiento e higiene de los establecimientos penitenciarios generan en éste un deterioro de su integridad (física, psíquica y moral) que frecuentemente sólo pueden ser compensados con el amor que brinda la familia.

  Por otro lado, si bien hay varios mecanismos para proteger a la familia, la visita íntima fortalece los vínculos de la pareja, lo que repercute en una relación armónica con los hijos. Por ello, el Tribunal Constitucional enfatiza que *«las limitaciones desproporcionadas de las visitas íntimas entre los internos y sus parejas (cónyuge, concubina o concubino) vulnera el deber especial de la familia reconocido en el artículo 4 de la Constitución»*.

- **Es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad**

  Según el Tribunal, este derecho se ve plasmado en la sexualidad del ser humano, por cuanto la visita íntima es una de las principales manifestaciones de la sexualidad: *«De ahí que pueda considerarse que uno de los aspectos que conforman el desarrollo de una vida en condiciones dignas sea la posibilidad de tener relaciones sexuales».*

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional afirma:

«24. … el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues si bien la privación de la libertad conlleva una limitación razonable del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es obvio que no lo anula. Y es que la visita íntima es aquel espacio que, como su nombre lo indica, brinda a la pareja un momento de cercanía, privacidad personal y exclusividad que no puede ser reemplazado por ningún otro».

«25. La relación sexual entre el interno y su pareja es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad. Y es que, tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los internos y su pareja el poder relacionarse en el ámbito sexual ya que este tipo de encuentros, además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y al ser positivo repercute en el estado de bienestar de la pareja».

La protección de este derecho origina que incluso cuando una sanción disciplinaria implique la suspensión temporal de la visita íntima, la misma sólo será proporcional y razonable, si es que se sustenta en la necesidad de garantizar el orden y la seguridad del penal.

• La visita íntima de parejas homosexuales

Manteniendo el principio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal Constitucional afirma que no puede restringirse la visita íntima, en razón de la opción sexual del privado de libertad. Así:

«28. En sentido similar este Tribunal estima que la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad. En estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución Penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales».

4. OTROS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

- **Artículo 59 del Código de Ejecución Penal**
- **Artículo 206 al 207 del Reglamento del CEP**

El artículo 59 del Código de Ejecución Penal autoriza a la Administración Penitenciaria a conceder otros beneficios, como recompensa a los actos que evidencien en el interno espíritu de solidaridad y sentido de responsabilidad, tanto en el comportamiento personal como en las actividades organizadas en el establecimiento penitenciario.

Las recompensas mencionadas en la citada norma son:

- Autorización para trabajar en horas extraordinarias;
- Desempeñar labores auxiliares de la Administración Penitenciaria, que no impliquen funciones autoritativas; y,
- Concesión extraordinaria de comunicaciones y visitas.

Además, el artículo 206 del RCEP dispone que por los mismos fundamentos se puedan conceder los siguientes beneficios adicionales:

- Mención honorífica, que será entregada en ceremonia pública por el Director del establecimiento penitenciario;
- Obsequio de bienes al interno;
- Prioridad en la participación de actividades de carácter cultural, social y deportiva en el establecimiento penitenciario; y,
- Otras que determine el Consejo Técnico Penitenciario.

La concesión de los citados beneficios corresponde al Consejo Técnico Penitenciario de cada establecimiento penal. Estimamos que, tratándose de un órgano colegiado, estas recompensas podrán concederse con la aprobación de la mayoría simple de sus integrantes, y a propuesta de cualquier autoridad, asociación o persona, incluso de los propios privados de libertad.

5. REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO O EDUCACIÓN

- **Artículo 44 a 47 y 65 a 75 del Código de Ejecución Penal**
- **Artículo 175 a 182 del Reglamento del CEP**

[5.1] CONCEPTO

La redención de la pena es un beneficio penitenciario que permite a un privado de libertad reducir su permanencia en un establecimiento penitenciario por realizar una actividad laboral o educativa, que previamente ha sido registrada por la autoridad penitenciaria.

Pueden redimir pena por trabajo o educación, los internos procesados o sentenciados en la forma y límites establecidos por Ley para cada uno de los delitos. El tiempo de redención de pena que acumulen los internos que tienen la

condición jurídica de procesados, será reconocido en el cómputo de la redención cuando lo soliciten en calidad de sentenciados.

Pueden redimir pena también las personas que, habiendo obtenido el beneficio de Semilibertad, realizan alguna actividad laboral o educativa, previo informe del centro donde desarrollan sus actividades, con la supervisión de la autoridad penitenciaria. En este caso, el tiempo de redención de pena acumulado por el sentenciado liberado podrá aplicarse al cumplimiento de su condena restante.

El tiempo acumulado por redención de pena por trabajo o educación se expresa en días, los cuales pueden ser deducidos de la condena. Por ello, el beneficio de la redención de pena podrá servir para acceder anticipadamente a lo siguiente:

- La Semilibertad;
- La Liberación Condicional;
- La libertad por cumplimiento de la pena; y,
- La libertad bajo vigilancia otorgada en audiencia pública extraordinaria conforme al Decreto Ley N.° 25476.

Ahora bien, como veremos más adelante, por razones de política criminal la Ley ha establecido cómputos diferenciados por redención de pena para algunos delitos, y en otros casos, lo ha prohibido totalmente.

[5.2] CÓMPUTO DE LA REDENCIÓN DE PENA DOS POR UNO (2x1)

La mayoría de los delitos tiene previsto la redención de pena a razón de dos días de trabajo o educación, por uno de condena. Es decir, el interno que realice una de esas actividades en el establecimiento penitenciario podrá redimir o descontar de su condena un día de pena privativa de libertad, por cada dos días de actividad laboral o educativa (2x1).

No incluimos un listado de delitos que tienen la redención de pena del 2x1, pues consignaríamos gran parte del Código Penal. Por defecto, aquellos delitos no mencionados expresamente en los cómputos especiales que se expone más adelante (5x1, 7x1 o prohibición total), tendrán la redención de pena con los parámetros ordinarios del 2x1.

Los sentenciados por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo 298 (microcomercialización) del Código Penal, podrán acogerse al beneficio penitenciario de la redención de la pena por trabajo y educación, siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad, de conformidad con el artículo 4 de la Ley N.° 26320.

[5.3] CÓMPUTO DE REDENCIÓN DE PENA CINCO POR UNO (5x1)

Los internos procesados o condenados por los delitos que a continuación se indican, pueden redimir su pena por trabajo o educación a razón de cinco días de actividad por uno de pena privativa de libertad (5x1), así:

- Exposición o abandono de menor o personas incapaces, si resulta lesión grave o

muerte y éstas pudieron ser previstas (artículos 125° y 129° del Código Penal);

- Exposición a peligro de personas dependientes, si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas (artículos 128° y 129° del Código Penal);
- Trata de personas (artículo 153° del Código Penal);
- Violación sexual (artículo 170° del Código Penal);
- Violación sexual de persona en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir (artículo 171 del Código Penal);
- Violación sexual de persona incapaz de resistir (artículo 172° del Código Penal);
- Violación sexual de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174° del Código Penal);
- Asociación ilícita para delinquir cuando los hechos materia de condena están relacionadas con atentados contra la Administración Pública, contra el Estado y la Defensa Nacional o contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional (artículo 317°, segundo párrafo del Código Penal);
- Atentados contra la seguridad nacional y traición a la Patria (artículo 325° a 332° del Código Penal);
- Rebelión (artículo 346° del Código Penal);
- Concusión en todas sus modalidades (artículo 382° a 386° del Código Penal);
- Peculado en todas sus modalidades, excepto la forma culposa (artículo 387° a 392° del Código Penal); y,
- Corrupción de funcionarios. Todas las modalidades, incluidas las cometidas por particulares (artículo 393° a 401° del Código Penal).

De conformidad con el artículo 4 de la Ley N.° 26320, podrán acogerse al beneficio penitenciario de la redención de la pena por trabajo y educación y redimir la pena a razón de cinco días de actividad por uno de su condena (5x1), siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad, los sentenciados por los siguientes delitos:

- Promoción o favorecimiento al tráfico de drogas (artículo 296° del Código Penal);
- Prescripción indebida de medicamento que contenga droga tóxica,

estupefaciente o psicotrópica (artículo 300° del Código Penal);
- Coacción al consumo de drogas (artículo 301° del Código Penal); e,
- Instigación al consumo de drogas (artículo 302° del Código Penal).

Casos Especiales de Redención de Pena (5x1) para internos primarios que cometieron el delito a partir del 23 de octubre de 2010

El artículo 2° de la Ley N.° 29604, publicada el 22 de octubre de 2010, modificó el artículo 46° del Código de Ejecución Penal, introduciendo un nuevo régimen de redención de pena del 5x1 para internos primarios, siempre que hayan cometido el delito a partir de 2010. Así:

- Delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal);
- Delito de lesiones graves cuando la víctima sea menor de 14 años, y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable (artículo 121°-A del Código Penal);
- Delito de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°-B del Código Penal);
- Delito de robo agravado (artículo 189° del Código Penal);
- Delito de secuestro (artículo 200º del Código Penal);
- Delito contra la integridad nacional (artículo 325° del Código Penal);
- Delito de participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal);
- Delito de destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal);
- Delito de vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal);
- Delito de inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal);
- Delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal);
- Delito de espionaje (artículo 331° del Código Penal);
- Delito de favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal); y,

• Delito de rebelión (artículo 346° del Código Penal).

Como se podrá notar, los delitos tipificados del artículo 325° al 332° y el artículo 346° del Código Penal tienen el parámetro de la redención de pena del 5x1, tanto por leyes especiales como por la nueva normativa.

[5.4] CÓMPUTO DE REDENCIÓN DE PENA DEL SEIS POR UNO (6X1) PARA INTERNOS REINCIDENTES Y HABITUALES A PARTIR DEL 23 DE OCTUBRE DE 2010

Los reincidentes y habituales que adquieran dicha condición, por la comisión de nuevo delito doloso a partir del 23 de octubre de 2010, redimen su condena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de labor efectiva o de estudio, según corresponda. Así lo dispone el segundo párrafo del artículo 46° del Código de Ejecución Penal, modificado por la Ley N.° 29604 del 22 de octubre de 2010.

Se excluye del parámetro de la redención del 6x1 los delitos señalados en el primer párrafo del artículo 46° del Código de Ejecución Penal que tienen 5x1, y los previstos en los artículos 46°- B y 46°- C del Código de Ejecución Penal, los cuales tienen una redención del 7x1, tal como se describe en el numeral siguiente.

[5.5] CÓMPUTO DE REDENCIÓN DE PENA SIETE POR UNO (7X1)

Pueden redimir pena a razón de siete días de trabajo o estudio por uno de prisión (7x1), los procesados o condenados de los delitos que se indican a continuación:

- Secuestro (artículo 152° del Código Penal);
- Extorsión (artículo 200° del Código Penal); y,
- Terrorismo hasta el 14 de octubre de 2009, fecha en que se suprimió el beneficio por disposición de la Ley N.° 29423.

En el caso de los reincidentes y habituales, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 46° del Código de Ejecución Penal, modificado por la Ley N° 29604, podrán redimir su pena mediante el trabajo y la educación a razón del 7x1, los autores y partícipes que hayan adquirido tal condición, por incurrir en nuevo delito doloso a partir del 23 de octubre del 2010. Así:

- Delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal);
- Delito de lesiones graves cuando la víctima sea menor de 14 años, y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable (artículo 121°- A del Código Penal);
- Delito de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°- B del Código Penal);
- Delito de secuestro (artículo 152° del Código Penal);
- Delito de trata de personas (artículo 153° del Código Penal);
- Delito de hurto agravado (artículo 186° del Código Penal);
- Delito de robo agravado (artículo 189° del Código Penal);
- Delito de extorsión (artículo 200° del Código Penal);
- Delito contra la integridad nacional (artículo 325° del Código Penal);
- Delito de participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal);

- Delito de destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal);
- Delito de vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal);
- Delito de inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal);
- Delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal);
- Delito de espionaje (artículo 331° del Código Penal);
- Delito de favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal); y,
- Delito de rebelión (artículo 346° del Código Penal).

[5.6] DELITOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA REDENCIÓN DE PENA

- Formas agravadas de trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal);
- Violación de menor de edad (artículo 173° del Código Penal);
- Violación de menor de edad seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal);
- Comercialización y cultivo de amapola y marihuana, así como la siembra compulsiva (artículo 296°-A del Código Penal);
- Tráfico ilícito de insumos químicos y productos (artículo 296°-B del Código Penal);
- Formas agravadas de tráfico de droga (artículo 297° del Código Penal);
- Genocidio (artículo 319° del Código Penal);
- Desaparición forzada (artículo 320° del Código Penal);
- Tortura (artículo 321° del Código Penal);
- Tortura cometida con la participación de profesionales de la salud (artículo 322° del Código Penal);

- Discriminación (artículo 323° del Código Penal);
- Terrorismo (Ley N.° 29423);
- Lavado de activos siempre que se trate de recursos provenientes del tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural, previstos en los artículos 228° y 230° del Código Penal (párrafo final del artículo 3° de la Ley N.° 27765, modificado por la Ley N.° 28355 y el Decreto Legislativo N.° 986).

[5.7] PAUTAS PARA REDIMIR PENA POR ACTIVIDADES LABORALES Y EDUCATIVAS

Para redimir la pena por trabajo o educación, no es suficiente que el interno realice una actividad laboral o educativa. Para hacerlo en términos adecuados, se debe tener presente las disposiciones establecidas en el artículo 177° a 182° del RCEP. Así:

- La actividad laboral o educativa realizada con fines de redención de pena, debe ser previamente inscrita en el Libro de Registro de Trabajo o en el Libro de Registro de Educación del establecimiento penitenciario que corresponda. Si un interno realiza una actividad laboral o educativa no inscrita, no tendrá el derecho a solicitar el reconocimiento de la redención de pena.
- La redención de la pena por trabajo se acredita con la planilla de control laboral efectiva que está a cargo del Jefe de Trabajo del establecimiento penal.
- La redención de la pena por educación se acredita con la evaluación mensual de los estudios con notas aprobatorias y la planilla de control educativo. Un informe trimestral será agregado al expediente personal del interno.
- Para que un día de trabajo o educación sea pasible de redención de pena, deberá tener una duración no menor de 4 ni mayor de 8 horas diarias. En consecuencia, las actividades menores a 4 horas no serán computables para fines de la redención.

Tampoco se considerará el tiempo adicional empleado después de las 8 horas.

- Las actividades laborales y educativas no deben necesariamente ser diarias y continuas. El interno podrá decidir el tiempo y los días en que realizará tales actividades, siempre que sea compatible con los horarios de supervisión por parte de la autoridad. Obviamente, es recomendable que las actividades sean continuas y ocupen el mayor tiempo posible durante la semana, y en los horarios establecidos por la administración penitenciaria.
- La actividad laboral o educativa sólo debe realizarse entre los días lunes y sábado de cada semana. Las acciones ejecutadas los domingos y feriados no serán computables para fines de redención, por ser días destinados al descanso, salvo que en casos especiales el Consejo Técnico Penitenciario del establecimiento lo autorice con la debida justificación, pues entonces tales actividades se computarán como ordinarias.
- La actividad laboral o educativa debe ser realizada en el horario establecido por la autoridad penitenciaria, usualmente entre las 09:00 y las 17:00 horas. Ello permitirá el efectivo control y registro del funcionario que representa al Órgano Técnico de Tratamiento.
- Una persona privada de libertad no puede redimir pena por trabajo y educación simultáneamente. Sin embargo, puede alternar la práctica de ambas actividades sin afectar los parámetros de su redención, pues tanto el trabajo como la educción tienen idénticos valores de reducción.
- En caso de que el privado de libertad no observe las reglas establecidas para las jornadas de trabajo o educación, perderá el derecho al cómputo de dicha jornada, sin perjuicio de la sanción que le corresponda. Si al interno le imponen la sanción disciplinaria de aislamiento, no podrá redimir su pena mientras dure dicha medida.
- El cómputo de los días redimidos por trabajo o educación es responsabilidad de la autoridad penitenciaria, que tiene la obligación de expedir el certificado correspondiente a solicitud del interno interesado. El certificado de cómputo por trabajo o educación deberá expresar el tiempo de la actividad realizada, así como consignar de manera concreta los días de pena redimidos; es decir, el

tiempo expresado en días, que se deberá reducir de la condena.

- Se presume que las actividades laborales son remuneradas. Por ello, el 10% de la remuneración mensual debe servir obligatoriamente para costear los gastos que genere la actividad laboral del interno, como es el caso del uso de las instalaciones, maquinarias, agua y luz del establecimiento.

  Sin embargo, es frecuente que dichas actividades sean hechas con equipos y recursos que pertenecen exclusivamente a un privado de libertad, razón por la cual resulta una tarea compleja determinar la remuneración lograda en un mes.

  Por ello, en la práctica, el citado 10% de la remuneración se calcula únicamente sobre la base de la denominada Remuneración Mínima Vital (RMV), y la constancia de dicho pago efectuado ante la Administración Penitenciaria es la principal fuente para acreditar el ejercicio de una actividad laboral redimible.

- Cuando existe retraso en el pago del 10%, el interno y el Inpe pueden suscribir un acuerdo y fraccionar la deuda para ser cancelada hasta en un plazo de 6 meses, sin que se cobren intereses, moras u otros derechos. Si el interno cancela la deuda, estará habilitado para obtener el certificado de cómputo laboral y gozar del beneficio de redención de la pena por trabajo.

[5.8] LA REDENCIÓN DE PENA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA

La redención de la pena por trabajo o educación permite reducir el tiempo que un condenado debe permanecer en prisión como consecuencia de la pena im-

puesta, por cuanto, puede acumular el tiempo de reclusión efectiva en el establecimiento penal, con el período acumulado por redención de pena por trabajo y educación, y alcanzar el total de la condena impuesta.

Así, una persona condenada a 6 años de pena privativa de libertad, que haya acumulado 365 días por redención de pena por trabajo o educación, podrá obtener su libertad por cumplimiento de condena a los 5 años de reclusión, y por tanto, egresar de manera definitiva del establecimiento penitenciario.

Según lo dispone el artículo 210° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, cuarenta y ocho (48) horas antes de la fecha que un interno considere que cumplirá su condena, deberá solicitar al Director del establecimiento penitenciario que organice un expediente administrativo de libertad por cumplimiento de condena, que deberá contener los siguientes documentos:

- Copia certificada de la sentencia, con la correspondiente constancia de haber quedado consentida o ejecutoriada;
- Certificado de no tener proceso penal pendiente de juzgamiento con mandato de detención;
- Certificado de cómputo laboral o estudio; e,
- Informe del Área Legal del establecimiento penitenciario, en el que se compute el tiempo redimido y el tiempo de la pena efectiva, de modo que se acredite el cumplimiento de la condena.

Luego de organizado el expediente, el Director del penal deberá resolver la solicitud en un plazo de dos (2) días hábiles. Si la suma del tiempo redimido con el período de reclusión efectiva alcanza un tiempo igual o mayor al de la condena impuesta, y siempre que el interno no tenga proceso penal pendiente con mandato de detención, el Director del establecimiento deberá disponer la libertad del solicitante por cumplimiento de su condena, debiendo comunicar tal hecho al

Director Regional del Instituto Nacional Penitenciario de su jurisdicción. En este caso, no interviene la autoridad judicial.

[5.9] LA REDENCIÓN DE PENA PARA SOLICITAR EL BENEFICIO DE SEMILIBERTAD O LIBERACIÓN CONDICIONAL

El tiempo acumulado por redención de pena por trabajo o educación puede ser sumado también al período de prisión efectiva que cumplió un condenado, para completar el plazo mínimo de detención que se requiere para solicitar el beneficio penitenciario de Semilibertad o Liberación Condicional.

En rigor, la mayoría de internos redime pena por trabajo o educación con la finalidad de acceder con anticipación a los beneficios de Semilibertad o Liberación Condicional.

[5.10] EL JUEZ PUEDE REVISAR EL CÓMPUTO DE LA REDENCIÓN DE PENA

La supervisión y certificación de la redención de la pena por trabajo y educación es competencia de la autoridad penitenciaria, pues se trata de aspectos administrativos vinculados a la ejecución de la pena.

Sin embargo, es posible que en determinados casos la autoridad judicial en uso de sus facultades jurisdiccionales, revise el procedimiento de cómputo de una redención de pena por trabajo o educación o solicite información que complemente la que tiene disponible en el expediente del beneficio penitenciario que ya conoce.

Así, puede solicitar la expedición de nuevo certificado de cómputo laboral o educativo, verificar la autenticidad de los documentos que acreditan tales actividades, pedir copias de las planillas de control laboral o educativo para verificar el cómputo efectuado, entre otras acciones de control.

Si no existe observación sobre la autenticidad o legalidad del certificado de cómputo laboral o educativo, estimamos, que en ningún caso, el Juez puede desconocer el tiempo acumulado por efectos de la redención de pena.

[5.11] LA REDENCIÓN DE PENA DURANTE LA EJECUCIÓN DEL BENEFICIO DE SEMILIBERTAD

La redención de pena por trabajo o educación no está limitada a las actividades que se pueden realizar en el período de privación de libertad. El artículo 182° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, autoriza a redimir pena al sentenciado que se encuentra en libertad en virtud de habérsele concedido el beneficio de Semilibertad, siempre que realice alguna actividad laboral o educativa.

Para ello, será necesario un informe previo del centro laboral, escuela, instituto superior o universidad, donde el liberado desarrolla sus actividades, bajo la supervisión de

la Oficina de Tratamiento en el Medio Libre y Penas Limitativas de Derechos.

El tiempo ganado en virtud de la redención de pena por quien se encuentra en Semilibertad, le servirá para acreditar el cumplimiento total de su pena privativa de libertad.

[5.12] LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO EN MATERIA DE REDENCIÓN DE PENA

Como se ha podido observar en los numerales anteriores, existen diversos parámetros de redención de pena como el 2x1, 5x1 y 7x1, junto aquellos delitos para los cuales se ha prohibido el beneficio.

Tal situación es consecuencia de las numerosas reformas normativas que en el tiempo se implementan, las cuales progresivamente han ido cambiando los valores de la redención o limitando su acceso.

Este hecho ha generado que muchos internos a lo largo de su reclusión transiten por criterios distintos de redención de pena por trabajo y educación, lo que ha generado conflictos de aplicación de la ley en dos sentidos:

a) El criterio de aplicar la ley vigente al momento de contabilizar el tiempo redimido, lo que implica no reconocer al interno, los valores de redención más beneficiosos de la norma anterior, y supone la aplicación retroactiva de una ley desfavorable.

b) La aplicación de la ley conforme a su período de vigencia, que se traduce en

reconocer los valores de redención de pena por trabajo y educación, que fue establecido por cada norma. Así, si un interno transitó por tres parámetros de redención de pena por efectos de la modificación de la ley, se reconocerá los valores diferentes establecidos para cada período. Primero, 2x1; luego, 5x1, y finalmente, 7x1, cuya suma deberá arrojar el tiempo total redimido por el interno.

Estimamos que este último criterio es el adecuado, pues cuando un interno, procesado o condenado, luego de los trámites de rigor y del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, trabaja o estudia con fines de redención, el reconocimiento del tiempo redimido por trabajo o educación constituye un derecho y no un beneficio, razón por la cual la autoridad administrativa o judicial no puede dejar de reconocerla, pues en su tiempo y bajo un valor determinado, la actividad redimible se efectuó a plenitud.

No se debe confundir la potestad del juez penal de conceder o no el beneficio de la Semilibertad o Liberación Condicional, pues en estos casos es evidente que no existe una concesión automática por el hecho de cumplir con los requisitos exigidos por ley. Sin embargo, en el caso de la redención de pena, y sin perder su naturaleza de beneficio penitenciario, cuando el interno cumple con realizar la actividad laboral o educativa con fines de redención, adquiere por derecho el descuento de la pena en los términos cuantitativos establecidos en la ley vigente al momento de efectuar la actividad.

Creemos que esta interpretación se ajusta más al principio de legalidad y a la orientación preventivo especial que ha sido consagrada para la ejecución penal, en el inciso 22° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado.

6. LA SEMILIBERTAD

• Artículo 48º a 52º del Código de Ejecución Penal

• Artículo 183º a 196º del Reglamento del CEP

[6.1] CONCEPTO

La Semilibertad es un beneficio penitenciario que permite a un interno sentenciado egresar del establecimiento penal para efectos de trabajo o educación, y cumplir en libertad una parte de su condena, con la obligación de observar determinadas reglas de conducta, y siempre que no tenga proceso penal pendiente con mandato de detención.

Hasta antes de 1997, la Semilibertad se otorgaba sin excepción al interno que había cumplido un tercio de su condena y acreditaba que en libertad desarrollaría alguna actividad laboral o educativa. Sin embargo, sucesivas modificaciones al Código de Ejecución Penal han introducido cambios sustantivos en los términos

siguientes:

- El tiempo de carcelería mínima para obtener la Semilibertad, depende ahora del tipo de delito por el cual el interno ha sido sentenciado; y,
- Se ha suprimido como requisito para su concesión, la acreditación de una futura actividad laboral o educativa en caso de que obtenga la libertad.

Sin embargo, como quiera que el artículo 48° del Código de Ejecución Penal ha mantenido en la definición del beneficio el propósito de trabajo o educación, aun cuando ya no sea un requisito indispensable acreditar una u otra actividad, mayor posibilidad de obtener el beneficio tendrá aquel interno que sustente su solicitud en la necesidad de trabajar o estudiar. Por ello, se recomienda fundamentar la solicitud en tal propósito, y acreditarlo mediante un contrato de trabajo o inscripción en un centro educativo.

[6.2] REQUISITOS PARA SOLICITAR LA SEMILIBERTAD

El artículo 49° del Código de Ejecución Penal dispone que para iniciar el trámite del beneficio de la Semilibertad se debe contar con los siguientes requisitos:

- Copia certificada de la sentencia;
- Certificado de conducta;
- Certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención;
- Certificado de cómputo laboral o de estudio, si lo hubiere;
- Informe sobre el grado de readaptación del interno de acuerdo con la evaluación

del Consejo Técnico Penitenciario; y,

- Certificado policial que acredite domicilio o lugar de alojamiento.

Se trata entonces de un conjunto de requisitos que permitirán la formación de un expediente de Semilibertad para el trámite judicial correspondiente. El cumplimiento de tales requisitos no supone la obtención automática del beneficio, pues corresponde al Juez otorgarlo o denegarlo, aunque dicha decisión deberá adoptarse sobre la base de fundamentos objetivos y razonables, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional.

[6.3] LA SEMILIBERTAD CON EL CUMPLIMIENTO DE UN TERCIO (1/3) DE LA CONDENA (PLAZO ORDINARIO)

El primer párrafo del artículo 48° del Código de Ejecución Penal establece que el beneficio de Semilibertad puede ser concedido al sentenciado que ha cumplido por lo menos una tercera parte de su condena, criterio que es aplicado para la mayoría de los delitos, con la excepción de los delitos mencionados en el numeral 6.4.

El plazo mínimo de detención de una tercera parte de la condena que se exige para solicitar la Semilibertad, puede acreditarse con el cumplimiento de prisión efectiva por dicho período. Puede resultar también de la suma de dicho período con los días que el condenado haya redimido su pena por trabajo o educación.

En los delitos de tráfico ilícito de drogas, previstos en los artículos 296°, 298°, 300°, 301° y 302° del Código Penal, podrán acogerse al beneficio de Semilibertad con un tercio (1/3) de su pena, siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad.

[6.4] LA SEMILIBERTAD CON EL CUMPLIMIENTO DE LAS DOS TERCERAS PARTES (2/3) DE LA CONDENA (PLAZO ESPECIAL)

El segundo párrafo del artículo 48° del Código de Ejecución Penal señala que en los delitos que a continuación se indican, el sentenciado que solicite la Semilibertad deberá haber cumplido las dos terceras (2/3) partes de su pena:

- Exposición o abandono de menor o persona incapaz, si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieran ser previstas (artículos 125° y 129° del Código Penal);
- Exposición o peligro de persona dependiente, si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas (artículos 128° y 129° del Código Penal);
- Trata de personas (artículo 153° del Código Penal);
- Asociación ilícita para delinquir, cuando los hechos materia de condena estén relacionados con atentados contra la Administración Pública, contra el Estado y la Defensa Nacional o contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional (artículo 317° segundo párrafo del Código Penal);
- Atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria (artículo 325° a 332°del Código Penal);
- Rebelión (artículo 346° del Código Penal);
- Concusión en todas sus modalidades (artículo 382° a 386° del Código Penal);

- Peculado en todas sus modalidades, excepto la forma culposa (artículos 387° a 392° del Código Penal); y,
- Corrupción de funcionarios. Todas las modalidades, incluidas las cometidas por particulares (artículo 393° a 401° del Código Penal).

[6.5] DELITOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA SEMILIBERTAD

- Secuestro (artículo 152° del Código Penal);
- Forma agravada de trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal);
- Violación de menor de edad (artículo 173° del Código Penal);
- Violación de menor de edad seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal);
- Comercialización y cultivo de amapola y marihuana, así como la siembra compulsiva (artículo 296°-A del Código Penal);
- Tráfico ilícito de insumos químicos y productos (artículo 296°-B del Código Penal);
- Formas agravadas de tráfico de drogas (artículo 297° del Código Penal);
- Genocidio (artículo 319° del Código Penal);
- Desaparición forzada (artículo 320° del Código Penal);
- Tortura (artículo 321° del Código Penal);
- Tortura cometida con la participación de profesionales de la salud (artículo 322°del Código Penal);
- Discriminación (artículo 323° del Código Penal);
- Terrorismo (Ley N.° 29423); y,
- Lavado de activos cuando los recursos provengan del tráfico ilícito de drogas,

terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural, previsto en los artículos 228° y 230° del Código Penal (párrafo final del artículo 3° de la Ley N.° 27765, modificado por la Ley N.° 28355 y el Decreto Legislativo N.° 986).

En el caso de los reincidentes y habituales que adquieran dicha condición a partir del 23 de octubre de 2010, de conformidad con los artículo 46°-B y 46°-C del Código Penal, modificado por la Ley N.° 29604, tampoco podrán acceder a la Semilibertad en los siguientes delitos:

- Delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal);
- Delito de lesiones graves cuando la víctima sea menor de 14 años, y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable (artículo 121°-A del Código Penal);
- Delito de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°-B del Código Penal);
- Delito de secuestro (artículo 152° del Código Penal);
- Delito de trata de personas (artículo 153° del Código Penal);
- Delito de formas agravadas de trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal);
- Delito de violación sexual de menor de edad (artículo 173° del Código Penal);
- Delito de violación sexual de menor de 14 años seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal);
- Delito de hurto agravado (artículo 186° del Código Penal);
- Delito de robo agravado (artículo 189° del Código Penal);
- Delito de extorsión (artículo 200° del Código Penal);
- Delito de tráfico ilícito de drogas en modalidades agravadas (artículo 297° del Código Penal);
- Delito de genocidio (artículo 319° del Código Penal);
- Delito de desaparición forzada (artículo 320° del Código Penal);

- Delito de tortura (artículo 321° del Código Penal);
- Delito contra la integridad nacional (artículo 325° del Código Penal);
- Delito de participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal);
- Delito de destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal);
- Delito de vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal);
- Delito de inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal);
- Delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal);
- Delito de espionaje (artículo 331° del Código Penal);
- Delito de favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal); y,
- Delito de rebelión (artículo 346° del Código Penal).

[6.6] OBLIGACIONES DE UN BENEFICIADO CON LA SEMILIBERTAD

El beneficiado con una Semilibertad tiene la obligación de pernoctar en su domicilio y está sujeto a control e inspección de parte de la autoridad penitenciaria, así como del representante del Ministerio Público, tal como lo dispone el artículo 51° del Código de Ejecución Penal.

Además, deberá cumplir con las reglas de conducta que el Juez establezca en la resolución que le concedió el beneficio, como la prohibición de frecuentar determinados lugares, de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez, comparecer personalmente al Juzgado o a las oficinas de Medio Libre del

Instituto Nacional Penitenciario, para informar de sus actividades cada 30 días, etcétera. El control de las reglas de conducta corresponde al Área de Medio Libre de la Administración Penitenciaria.

De conformidad con la Ley N.° 29499, la persona privada de libertad que ha sido beneficiada con una Semilibertad, y a quien se le ha impuesto un mecanismo de vigilancia electrónica personal a su solicitud o por mandato judicial, tiene la obligación de cumplir las reglas de conducta señaladas por el Juez, las cuales están relacionadas con el buen uso y conservación de los equipos electrónicos que integran el sistema, así como respetar el radio de acción y desplazamiento establecido como regla de conducta. El control de estas obligaciones corresponde a la Administración Penitenciaria.

7. LIBERACIÓN CONDICIONAL

• Artículo 53º a 57º del Código de Ejecución Penal

• Artículo 183º a 196º del Reglamento del CEP

[7.1] CONCEPTO

Es un beneficio que permite al interno sentenciado cumplir parte de su condena en libertad, cuando ha cumplido por lo menos la mitad de su pena. Su concesión se basa en la observancia de los requisitos establecidos por Ley, y a diferencia de la Semilibertad, permite al beneficiado la absoluta discrecionalidad en el uso de su tiempo cuando obtenga la libertad, hecho que supone un estadío superior en el tratamiento penitenciario progresivo.

Si bien no es un requisito solicitar la Liberación Condicional con base en la necesidad de realizar una actividad laboral o educativa, es evidente que aquellas peticiones con dicho fundamento tendrán una mayor probabilidad de ser decla-

radas procedentes, respecto a aquellas que se limitan a cumplir los requisitos formales, sin sustentar las actividades que el beneficiado podría desarrollar en caso de que obtenga su libertad.

[7.2] REQUISITOS DE LA LIBERACIÓN CONDICIONAL

El artículo 54° del Código de Ejecución Penal señala que un expediente de Liberación Condicional debe contar con los siguientes documentos:

- Testimonio de condena;
- Certificado de conducta;
- Certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención;
- Certificado de cómputo laboral o estudio, si lo hubiere; e,
- Informe sobre el grado de readaptación de interno de acuerdo con la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario.

Como en el caso de la Semilibertad, el cumplimiento de estos requisitos permitirá el inicio del trámite judicial, pero no supondrá la obligación de conceder el beneficio.

[7.3] LA LIBERACIÓN CONDICIONAL CON EL CUMPLIMIENTO DE LA MITAD (1/2) DE LA CONDENA (PLAZO ORDINARIO)

El beneficio de la Liberación Condicional puede ser concedido cuando el interno ha cumplido por lo menos la mitad de su condena. Al igual que en el caso de la Semilibertad, dicho requisito mínimo puede ser cumplido con prisión efectiva o añadiendo el tiempo de condena que el interno haya logrado redimir por trabajo o educación.

En los casos de tráfico ilícito de drogas, la Liberación Condicional con la mitad (1/2) de la pena será posible siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad (plazo especial). Así, la Ley N.° 26320 establece en su artículo 4° que los *«sentenciados por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad».*

[7.4] LA LIBERACIÓN CONDICIONAL CON EL CUMPLIMIENTO DE LOS TRES CUARTOS (3/4) DE LA PENA (PLAZO ESPECIAL)

El segundo párrafo del artículo 53° del Código de Ejecución Penal exige para los delitos que a continuación se indican, que el sentenciado debe haber cumplido

cuando menos las tres cuartas (3/4) partes de su condena, así:

- Exposición o abandono de menor o persona incapaz, si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieran ser previstas (artículos 125° y 129° del Código Penal);
- Exposición a peligro de persona dependiente, si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas (artículos 128° y 129° del Código Penal);
- Secuestro (artículo 152° del Código Penal);
- Trata de personas (artículo 153° del Código Penal);
- Extorsión (artículo 200° del Código Penal);
- Asociación ilícita para delinquir, cuando los hechos materia de condena estén relacionados con atentados contra la Administración Pública, contra el Estado y la Defensa Nacional o contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional (artículo 317° segundo párrafo del Código Penal);
- Atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria (artículo 325° a 332° del Código Penal);
- Rebelión (artículo 346° del Código Penal);
- Concusión en todas sus modalidades (artículo 382° a 386° del Código Penal);
- Peculado en todas sus modalidades, excepto la forma culposa (artículos 387° a 392° del Código Penal); y,
- Corrupción de funcionarios. Todas las modalidades, incluidas las cometidas por particulares (artículo 393° a 401° del Código Penal).

[7.5] DELITOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA LIBERACIÓN CONDICIONAL

La ley prohíbe la concesión del beneficio de la Liberación Condicional en los siguientes delitos:

- Forma agravada de la trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal);
- Violación de menor de edad (artículo 173° del Código Penal);
- Violación de menor de edad seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal);
- Comercialización y cultivo de amapola y marihuana, así como la siembra compulsiva (artículo 296°-A del Código Penal);
- Tráfico ilícito de insumos químicos y productos (artículo 296°-B del Código Penal);
- Formas agravadas de tráfico de droga (artículo 297° del Código Penal);
- Genocidio (artículo 319° del Código Penal);
- Desaparición forzada (artículo 320° del Código Penal);
- Tortura (artículo 321° del Código Penal);
- Tortura cometida con participación de profesionales de la salud (artículo 322° del Código Penal);
- Discriminación (artículo 323° del Código Penal);
- Terrorismo (Ley N° 29423);
- Lavado de activos cuando los recursos provengan del tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural, previstos en los artículos 228° y 230° del Código Penal (párrafo final del art. 3° y art. 7° de la Ley N.° 27765, modificada por la Ley N.° 28355 y el Decreto Legislativo N.° 986).

Para los reincidentes y habituales, de conformidad con el artículo 46°-B y 46°-C del Código Penal, modificado por la Ley N.° 29604, tampoco procede la Libe-

ración Condicional en caso de que hubieren incurrido en los siguientes delitos:

- Delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal);
- Delito de lesiones graves cuando la víctima sea menor de 14 años, y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable (artículo 121°-A del Código Penal);
- Delito de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°-B del Código Penal);
- Delito de secuestro (artículo 152° del Código Penal);
- Delito de trata de personas (artículo 153° del Código Penal);
- Delito de formas agravadas de trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal);
- Delito de violación sexual de menor de edad (artículo 173° del Código Penal);
- Delito de violación sexual de menor de 14 años seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal);
- Delito de hurto agravado (artículo 186° del Código Penal);
- Delito de robo agravado (artículo 189° del Código Penal);
- Delito de extorsión (artículo 200° del Código Penal);
- Delito de tráfico ilícito de drogas en modalidades agravadas (artículo 297° del Código Penal);
- Delito de genocidio (artículo 319° del Código Penal);
- Delito de desaparición forzada (artículo 320° del Código Penal);
- Delito de tortura (artículo 321° del Código Penal);
- Delito contra la integridad nacional (artículo 325° del Código Penal);
- Delito de participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal);
- Delito de destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal);
- Delito de vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal);
- Delito de inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal);

- Delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal);
- Delito de espionaje (artículo 331° del Código Penal);
- Delito de favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal); y,
- Delito de rebelión (artículo 346° del Código Penal).

[7.6] OBLIGACIONES DE UN BENEFICIADO CON LA LIBERACIÓN CONDICIONAL

El condenado que obtiene una Liberación Condicional está obligado a observar las reglas de conducta que el Juez le impuso en la resolución que le concedió el beneficio, tal como lo dispone el artículo 58° del Código de Ejecución Penal. El control de las reglas de conducta corresponde al Área de Medio Libre de la Administración Penitenciaria, lugar donde el beneficiado deberá apersonarse cada 30 días para dar cuenta de sus actividades y firmar el registro correspondiente.

Como en el caso de la Semilibertad, el beneficiado con una Liberación Condicional tiene también la obligación de cumplir con las reglas de conducta relacionadas con la vigilancia electrónica personal, cuando se le haya impuesto dicha medida.

8. REQUISITOS ESPECIALES PARA ACCEDER AL BENEFICIO DE SEMILIBERTAD Y LIBERACIÓN CONDICIONAL

[8.1] INFORME MÉDICO Y PSICOLÓGICO PARA CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL

Los condenados por delito de violación sexual, que pueden acceder a la Semilibertad y la Liberación Condicional, además de los requisitos ordinarios antes señalados, deberán presentar un informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución de su tratamiento terapéutico relacionado con su readaptación social, tal como lo dispone el párrafo final del artículo 178°-A del Código Penal, introducido por el artículo 2° de la Ley N.° 26293.

[8.2] PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL Y MULTA COMO REQUISITO PARA ACCEDER A LA SEMILIBERTAD Y LIBERACIÓN CONDICIONAL

La reparación civil y la multa acompañan regularmente a la pena privativa de libertad, y establecen la obligación del sentenciado a pagar un monto de dinero a favor de la víctima, sus familiares o el Estado.

El pago del monto total de la reparación civil y multa, como requisito previo a la concesión de la Semilibertad y la Liberación Condicional, ha sido introducido en los últimos años para los siguientes delitos:

- Exposición o abandono de menor o persona incapaz, si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas (artículos 125° y 129° del Código Penal);
- Exposición a peligro de persona dependiente, si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas (artículos 128° y 129° del Código Penal);
- Secuestro (artículo 152° del Código Penal);
- Trata de personas (artículo 153° del Código Penal);
- Extorsión (artículo 200° del Código Penal);
- Asociación ilícita para delinquir, cuando los hechos materia de condena estén relacionados con atentados contra la Administración Pública, contra el Estado y la Defensa Nacional o contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional (segundo párrafo del artículo 317° del Código Penal);
- Atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria (artículo 325° a 332° del Código Penal);
- Rebelión (artículo 346° del Código Penal);
- Concusión en todas sus modalidades (artículo 382° a 386° del Código Penal);

- Peculado en todas sus modalidades, excepto la forma culposa (artículo 387° a 392° del Código Penal); y,
- Corrupción de funcionarios. Todas las modalidades, incluidas las cometidas por particulares (artículo 393° a 401° del Código Penal).

La exigencia de este requisito, cuyo incumplimiento impide la concesión de un beneficio penitenciario en los delitos antes mencionados, ha sido objeto de observación por algunos sectores, afirmándose que tal exigencia carece de legalidad, por cuanto constituye una limitación a la libertad individual por una obligación pecuniaria (prisión por deuda); sin embargo, el Tribunal Constitucional en jurisprudencia reiterada ha señalado que no se trata de una deuda, sino de una consecuencia de la pena, razón por la cual no afecta derecho fundamental alguno (Sentencia del Expediente N.° 7730-2005-PHC/TC).

9. DELITOS QUE NO TIENEN BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Progresivamente se ha introducido en la legislación prohibiciones absolutas de beneficios penitenciarios para determinados delitos, fundamentalmente con base en la gravedad de los hechos, características de la víctima y su impacto social. Si bien tal decisión se ha cuestionado por una aparente ilegalidad, el Tribunal Constitucional ha establecido que constituye una facultad del Estado prohibir, total o parcialmente, los beneficios penitenciarios en consideración a la gravedad de los delitos, tal como lo ha señalado en sentencia del Expediente N.° 00033-2007-AI.

En los delitos que se indican a continuación no procede ningún beneficio penitenciario:

- Forma agravada de trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28950, publicado el 16/01/2007);

- Violación de menor de edad (artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, publicado el 05/04/2006);
- Violación de menor de edad seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, publicado el 05/04/2006);
- Comercialización y cultivo de amapola y marihuana, así como la siembra compulsiva (artículo 296°-A del Código Penal, modificado por la Ley N.° 26320, publicado el 02/06/1994);
- Formas agravadas de tráfico de drogas (artículo 297° del Código Penal, modificado por la Ley N.° 26320, publicado el 02/06/1994);
- Genocidio (artículo 319° del Código Penal), conforme a los artículos 47°, 48° y 53° del Código de Ejecución Penal;
- Desaparición forzada (artículo 320° del Código Penal), conforme a los artículos 47°, 48° y 53° del Código de Ejecución Penal;
- Tortura (artículo 321° del Código Penal), conforme a los artículos 47°, 48° y 53° del Código de Ejecución Penal;
- Tortura cometida con participación de profesionales de la salud (artículo 322° del Código Penal), conforme a los artículos 47°, 48° y 53° del Código de Ejecución Penal;
- Discriminación (artículo 323° del Código Penal), conforme a los artículos 47°, 48° y 53° del Código de Ejecución Penal;
- Terrorismo (Ley N.° 29423, publicado el 14/10/2009); y,
- Lavado de activos siempre que se trate de recursos provenientes del tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural, previstos en los artículos 228° y 230° del Código Penal (párrafo final del art. 3° y art. 7° de la Ley N.° 27765, modificado por la Ley N.° 28355 y el Decreto Legislativo N.° 986).

10. LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA DELITOS COMETIDOS A PARTIR DEL 23 DE OCTUBRE DE 2010

El 22 de octubre de 2010 se publicó la Ley N.° 29604, que modificó el concepto legal de reincidencia y habitualidad, y en otros aspectos, estableció prohibiciones para el acceso a los beneficios penitenciarios de Semilibertad y Liberación Condicional, e introdujo un sistema diferenciado de redención de pena por trabajo y educación para algunas modalidades de delitos que se cometan a partir del 23 de octubre de 2010.

La Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley dispuso que las modificaciones efectuadas a los beneficios penitenciarios —cuyos alcances se explican en los párrafos siguientes— serán de aplicación exclusiva a los condenados por delitos que se cometan a partir de su vigencia, esto es, el 23 de octubre de 2010, precisando que sus alcances no se podrán aplicar en forma retroactiva a condenados con anterioridad a su vigencia.

Por ello, consideramos que en el marco de aplicación temporal de la Ley penitenciaria que introdujo la Ley N.° 29604, no colisiona con los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, respecto a la Ley aplicable para la concesión de beneficios penitenciarios, que desarrollamos en el numeral 14.5 del presente manual.

Sin embargo, en esta parte se puede afirmar que se trata de dos mecanismos de aplicación de la Ley en materia de beneficios penitenciarios, que no se oponen ni contradicen, de los cuales se derivan los siguientes criterios:

- Para los delitos cometidos a partir del 23 de octubre de 2010, que no han sido incluidos expresamente en la Ley N.° 29604, se aplicarán los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional;
- Para los internos primarios que a partir de 23 de octubre de 2010 hayan cometido los delitos previstos en los artículos 108°, 121°-A, 121°-B, 189°, 200°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332° y 346° del Código Penal, se aplicará la Ley N.° 29604 en casos de redención de pena;
- Para los casos de reincidentes y habituales que han cometido nuevo delito doloso a partir del 23 de octubre de 2010, se aplicará la Ley N.° 29604 para fines de redención de pena;
- Para los delitos cometidos a partir del 23 de octubre de 2010, que la Ley N.° 29604 ha incluido en los artículos 46°-B y 46°-C del Código Penal (artículos 108°, 121°-A, 121°-B, 152°, 153°, 153°-A, 173°, 173°-A, 186°, 189°, 200°, 297°, 319°, 320°, 321°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332° y 346° del Código Penal), se aplicarán los parámetros establecidos en la citada Ley.

[10.1] LA SEMILIBERTAD Y LIBERACIÓN CONDICIONAL PARA REINCIDENTES Y HABITUALES

a) La Reincidencia

De conformidad con el artículo 46°-B del Código Penal, modificado por la Ley N.° 29604, tiene la condición de reincidente, el que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad, comete nuevo delito doloso en un período que no exceda los 5 años.

La reincidencia constituye una circunstancia agravante, razón por la cual la citada norma autoriza al Juez a incrementar la pena del reincidente «hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal», cuando se ha incurrido en nuevo delito no considerado agravado.

Si la reincidencia se produce en los delitos previstos en los artículos 108°, 121-A, 121-B, 152°, 153°, 153-A, 173°, 173°-A, 186°, 189°, 200°, 297°, 319°, 320°, 321°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332° y 346° del Código Penal, la agravante tendrá dos efectos:

- El Juez *«aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua»*; y,
- No se aplicarán los beneficios penitenciarios de Semilibertad ni Liberación Condicional.

En consecuencia, no procederá el beneficio de Semilibertad ni Liberación Condicional a los autores y partícipes que tengan la condición de reincidentes, por haber incurrido en uno o varios de los delitos que enseguida se detallan, siempre que lo hayan cometido a partir del 23 de octubre de 2010:

- Delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal);
- Delito de lesiones graves cuando la víctima sea menor de 14 años, y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable (artículo 121°-A del Código Penal);
- Delito de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°-B del Código Penal);
- Delito de secuestro (artículo 152° del Código Penal);
- Delito de trata de personas (artículo 153° del Código Penal);
- Delito de formas agravadas de trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal);
- Delito de violación sexual de menor de edad (artículo 173° del Código Penal);
- Delito de violación sexual de menor de 14 años seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal);
- Delito de hurto agravado (artículo 186° del Código Penal);
- Delito de robo agravado (artículo 189° del Código Penal);
- Delito de extorsión (artículo 200° del Código Penal);
- Delito de tráfico ilícito de drogas en modalidades agravadas (artículo 297° del Código Penal);
- Delito de genocidio (artículo 319° del Código Penal);
- Delito de desaparición forzada (artículo 320° del Código Penal);
- Delito de tortura (artículo 321° del Código Penal);
- Delito contra la integridad nacional (artículo 325° del Código Penal);
- Delito de participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal);
- Delito de destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal);
- Delito de vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal);
- Delito de inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal);
- Delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal);

- Delito de espionaje (artículo 331° del Código Penal);
- Delito de favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal); y,
- Delito de rebelión (artículo 346° del Código Penal).

b) La habitualidad

Por otro lado, la Ley N.° 29604 modificó también el artículo 46°-C del Código Penal, considerando habitual a quien comete un nuevo delito doloso, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. En este caso, estamos frente a un supuesto de habitualidad *«ordinaria».*

Sin embargo, cuando el autor incurre en nuevo delito doloso relacionado con la conductas descritas en los artículos 108°, 121-A, 121-B, 152°, 153°, 153-A, 173°, 173°-A, 186°, 189°, 200°, 297°, 319°, 320°, 321°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332° y 346° del Código Penal, el plazo de cinco años no se aplicará, por lo que el período de comisión de los tres delitos puede ser mayor. Se trata entonces de hipótesis de habitualidad *«especial».*

La habitualidad en el delito constituye también una circunstancia agravante, razón por la cual, a quien tiene tal situación jurídica el Juez le *«aumenta la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal»,* salvo en las modalidades agravadas señaladas en el párrafo anterior, en cuyo caso *«se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua».*

Además, los que tienen la condición de habituales tampoco poseen derecho al beneficio de Semilibertad y Liberación Condicional, si han incurrido en conductas relacionadas con:

- Delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal);
- Delito de lesiones graves cuando la víctima sea menor de 14 años, y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable (artículo 121°-A del Código Penal);
- Delito de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°-B del Código Penal);
- Delito de secuestro (artículo 152° del Código Penal);
- Delito de trata de personas (artículo 153° del Código Penal);
- Delito de formas agravadas de trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal);
- Delito de violación sexual de menor de edad (artículo 173° del Código Penal);
- Delito de violación sexual de menor de 14 años seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal);
- Delito de hurto agravado (artículo 186° del Código Penal);
- Delito de robo agravado (artículo 189° del Código Penal);
- Delito de extorsión (artículo 200° del Código Penal);
- Delito de tráfico ilícito de drogas en modalidades agravadas (artículo 297° del Código Penal);
- Delito de genocidio (artículo 319° del Código Penal);
- Delito de desaparición forzada (artículo 320° del Código Penal);
- Delito de tortura (artículo 321° del Código Penal);
- Delito contra la integridad nacional (artículo 325° del Código Penal);
- Delito de participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal);
- Delito de destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal);
- Delito de vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal);
- Delito de inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal);
- Delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal);

- Delito de espionaje (artículo 331° del Código Penal);
- Delito de favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal); y,
- Delito de rebelión (artículo 346° del Código Penal).

[10.2] LA REDENCIÓN DE PENA PARA REINCIDENTES Y HABITUALES

El artículo 46° del Código de Ejecución Penal ha sido modificado también por la Ley N.° 29604, estableciendo casos especiales de redención de pena para reincidentes y habituales sobre la base de la definición establecida en los artículos 46°- B y 46°- C del Código Penal, también modificado por la mencionada norma, cuyos criterios serán de aplicación únicamente para los casos cometidos a partir del 23 de octubre de 2010. Así:

a) Redención de pena para reincidentes y habituales en delitos no agravados

El segundo párrafo del artículo 46° del Código de Ejecución Penal establece que los reincidentes y habituales que tengan tal condición por incurrir en nuevo delito doloso a partir del 23 de octubre de 2018, redimirán condena mediante el trabajo y la educación, a razón de un día de pena por seis (6x1) de labor efectiva o de estudio. Se trata de casos de reincidencia o habitualidad en delitos no considerados graves, los cuales están señalados expresamente en el citado artículo 46°.

b) Redención de pena para reincidentes y habituales de delitos agravados

El tercer párrafo del artículo 46° del Código de Ejecución Penal, invocando parcialmente lo establecido en el artículo 46°-B y 46°-C del Código Penal,

señala que podrán redimir condena por trabajo o educación, a razón de un día de pena por siete de labor efectiva o estudio, los que tengan la condición de reincidentes o habituales a partir del 23 de octubre de 2010, por haber incurrido en uno o varios de los siguientes delitos:

- Delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal);
- Delito de lesiones graves cuando la víctima sea menor de 14 años, y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable (artículo 121°-A del Código Penal);
- Delito de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°-B del Código Penal);
- Delito de secuestro (artículo 152° del Código Penal);
- Delito de trata de personas (artículo 153° del Código Penal);
- Delito de hurto agravado (artículo 186° del Código Penal);
- Delito de robo agravado (artículo 189° del Código Penal);
- Delito de extorsión (artículo 200° del Código Penal);
- Delito contra la integridad nacional (artículo 325° del Código Penal);
- Delito de participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal);
- Delito de destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal);
- Delito de vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal);
- Delito de inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal);
- Delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal);
- Delito de espionaje (artículo 331° del Código Penal);
- Delito de favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal); y,
- Delito de rebelión (artículo 346° del Código Penal).

11. TRÁMITE DE LA SEMILIBERTAD Y LIBERACIÓN CONDICIONAL

[11.1] FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

La formación del expediente de Semilibertad y Liberación Condicional comienza con la solicitud que el privado de libertad debe presentar ante el Director del Penal del establecimiento donde se encuentra recluido.

En la práctica, el inicio de la formación del expediente administrativo de ambos beneficios puede comenzar de dos maneras:

a) Presentando una solicitud documentada ante el Director del Penal

En este caso, se acompaña a la petición todos los requisitos que la ley exige.

Ello supone que el interno, antes de presentar su solicitud, debe haber obtenido todos los documentos que le corresponde adjuntar, así como haber gestionado la emisión de los documentos que debe expedir la autoridad penitenciaria.

b) Presentando una simple solicitud

A partir de la cual la administración penitenciaria, con el impulso del propio interno, comenzará a reunir todos los documentos que conformará el expediente administrativo correspondiente. En este caso, las autoridades del penal expedirán progresivamente los documentos que deben ser emitidos en el establecimiento (certificado de conducta, certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención, certificado de cómputo laboral o de estudio, si lo hubiere, y el informe sobre el grado de readaptación de interno, de acuerdo con la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario). Por su parte, el interno deberá aportar los requisitos que le corresponde (copia certificada de la sentencia y certificado domiciliario expedido por notario, Juez de Paz o la municipalidad donde va a residir en caso se le otorgue el beneficio penitenciario conforme a la Ley N.° 27839).

Cuando la solicitud ha sido completada con todos los requisitos, el Director del Penal, con la debida nota de atención, remitirá el expediente al Juez Penal que conoció el proceso para su pronunciamiento.

[11.2] TRÁMITE JUDICIAL

a) Juez Competente

Culminada la etapa de formación del expediente administrativo de Semiliber-

tad o Liberación Condicional, el Director del Penal lo remitirá al Juez Penal competente, que de conformidad con los artículos 50° y 55° del Código de Ejecución Penal, será el juzgado que conoció el proceso, quien a su vez lo derivará al Fiscal Provincial para que emita su dictamen correspondiente.

En las sedes de las Cortes donde se ha implementado ya el Código Procesal Penal de 2004, los Juzgados Penales Unipersonales son competentes para conocer los incidentes sobre beneficios penitenciarios.

b) Dictamen Fiscal

Recibido el expediente de beneficio penitenciario del Juez Penal competente, el Fiscal Provincial deberá emitir su dictamen en un plazo improrrogable de 5 días, pronunciándose por la procedencia o denegatoria del beneficio.

c) Resolución del Juez

Recibido el dictamen fiscal, el Juez Penal deberá resolver la solicitud de beneficio en un plazo de 10 días, previa audiencia, con la presencia del solicitante del beneficio, su defensor y el Fiscal Provincial.

En la audiencia de Beneficio Penitenciario, se dará lectura a las piezas más importantes del expediente de petición, el Fiscal fundamentará oralmente las razones por las cuales opinó por la procedencia o improcedencia de la solicitud. En seguida, hará uso de la palabra el abogado defensor, fundamentando las razones de su petición. Las intervenciones del Fiscal y la defensa deberán constar en el acta de audiencia.

Concluida las intervenciones orales, el Juez Penal deberá resolver la solicitud, concediendo el beneficio en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer que no cometerá nuevo delito. En caso contrario, denegará el beneficio.

d) Recurso de Apelación

De conformidad con el párrafo final del artículo 50° y el 55° del Código de Ejecución Penal, contra la resolución que concede o deniega el beneficio de la Semilibertad o Liberación Condicional, procede el recurso de apelación, que podrá interponerse en un plazo de tres (3) días.

La Sala Penal Superior resolverá la apelación previa vista del Fiscal Superior. Con la resolución emitida por la Sala Penal se agotará la instancia judicial, pues no procede recurso de nulidad ni de casación.

12. REVOCATORIA DE LOS BENEFICIOS DE SEMILIBERTAD Y LIBERACIÓN CONDICIONAL

De conformidad con los artículos 52° y 56° del Código de Ejecución Penal, el beneficio de Semilibertad o Liberación Condicional puede ser revocado en los siguientes supuestos:

[12.1] REVOCATORIA POR INCUMPLIMIENTO DE REGLAS DE CONDUCTA Y SUS EFECTOS

La Semilibertad y la Liberación Condicional pueden ser revocadas, cuando el liberado no cumpla alguna de las reglas de conducta establecidas en la resolución que le concedió el beneficio penitenciario, así lo dispone el artículo 192° del

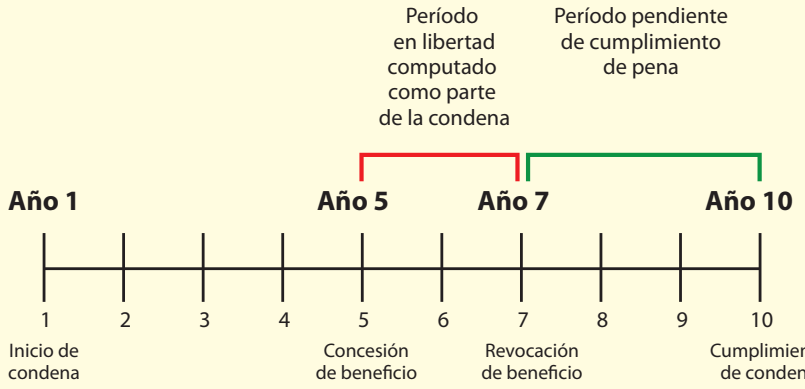
RCEP. Para ello, el Juez Penal deberá previamente requerir al liberado el cumplimiento de la regla inobservada, bajo apercibimiento de su revocación. En caso de que se mantenga el incumplimiento dispondrá la revocatoria de conformidad con los artículos 192° y 193° del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

El Juez Penal competente para revocar la Semilibertad o Liberación Condicional por incumplimiento de reglas de conducta, será aquel que concedió el beneficio.

Revocado el beneficio por dicha causa, el tiempo transcurrido entre el momento de su concesión y la revocatoria; es decir, el período en que el interno estuvo en libertad, se computará como parte de su condena, razón por la cual, al ser recluido nuevamente en un establecimiento penitenciario por efecto de la revocación, deberá permanecer en prisión sólo el tiempo restante de su condena. Así lo dispone el segundo párrafo del artículo 193° del RCEP.

Ejemplo de Revocatoria de Beneficio Penitenciario por incumplimiento de Reglas de Conducta y sus efectos

Si un interno sentenciado a 10 años de pena privativa de libertad obtiene el beneficio penitenciario en el año 5, y en el año 7 se le revoca el beneficio por incumplimiento de reglas de conducta, los dos años transcurridos entre la libertad y la revocatoria serán considerados como parte del cumplimiento de la pena. Por ello, al ser recluido nuevamente en el penal, sólo cumplirá los 3 años restantes de su condena.



[12.2] REVOCACIÓN POR COMISIÓN DE NUEVO DELITO DOLOSO Y SUS EFECTOS

La Ley dispone que en caso de que un sentenciado (liberado) cometa un delito doloso mientras se encontraba gozando del beneficio penitenciario de Semi-libertad o Liberación Condicional, dicho beneficio deberá ser revocado por el Juez que dicte sentencia por el nuevo delito cometido (artículos 192° y 193° del Reglamento del Código de Ejecución Penal).

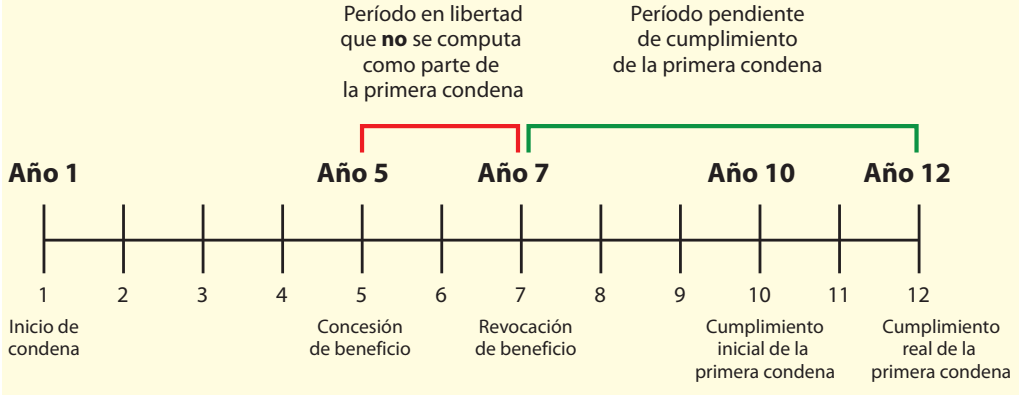
Para esta revocatoria se requiere de una determinación judicial efectiva de la responsabilidad penal; es decir, de una sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada, razón por la cual, para revocar un beneficio, no será suficiente un mandato de detención preventiva o una sentencia condenatoria en primera instancia que haya sido impugnada.

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 193° del Reglamento del Código de

Ejecución Penal, el tiempo transcurrido en libertad entre la concesión del beneficio y la revocatoria no será considerado como parte del cumplimiento de la condena, lo que obligará al liberado a cumplir el tiempo de la pena pendiente al momento de su concesión.

Ejemplo de Revocatoria de Beneficio Penitenciario por condena de nuevo delito doloso y el cumplimiento de la primera condena

Un interno que ha sido condenado a 10 años de pena privativa de libertad, que en el año 5 es liberado por un beneficio penitenciario, y a quien en el año 7 se le revoca el beneficio por una sentencia condenatoria luego de haber cometido nuevo delito doloso, retornará al penal para terminar de cumplir su primera condena, la cual vencerá el año 12, por cuanto los dos años que estuvo en libertad por efecto del beneficio penitenciario, no se computarán como parte del cumplimiento de su condena.



[12.3] REVOCATORIA DE LA SEMILIBERTAD O LIBERACIÓN CONDICIONAL POR LA COMISIÓN DE NUEVO DELITO DOLOSO Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS DOS SENTENCIAS CONDENATORIAS

Revocado un beneficio penitenciario por condena por nuevo delito doloso, y reingresado el liberado al establecimiento penal, existirán dos sentencias condenatorias que deberan cumplirse:

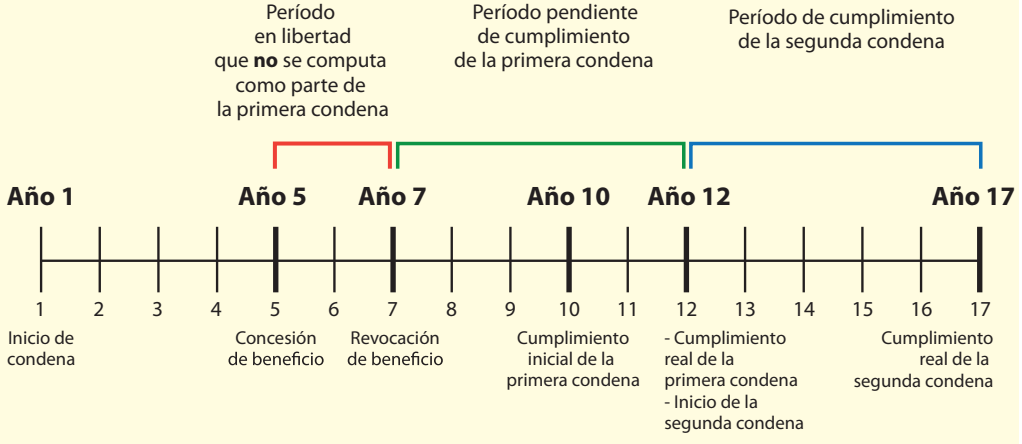
- La primera, la pena pendiente de su condena primigenia, cuyo beneficio fue revocado; y,
- La segunda, el íntegro de la nueva condena impuesta por la comisión del nuevo delito doloso.

En estos casos, el criterio que usualmente regía en el país era el de cumplimiento simultáneo de ambas condenas, de manera que el impacto de la segunda condena se reducía sensiblemente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha variado dicho criterio al establecer en reiterada jurisprudencia el concepto del cumplimiento sucesivo de la condena (Expediente N.° 0804-2003-HC/TC; Expediente N.° 0809-2003-HC/TC; Expediente N.° 0871-2003-HC/TC; Expediente N.° 1084-2003-HC/TC; Expediente N.° 0943-2003-HC/TC; y Expediente N.° 0739-2004-HC/TC).

En consecuencia, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, la segunda condena comenzará a cumplirse cuando el interno una vez reingresado al penal termine su primera condena, a cuyo vencimiento recién comenzará a computarse la segunda condena.

Ejemplo de Revocatoria de Beneficio Penitenciario por condena por Nuevo Delito Doloso y el cumplimiento de las dos sentencias condenatorias

Un interno condenado a 10 años de pena privativa de libertad, que el año 5 obtiene un beneficio penitenciario, y que en el año 7 le revocan por condena de nuevo delito doloso deberá terminar de cumplir su pena por el primer delito en el año 12. Si en la segunda condena le impusieran 5 años de pena privativa de libertad, el interno comenzará la ejecución de esta pena a partir del año 13, y cumplirá su condena en el año 17.



Por último, se debe recordar que revocada la Semilibertad o la Liberación Condicional por la comisión de nuevo delito doloso, el interno no podrá de nuevo acceder a estos beneficios durante el tiempo de pena que le reste de la primera condena (artículo 194° del Reglamento del Código de Ejecución Penal). Dichos beneficios podrán ser solicitados durante el cumplimiento de la segunda condena.

[12.4] REVOCATORIA DE LA SEMILIBERTAD Y LIBERACIÓN CONDICIONAL POR INFRACCIÓN A LAS REGLAS DE CONDUCTA IMPUESTAS POR VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

La Ley N.° 29499, que introdujo la vigilancia electrónica personal como mecanismo opcional de control para privados de libertad que obtengan el beneficio de la Semilibertad y Liberación Condicional, establece que la implementación del sistema de monitoreo demanda el cumplimiento de determinadas reglas de conducta de parte del beneficiado, como no salir del radio de acción y desplazamiento asignado, tener como punto de referencia un domicilio, no quitarse el mecanismo o dañar su sistema, entre otras obligaciones.

Por ello, la infracción de los criterios adecuados de utilización de los componentes electrónicos, así como el incumplimiento de otras reglas de conducta, constituye causa de revocación de la Semilibertad y la Liberación Condicional.

Las consecuencias de la revocatoria de tales beneficios no han sido señaladas por la Ley, pues tal precisión corresponde a su reglamento que emitirá en breve

término. Sin embargo, aplicando las reglas generales, suponemos que en casos de infracción de reglas formales, antes de revocarse un beneficio deberá percibirse al beneficiado sobre dicha posibilidad. En cambio, la revocatoria deberá disponerse de manera inmediata cuando el beneficiado infrinja las reglas básicas de seguridad, como la reiterada violación al radio de acción y desplazamiento asignado por el Juez, la manipulación de los componentes electrónicos del sistema, así como al intento o retiro del mecanismo de control.

13. LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS Y LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

La vigilancia electrónica personal es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar señalado como tal por quien es objeto del citado control, tal como lo dispone el artículo 1° de la Ley N.° 29499.

Para los procesados, la vigilancia electrónica personal es una alternativa de restricción del mandato de comparecencia, que es dispuesta por el Juez de oficio o a petición de parte, a fin de garantizar la permanencia del imputado en el proceso.

Para los condenados es un tipo de pena que se aplica por conversión luego de imponerse una sentencia de pena privativa de libertad, que tiene por finalidad garantizar el

cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado.

En la ejecución penal, la vigilancia electrónica personal se aplica a los condenados que obtengan beneficios penitenciarios de Semilibertad o Liberación Condicional, en cuyo caso lo impone el Juez de oficio o a solicitud de parte, con el propósito de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado.

Como se puede notar, la autoridad encargada de decidir a quién se le impone la vigilancia electrónica personal es exclusivamente el Juez, mientras que la entidad encargada de implementar, ejecutar y controlar dicha decisión, será el Instituto Nacional Penitenciario.

En la función de control, la administración penitenciaria deberá realizar el seguimiento continuo sobre el cumplimiento de las reglas de conducta, en tal situación deberá:

- Informar al Juez que el beneficiado ha observado correctamente las reglas impuestas durante el plazo establecido, con la finalidad de dar por concluida la medida; y,
- Reportar al Juez cuando advierta violaciones a las reglas de conducta con la finalidad de adoptar las acciones correspondientes.

Es importante resaltar que, en el caso de los beneficios penitenciarios, la medida de vigilancia electrónica personal se puede imponer en dos situaciones:

a) De oficio, cuando el Juez, de manera excepcional, considere necesaria la vigilancia electrónica personal, como regla de conducta a quien le concede el beneficio penitenciario de Semilibertad o Liberación Condicional. En este caso, su imposición deberá ser motivada y justificada sobre la base del grado de peligrosidad del condenado, tal como lo establece el literal «c» del artículo 2° de la Ley N.° 29499.

b) A pedido de parte, cuando lo solicite quien ha sido ya beneficiado con una Semilibertad o Liberación Condicional, tal como lo disponen los párrafos finales de los artículos 50° y 55° del Código de Ejecución Penal, modificados por la Ley N.° 29499. En efecto, al fijar las reglas de conducta que deberá cumplir el beneficiado, el Juez podrá disponer a solicitud de éste la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control de pena, en reemplazo de la comparecencia personal y obligatoria al juzgado del beneficiado, para informar y justificar sus actividades.

En rigor, pese a la literalidad de la norma, debemos entender que la vigilancia electrónica personal se debe imponer en reemplazo de la comparecencia personal y obligatoria en las oficinas del Área de Medio Libre de la administración penitenciaria y no ante un juzgado, pues el control de las reglas de conducta impuesta al beneficiado de una Semilibertad o Liberación Condicional corresponde exclusivamente al Instituto Nacional Penitenciario, y no al Poder Judicial.

14. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE BENEFICIOS PENITENCIARIOS Y OTROS ASPECTOS A CONSIDERAR

Un hecho relevante en los últimos años en materia de beneficios penitenciarios es que no resulta suficiente citar una norma en concreto para conceder o denegar un beneficio, sino que para ello es necesario invocar y concordar con los criterios que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido desarrollando sobre la materia.

De acuerdo con el modelo constitucional vigente en nuestro país, la jurisprudencia generada por el Tribunal Constitucional constituye un elemento vinculante para el Juez al momento de aplicar o interpretar una norma. Por ello, a continuación, se desarrolla el contenido de algunas sentencias relevantes en materia de beneficios penitenciarios que orientan su concesión o denegatoria.

[14.1] EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA SOLICITAR UN BENEFICIO PENITENCIARIO Y LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

El Tribunal Constitucional ha sido enfático al establecer que en los beneficios de Semilibertad y Liberación Condicional el cumplimiento de los requisitos señalados en el Código de Ejecución Penal constituye solo un medio para iniciar válidamente el procedimiento. Por ello, satisfacer los requisitos formales no genera una obligación en el Juez Penal de conceder el beneficio solicitado, pues se reconoce al magistrado su facultad discrecional. Así:

• Sentencia del Expediente N.º 1181-2002-HC/TC, Fundamento Nº 3

«... sí bien el Código de Ejecución Penal prevé el cumplimiento de ciertos presupuestos formales para su concesión, un beneficio como indica su naturaleza jurídica y a diferencia de los derechos procesales, puede ser otorgado o no sin que esto suponga un acto de arbitrariedad; antes bien, la resolución por la que se resuelve esta petición puede ser impugnada para ser revisada por el órgano superior jerárquico, tal como ha acontecido en el presente caso en que el actor ejerció su derecho a la doble instancia».

• Sentencia del Expediente N.º 1431-2002-HC/TC, Fundamento Nº 2

«La concesión de los beneficios penitenciarios está sujeta a las disposiciones del Código de Ejecución Penal y leyes complementarias, así como al prudente arbitrio del Juez».

Como se puede observar en los párrafos que anteceden, el Tribunal Constitucional estima que la concesión de beneficios penitenciarios se encuentra dentro

del margen de discrecionalidad del Juez, facultad que la Ley le concede, y en mérito al cual podrá evaluar cada solicitud en concreto. Por ello, es perfectamente posible que ante dos solicitudes de personas sentenciadas por participar en un mismo delito y con penas idénticas, el Juez pueda conceder un beneficio y denegar el otro.

En la última de las sentencias mencionadas líneas arriba, el Tribunal Constitucional precisa también que el uso del *«criterio de conciencia»* para denegar el beneficio no implica necesariamente una arbitrariedad.

[14.2] OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LA RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

La discrecionalidad que se reconoce al Juez no puede traducirse en decisiones arbitrarias o injustas, pues de conformidad con lo establecido en el inciso 5° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, es una obligación del Juez sustentar o fundamentar su decisión.

En el caso concreto de una concesión o denegatoria de un beneficio penitenciario, la fundamentación de la decisión judicial cumplirá por lo menos dos funciones:

- Permitirá que el interno entienda los motivos por los cuales el Juez ha adoptado su decisión; y,
- Posibilitará que el interno fundamente adecuadamente su recurso de apelación, que será resuelto por la instancia superior.

La ausencia de fundamentación de la resolución judicial podría generar su nulidad por afectar una de las garantías básicas de la administración de justicia.

En los casos en que se deniegue un beneficio penitenciario, el Tribunal Constitucional ha precisado que dicha obligación es esencialmente relevante, por cuanto tal decisión afecta el derecho fundamental a la libertad. Por ello, ha establecido que si se restringirá un derecho tan importante o tan básico como la libertad personal, debe fundamentarse adecuadamente (Expediente N.° 1405-2002-HC/TC, fundamentos 2, 3 y 4).

[14.3] LA RESOCIALIZACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA CONCESIÓN DE UN BENEFICIO PENITENCIARIO. PROGNOSIS DE LA CONDUCTA DEL SENTENCIADO

El tratamiento penitenciario en nuestro país es progresivo, situación que debe tener presente el Juez al momento de conceder un beneficio. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Expediente N.° 010-2002-AI/TC ha establecido importantes consideraciones, relacionadas con el significado de la resocialización de la persona privada de libertad, así:

- La resocialización es un mandato para todas las instituciones involucradas en la ejecución de la pena, incluido el legislador, quien deberá tenerlo presente cuando regule las condiciones de detención o asigne penas;
- En virtud del principio de dignidad, existe la obligación del Estado de adoptar

las medidas necesarias para que el interno pueda reincorporarse a la vida en comunidad, respetando su autonomía individual;

- No se puede imponer al interno una determinada forma de concebir el mundo o un conjunto de valores. Por ello, cuando el magistrado o la administración penitenciaria analice el grado de resocialización o readaptación de un interno que solicita un beneficio penitenciario, no están facultados para hacer esa valoración sobre la base de consideraciones políticas o culturales. El tratamiento penitenciario no puede tener como objetivo la modificación del pensamiento del interno, sus patrones culturales o religiosos; por tanto, el Juez tampoco debe considerarlos como elementos para denegar un beneficio penitenciario.

Ahora bien, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la prognosis de la conducta del sentenciado en libertad debe ser el motivo principal que el Juez considere para conceder un beneficio penitenciario. Ello se deberá expresar en la presunción razonable que el interno puesto en libertad no volverá a delinquir. Dicho fundamento está claramente establecido en los artículos 50° y 55° del Código de Ejecución Penal, que dice:

"la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento penitenciario, permitan suponer que no cometerá nuevo delito".

Esto significa que cuando se debate la concesión de un beneficio penitenciario, existirá siempre una confrontación entre dos intereses: por un lado, el del interno que desea acceder anticipadamente a la libertad; y, por otro, el de los ciudadanos que tienen el derecho a la seguridad y a no ser afectados por actividades delictivas. Por ello, cuando un Juez evalúa la concesión de un beneficio penitenciario, debe tratar de mantener una armonía o equilibrio entre ambos intereses.

De ahí que resulte importante, que tanto el interno como su defensa no se limi-

ten a demostrar al Juez que han cumplido con los requisitos establecidos en el Código de Ejecución Penal, sino que, además, deben fundamentar —sobre la base de un compromiso serio del interno— que la libertad anticipada del solicitante le permitirá realizar actividades en favor de su reintegración a la sociedad.

Tal fundamentación no sólo debe realizarse en los escritos mediante los cuales se solicita el beneficio, sino, principalmente, se deben exponer oralmente en la Audiencia previa a la toma de decisión.

[14.4] VALOR DE LOS INFORMES DE LOS PROFESIONALES DEL ÓRGANO TÉCNICO DE TRATAMIENTO

Para determinar la concesión de un beneficio penitenciario, el Juez tiene a su disposición la copia de la sentencia condenatoria, debidamente consentida o ejecutoriada, y el certificado de conducta del interno, emitida por la autoridad penitenciaria.

Tiene además, uno de los requisitos más trascendentes del expediente de Semilibertad o Liberación Condicional, como es el informe sobre el grado de readaptación del interno según la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario. En realidad, se trata de un informe emitido por el Órgano Técnico de Tratamiento del establecimiento penal, que está integrado por un psicólogo, un asistente social y un abogado. El citado informe debe contener una prognosis respecto a los avances que el interno ha tenido en su proceso de resocialización.

Se trata entonces del documento que mayor información debe brindar respec-

to a la prognosis de la conducta de un interno en caso de que sea puesto en libertad. Si el informe señala que el solicitante del beneficio ha tenido avances significativos en su tratamiento penitenciario, es posible que la alegación de la defensa, afirmando que el interno no volverá a delinquir si es puesto en libertad, pueda ser más verosímil.

No obstante, es claro también que en ciertos casos la información contenida en dicho informe no resulte suficiente para crear la citada confianza en el Juez, y que por ello, pueda requerir información adicional que le permita decidir si una persona debe ser liberada anticipadamente o debe permanecer en el penal.

Por otro lado, el informe sobre el grado de readaptación de un interno puede ser considerado técnicamente una pericia, pues es realizado por profesionales en tratamiento penitenciario. Como tal, deberá ser evaluado por el Juez, sin que su contenido determine automáticamente el criterio que deba asumir en su pronunciamiento. Esto significa que un informe favorable del Órgano Técnico de Tratamiento no obligará al Juez a conceder un beneficio; y, por la misma razón, un informe negativo no supondrá necesariamente su denegatoria. Obviamente, en caso de apartarse del sentido del informe, el Juez tendrá la obligación de explicar el motivo por el cual adopta dicha decisión.

Si el informe del Órgano de Tratamiento es técnicamente una pericia, resulta razonable suponer que su contenido debe ser objeto de debate, con la presencia de las partes (Fiscal, sentenciado y su defensa) y los profesionales que lo emitieron. Sin embargo, no ocurre así, pues actualmente en la audiencia previa a la decisión judicial, sólo concurre el Fiscal, el interno solicitante y su abogado defensor, que debaten el contenido del informe a partir de lo escrito por dichos profesionales.

En defensa de tal procedimiento, se ha expresado que la no concurrencia a la Audiencia de los profesionales de tratamiento se fundamenta en la necesidad

de garantizarles su seguridad personal, especialmente cuando se trata de sustentar un informe negativo, pues luego del debate pericial, tanto el interno como el profesional retornarán al establecimiento penitenciario, lo que podría incrementar el nivel de vulnerabilidad del funcionario.

Aun cuando el citado argumento resulta razonable, es cierto también que el procedimiento vigente guarda coherencia con el modelo procesal inquisitivo o mixto establecido en el Código de Procedimientos Penales de 1940, todavía vigente en muchos distritos judiciales del país. Sin embargo, se opone a los criterios establecidos en el Código Procesal Penal del 2004, en mérito al cual una pericia debe ser sometida al contradictorio en el marco de una audiencia con la presencia de los que elaboraron el documento, quienes podrán ser interrogados y contraexaminados por el Fiscal y la defensa.

Obviamente, constituye una necesidad también dotar de las garantías y seguridad necesarias a favor de los profesionales del tratamiento.

[14.5] LA LEY APLICABLE EN LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Una característica de la legislación penitenciaria nacional es su constante cambio, pues con frecuencia se reformulan requisitos, plazos o se restringen los beneficios penitenciarios. Por ello es posible que, desde el momento de la comisión de un delito hasta cuando el interno solicite un beneficio penitenciario luego de ser condenado, haya estado vigente más de una ley, planteándose por ello

la interrogante de cuál de ellas debería de aplicar el Juez al momento de tomar una decisión.

Sobre el particular, debemos señalar que tradicionalmente, en nuestro país, se venía aplicando la Ley penitenciaria vigente al momento de la comisión del hecho delictivo, tal como ocurría con la Ley penal sustantiva. Sin embargo, ese criterio fue variando progresivamente por decisión del Tribunal Constitucional.

Así, el citado Tribunal, inicialmente adoptó la tesis de la Aplicación Ultractiva de la Ley, y el principio constitucional de aplicar la norma más favorable en materia penal (artículo 139° inciso 11° de la Constitución). Tal criterio se puede observar en el caso Granda Ortega (Sentencia del Expediente N.° 804-2002-HC/TC), en el que se señaló que una norma penitenciaria debía aplicarse ultractivamente, lo que suponía que la norma derogada en caso ser la más favorable mantenía sus efectos. Por ello, si la Ley reciente prohibía el beneficio, el Tribunal Constitucional estableció que el Juez debería elegir la más beneficiosa para el interno.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional introdujo un nuevo elemento, afirmando que para aplicar el principio de la Ley más favorable, debía de precisarse si era una norma penal sustantiva o procesal. En tal sentido, aseveró que el principio de la ultractividad sólo era aplicable a las normas sustantivas y no a las de carácter procesal (sentencia del Expediente N.° 1300-2002-HC/TC).

Finalmente, el Tribunal Constitucional resolvió que, presentada una solicitud de beneficio penitenciario, se debía aplicar la norma vigente al momento en que el privado de libertad solicitaba el beneficio o cuando haya presentado su solicitud con tal finalidad. Tal criterio es el imperante en la actualidad, y se expresó en la sentencia del Expediente N.° 1593-2003-HC/TC, en la cual se indica que el principio de la aplicación de la Ley más favorable no es aplicable a las normas penitenciarias, por tener éstas carácter procesal y no sustantiva.

Sin embargo, pese a la aparente claridad, lo cierto es que el criterio de aplicar la norma vigente ha generado algunas dudas. Así, se discute el contenido temporal de «norma vigente», y para ello se han planteado varias hipótesis:

- Por norma vigente se debe entender la que estuvo en vigor al momento en que el privado de libertad, presentó su solicitud de beneficio ante la administración penitenciaria;
- La Ley aplicable es la que estuvo vigente cuando la solicitud de un beneficio penitenciario fue ingresado al juzgado penal correspondiente; y,
- La norma vigente es la del día en que el Juez debe emitir la resolución concediendo o denegando el beneficio.

Creemos que la primera hipótesis es la más razonable, por cuanto la aplicación de la Ley en la concesión de un beneficio penitenciario no puede estar supeditada a la celeridad o lenidad de la administración penitenciaria o del Juez, pues ello supondría una absoluta inseguridad jurídica para el interno. Por tal razón, estimamos que no resulta razonable denegar un beneficio que se haya solicitado a la administración penitenciaria, cuando la Ley autorizaba su concesión, pero que al término del trámite administrativo o judicial, la norma fue modificada, limitando o prohibiendo el beneficio solicitado.

La interpretación anotada en el párrafo anterior se sustenta en los mismos criterios del Tribunal Constitucional, que –reiteramos– ha señalado que para resolver una solicitud de beneficio penitenciario, se debe aplicar la norma vigente al momento en que el privado de libertad solicite el beneficio o cuando haya presentado su solicitud con tal finalidad.

[14.6] CONDENA POR VARIOS DELITOS Y EL RÉGIMEN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS APLICABLE

La determinación del régimen de beneficios penitenciarios, cuando un privado de libertad ha sido condenado por varios delitos, ha sido también materia de controversia. Así, conforme a la legislación vigente, una persona sentenciada por los delitos de lesiones leves, daños y tráfico de drogas en la modalidad agravada tendrá derecho a un régimen ordinario de beneficios penitenciarios por los dos primeros delitos, pero a un sistema restrictivo impuesto para el tercer delito.

En la hipótesis anterior, tratándose de una sola sentencia, surgía la duda respecto al régimen de beneficios penitenciarios que se debía aplicar. Es decir, el régimen más beneficioso al interno o el que significaba mayores restricciones a la libertad.

Sobre el particular, nuevamente el Tribunal Constitucional ha brindado una respuesta definitiva a esta duda, en la sentencia del Expediente N.° 00454-2008-PHC/TC, al establecer que el Juez Penal deberá optar por las disposiciones más restrictivas en materia de beneficios penitenciarios, sin interesar que sea el delito de mayor o menor gravedad.

En consecuencia, conforme a tal criterio, si uno de los delitos invocados en la sentencia tiene restringido o negado un beneficio penitenciario, ello afectará a los demás delitos, y por tanto, tendrá la limitación o prohibición correspondiente. En el ejemplo anterior, se aplicarà el régimen que corresponde al tráfico ilícito de drogas en la modalidad agravada.

02.

SEGUNDA PARTE

LINEAMIENTOS DEL MODELO PROCESAL ACUSATORIO

SEGUNDA PARTE

[1] LA REFORMA Y LOS NUEVOS ROLES DE LOS SUJETOS PROCESALES

Uno de los cambios significativos de la reforma procesal que se implementa a partir del Código Procesal Penal de 2004 es el referido a los roles que cumplen los principales sujetos procesales: el Juez, el Fiscal y el Abogado Defensor. Así:

[1.1] EL JUEZ

En concordancia con el artículo 138° de la Constitución Política del Estado, que establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, el Código Procesal Penal (Art. 16°) señala que la función jurisdiccional en materia penal, se ejerce por:

- **Los Juzgados de Paz Letrados,** que conocen los procesos por faltas (Art. 30° del CPP);
- **Los Juzgados de la Investigación Preparatoria,** que resuelven las

cuestiones derivadas de la constitución de las partes durante la Investigación Preparatoria; imponen, modifican o hacen cesar las medidas limitativas de derechos durante la Investigación Preparatoria; desarrollan la actuación de la prueba anticipada; conducen la Etapa Intermedia y la ejecución de la sentencia; y ejercen —entre otros actos— la función de control que estipula el CPP (Art. 29°);

- **Los Juzgados Penales Colegiados (integrados por tres jueces) o Juzgados Penales Unipersonales,** que tienen como atribución principal dirigir la Etapa de Juzgamiento en los procesos que conforme a Ley deben conocer, y resuelven los incidentes que se promuevan durante el mismo.

  Los Juzgados Penales Colegiados conocerán también de las solicitudes de sobre refundición o acumulación de penas.

  Por su parte, los Juzgados Penales Unipersonales resolverán además los incidentes sobre beneficios penitenciarios, los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias expedidas por los Juzgados de Paz Letrado, entre otras funciones (Art. 28° del CPP);

- **Las Salas Penales de las Cortes Superiores** conocen los recursos de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la Ley, expedidos por los jueces de la Investigación Preparatoria y los jueces Penales Colegiados o Unipersonales; dirimen las contiendas de competencia de los jueces; dictan, a pedido del Fiscal Superior, las medidas limitativas de derechos a que hubiere lugar; y conocen el recurso de queja en casos previstos, entre otras competencias asignadas en el art. 27° del CPP; y,

- **La Sala Penal de la Corte Suprema** resuelve los recursos de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por

las Salas Penales de las Cortes Superiores, en los casos previstos por la Ley; conocen el recurso de queja por denegatoria de apelación, y la acción de revisión, entre otras competencias asignadas en el art. 26° del CPP.

Como se puede observar, sobre la base de un modelo acusatorio adversarial, en el nuevo proceso penal, el Juez cumple el rol de un ente imparcial, garante de los derechos y libertades de las personas sometidas a su jurisdicción, es también director del proceso, moderador de audiencias y responsable del control de la sanción penal. En tal contexto, el Juez abandona la función de investigar —propia del sistema inquisitivo—, pues tal atribución corresponde ahora al Fiscal.

El desarrollo del nuevo proceso penal está basado en peticiones o pretensiones de las partes, razón por la cual el Juez no desarrolla actividades probatorias de oficio, salvo las excepciones señaladas en el CPP. Sin duda, el rol asignado al Juez implica un gran reto para su capacidad profesional e intelectual, pues además de conducir la audiencia, deberá tener un gran nivel de atención y sistematización de la información que vía oral recibirá de las partes, pues al no existir expedientes en los términos del modelo inquisitivo, deberá tomar las decisiones que correspondan sobre la base de la información que recibirá en las audiencias.

[1.2] EL FISCAL

En el nuevo modelo procesal corresponde al Fiscal conducir la investigación del delito, y cuenta para ello con el apoyo de la Policía Nacional.

El Fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal, y puede actuar de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial (Art. 60° del

CPP). En el contexto de la investigación de un delito, deberá aportar los elementos de convicción necesarios para acreditar los hechos delictivos, así como para identificar a los presuntos autores o partícipes, sobre cuyos resultados decidirá si formaliza o no la investigación preparatoria. En la búsqueda de la responsabilidad del imputado, el Fiscal deberá actuar con independencia de criterio y objetividad (Art. 61°, Inc. 1° del CPP).

El Fiscal es una parte procesal (litigante), por ello, no puede disponer la restricción de derechos fundamentales, pues tal decisión le corresponde al Juez. Sin embargo, está facultado a disponer la conducción compulsiva por la Policía Nacional de una persona que no concurra a una diligencia, pese a haber sido citada debidamente bajo apercibimiento. Realizada la diligencia, se levantará la medida antes de las 24 horas de ejecutada la orden de fuerza (Art. 66° del CPP).

El Fiscal conduce la Investigación Preparatoria, por ello, deberá diseñar la estrategia y tomar la iniciativa de la investigación con el fin de reunir los elementos de convicción, de cargo y descargo (Art. 321° del CPP). Tiene la potestad de practicar u ordenar los actos de investigación que correspondan, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad penal del imputado. Puede solicitar al Juez las medidas que considere necesarias, intervenir permanentemente en el desarrollo del proceso, y tiene legitimación para interponer los recursos y medios de impugnación que la Ley establece (Art. 61° del CPP).

Durante la Etapa Intermedia, y en un plazo de 15 días, decidirá si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello. Podrá también requerir el sobreseimiento cuando no exista delito o no pueda atribuirse su comisión al imputado, o cuando la conducta no sea típica o concurra una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad. También cuando la acción penal se haya extinguido, o cuando no exista razonablemente la posibilidad de incorporar

nuevos datos a la investigación o no haya fundamentos de convicción para solicitar el enjuiciamiento del imputado (Art. 344° del CPP). Durante el juicio oral, corresponde al Fiscal demostrar la responsabilidad penal del procesado (Art. 356° y siguientes).

Corresponde también al Fiscal promover la selectividad de los procesos en casos de evidente responsabilidad penal o suficiencia probatoria, de manera que lleve a la Etapa de Juzgamiento sólo aquellos casos que no hayan podido ser resueltos en las etapas anteriores, a través del uso de las salidas alternativas como el Principio de Oportunidad y el Acuerdo Reparatorio o los mecanismos de simplificación procesal como la Terminación y la Conclusión Anticipada.

[1.3] EL ABOGADO DEFENSOR

El Abogado defensor tiene como tarea principal cautelar los derechos que corresponden a su patrocinado, así como conducir una investigación paralela a la realizada por el Fiscal, con la finalidad de descartar o reducir la pretensión punitiva, sea mediante la declaración final de inocencia o la disminución de la pena, así como garantizar el cumplimiento del debido proceso.

Tiene el derecho de asesorar a su patrocinado desde que es citado o detenido por la autoridad policial, interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos, participar en todas las diligencias, aportar medios de investigación y de prueba, presentar peticiones orales o escritas, expresándose con amplia libertad en el curso de la defensa, tener acceso al expediente judicial y fiscal, obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento, ingresar a establecimientos penales y policiales para entrevistarse con su patrocinado,

así como interponer todos los recursos y medios de defensa permitidos por Ley (Art. 84° del CPP).

El Abogado Defensor cumple entonces un rol opositor y complementario al Fiscal. Si bien en términos generales su labor central (ejercicio de la defensa) es similar a la desarrollada en el modelo inquisitivo, existe un cambio sustancial respecto a la actitud y la metodología de defensa, pues no sólo deberá formular una estrategia procesal integral a partir de la determinación de una Teoría del Caso, sino conocer con amplitud el Derecho Penal sustantivo y procesal, así como las técnicas de Litigación Oral.

Un modelo procesal basado en audiencias preliminares y juicio oral exige del litigante la identificación de los objetivos específicos de cada audiencia y la determinación de la estrategia para conseguirlo. Para ello, será necesario no sólo conocer las herramientas mencionadas en el párrafo anterior, sino también el total dominio de los hechos.

Sólo entonces, un Abogado Defensor estará en condiciones de brindar a quien patrocina la adecuada defensa técnica que demanda el modelo adversarial, pues la defensa formal, sin contenido material (por desconocimiento de la técnica o inadecuado manejo de los elementos fácticos del caso) supondrá indefensión y grave perjuicio para el imputado y para el proceso.

[2] EL PROCESO COMÚN

El principal mecanismo procesal para la investigación y juzgamiento de casos penales es el denominado Proceso Común, que tiene tres etapas claramente diferenciadas: la Investigación Preparatoria, la Etapa Intermedia y el Juzgamiento.

[2.1] LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

a) Finalidad

La Investigación Preparatoria está dirigida por el Fiscal y tiene por finalidad principal reunir los elementos de convicción, de cargo y descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula sobreseimiento o acusación. En tal sentido, la Investigación Preparatoria deberá establecer si la conducta incriminada a un imputado tiene relevancia de carácter penal, identificar las circunstancias y los móviles del hecho delictuoso, la identidad del autor, partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. En esta etapa, al imputado le corresponde preparar su defensa y mediante su abogado desarrollar una investigación paralela a

la realizada por el Fiscal (Art. 321° del CPP).

b) Diligencias Preliminares (Investigación Preliminar)

Conocida una denuncia, el Fiscal puede si lo considera necesario, ordenar a la Policía que realice diligencias preliminares, a fin de tener mayores elementos de juicio que le permitan determinar si existen razones para formalizar una Investigación Preparatoria o archivar la denuncia.

El plazo de la denominada Investigación Preliminar es de 20 días, pero el Fiscal puede establecer un plazo distinto, a cuyo vencimiento la Policía deberá remitir un informe en que da cuenta de su labor, sin emitir juicios de valor ni adecuación típica (es decir, sin realizar una calificación jurídica), documento que le facilitará al Fiscal tomar la decisión correspondiente.

El imputado que se considere afectado por exceso del plazo de la Investigación Preliminar, puede solicitar dar término a dicho período al Fiscal, que deberá dictar la disposición correspondiente. Si el Fiscal no acepta tal petición o fija un plazo no razonable, el afectado puede acudir al Juez de la Investigación Preparatoria en el plazo de 5 días, instando su pronunciamiento. El Juez, en audiencia de Control de Plazo, con la participación del Fiscal y del solicitante, resolverá lo pertinente (Art. 334°, 2° del CPP). En todo caso de conformidad con el Recurso de Casación N.° 02-2008, el plazo no podrá ser mayor al máximo de la Investigación Preparatoria.

c) Roles de los sujetos procesales en la Investigación Preparatoria

- **EL FISCAL**. Dirige esta etapa, y debe realizar un conjunto de actividades de investigación con la finalidad de esclarecer los hechos, en virtud de su condición de «titular de la acción penal», y por tener la carga de la prueba, evalúa si es posible aplicar alguna salida temprana que podría poner fin al proceso.

- **ABOGADO DEFENSOR.** La Defensa realiza una investigación paralela al del Fiscal, por tanto, —sin asumir la carga de la prueba— debe activamente investigar y acumular los elementos probatorios para demostrar la tesis propuesta en su Teoría del Caso.

- **JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.** A diferencia del sistema inquisitivo, en el nuevo modelo procesal el Juez tiene un rol pasivo en la búsqueda de elementos probatorios (con escasas excepciones), pero —en su condición de Juez neutro— tiene la trascendente función de garantizar la vigencia de los principios del debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de las partes intervinientes. Asimismo, dirige las audiencias y tiene la potestad de adoptar decisiones como:

  - Autorizar la constitución de las partes;
  - Pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y las medidas de protección (cuando se requiera);
  - Resolver las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales;
  - Realizar los actos de prueba anticipada; y
  - Controlar el cumplimiento del plazo establecido en el CPP.

  El Juez de la Investigación Preparatoria no dicta sentencia, salvo en el caso de Terminación Anticipada cuando apruebe el acuerdo al que llegaron el Fiscal y la Defensa.

d) Reserva y secreto de la Investigación Preparatoria

La Investigación Preparatoria tiene carácter reservado. Su contenido sólo puede ser de conocimiento de las partes o sus abogados, los que pueden en cualquier momento obtener copia simple de tales actuaciones (Art. 324° del CPP).

El Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en

secreto hasta por 20 días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por 20 días adicionales, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación, debiendo notificarse de ello a las partes.

El Abogado está obligado a mantener la reserva de la investigación bajo responsabilidad disciplinaria. En caso de que reincida en el incumplimiento de esta disposición, se requerirá al patrocinado para que lo sustituya en el término de 2 días de notificado. Si no lo hace, se le nombra un abogado de la Defensa Pública.

e) Desarrollo de la Investigación Preparatoria

Cuando un Fiscal promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes, al momento de calificarla, podrá adoptar las siguientes acciones:

• Disponer se realicen diligencias preliminares, las cuales se podrán efectuar en el propio ámbito de la Fiscalía u ordenar que sean practicadas por la Policía Nacional. Ordenará también la participación de la Policía cuando el hecho denunciado tenga carácter ilícito y la acción penal no ha prescrito, pero no se haya identificado al autor o partícipe (Art. 334°, 3° del CPP);

• Declarar que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenar el archivo de lo actuado, cuando al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar las diligencias preliminares, considere que los hechos no constituyen delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley (Art. 334°, 1° del CPP);

• Disponer la reserva provisional de la investigación cuando el denunciante haya omitido una condición de procedibilidad (Art. 334°, 4° del CPP);

• Disponer la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria,

cuando del contenido de la denuncia, el Informe Policial o el resultado de las Diligencias Preliminares actuadas aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado, y se han satisfecho los requisitos de procedibilidad cuanto éstos correspondan. La disposición de formalización contendrá:

- El nombre completo del imputado;
- Los hechos y la tipificación específica correspondiente. De ser necesario, el Fiscal podrá consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación;
- El nombre del agraviado, si ello es posible; y,
- Las diligencias que de inmediato deban actuarse (Art. 336°, 1° y 2° del CPP).

La disposición que formaliza la Investigación Preparatoria será notificada al imputado y al Juez de la Investigación Preparatoria, adjuntando copia de la disposición (Art. 336°, 3° del CPP).

El archivo o la reserva provisional puede ser apelado por el denunciante (Art. 334° inc. 5 del CPP). El archivo impide que otro Fiscal promueva la investigación, salvo que existan nuevos elementos de convicción (Art. 335° del CPP).

f) Plazos y finalización de la Investigación Preparatoria

El plazo de la Investigación Preparatoria se inicia desde el momento de la formalización de la investigación, y tiene una duración de 120 días naturales, prorrogables por única vez hasta un máximo de 60 días naturales, siempre que existan causas que lo justifiquen (Art. 342°, 1° del CPP).

Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de investigación tendrá una duración de 8 meses prorrogables por igual término. La facultad de ampliar este plazo corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria. De conformidad con

el inciso 3° del artículo 342° del CPP, se consideran procesos complejos cuando:

- Requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación;
- Comprenda la investigación de numerosos delitos;
- Involucre una cantidad importante de imputados o agraviados;
- Investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas;
- Demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos;
- Necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; y,
- Deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

Obviamente, el Fiscal podrá dar por concluida la investigación antes del vencimiento de los plazos, cuando el objeto de su investigación se haya logrado o considere que ya tiene elementos suficientes para acusar o solicitar un sobreseimiento (Art. 343°, 1° del CPP).

En caso de vencimiento de plazos de la Investigación Preparatoria, sin que el Fiscal concluya su actuación, las partes (especialmente la defensa) podrán solicitar su conclusión al Juez de la Investigación Preparatoria. El Juez, con participación del Fiscal y demás partes procesales, convocará a una Audiencia de Control de Plazo; luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, dictará la resolución correspondiente. Si el Juez ordena la conclusión de la Investigación Preparatoria, el Fiscal deberá pronunciarse según corresponda (sobreseimiento o acusación) en un plazo de 10 días, y en caso de incumplimiento, acarreará responsabilidad disciplinaria en el Fiscal (Art 343°, incisos 2° y 3° del CPP).

[2.2] LA ETAPA INTERMEDIA

La Etapa Intermedia es conducida por el Juez de la Investigación Preparatoria y cuenta con la participación de los sujetos procesales que intervinieron en la primera etapa del Proceso Común. Cumple una función de control y de filtro, con la finalidad de evitar que procesos insignificantes o inconsistentes desde el punto de vista probatorio lleguen al Juicio Oral.

En la función de control, la Etapa Intermedia tiene por finalidad controlar la consistencia de la acusación o del sobreseimiento, así como la prueba que será actuada en juicio, delimitando de esta manera el objeto del debate. Servirá entonces para analizar la calidad de la información que el Juez obtuvo durante la Investigación Preliminar y la Investigación Preparatoria. Es importante precisar que no se trata de valorar en términos probatorios la información ofrecida por el Fiscal, sino simplemente de verificar la admisibilidad de la prueba. La valoración de la prueba está reservada al Juicio Oral. En su función de filtro, buscará la aplicación de un mecanismo de terminación temprana.

La Etapa Intermedia se expresa entonces en una audiencia, en la que se evaluará las posibilidades de sobreseimiento, la acusación y la admisión de los medios de prueba ofrecidas por las partes. Sin embargo, se debe evitar que esta audiencia preliminar se convierta en pequeños juicios orales en que se discuta la responsabilidad del imputado.

a) Sobreseimiento

Concluida la Investigación Preparatoria, el Fiscal en un plazo de 15 días podrá remitir al Juez un requerimiento de sobreseimiento, acompañando el expediente fiscal. De conformidad con el inciso 2° del artículo 344° del CPP, el sobreseimiento procederá cuando:

- El delito materia de investigación no se realizó, o habiéndose materializado no es atribuible al imputado (imputación objetiva);
- El hecho imputado no es típico (puede ser atipicidad objetiva o subjetiva), o existe una causa de justificación (v. gr. legítima defensa o estado de necesidad justificante), inculpabilidad (v.gr. inimputabilidad, estado de necesidad exculpante) o de no punibilidad;
- Se ha extinguido la acción penal;
- No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar el enjuiciamiento al imputado.

Recibida la comunicación del Fiscal, el Juez de la Investigación Preparatoria correrá traslado de la solicitud a los demás sujetos procesales por el plazo de 10 días, los que de manera fundamentada podrán formular oposición, estando facultados incluso a solicitar la realización de actos de investigación adicionales, para lo cual deberán indicar su objeto y los medios de investigación procedentes (Art. 345°, 1°, 2° del CPP).

Vencido el plazo del traslado por 10 días, el Juez citará a las partes procesales a una audiencia preliminar para debatir los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento. Luego del debate correspondiente, el Juez resolverá en el plazo de 3 días (Art. 345°, 3° del CPP).

Si el Juez considera fundado el requerimiento, dictará auto de sobreseimiento. Si no lo considera procedente, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique el pedido del Fiscal Provincial. El Superior se pronunciará en un plazo de 10 días, con cuya decisión terminará el trámite (Art. 346° del CPP).

Si el Fiscal Superior ratifica el sobreseimiento, el Juez sin más trámite dictará el auto de sobreseimiento. Si el Fiscal Superior no está de acuerdo, ordenará a otro

Fiscal Provincial que formule acusación. El auto de sobreseimiento tiene carácter definitivo y autoridad de cosa juzgada, razón por la cual se levantarán las medidas coercitivas, personales y reales, expedidas contra el imputado o sus bienes (Art. 347° del CPP).

Sin embargo, contra el Auto de Sobreseimiento procede recurso de apelación, aunque su interposición no impide la libertad del detenido. El sobreseimiento puede ser total o parcial; en este último caso la causa continuará respecto a los delitos o imputados que no comprendió el sobreseimiento (Art. 348° del CPP).

b) Acusación

Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, el Fiscal de conformidad con el artículo 349° del CPP podrá formular acusación debidamente motivada, que deberá contener la siguiente información:

- Los datos que sirvan para identificar al imputado;
- La relación clara y precisa del hecho atribuido al imputado, sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. De existir varios hechos independientes, deberá indicarse el detalle de cada uno de ellos;
- Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;
- La participación que se atribuya al imputado;
- La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;
- El artículo de la Ley Penal que tipifique el hecho y la cuantía de la pena solicitada. En caso lo considere, podrá señalar alternativa o subsidiariamente las circunstancias del hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado;
- El monto de la reparación civil, bienes embargados o incautados al acusado

o el tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo;
- Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones; y,
- La reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidas en la disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica. Asimismo, indicará las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria, pudiendo solicitar su variación o que se dicten otras según correspondan.

La acusación se notificará a las partes, las cuales en un plazo de 10 días podrán:

- Observar la acusación por defectos formales, requiriendo su corrección;
- Deducir excepciones u otros medios de defensa;
- Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada;
- Pedir el sobreseimiento;
- Instar la aplicación de un criterio de oportunidad;
- Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando lista de testigos y peritos, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos sobre los cuales serán examinados, presentar documentos que no fueron incorporados o señalar el lugar donde deban ser requeridos;
- Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, ofreciendo la prueba pertinente para su actuación en el juicio oral; y,
- Plantear otro aspecto que tienda a preparar mejor el juicio.

El Juez convoca una Audiencia de Control de Acusación, en la que se de-

bate cada uno de los pedidos de las partes y la pertinencia de los elementos probatorios a debatirse en el Juicio Oral. Posteriormente, debe resolver las excepciones o medios de defensa planteados, pudiendo declarar sobreseído el proceso.

Vencido el plazo de traslado de la notificación de la acusación, el Juez de la Investigación Preparatoria señalará día y hora para realizar una audiencia preliminar, que deberá efectuarse en un plazo no menor de 5 ni mayor de 20 días, cuya instalación requerirá de presencia obligatoria del Fiscal y el defensor del acusado.

En la audiencia, el Juez otorgará la palabra a las partes intervinientes, que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El Fiscal podrá en la misma audiencia presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial, la misma que se correrá traslado para su absolución inmediata. En la audiencia no se admitirá presentación de escritos (Art. 351° del CPP).

Finalizada la audiencia, el Juez resolverá inmediatamente lo pertinente, salvo que por la hora o lo complejo de los asuntos difiera la decisión hasta por 48 horas, en cuyo caso simplemente se notificará a las partes. El Juez podrá:

- Devolver la acusación para que el Fiscal en un plazo de 5 días corrija defectos de la acusación que requieran nuevo análisis, siempre que no lo pueda hacer en la misma audiencia;
- Resolver las excepciones o medios de defensa, cuya decisión es apelable, aunque no impide la continuación del procedimiento;
- Dictar auto de sobreseimiento de oficio o a pedido de parte. La decisión que desestima el sobreseimiento no es impugnable;

- Dictar el auto de enjuiciamiento cuya decisión no es recurrible.

  En caso de que el Juez considere que procede el Juicio Oral, de conformidad con el artículo 353° del CPP, dictará un auto de enjuiciamiento que deberá contener, bajo sanción de nulidad:

- El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que estos últimos hayan sido identificados;
- El delito o delitos materia de la acusación, indicando el texto legal, así como las tipificaciones alternativas o subsidiarias, si se hubiesen planteado;
- Los medios de prueba admitidos y las convenciones probatorias;
- La indicación de las partes constituidas; y,
- La orden de remisión de los actuados al Juez encargado del juicio oral.

El Juez, de oficio o a petición de parte, deberá pronunciarse sobre la procedencia o subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución, disponiendo incluso la libertad del imputado (Art. 353°, 3° del CPP).

Notificado el auto de enjuiciamiento a las partes procesales, dentro de las 48 horas de dicho acto, se remitirá al Juez Penal que corresponda la resolución, los actuados, documentos, objetos incautados, y se pondrá a su orden a los presos preventivos (Art. 354° del CPP).

[2.3] JUZGAMIENTO

En el modelo acusatorio adversarial, el juzgamiento es la etapa principal del proceso, pues en él se produce la prueba. Se lleva a cabo sobre la base de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas en la Constitución Política del Estado y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se realiza sobre la base de la acusación fiscal.

En esta etapa participan el Fiscal y el Abogado Defensor presentes desde el inicio del proceso, pero interviene un nuevo magistrado denominado Juez de Juzgamiento, cuya función será determinar, sobre la base de los fundamentos expresados por las partes procesales en las audiencias del juicio oral, la responsabilidad o inocencia del inculpado.

Los juzgados pueden ser colegiados o unipersonales, y ello dependerá del extremo mínimo de la pena privativa de libertad asignada al delito materia de juzgamiento. Así, cuando se trate de penas menores a los 6 años, corresponderá a un Juzgado Penal Unipersonal; y en caso de penas mayores a los Juzgados Penales Colegiados, que estarán integrados por 3 magistrados (Art. 28° del CPP).

Ahora bien, luego de que el Juzgado Penal competente reciba las actuaciones, dictará el auto de citación a juicio, indicando la sede del juzgamiento y la fecha del juicio oral (Art. 355° del CPP).

a) La Audiencia

Instalada la audiencia, sus sesiones serán continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión, y en caso de que el debate no se pueda agotar en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos hasta su conclusión (Art. 360°, 1° del CPP). La audiencia se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces, fiscal y demás partes, salvo las excepciones que el CPP establece. Un Juez del colegiado puede ser reemplazado por una sola vez sin que se suspenda el juicio (Art. 359°, 1° y 2° del CPP).

El acusado no puede alejarse de la audiencia sin permiso del Juez, y cuando tenga autorización, será representado por su defensor. Cuando el acusado que ha declarado en juicio o se ha acogido al derecho al silencio deja de asistir, será representado por su defensor. En caso de que sea necesaria su presencia para practicar algún acto procesal, puede ser conducido compulsivamente (Art. 359°, 3° y 4° del CPP).

Cuando el defensor del acusado se ausenta injustificadamente o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres no consecutivas, se le excluirá de la defensa, continuando el abogado de la Defensa Pública, hasta que el acusado nombre otro defensor (Art. 359°, 5° del CPP).

La audiencia no puede realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor. Cuando son varios los acusados, y alguno no concurre, se inicia con los asistentes, declarándose contumaces a los ausentes. El imputado privado de libertad preventivamente debe comparecer sin ligaduras ni prisiones, acompañado por los efectivos policiales para prevenir el riesgo de fuga o violencia.

A fin de garantizar su imparcialidad, al Juez de Juzgamiento se le reserva una función destinada a dirigir y controlar el debate entre las partes, correspondiéndole intervenir en el interrogatorio sólo para aclarar o esclarecer los hechos debatidos, y en casos excepcionales, actuando pruebas de oficio.

En el juicio oral deberán tenerse presente los siguientes aspectos:

- **PUBLICIDAD.** El Juicio Oral es público, pero por auto motivado, a pedido de parte o de oficio, se puede realizar total o parcialmente en privado, cuando afecte el pudor, la vida privada o integridad de algún participante del juicio; el orden público o la seguridad nacional, los intereses de la justicia o peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado, así como cuando sucedan manifestaciones del público que perturben el regular desarrollo de la audiencia; o cuando esté previsto en una norma específica.

  Los juicios sobre funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieran a derechos fundamentales garantizados por la Constitución se-

rán siempre públicos. La sentencia será siempre pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario (Art. 357°, 4° y 5°).

• **LA ORALIDAD.** La audiencia se realiza oralmente, aunque se documenta en acta, que contendrá una síntesis de lo actuado y será firmada por todos los intervinientes. La audiencia podrá registrarse también a través de un medio técnico como el audio o video (Art. 361°, 1°, 2° del CPP).

Las peticiones o cuestiones propuestas durante el desarrollo de la audiencia, serán argumentadas oralmente, al igual que la recepción de las pruebas, así como toda intervención de quienes participan en ella. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente, y se entenderán notificadas desde su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el Acta (Art. 361°, 3°, 4° del CPP).

En el modelo acusatoria adversarial, la oralidad es la nueva herramienta de litigio, y el principal mecanismo de traslado de información de los litigantes hacia el Juez. Por ello, el magistrado debe controlar la dinámica de la oralización para evitar prolongar innecesariamente el juzgamiento.

• **DIRECCIÓN DE LA AUDIENCIA.** El Juez Penal o el Juez presidente del Colegiado dirige la audiencia y garantiza el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes. En tal sentido, puede impedir que las alegaciones del Fiscal o el Abogado se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin que ello afecte el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa. Asimismo, puede limitar el uso de la palabra a las partes y abogados, fijando límites igualitarios según la naturaleza y complejidad del caso, o interrumpir a quien hace uso manifiestamente abusivo de su facultad (Art. 363° del CPP).

b) Desarrollo de la Audiencia

Para el desarrollo de la audiencia, el Juez Penal tendrá a su frente al acusado, a su derecha al Fiscal y al Abogado de la parte civil, y a su izquierda al defensor del acusado (Art. 370° del CPP).

- **EL ALEGATO DE APERTURA**

  Instalada la audiencia, corresponde al Fiscal exponer los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que fueron admitidas. Luego, harán lo propio el defensor del actor civil y del tercero civil; y finalmente el defensor del acusado, quien expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo admitidas (Inciso 2° del art. 371° del CPP).

  En términos de la litigación oral se trata del Alegato de Apertura, que el CPP denomina «Alegatos Preliminares», que permitirá a los litigantes exponer los aspectos centrales de su Teoría de Caso. Es también la primera ocasión en la que el Juez recibe información de las partes.

  Se trata entonces de un breve relato formulado con base en la información fáctica, que contiene un adelanto de la actividad probatoria expresada en tiempo futuro, que el juez observará durante el Juicio Oral. Es una hoja de ruta, desde donde se pretende que el juez vea la prueba, por lo que el litigante debe presentar hechos y no conclusiones.

  Concluido los alegatos de apertura, el Juez informará al acusado de sus derechos y le indicará que es libre de manifestarse sobre la acusación o de no declarar sobre los hechos. El acusado puede hacer uso de la palabra en ese momento o en cualquier estado del juicio, así como comunicarse con su Abogado Defensor en todo momento, salvo durante su declaración o antes de responder a las preguntas que se le formulen (Art. 371°, 3° del CPP).

• CONCLUSIÓN ANTICIPADA EN JUICIO ORAL

Luego de que el acusado ha sido instruido de sus derechos por el Juez, le preguntará si admite ser autor o participe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil. Si el acusado, luego de consultar con su abogado responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del proceso (Conclusión Anticipada del Proceso). El acusado o su defensor puede solicitar la suspensión del juicio por breve término, con la finalidad de buscar un acuerdo con el Fiscal sobre la pena. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de 48 horas. La sentencia se dictará aceptando los términos del acuerdo; sin embargo, si el Juez estima que los hechos no constituyen delito o concurre una eximente o atenuante de responsabilidad, dictará la sentencia en los términos correspondientes. En caso de que se acepten los hechos pero no la pena, el debate de la Audiencia se limitará a establecer la pena y la fijación de la reparación civil.

• ACTUACIÓN PROBATORIA Y PRUEBA NUEVA

Si el juicio continúa, las partes pueden ofrecer nueva pruebas, siempre que las hayan conocido luego de la Audiencia de Control de Acusación. Pueden también reiterar el ofrecimiento de pruebas inadmitidas en la Audiencia de Control, siempre que las sustenten con especial argumentación, cuya admisión el Juez la decidirá en ese mismo acto (Art. 373° del CPP).

Si durante la Audiencia, pero antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, advertirá al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad, los que deberán pronunciarse y proponer la prueba necesaria en caso corresponda. Puede suspenderse el juicio hasta por 5 días, cuando una de las partes lo requiere

para exponer lo conveniente (Art. 374°, 1° del CPP).

Durante el Juicio Oral, el Fiscal puede formular una acusación escrita complementaria, incluyendo un hecho o circunstancia nueva, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. Sobre tales hechos se recibirá nueva declaración del imputado y las partes podrán pedir la suspensión del juicio hasta por 5 días para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Iniciada la actuación probatoria, el debate seguirá el siguiente orden:
- Examen del acusado;
- Actuación de los medios de prueba admitidos; y
- Oralización de los medios probatorios.

• EXAMEN Y CONTRAEXAMEN DEL ACUSADO, TESTIGO Y PERITO

Si son varios los acusados, el Juez, escuchando a las partes, decidirá el orden de sus declaraciones y de los medios de prueba admitidos. El interrogatorio y contrainterrogatorio corresponde al Fiscal y a los abogados de las partes, aunque el Juez podrá interrogar sólo cuando hubiera quedado algún vacío en la declaración (Art. 375° del CPP).

La declaración o examen del acusado será brindada libre y oralmente, buscando aclarar las circunstancias del caso para medir la pena y la reparación civil. Las preguntas deben ser directas, claras, pertinentes y útiles, no admitiéndose las preguntas repetidas (salvo necesidad de aclaración), las capciosas, impertinentes y las sugestivas (Art. 376° del CPP), las cuales podrán ser objetadas por el Juez o por el oponente. Le corresponde al Juez no admitir las preguntas prohibidas.

El examen de los testigos sigue las mismas reglas del interrogatorio del acusado, debiendo ser efectuada por la parte que ofreció la prueba. A su turno, el contraexamen corresponderá a la otra parte.

El examen de los peritos se inicia con una breve exposición del contenido y de las conclusiones del dictamen pericial. Si corresponde al informe emitido, los peritos serán interrogados en el orden establecido por el Juez, comenzando por quien propuso la prueba (Inciso 5° del Art. 378° del CPP).

De acuerdo con las reglas básicas de las técnicas de litigación, el examen directo del acusado, testigo o perito debe ser formulado a través de preguntas abiertas, con la finalidad de que el examinado pueda narrar los hechos o explicar lo que conoce con sus propias palabras. En esta parte, es importante recordar que el litigante (Fiscal o abogado defensor) no debe sustituir al testigo en el propósito de brindar información, pues es interés de todos, especialmente del Juez, conocer la versión directamente del testigo.

Por otro lado, en el contraexamen del acusado, testigo o perito, las preguntas deben ser básicamente sugestivas, que aunque prohibidas para el examen directo, resultan adecuadas para el contrainterrogatorio, pues en ese ejercicio quien realmente «declara» es el litigante, y no el testigo. Las preguntas sugestivas, junto a un manejo adecuado de la técnica y de información, permitirán un razonable control de los resultados del contraexamen.

- **LA PRUEBA MATERIAL**

Los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que hayan sido incorporados previamente al juicio, serán exhibidos en el debate, y podrán ser examinados por las partes. La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos o peritos, durante sus declaraciones, a fin que lo reconozcan o informen sobre ella (Art. 382° del CPP).

Durante el juicio oral se puede incorporar prueba documental a través de su lectura, como es el caso de las actas de prueba anticipada, la denuncia, certificados, informes o dictámenes periciales, y otras actas levantadas durante la

Investigación Preparatoria.

No se pueden oralizar los documentos que se refieran a pruebas actuadas en la audiencia. La oralización comprende la lectura, escucha o visualización de la parte pertinente del documento, acta o información contenida en un soporte informático. Concluida la lectura o reproducción de los documentos, los litigantes harán uso de la palabra por breve término para que expliquen, refuten o se pronuncien sobre su contenido (Artículos 383° y 384° del CPP).

• ALEGATO DE CIERRE O DE CLAUSURA

Concluida la actuación probatoria, corresponderá la formulación de los alegatos finales (alegato de clausura), cuya exposición se efectuará en el siguiente orden:

- Alegato del Fiscal;
- Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil;
- Alegatos del abogado defensor del acusado; y
- Autodefensa del acusado.

Como en toda intervención oral, en los alegatos de clausura no se podrán leer escritos, aunque está permitido la lectura parcial de notas para ayudar la memoria o el empleo de medios gráficos o audio visuales para ilustrar mejor al Juez.

El alegato de clausura es fundamentalmente argumentativo, en el que los litigantes deben de sugerir al Juez conclusiones sobre la prueba actuada. Por ello, debe comenzar y terminar con la prueba producida en el juicio, y guardar coherencia con la Teoría del Caso.

■ Alegato del Fiscal y sus opciones al culminar la Audiencia

Culminado el debate probatorio en la audiencia, de conformidad con el artículo 387° del CPP, en el Alegato Final el Fiscal podrá:

• Sustentar oralmente los hechos probados y las pruebas en que se funda, la calificación jurídica, la responsabilidad penal y civil del acusado y del tercero civil, si corresponde, y concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita. El Fiscal puede pedir aumento o disminución de la pena o reparación civil, o solicitar una medida de seguridad sobre la base de nuevos fundamentos.

• Retirar la acusación cuando los cargos han sido enervados en el juicio. En este caso, el Juez, luego de oír a los abogados de las demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá con dicho propósito hasta por 2 días hábiles. Reabierta la audiencia, si el Juez está de acuerdo con lo solicitado por el Fiscal, dictará auto retirando la acusación, ordenando la libertad del imputado, si estuviese detenido, y disponiendo el sobreseimiento definitivo de la causa. Si el Juez discrepa con el Fiscal, elevará los autos al Fiscal Superior para que decida dentro del tercer día, si se mantiene o se retira la acusación.

■ Alegato oral del actor civil y del tercero civil

El abogado del actor civil argumentará sobre el derecho a la reparación que tiene su patrocinado, cuantificando el monto de la indemnización, la restitución o el pago del valor del bien.

El tercero civil podrá negar la existencia del delito o la responsabilidad civil atribuida o la magnitud del daño causado y la indemnización solicitada (Artículos 388° y 399° del CPP).

■ Alegato de Clausura de la defensa del acusado

El abogado defensor podrá analizar los términos de la imputación, la responsabilidad penal y grado de participación. También debe referirse a la pena y la reparación solicitada, rebatiéndolas de ser el caso. Deberá concluir necesariamente, solicitando la absolución de su patrocinado o la atenuación de la pena, o de ser el caso, cualquier otro pedido que favorezca

a su patrocinado (Art. 390° del CPP).

- **Autodefensa del Acusado**

  Concluidos los Alegatos de Cierre, el Juez concederá la palabra al acusado para que exponga lo pertinente. Culminado la exposición del acusado, el Juez Penal declarará cerrado el debate (Art. 391° del CPP).

c) Deliberación y Sentencia

Concluida la audiencia, de inmediato y sin interrupción, los jueces pasarán a deliberar, de manera que se pueda garantizar que las percepciones del Juez le permitan resolver con prontitud. A diferencia de la audiencia que es pública, la deliberación es reservada y se realiza en secreto.

El Juez (especialmente si es colegiado) debe plantear, discutir y votar las cuestiones de hecho y posteriormente la pena (en caso de que encuentre responsable al acusado). Se prohíbe que para ello se evalúen pruebas diferentes a las legítimamente incorporadas en el juicio.

La deliberación no puede extenderse más de 2 días, ni suspenderse más de 3 días (en caso de enfermedad del Juez). Si luego de dicho plazo no se produce una sentencia, se debe repetir el juicio ante otro Juez, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan.

Las decisiones (en caso de un Juez Colegiado) se adoptan por mayoría. Si no se logra la mayoría para el monto de la pena y la reparación civil, se aplicará el término medio. Para imponer la pena de cadena perpetua se requerirá decisión unánime (Art. 392° del CPP).

Concluida la deliberación y redactada la sentencia por el Juez unipersonal o el Director de Debates en caso de Juzgados Colegiados, deberá ser leída ante

quienes comparezcan. Se puede diferir la redacción de la sentencia por la complejidad del caso o lo avanzado de la hora, en tal situación, se leerá sólo la parte dispositiva, y un Juez expresará al público los fundamentos de su decisión, anunciando, además, el día y hora para la lectura integral en un plazo máximo de 8 días.

d) Sentencia Absolutoria

El Juez deberá motivar especialmente la existencia o no del hecho imputado, las razones por las que no constituye delito, y de ser el caso, afirmar que el acusado no ha intervenido en su perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su responsabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal.

La sentencia absolutoria deberá ordenar la libertad del acusado, el cese de las medidas de coerción, la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias, la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que generó el caso, y fijará las costas. La libertad del absuelto y el alzamiento de las medidas de coerción procesal se dispondrán aun cuando la sentencia absolutoria no esté firme. De igual modo, se suspenden inmediatamente las órdenes de captura en su contra (Art. 398° del CPP).

e) Sentencia Condenatoria

La sentencia condenatoria debe fijar con precisión las penas o medidas de seguridad correspondientes, así como las obligaciones que deberá cumplir el condenado. De imponerse pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de:

- La detención a nivel policial;
- La prisión preventiva;

- La detención domiciliaria;
- La privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición instaurado para someterlo a proceso en el país.

En la sentencia se fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza, así como el plazo en el cual deberá pagarse la multa. Si ha sido materia de debate, se unificarán las condenas o penas cuando corresponda. En caso contrario, se revocará el beneficio penitenciario concedido al condenado en ejecución de la sentencia anterior, debiendo cumplirse las penas sucesivamente.

En cuanto a la reparación civil, se ordena (cuando corresponda) la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización. También se decide respecto a las consecuencias accesorias del delito, las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos.

Leído el fallo condenatorio, si el acusado está en libertad, el Juez podrá disponer la prisión preventiva cuando existan razones para estimar que no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia (Art. 399° del CPP).

• **CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA**. La sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias distintas a los descritos en la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado. Asimismo, en la sentencia condenatoria no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, con excepción a la circunstancia prevista en el numeral 1) del artículo 374° del CPP.

Por otro lado, el Juez Penal no podrá aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que la pena solicitada esté por debajo del mínimo legal, sin que se haya justificado la atenuación.

[3] RECURSOS DE IMPUGNACIÓN

Contra las decisiones judiciales se pueden interponer recursos impugnatorios ante el Juez que emitió la resolución recurrida. Puede ser interpuesto por la parte que resulte agraviada por la resolución, por quien tenga interés directo y tenga facultad para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.

El imputado y el Ministerio Público pueden impugnar indistintamente, contra el objeto penal o el objeto civil de la resolución. El actor civil sólo podrá hacerlo respecto al objeto civil (Art. 407° del CPP).

De acuerdo con el artículo 413° del CPP, las clases de recursos impugnatorios contra las resoluciones judiciales son recurso de reposición, apelación, casación y queja.

[3.1] RECURSO DE REPOSICIÓN

Procede contra los decretos y tiene por finalidad que el Juez que los dictó revise su de-

cisión, que deberá ser expresada en nueva resolución. En las Audiencias Orales sólo se admite recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo que se trate de decisiones finales, las que serán resueltas en el mismo acto sin suspender la audiencia. El plazo para su interposición es de 2 días, y el auto que lo resuelve es inimpugnable (Art. 415° del CPP).

[3.2] RECURSO DE APELACIÓN

El artículo 416° del CPP establece que el Recurso de Apelación se podrá interponer contra las siguientes resoluciones:

- Las sentencias;
- Los autos de sobreseimiento, cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y las que declare extinguida la acción penal o ponga fin al procedimiento o la instancia;
- Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva de fallo condenatorio o la conversión de la pena;
- Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes, y la aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva; y,
- Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

No es apelable por el Fiscal o la Defensa la sentencia dictada con ocasión de un proceso de Terminación Anticipada, por cuanto dicha sentencia debe haberse dictado con la conformidad de ambas partes, expresada en el respectivo acuerdo, salvo la impugnación por parte del actor o tercero civil, respecto al monto de la reparación civil.

El recurso de apelación tiene efecto suspensivo contra las sentencias, autos de sobreseimiento y aquellos que ponen fin a la instancia. En caso de sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, dicho extremo se ejecutará

provisionalmente, estando el Tribunal Superior facultado para revisar tal decisión en cualquier estado del proceso mediante auto inimpugnable (Art. 418° del CPP).

La Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, está facultada a anular o revocar, total o parcialmente dicha resolución, para lo cual bastarán 2 votos conformes. Tratándose de sentencias absolutorias, podrá dictar sentencia condenatoria en los casos previstos por Ley (Art. 419° del CPP).

En la apelación de autos, la Sala trasladará el recurso al Fiscal y a los demás sujetos procesales por 5 días, a cuyo vencimiento podrá rechazarlo de plano o señalar día y hora para la Audiencia de Apelación, a la que podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. Antes de la citación de la audiencia, las partes pueden ofrecer pruebas en el plazo de 3 días. En la Audiencia se oirá a las partes y el acusado tendrá la última palabra. La Sala puede preguntar al Fiscal, a los abogados y demás sujetos procesales, y deberá absolver el grado en el plazo de 20 días (Art. 420° del CPP).

Cuando se trata de apelación de sentencias, la Sala confiere traslado del escrito de fundamentación del recurrente por el plazo de 5 días, al término del cual podrá rechazarla de plano o comunicar a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de 5 días. Procede reposición contra el auto que declara inadmisible la apelación (Art. 421° del CPP).

El escrito de ofrecimiento de pruebas deberá —bajo sanción de nulidad— indicar el aporte de la prueba ofrecida. Sólo se admitirá aquellas pruebas que no se conocían en el período de primera instancia, los propuestos que fueron indebidamente denegados, y aquellos que no fueron practicados por causa no imputable al recurrente. La actuación probatoria sólo se admite cuando se trate de una apelación que impugne la responsabilidad o inocencia, y en caso que se refiera sólo a la sanción, las pruebas deberán estar relacionadas con ese propósito (Art. 423° del CPP).

Decidida la admisibilidad de las pruebas en el término de 3 días, en el mismo auto, la Sala convocará a las partes, y opcionalmente a los testigos que hayan declarado en primera instancia, a una Audiencia de Apelación en la que se aplicará las normas relativas al juicio de primera instancia (Art. 424° del CPP). En tal sentido, si las partes no se desisten del recurso, se actuarán las pruebas admitidas y se interrogará a los imputados, salvo que se abstengan de declarar. Se puede dar lectura de oficio o a petición de parte el informe y examen pericial, así como las actuaciones no objetadas en primera instancia (Art. 424° del CPP).

Culminada la actuación de pruebas, las partes alegarán empezando por las recurrentes, y terminando con el imputado, luego de lo cual la Sala deliberará y expedirá sentencia en audiencia pública, en un plazo no mayor de 10 días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos. Contra la sentencia de segunda instancia procede interponer recurso de aclaración y de casación, si se cumplen los requisitos (Inciso 5° del Art. 424°; incisos 1° y 5° del Art. 425° del CPP).

La apelación de la sentencia debe ser resuelta en el mismo distrito judicial, por lo que la Corte Suprema no interviene como instancia en los procesos penales, salvo el Recurso de Casación y el Recurso de Revisión.

[3.3] RECURSO DE CASACIÓN

Procede contra las sentencias definitivas los autos de sobreseimiento y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores. Tratándose de autos que ponen fin al procedimiento y de sentencias, procede la casación siempre que se trate de

delitos que en su extremo mínimo tengan una pena privativa de libertad mayor de 6 años. Finalmente, si se trata de sentencias que imponen una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.

Asimismo, procede el Recurso de Casación cuando la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, en tanto el monto fijado en la sentencia de primera o segunda instancia, sea superior a 50 Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de restitución no pueda ser valorado económicamente. Excepcionalmente, procede también cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial (Art. 427° del CPP).

El Recurso de Casación puede ser interpuesto cuando en las sentencias o autos se encuentran las siguientes causales (Art. 429° del CPP):

- Han sido expedidos con inobservancia de alguna garantía constitucional de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías;
- Incurren o derivan de una inobservancia de las normas de carácter procesal sancionadas con la nulidad;
- Importan una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley Penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación;
- Han sido expedidos con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor; y,
- Se apartan de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Concedida la casación, el expediente quedará en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo, y de ser el caso presentar alegatos ampliatorios. Vencido dicho plazo, se señalará fecha para Audiencia de Casación,

citándose a todas las partes apersonadas. Instalada la audiencia, intervendrán oralmente los abogados de los recurrentes, y luego los de las partes recurridas, concluyendo con la intervención del imputado. Si el recurrente no asiste a la audiencia, se declarará inadmisible el recurso. La sentencia se expedirá con 4 votos conformes en un plazo de 20 días (Art. 431° del CPP).

Si se declara fundado el recurso, además de declararse la nulidad total o parcial de la sentencia o auto recurridos, la Sala Penal de la Corte Suprema podrá decidir sobre el fondo del caso, si para ello no es necesario un nuevo debate. Si decide la anulación con reenvío, indicará el Juez o Sala Penal Superior competente y el acto procesal que deba renovarse, de conformidad con lo resuelto por la Sala Penal Suprema (Art. 433° Inc. 1°, 2° del CPP).

Cuando el efecto de la casación del auto o sentencia supone cesar la detención del procesado, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenará directamente la libertad o el levantamiento de otras medidas de coerción si corresponde (Art. 435° del CPP). Contra la sentencia casatoria no procede recurso alguno. Tampoco se puede impugnar la sentencia que se dicte en el juicio de reenvío por efecto de la sentencia casatoria, salvo que se trate de nuevas causales (Art. 436° del CPP).

[3.4] RECURSO DE QUEJA DE DERECHO

Procede contra la resolución judicial que declara inadmisible el recurso de apelación, y contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación.

Se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso, y

no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria (Art. 437° del CPP). Al recurso de queja se acompañará el escrito que motivó la resolución recurrida, la propia resolución recurrida, el escrito impugnatorio y la resolución denegatoria (Inciso 1° del Art. 438° del CPP).

En caso se declare fundada la queja, se concederá el recurso y se ordenará al Juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las partes. Si se declara infundada se comunicará al Ministerio Público y a las partes procesales (Incisos 4° y 5° del Art. 438° del CPP).

[3.5] LA ACCIÓN DE REVISIÓN

La Acción de Revisión constituye un mecanismo de revisión de sentencias condenatorias firmes, que se puede interponer sin límite temporal a favor del condenado en los siguientes casos:

- Cuando después de una sentencia se dicte otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y al no poderse conciliar ambas sentencias, resulte de su contradicción la prueba de la inocencia de alguno de los condenados;
- Se haya pronunciado sentencia contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada;
- Se demuestre que un elemento de prueba decisivo en la sentencia carece del valor probatorio que se le asignó en la sentencia, debido a la falsedad, invalidez, adulteración o falsificación;
- Con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas seancapaces de establecer la inocencia del condenado;

- Se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado; y,
- La norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema.

La Acción de Revisión puede ser promovida por el Fiscal Supremo en lo penal y por el condenado o su representante legal o herederos. Su interposición no suspende la ejecución de la sentencia; pero la Sala Penal de la Corte Suprema podrá suspenderla en cualquier momento, disponiendo incluso la libertad del imputado o aplicando una media de coerción alternativa (Art. 440° y 442° del CPP).

Admitida la demanda, se pondrá en conocimiento del Fiscal o del condenado y se solicitará el expediente de cuya revisión se trate, así como la prueba documental invocada por el demandante. Se recibirán los medios de prueba ofrecidos por el accionante en plazo que no deberá exceder los 30 días, y se convocará a la Audiencia de Revisión citando al Fiscal y al defensor del imputado o a su representante. Si el demandante no asiste se declarará inadmisible la acción (Art. 443° del CPP).

Si se declara fundada la Acción de Revisión, la Sala declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación, y la remitirá a nuevo juicio si el caso lo requiere, o pronunciará directamente la sentencia absolutoria. Si se deniega la revisión, no impide una nueva demanda, siempre que se funde en otros hechos o pruebas (Art. 444° y 445° del CPP).

[4] LA DETENCIÓN

[4.1] DETENCIÓN POLICIAL Y LA FLAGRANCIA

La detención policial procede únicamente en los casos de flagrancia o mandato judicial. El Código Procesal Penal de 2004 tiene un concepto amplio de flagrancia, pues, además de autorizar la detención policial cuando el autor es descubierto durante la ejecución del hecho punible o apenas acabado de cometerlo (flagrancia tradicional o estricta), incluye también supuestos de cuasi flagrancia, flagrancia evidencial o presunción legal de flagrancia, cuando el imputado fuga y es detenido luego de ser identificado de inmediato por la víctima, testigo presencial o por medio audiovisual, dentro de las 24 horas de producido el hecho.

También será flagrancia cuando el autor es encontrado dentro de las 24 horas con efectos o instrumentos que proceden del hecho delictivo, o se hubiesen empleado para su comisión o con señales en sí mismo o en su vestido que lo vinculen como autor o partícipe en el hecho delictuoso.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 259° del CPP, modificado por la novísima Ley N.° 29569 del 25 de agosto de 2010, los miembros de la Policía Nacional del Perú podrán detener a un imputado sin mandato judicial cuando sea sorprendido en flagrante delito. Ahora bien, de conformidad con la citada norma, existirá flagrancia cuando:

- El agente es descubierto en la realización del hecho punible (Inc. 1°);
- El imputado acaba de cometer el acto ilícito y es descubierto (Inc. 2°);
- 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 24 horas de producido el hecho punible (Inc. 3°); y,
- El agente es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso (Inc. 4°).

Durante la detención en flagrancia, los efectivos policiales intervinientes tienen la obligación de identificarse, informar al imputado los motivos de su detención, así como respetar su dignidad e integridad.

[4.2] ARRESTO CIUDADANO

El Código Procesal Penal de 2004 ha introducido la figura del Arresto Ciudadano en su artículo 260°, permitiendo así que cualquier integrante de una comunidad, pueda detener a una persona que haya delinquido y se encuentre en calidad de

flagrante. En tal caso, deberá conducirla de inmediato a la dependencia policial más cercana.

La medida pretende que el ciudadano contribuya con la administración de justicia, y podrá ser ejercida por la propia víctima o un testigo de los hechos. En tanto se trata de una excepción, sólo puede adoptarse en ausencia de efectivos policiales y por el tiempo estrictamente necesario para poner a disposición de la Policía al detenido, garantizando que se realice de manera adecuada, sin abuso ni uso excesivo de la fuerza.
En tal situación, el ciudadano que interviene tiene el deber de:

- Entregar de inmediato al aprehendido a la dependencia policíal más cercana;
- Entregar todos los objetos que constituyan la evidencia del crimen cometido o tentado, ya que no tiene facultades de investigación o de identificación;
- No encerrar ni privar de la libertad al presunto autor en lugar público o privado.

El cumplimiento de tales acciones garantizarán al ciudadano la legalidad de su intervención, la misma que podrá sustentar con el acta extendido por la Policía, en la que se deje constancia de la entrega y las circunstancias de la intervención.

[4.3] DETENCIÓN JUDICIAL PRELIMINAR

El artículo 261° y siguientes del CPP regulan la Detención Preliminar Judicial, que faculta al Fiscal solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria dictar detención preliminar, sin trámite alguno, y teniendo sólo a la vista las actuaciones remitidas por el solicitante. Se trata de una detención antes del inicio de un proceso judicial, que si bien es solicitada por el Fiscal, es probable que regularmente se trate de un pedido de la Policía, que se formula luego de una previa indagación o conocimiento de un hecho que vincula a la persona, respecto a quien se pedirá la detención

preliminar. Procede en los siguientes supuestos:

- Cuando no se presente un supuesto de flagrancia, pero existen fundadas razones para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a 4 años, y que por las circunstancias del caso pueda desprenderse una posibilidad de fuga;
- Cuando el sorprendido en flagrante delito evita su detención. En este caso es claro que la huida del autor brinda a la Policía información que le permite identificarlo; o
- Cuando el detenido se fugue de un centro de detención preliminar, como es el caso de una instalación policial. No se incluye en este supuesto las hipótesis de fuga de un establecimiento penitenciario, pues quien ya se encuentra recluido en un penal tendrá inevitablemente un mandato judicial de internamiento, por lo que su recaptura no requiere de nueva orden judicial.

Con la finalidad de evitar abusos o detenciones arbitrarias, se exige que la resolución judicial deba individualizar debidamente a la persona contra quien se dictará la detención preliminar: nombre y apellidos completos, edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento.

La Policía debe ejecutar el mandato de detención de manera inmediata, teniendo el mismo una vigencia de 6 meses, salvo los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, que no caducan hasta la efectiva detención. La inmediatez en la detención policial se basa en el hecho de que la medida se fundamenta en la necesidad de un impedimento de huida; por tanto, si la Policía demora en ejecutarla, contradiría dicha premura.

Una vez detenida la persona, deberá informarse al Fiscal y llevarlo ante el Juez de Investigación Preparatoria, que examinará al imputado, con la asistencia de su defensor, con la finalidad de verificar su identidad y garantizar sus derechos

fundamentales. Luego, lo pondrá a disposición del Fiscal y lo ingresará al centro de detención policial.

El plazo de la Detención Preliminar Judicial será de 24 horas (salvo en los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas que podría durar hasta 15 días naturales), a cuyo término el Fiscal dispondrá la libertad o solicitará al Juez la continuación de las investigaciones, solicitando prisión preventiva u otra medida alternativa (Art. 264° del CPP).

[4.4] CONVALIDACIÓN (AMPLIACIÓN) DE LA DETENCIÓN

Vencido el plazo de la detención por flagrancia o Detención Preliminar Judicial, si a juicio del Fiscal subsisten las razones de la detención, lo pondrá a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria requiriendo auto de convalidación de la detención, en caso contrario dispondrá su libertad. En el día, el Juez realizará una audiencia con las partes, y luego de escucharlas, decidirá lo pertinente.

La detención convalidada tendrá una duración de 7 días naturales, a cuyo vencimiento se requerirá al Juez dicte mandado de prisión preventiva u otra alternativa (Art. 266° del CPP). Se exceptúan de este procedimiento los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

El término utilizado por el CPP origina confusión, pues más que convalidar la detención preventiva, se trata de una ampliación de la detención hasta por 7 días con la finalidad de lograr el propósito de la investigación, cuando el plazo inicial de 24 horas se estima reducido. De esta manera, se consigue mantener al detenido en las instalaciones policiales para seguir con la investigación preliminar.

Para dictar esta medida se realizará una Audiencia, en la que el Fiscal debe fundamentar las razones de su procedencia. Por su parte, la Defensa puede cuestionar el pedido en caso de considerarlo excesivo o injustificado. Al finalizar la audiencia, el Juez deberá decidir si autoriza la convalidación hasta por 7 días o pone en libertad al detenido.

Vencido el plazo de los 7 días (o el plazo menor que determine el Juez) se pone al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria, el cual decidirá, de acuerdo con el pedido del Fiscal, si procede un mandato de prisión preventiva o comparecencia simple o restrictiva, en caso de que el Fiscal haya decidido continuar y formalizar la Investigación Preparatoria. Puede disponer también el archivamiento, si considera que no existe mérito para la formalización.

Dictada la convalidación, si el detenido no está conforme, puede formular recurso de apelación.

[5] MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

Son medidas que se dictan cuando es indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines del proceso. La restricción debe ejecutarse con las debidas garantías para el afectado, respetando el principio de proporcionalidad y en tanto existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento o solicitud del Ministerio Público.

El Juez, salvo norma específica, debe decidir de inmediato, sin trámite alguno, el requerimiento del Fiscal. Sólo si no existe riesgo de pérdida de la finalidad de la medida, el Juez debe correr traslado previo a los sujetos procesales, así como disponer la realización de una audiencia con intervención de todas las partes.

Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponderá al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El Juez, sin trámite alguno, decidirá lo pertinente el mismo día o al día siguiente,

confirmando o desaprobando la medida, salvo que considere el previo traslado a los sujetos procesales o la celebración de una audiencia con el Fiscal y el afectado, decisión que no es impugnable (Art. 203° del CPP).

La decisión adoptada por el Juez de la Investigación Preparatoria puede ser apelada por el Fiscal o el afectado, dentro del tercer día de ejecutada la medida. La Sala Penal Superior resolverá el grado previa audiencia, con intervención de las partes.

Posteriormente, el afectado puede solicitar el reexamen de la medida ante el Juez si las nuevas circunstancias establecen la necesidad de un cambio de la misma. Esta decisión judicial también puede ser apelada (Art. 204° del CPP).

[5.1] CONTROL DE IDENTIDAD POLICIAL

La Policía, sin necesidad de orden del Fiscal o del Juez, puede requerir la identificación de cualquier persona y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, cuando considere que es necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. Por su parte, el intervenido tiene derecho a exigir al policía que interviene, le proporcione su identidad y la dependencia a la que está asignado.

La identificación se realiza mediante el Documento Nacional de Identidad (DNI). En caso de mostrarlo y verificar la identidad, la persona debe ser autorizada a alejarse del lugar.

Cuando la Policía estime por motivo fundado que el intervenido puede estar vinculado a un hecho delictuoso, podrá registrar su vestimenta, equipaje o vehí-

culo. En caso de que el intervenido no exhiba su documento de identidad, según la gravedad de hecho o del ámbito de la operación practicada, será conducido a la Dependencia Policial más cercana para exclusivos fines de investigación, hasta por 4 horas, luego de las cuales se le permitirá retirarse. La persona intervenida no debe ingresar a celdas o calabozos, ni ser mantenida en contacto con personas detenidas, y tiene el derecho comunicarse con un familiar o con la persona que indique.

De ser necesario, para las finalidades del proceso o la identificación, se le puede tomar fotografías, así como sus huellas digitales, incluso contra su voluntad (previa orden expresa del Fiscal), así como otras mediciones y medidas semejantes, levantándose el acta correspondiente (Art. 205° del CPP).

La norma procesal permite también a la Policía (informando al Fiscal) que para descubrir y ubicar a los partícipes en un delito causante de grave alarma social y para la incautación de instrumentos, efectos o pruebas del mismo, establecer controles necesarios para identificar a las personas en las vías, lugares o establecimientos públicos, así como el registro de los vehículos y el control superficial de los efectos personales, con el fin de comprobar que no se porten sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. El resultado de las diligencias y las actas debe ser puesto de inmediato en conocimiento del Fiscal (Art. 206° del CPP).

[5.2] VIDEOVIGILANCIA

Medida que se puede utilizar en las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas, que es dispuesta de oficio por el Fiscal o a solicitud de la Policía, que facilitará implementar las siguientes medidas contra

un afectado:

- Tomas fotográficas y registro de imágenes; y,
- Utilizar otros medios técnicos especiales para la observación o la investigación del lugar de residencia del investigado, cuando sea indispensable para cumplir los fines de esclarecimiento, o cuando la investigación resultase menos provechosa o se viese seriamente dificultada por otros medios.

La medida puede dirigirse contra otras personas cuando resulte necesario o cuando exista conexión con el investigado. Se requiere de autorización judicial cuando los medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados. Para que esta información pueda ser utilizada como prueba en el juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones (Art. 207° del CPP).

[5.3] PESQUISAS

a) Inspecciones o Pesquisas

La inspección o pesquisa es una actuación policial que tiene por finalidad comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, rastros y otros efectos materiales, que sean de utilidad para la investigación.

La pesquisa es realizada por la Policía, por propia iniciativa (informando al Fiscal posteriormente) o por orden de éste. Podrá inspeccionar o disponer pesquisas en lugares abiertos, cosas o personas, cuando existan motivos razonables para considerar que se podrían encontrar rastros del delito, o considere que en dicho lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga.

Se debe levantar un acta que describa lo sucedido, intentando recoger o conservar los elementos materiales útiles para la investigación. En caso de que el hecho no deje rastros, éstos hubieran desaparecido o hayan sido alterados, se debe describir el estado existente. Si es posible, se puede levantar planos de señales o registros descriptivos y fotográficos, y toda otra operación técnica adecuada y necesaria al efecto.

b) Retenciones

Con ocasión de la pesquisa, la Policía puede disponer que durante la diligencia no se ausenten las personas encontradas en el lugar o que comparezca cualquier otra. El plazo máximo de esta medida es de 4 horas, luego del cual se deberá recabar de manera inmediata, orden judicial para extender la presencia de los intervenidos (Art. 209° del CPP).

c) Registro de Personas

Cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, la Policía puede registrarla. Previamente, se invitará a que exhiba y entregue el bien buscado, y en caso de efectuarlo, no se procederá al registro, salvo que se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones.

El registro se realiza respetando la dignidad y el pudor de la persona, debiendo ejecutarlo una persona del mismo sexo del intervenido, salvo que ello implique una demora en perjuicio de la investigación. Comprende tanto las vestimentas del intervenido, así como el equipaje o bultos que porte y el vehículo utilizado.

La Policía debe explicar las razones del registro y el derecho que tiene el ciudadano de ser asistido por una persona de su confianza (en tanto lo pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad). Se debe levantar un acta, que tendrá que

ser firmada por todos los concurrentes (Art. 210° del CPP).

[5.4] INTERVENCIÓN CORPORAL

a) Examen Corporal del Imputado

Es una medida autorizada por el Juez de la Investigación Preparatoria a solicitud del Fiscal, cuando se considere necesario para establecer hechos significativos de la investigación, y procede en tanto el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de 4 años.

En tal situación, incluso sin el consentimiento del imputado, se pueden hacer pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, en tanto, las realice un médico u otro profesional especializado, y no sea previsible un daño grave para la salud del imputado, en cuyo caso se requerirá un previo informe pericial (Art. 211°, Inc. 1° del CPP).

Si el examen corporal de una mujer puede ofender su pudor, sin perjuicio que el examen sea practicado por un médico o un profesional especializado, puede admitirse la presencia de otra mujer o de un familiar de la persona intervenida (Art. 211°, Inc. 2° del CPP).

Excepcionalmente, la medida puede ser ordenada por el Fiscal, si existe urgencia o peligro para la investigación por la demora, y no se pueda esperar la orden judicial. En este caso, el Fiscal deberá comunicarse inmediatamente con el Juez instándolo a una inmediata confirmación judicial (Art. 211°, Inc. 3° del CPP).

La diligencia se debe asentar en un acta y contar con la presencia del abogado defensor del imputado, salvo que no concurra a la citación o exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente. En este último caso, puede estar presente una persona de la confianza del intervenido en tanto pueda ser ubicada de inmediato. En el acta se dejará constancia de la causal invocada para prescindir de la intervención del abogado y de la persona de confianza del intervenido (Art. 211°, Inc. 4° del CPP).

El Ministerio Público o la Policía (con conocimiento del Fiscal), sin necesidad de orden judicial, puede disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello, que no provoquen ningún perjuicio para su salud, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere riesgosa. De existir riesgo, se deberá solicitar una orden judicial, la cual requerirá de un previo dictamen pericial que establezca la ausencia de peligro si es que se realiza la intervención (Art. 211°, Inc. 5° del CPP).

b) Examen Corporal de otras Personas

El examen corporal puede alcanzar también a personas que tienen la calidad de testigos, a las que sin su consentimiento, y para el esclarecimiento de los hechos, puede practicarse el examen si se encuentra en su cuerpo determinada huella o secuela del delito.

En otras personas no inculpadas, los exámenes para determinar descendencia y extraer muestras sanguíneas sin su consentimiento, se admitirán siempre que no exista peligro para la su salud, y sean indispensables para averiguar la verdad, la misma que será efectuada siempre por un médico (Art. 212° del CPP).

c) Examen Corporal para Prueba de Alcoholemia

Procede cuando la Policía lo considere necesario para prevenir delitos o en el

curso de una inmediata intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito mediante la conducción de vehículos. El examen se realizará para comprobar la tasa de alcoholemia en aire aspirado.

Si se obtiene un resultado positivo o existen signos evidentes que la persona está bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancia prohibida, el intervenido será retenido y conducido a un centro de control sanitario para realizar la prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos según la prescripción del facultativo.

[6] LAS MEDIDAS COERCITIVAS

Las medidas coercitivas son impuestas por el Juez de la Investigación Preparatoria a solicitud del Fiscal, salvo el embargo y la administración provisional de posesión, que también puede ser solicitado por el actor civil. Tales medidas implican una restricción de los derechos fundamentales del imputado, reconocidos por la Constitución Política del Estado y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú (Art. 253° del CPP) .

La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y sólo se deberá imponer respetando los siguientes principios:

- **Legalidad:** sólo puede imponerse las medidas establecidas expresamente en el Código Procesal Penal o en una Ley Procesal Especial;
- **Jurisdiccionalidad:** una medida de coerción procesal requiere expresa decisión de un Juez, que en el ejercicio de su función jurisdiccional puede imponer, reformar, revocar o sustituir las medidas de carácter personal, de oficio o a solicitud de la parte legitimada.
- **Rogación:** la restricción de un derecho fundamental sólo puede imponerse a

solicitud del Fiscal, quien es el único sujeto procesal legitimado para requerirlo. No puede imponerse de oficio por el Juez;

- **Proporcionalidad:** la aplicación de una coerción procesal debe guardar relación con las circunstancias y magnitud del caso en concreto, de manera que la privación o restricción de un derecho sea proporcional al daño causado sobre la base de un juicio de valoración de los hechos y de la naturaleza del bien jurídico afectado, así como de su necesidad e idoneidad;
- **Motivación:** su imposición requiere una resolución judicial motivada, en la que se fundamente con suficiencia las razones por los cuales se adopta la medida;
- **Instrumentalización:** las medidas sólo deben ser utilizadas para garantizar la presencia del imputado durante el proceso y el desarrollo adecuado del mismo, y no para otros fines, pues se convertiría en una sanción anticipada; y
- **Provisionalidad:** las medidas de coerción procesal tienen el límite de duración establecida en la norma procesal, las cuales pueden ser modificadas cuando los presupuestos materiales cambien.

En consecuencia, la restricción de un derecho fundamental sólo se impondrá cuando fuere indispensable en la medida y tiempo estrictamente necesarios, para prevenir riesgos de fuga, ocultamiento de bienes o insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva (Art. 253°, 3° del CPP).

De acuerdo con los incisos 2° y 4° del artículo° 203 del CPP, cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines del esclarecimiento del proceso, y en la medida en que existan suficientes elementos de convicción, el Ministerio Público, en requerimiento motivado, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria la medida correspondiente, que previa audiencia, con intervención de las partes, resolverá lo pertinente.

El auto judicial a través del cual se dicta una medida de coerción procesal, bajo

sanción de nulidad (Art. 254° del CPP), deberá contener:

- Descripción breve del hecho con indicación de las normas que se estimen transgredidas;
- Exposición de la finalidad específica que se persigue y los elementos de convicción que justifican la medida, con cita de la norma procesal aplicable; y,
- Fijación del término de duración de la medida coercitiva y de los controles y garantías de su correcta ejecución.

Los autos que impongan una medida de coerción procesal pueden ser reformables de oficio o a petición de la parte legitimada, cuando varíen los supuestos que motivaron su aceptación o rechazo. En tal sentido, el Fiscal y el Abogado Defensor podrán solicitar al Juez la reforma, revocatoria o sustitución de las medidas de carácter personal, quien deberá resolver en un plazo de 3 días previa audiencia con citación de las partes (Art. 255° del CPP).

Cuando el imputado infrinja una medida impuesta por el Juez, de oficio o a solicitud de la parte legitimada, podrá sustituir o acumular la medida con otra más grave, teniendo en consideración la entidad los motivos y las circunstancias de la transgresión, así como la naturaleza del delito imputado (Art. 256° del CPP).

Los autos que imponen, desestiman, reforman, sustituyen o acumulan las medidas de coerción procesal son impugnables por el Fiscal y la Defensa. El actor civil y el tercero civil sólo pueden impugnar las medidas coercitivas de carácter patrimonial que afecten su derecho en orden a la reparación civil (Art. 257° del CPP).

[6.1] LA COMPARECENCIA

a) La Comparecencia Simple

Esta medida facilita al ciudadano imputado comparecer ante la autoridad judicial

o fiscal en libertad, con la obligación de concurrir las veces que sea llamado. De conformidad con el artículo 286° del CPP, la Comparecencia Simple se aplica cuando:

- El Fiscal no solicite la prisión preventiva, ni la comparecencia con restricciones, cuando haya vencido el plazo de la detención preliminar;
- Previo requerimiento del Fiscal, el Juez estime que no concurren los presupuestos materiales que justifican la prisión preventiva; y,
- El hecho punible esté sancionado con pena leve o los actos de investigación aportados no justifiquen su imposición en virtud al principio de proporcionalidad (Art. 291°, Inc. 1° del CPP).

Cuando el imputado se encuentra con medida de comparecencia simple, y sea citado para su declaración u otra diligencia y no concurra, será conducido compulsivamente por la Policía (Art. 291°, Inc. 2° del CPP).

b) Comparecencia Restringida

En un proceso penal se busca evitar la fuga del imputado, asegurar su presencia en el proceso, impedir la obstaculización de la investigación y el hallazgo de elementos de prueba que permitan dictar la decisión judicial correspondiente. Tales objetivos no se logran sólo mediante la privación de la libertad del procesado, sino utilizando también otros mecanismos que garanticen dichos objetivos, como es el caso de la Comparecencia Restrictiva, que se aplica cuando el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse (Art. 287° del CPP).

De conformidad con el artículo 288° del CPP, las restricciones que se pueden imponer en una Comparecencia Restrictiva son las siguientes:

- Obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados;

- La obligación de no ausentarse de la localidad de su residencia;
- No concurrir a determinados lugares;
- Presentarse a la autoridad los días que le fijen;
- Prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte su derecho a la defensa; y,
- Prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten, la misma que podrá sustituirse por una fianza personal idónea y suficiente.

Estas medidas pueden combinarse o reemplazarse con el empleo de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado, que facilite controlar que el imputado no incumpla las restricciones impuestas a la libertad personal, como es el caso de la Vigilancia Electrónica Personal establecida mediante Ley N.° 29499.

La Comparecencia Restrictiva puede imponerse cuando se den las siguientes circunstancias:

- Se suponga razonablemente el peligro de fuga o la obstaculización de la investigación;
- El Fiscal lo solicite; y,
- El Fiscal pida una prisión preventiva, y el Juez considere que corresponde una medida menos restrictiva. En este caso, el Juez de oficio podrá imponer la comparecencia con restricciones (o una comparecencia simple), aunque no hubiera sido expresamente solicitada.

En caso de que el imputado incumpla las restricciones impuestas en la comparecencia restrictiva, previo requerimiento del Fiscal o del Juez, se revocará la medida y se dictará mandato de prisión preventiva (Art. 287°, Inc. 3° del CPP).

[6.2] PRISIÓN PREVENTIVA

De acuerdo con el nuevo procedimiento establecido en el CPP, la prisión preventiva es dictada por el Juez de la Investigación Preparatoria, previa solicitud del Fiscal. La medida se adopta en el marco de una audiencia, en la que el Fiscal y Abogado Defensor debatirán ante el Juez la pertinencia o justificación de dicha medida coercitiva.

a) Requisitos

Los presupuestos materiales de la prisión preventiva están descritos en el artículo 268° del CPP, y son los siguientes:

a.1) Elementos de convicción

El literal a) del inciso 1° del Art. 268° señala que se requiere «*que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo*».

Como se puede observar, la norma exige evidencias que hagan suponer razonablemente que se ha cometido un delito, el mismo que pueda ser atribuido al procesado en calidad de autor o partícipe. Ciertamente, no se trata de la existencia de elementos probatorios plenos, sino de información preliminar suficiente que pueda hacer presumir que el procesado cometió el delito.

La contundencia de los primeros recaudos que el Fiscal expondrá en la audiencia, será uno de los aspectos sobre los cuales deberá entablar el debate la Defensa.

a.2) Prognosis de Pena

El literal b) del inciso 1° del artículo 268° dispone que para dictar prisión preventiva se requiere «*que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de*

pena privativa de libertad».

Es importante precisar que la prognosis de pena no supone una simple constatación del mínimo o máximo de la pena privativa de libertad asignada al delito materia de proceso. Se trata de una aproximación real y concreta, respecto a la posible pena a imponer al imputado si se le halle responsable. Por ello, además de considerar el monto de la pena asignada en la ley, el Juez tendrá que analizar las circunstancias del delito, así como la concurrencia de atenuantes y agravantes que puedan aplicarse al caso en particular.

a.3) Peligro procesal o peligro de fuga

El literal c) del inciso 1° del artículo 268° indica que se requiere *«que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)».*

La citada norma tiene dos supuestos diferentes, aunque para que concurra este requisito, será suficiente la presencia de uno de ellos.

***i)* Peligro de fuga.** Conforme al artículo 269° del CPP, para calificar el peligro de fuga, el Juez deberá considerar:

- **El arraigo en el país del imputado**

Se acredita con la existencia de un domicilio o residencia habitual del imputado en el lugar donde se desarrolla el proceso. También por asiento de familia, negocios o trabajo en dicho lugar (Art. 269°, 1° del CPP).

La existencia de arraigo debe hacer presumir razonablemente, que por causa del proceso penal el imputado no abandonará el lugar de su resi-

dencia, donde además está su familia y desarrolla su actividad económica. Usualmente, se acredita mediante prueba documental, como un certificado domiciliario, constancia laboral, constancia de estudio de los hijos, títulos de propiedad, etcétera.

El CPP señala también que para calificar el arraigo debe determinarse si el imputado tiene facilidades para abandonar definitivamente el país o para permanecer oculto durante el desarrollo del proceso. Acreditar la existencia de tales facilidades queda en manos del Fiscal.

En cualquier caso, la calificación de peligro de fuga por falta de arraigo deberá ser cuidadosamente evaluada para no resolver sólo con base en la situación económica y social del imputado, pues ello podría significar castigar la pobreza, el desempleo o la falta de respaldo familiar.

■ **La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento**

Se presume que ante la posible imposición de una pena privativa de libertad prolongada, exista una mayor probabilidad de que el procesado decida huir, aun cuando ello implique abandonar su familia, su trabajo o su entorno social. Sin embargo, como hemos señalado antes, no se trata de una simple constatación de la pena consignada para el delito, sino de una prognosis concreta en un caso determinado (Art. 269°, 2° del CPP).

Por ello, corresponderá al Fiscal aproximarse a la posible pena, poniendo énfasis no sólo en el delito cometido, sino en las atenuantes, agravantes, los medios de comisión, fines del delito, trascendencia del bien jurídico afectado, características de la víctima, así como otros aspectos como la reincidencia, la habitualidad o el concurso de delitos.

Por su parte, a la Defensa le corresponderá visibilizar aspectos que incidan en la tipificación de la conducta, la existencia de atenuantes vinculadas a la culpabilidad (imputabilidad restringida, error de prohibición, entre otros), a la antijuricidad (legítima defensa, estado de necesidad justificante, etcétera) u otros aspectos relacionados con la personalidad del imputado o las circunstancias de la comisión.

■ La importancia del daño resarcible y la actitud voluntaria del imputado frente a él

La magnitud del daño causado es un elemento que usualmente se considera para agravar la pena; sin embargo, ponderar el comportamiento del imputado respecto al resarcimiento voluntario del daño es un importante factor que debe tenerse en cuenta para evaluar su actitud (Art. 269°, 3° del CPP).

■ El comportamiento del imputado durante el actual procedimiento o en otro anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse a la persecución penal

Dos son los aspectos que se deben considerar en este punto. Por un lado, la conducta procesal que el imputado viene observando en el proceso actual; y el comportamiento mostrado en procesos anteriores. Así, para el Fiscal será efectivo mostrar que el procesado no se presentó voluntariamente a la justicia, que huyó o intento huir. Por su parte, la Defensa deberá mostrar la disposición del imputado en el esclarecimiento de los hechos, su acogimiento a la confesión, su apersonamiento voluntario, entre otros aspectos (Art. 269°, 4° del CPP).

Si bien la Defensa podría argumentar que no es válido ponderar aspectos relacionados con procesos ya fenecidos, debemos señalar que el Tribu-

nal Constitucional ha considerado que para imponer la medida de detención, se debe ponderar la historia personal, y evaluar profesionalmente la personalidad y el carácter del acusado (Sentencia en el Expediente N.° 210-2002-AI/TC). En todo caso, queda en manos del Juez considerar o no tales antecedentes.

ii) **Peligro de obstaculización del proceso.** De acuerdo con el artículo 270° del CPP, para calificar el peligro de obstaculización, se tendrá en cuenta el riesgo razonable para que el imputado pueda:

- Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba;
- Influir para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e,
- Inducir a otros a realizar tales comportamientos.

Es claro que no basta que el Fiscal afirme la existencia de tales comportamientos en el imputado, sino que es necesario que acredite razonablemente que tales situaciones se han producido.

Por otro lado, sin perjuicio de la concurrencia de los requisitos relacionados con elementos de convicción y la prognosis de pena, constituye también presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva la existencia de elementos razonables de convicción sobre la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea en el caso de advertir que podrá usar los medios que la organización le dé para facilitar su fuga, o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad (Art. 268°, 2° del CPP).

b) Procedimiento de la Prisión Preventiva

Formulado el requerimiento de prisión preventiva por el Ministerio Público, dentro de las 48 horas siguientes, el Juez de la Investigación Preparatoria citará a una audiencia con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor (Art. 271°, 1° del

CPP). Si el imputado se niega a estar presente en la audiencia, será representado por su Abogado o el Defensor Público, según sea el caso (Art. 271°, 2° del CPP).

Instalada la audiencia, escuchará por su orden al Fiscal que propuso la medida y luego al Abogado Defensor. Culminado los debates, el Juez deberá emitir la resolución correspondiente sin necesidad de postergación alguna.

Tratándose de una decisión que restringe un derecho fundamental como es la libertad, el inciso 3° del artículo 271° del CPP, dispone expresamente que el auto de prisión preventiva deberá ser especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes.

c) Apelación

Dentro de los 3 días de dictado el auto de prisión preventiva, el imputado y el Ministerio Público pueden interponer Recurso de Apelación. El Juez de la Investigación Preparatoria deberá elevar los actuados en las 24 horas a la Sala Penal correspondiente, la cual previa vista de la causa, con citación del Fiscal Superior y del Abogado Defensor, resolverá dentro de las 72 horas de recibido el expediente.

La decisión que deberá ser motivada, se expedirá el día de la vista de la causa o dentro de las 48 horas bajo responsabilidad (Art. 278° del CPP).

d) Cese de la Prisión Preventiva

La Defensa puede solicitar, las veces que considere pertinente el cese de la prisión preventiva, y su sustitución por una comparecencia. Para ello, deberá acreditar que existen nuevos elementos de convicción que demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición, y que resulta necesario sustituirla por la comparecencia.

Así, si se desvanece el peligro procesal, en aplicación del criterio de razonabilidad, el Juez podrá modificar la situación jurídica del procesado. Lo mismo sucederá si los iniciales indicios de responsabilidad en el delito se han ido extinguiendo.

Para determinar la medida sustitutiva, el Juez considerará las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de la libertad, y el estado de la causa, e impondrá al imputado las reglas de conducta necesarias para garantizar su presencia en el proceso o para evitar que lesionen la finalidad de la medida.

La decisión del cese de la prisión preventiva puede ser impugnado por el imputado y el Ministerio Público a través de un recurso de apelación, que se interpondrá dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado favorecido (Art. 284° del CPP).

Dispuesto el cese de la Prisión Preventiva, y sustituida por una medida de comparecencia, según el artículo 285° del CPP, tal decisión podrá revocarse cuando:

- El procesado infringe las reglas de conducta que el Juez ha establecido al ordenar la libertad;
- El procesado no comparece a las diligencias del proceso sin excusa suficiente;
- El procesado realice preparativos de fuga; y,
- Nuevas circunstancias exijan que se dicte auto de prisión preventiva.

En estos casos, el procesado perderá la caución si la hubiere pagado, la que pasará a un fondo de tecnificación de la administración de justicia.

e) Duración de la Prisión Preventiva

La prisión preventiva tendrá una duración máxima de 9 meses. Tratándose de procesos complejos, el plazo no deberá de durar más de 18 meses (Art. 272° del CPP).

No obstante, si se presentan circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá ampliarse hasta 18 meses más, previa solicitud del Fiscal antes de vencer el plazo anterior (Art. 274°, Inc. 1° del CPP).

El Juez de la Investigación Preparatoria emitirá el auto respectivo al final de la audiencia correspondiente o dentro de las 72 horas siguientes, bajo responsabilidad. Contra dicha decisión procede el recurso de apelación (Art. 274°, Inc. 2° y 3° del CPP).

f) Libertad por Exceso de Prisión Preventiva

Si el plazo de la prisión preventiva se vence sin que exista una sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud del abogado defensor, pedirá se decrete la inmediata libertad del imputado, pudiendo establecer concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en las futuras diligencias del proceso (Art. 273° del CPP).

En caso de que el procesado haya sido sentenciado en primera instancia, la Prisión Preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, si la misma haya sido impugnada mediante un Recurso de Apelación (Art. 274°, Inc. 4° del CPP).

Por otro lado, para el cómputo del plazo de la Prisión Preventiva, el artículo 275° del CPP ha establecido las siguientes reglas:

- No se tendrá en cuenta el tiempo que la causa haya sufrido dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa;
- Cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no se considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución; y,

- Cuando se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar, y se ordene nuevo juzgamiento en la justicia penal ordinaria el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva.

[6.3] LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

El artículo 290° del CPP establece que sólo podrá imponerse la medida de Detención Domiciliaria, cuando pese a concurrir los supuestos para dictar una Prisión Preventiva, se opta por la primera medida en atención a las siguientes condiciones particulares del procesado:

- Es mayor de 65 años de edad;
- Adolece de una enfermedad grave o incurable;
- Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; y,
- Sea una madre gestante.

Por lo tanto, queda claro que la Detención Domiciliaria no es una modalidad de Comparecencia Restringida, sino una medida alternativa a la prisión preventiva, que se impone exclusivamente cuando concurren sus presupuestos materiales, pero que no se hace efectiva porque el internamiento de un procesado que tiene las condiciones descritas en el párrafo anterior, podría afectar su salud, vida o integridad.

La Detención Domiciliaria se adoptará cuando, además de concurrir los motivos antes señalados, no exista peligro de fuga o de obstaculización, que pueda evitarse razonablemente con su imposición. En caso de que tales situaciones existan, y pese a las condiciones personales del procesado, el Juez podría ordenar su internamiento en un establecimiento penitenciario.

La Detención Domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución pública o privada o de tercera persona designada para tal efecto. El concepto de domicilio adecuado debe entenderse como aquel que tiene las condiciones de estructura necesarias para que la autoridad policial implemente las medias de seguridad y de control necesarios para el cumplimiento de la medida. Además de la Policía, el control corresponde también al Ministerio Público.

Cuando el Juez lo estime necesario, además de la Detención Domiciliaria, puede imponer límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas distintas a las que habitan con él o que lo asisten.

En caso de que mejore la salud de quien tiene enfermedad grave o incurable, supere su incapacidad o la madre deje ser gestante, el Juez, previo informe pericial, podrá ordenar la Prisión Preventiva del imputado.

Por otro lado, el hecho de que la Detención Domiciliaria sea una medida alterna a la Prisión Preventiva, conlleva dos consecuencias similares a dicha medida coercitiva:

- El plazo de duración será el mismo que el fijado para la Prisión Preventiva; y

- En caso de que el imputado sea declarado responsable, al fijarse la fecha de cumplimiento de la pena en la sentencia condenatoria, se deberá descontar el tiempo que la persona permaneció bajo Detención Domiciliaria, a razón de un día de pena por uno de Detención Domiciliaria.

[7] PROCESOS ESPECIALES Y MECANISMOS DE SIMPLIFICACIÓN PROCESAL

[7.1] PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

a) Concepto

El CPP regula el Principio de Oportunidad como un mecanismo para racionalizar la persecución penal y descongestionar la administración de justicia. Se pretende que el sistema penal excluya los casos de menor lesividad para centrarse en aquellos de mediana y grave criminalidad.

El Principio de Oportunidad es una facultad conferida al Fiscal que le permite abstenerse de ejercicio de la acción penal y, cuando ésta ya se hubiera formalizado, solicitar el sobreseimiento del proceso al Juez de la Investigación Preparatoria. En ambos casos se debe tratar de hechos con escasa relevancia social y que no hayan afectado gravemente el interés público.

Se trata entonces de una facultad exclusiva del Ministerio Público, que puede ser ejercida durante la Investigación Preliminar o cuando se haya formalizado la Investigación Preparatoria, por tal razón, la víctima no puede impugnar judicialmente la decisión del Fiscal de abstenerse de la persecución penal. Sin embargo, se trata de una facultad limitada, pues el Fiscal sólo podrá aplicarla en los casos de que se adecúe a los parámetros establecidos en la norma. En todos los casos se requiere el consentimiento del imputado.

b) Supuestos

- **Cuando el agente ha sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito culposo o doloso, siempre que en este último caso el delito no sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 4 años, y la pena resulte innecesaria (Art. 2°, Inc. 1°, a).**

En este supuesto procede aplicar el Principio de Oportunidad, siempre que concurra el requisito básico, esto es, que el autor del delito haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su acto.

En los casos de los delitos culposos no existe parámetro cuantitativo de la pena, ni otra circunstancia atenuante o agravante que limite la aplicación del Principio de Oportunidad, razón por la cual se podrá aplicar a todas las hipótesis culposas previstas en el Código Penal.

En el caso de los delitos dolosos, el Principio de Oportunidad requiere de dos presupuestos adicionales. Uno, que el delito cometido por el imputado esté reprimido con privativa de la libertad no mayor de 4 años; y, segundo, que por las condiciones personales del imputado la imposición de la pena resulte innecesaria.

Nada impide que este supuesto se pueda aplicar tanto a imputados particulares como a funcionarios públicos, y no es necesario que el agente haya repa-

rado el daño ocasionado o que exista un acuerdo con dicho propósito.

• Casos de escasa lesividad porque no afectan gravemente el interés público (Art. 2°, Inc. 1°, b).

Procede también el Principio de Oportunidad cuando el delito cometido por el agente no haya afectado gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los 2 años de privación de la libertad o el autor haya cometido el delito en el ejercicio de su cargo de funcionario público.

En esta hipótesis se requiere que el agente haya reparado los daños y perjuicios ocasionados a la víctima o que exista acuerdo con el agraviado en dicho propósito.

• Casos de Responsabilidad Atenuada (Art. 2°, Inc. 1°, c).

Cuando en atención a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal aprecie que concurren circunstancias atenuantes por error de tipo y error de prohibición (Art. 14° del CP), error de comprensión culturalmente condicionado (Art. 15° del CP), tentativa (Art. 16° del CP), responsabilidad restringida (Art. 21° del CP), responsabilidad restringida por la edad (Art. 22° del CP), y complicidad primaria o secundaria (Art. 25° del CP), y siempre que se advierta que no se ha afectado gravemente el interés público, también se puede aplicar el Principio de Oportunidad.

Sin embargo, aún encontrándose en tales supuestos no se podrá aplicar el Principio de Oportunidad, cuando se trate de un delito sancionado con pena superior a los 4 años de privación de la libertad o haya sido cometido por funcionario público en el ejercicio de su cargo.

c) Procedimiento

Como paso previo a la aplicación del Principio de Oportunidad, el Fiscal deberá citar al imputado y al agraviado con la finalidad de realizar una diligencia de

acuerdo, cuyo resultado se debe registrar en un acta. Si el agraviado no asiste, el Fiscal podrá fijar el monto de la reparación civil que corresponda, de modo que dicha inconcurrencia no imposibilite la aplicación de la medida.

En caso de que no exista acuerdo entre agraviado y el agente sobre el plazo para pagar la reparación civil, lo fijará el Fiscal, no debiendo exceder de los 9 meses. Si existe un acuerdo entre las partes y el mismo consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, la diligencia de acuerdo no será necesaria, por lo que el Fiscal deberá de proceder como corresponda (Art. 2°, Inc. 3° del CPP).

Efectuada la diligencia de acuerdo, y satisfecha la reparación civil con el pago o la promesa de cumplimiento, el Fiscal expedirá una disposición de abstención, que impedirá, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por los mismos hechos.

Imposición de un aporte adicional.– Si el Fiscal lo considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución del ilícito, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, podrá imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado, así como aplicar las reglas de conducta previstas en el artículo 64° del CP (prohibición de frecuentar determinados lugares, prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin permiso del Juez, comparecer mensualmente al Juzgado para informar sus actividades, reparar el daño ocasionado si le es posible, no poseer objetos que faciliten la comisión de otros delitos y otras reglas que el Juez estime conveniente).

Para imponer un aporte adicional al imputado, el Fiscal solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, que resolverá previa audiencia de los interesados (Art. 2°, Inc. 5° del CPP).

d) Efectos del incumplimiento de la obligación

En los casos en que sea obligatorio el pago de la reparación civil, y su cumplimiento se haya pactado a plazos, los efectos de la disposición de abstención se suspenderán hasta su efectivo cumplimiento. De no honrarse con el compromiso de pagar la reparación civil, se dictará la disposición para promover la acción penal, decisión que no admite recurso de impugnación alguno (Art. 2°, Inc. 4°, in fine del CPP).

[7.2] ACUERDO REPARATORIO

a) Concepto

El Código Procesal Penal de 2004 introduce la figura del Acuerdo Reparatorio, que autoriza a la víctima a suscribir un acuerdo de reparación económica con el imputado, con la finalidad de lograr el resarcimiento o reposición del daño causado con el delito.

Se trata de una interesante salida alternativa y valora el rol de la víctima en el proceso penal. Es también un mecanismo de terminación anticipada, pues permite la conclusión rápida de un proceso en el que se prioriza el interés de la víctima sobre la base de un acuerdo que tiene un contenido eminentemente patrimonial.

b) Ventajas

- **Para la víctima**. Le otorga un rol protagónico, la revalora y reconoce la preeminencia de su interés de reparación del perjuicio, frente al interés abstracto del Estado.
- **Para el imputado.** Atenúa los efectos de la criminalización; ayuda a la certeza jurídica; e impide la estigmatización que necesariamente genera un proceso penal.
- **Para la Sociedad.** Reafirma la tendencia político-criminal de promover la

solución de conflictos de carácter penal, a través de soluciones eficientes y pacíficas, que forma en los litigantes mayores niveles de satisfacción en la justicia. Al ser un procedimiento breve, genera también economía a las instituciones que integran el sistema penal.

c) Desventajas

- Se afirma que el Acuerdo Reparatorio puede generar impunidad a favor de las personas con mayor capacidad económica, que podrían llegar a un acuerdo económico con la víctima con mayor facilidad. Respecto al imputado, se sostiene que en ocasiones, para evitar la formalización o continuación del proceso penal, podría optar por un acuerdo sólo con la finalidad de evitar seguir vinculado a un procedimiento penal. En cuanto a la víctima, atemorizada por el delito cometido, podría aceptar un acuerdo para evitar ser potencialmente afectada por otra acción del autor.

- Las diferencias económicas entre las partes litigantes han constituido siempre un factor de desigualdad en un proceso penal, situación que también puede reflejarse en la aplicación de un Acuerdo Reparatorio. Sin embargo, las ventajas que ofrece un Acuerdo Reparatorio para la víctima, el autor y el Estado resultan mucho más significativas y trascendentes, que validan la eficacia de esta nueva institución.

d) Sujetos Legitimados

- Las partes legitimadas para promover un Acuerdo Reparatorio son el Fiscal, quien puede solicitarlo de oficio, así como el imputado y la víctima (Art. 2° Inc. 6° del CPP).

e) Trámite

- El acuerdo debe ser una expresión de libre voluntad entre la víctima y el imputado;
- La aceptación debe ser clara y expresa, y suponer un acuerdo de reparación

o un compromiso con dicho propósito de manera concreta y definida;

- El acuerdo debe constar en instrumento público o documento privado con firma legalizada de los intervinientes, requisito con el cual se busca certeza en los términos del acuerdo;

- Las partes deben conocer plenamente los derechos y obligaciones que genera el acuerdo, así como las consecuencias jurídicas de su suscripción.

Corresponde al Fiscal instruir a los que participan en un acuerdo, que tengan pleno conocimiento de sus derechos, por cuanto asumir la institución procesal materia de comentario, supone reconocer la responsabilidad y renunciar al derecho de controvertir la prueba, entre otras consecuencias procesales.

Para que proceda el Acuerdo Reparatorio, bastará la presentación del documento que lo acredite para que el Juez de la Investigación Preparatoria dicte el auto de sobreseimiento.

f) Oportunidad de Promover el Acuerdo Reparatorio

- **En la Investigación Preliminar**

  El Acuerdo Reparatorio puede implementarse antes de la formalización de la Investigación Preparatoria, esto es, durante la Investigación Preliminar que se puede llevar a cabo en el ámbito del Ministerio Público o en la Policía Nacional. En este caso, bastará que el Fiscal, el imputado y el agraviado (o sólo los dos últimos) lleguen a un acuerdo de reparación y lo formalicen en un documento.

  Establecido el acuerdo con la formalidad de Ley, el Ministerio Público se abstendrá de ejercitar la acción penal. La Disposición de Abstención del ejercicio de la acción penal dictada por el Fiscal tendrá los mismos efectos de la cosa

juzgada material, razón por la cual no se podrá iniciar un nuevo proceso por tales hechos, pues ello supondría afectar el principio de *ne bis in ídem* procesal. Para que el Fiscal dicte la disposición de abstención, no se requiere convocar una audiencia.

- **En la Investigación Preparatoria**

  Formalizada una Investigación Preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, y hasta antes de formularse la Acusación Fiscal, se podrá promover un Acuerdo Reparatorio. En este caso corresponderá al Juez de la Investigación Preparatoria dictar un Auto de Sobreseimiento previa audiencia, con la concurrencia de las partes.

  La resolución de sobreseimiento no es impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil, si fuera fijada por el Juez ante la inexistencia de Acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas, si son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

g) Delitos en los que procede el Acuerdo Reparatorio

Nuestro Código Procesal ha optado por la fórmula denominada *«Acuerdo Reglado»,* pues el Acuerdo Reparatorio sólo será posible en los delitos expresamente señalados en el Inc. 6° del Art. 2° del CPP, por lo que el Fiscal y el Juez están prohibidos de incluir otros, así:

- Lesiones leves (Art. 122° del CP);
- Hurto simple (Art. 185° del CP);
- Hurto de uso (Art. 187° del CP);
- Hurto de ganado (Art. 189°-A primer párrafo del CP);
- Apropiación ilícita (Art. 190° del CP);

- Sustracción de cosa propia (Art. 191° del CP);
- Apropiación de Hallazgos y tesoros (Art. 192° del CP);
- Apropiación de prenda (Art. 193° del CP);
- Estafa (Art. 196° del CP);
- Defraudaciones (197° del CP);
- Fraude en la administración de personas jurídicas (198° del CP);
- Daño simple (Art. 205° del CP);
- Libramiento indebido (Art. 215° del CP); y,
- Delitos culposos.

El Acuerdo Reparatorio se puede aplicar tanto en los delitos consumados o como en aquellos que hayan quedado en grado de tentativa. Asimismo, pueden promover este procedimiento los imputados a título de autor o partícipe de un delito.

h) Excepciones

No procede el acuerdo cuando haya *«pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito»*. Esta última excepción no se aplica, cuando el concurso sea con otro delito de menor gravedad o éste afecte bienes jurídicos disponibles.

i)Procedimiento

Si los hechos se encuentran a nivel de Investigación Preliminar, el Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un Acuerdo Reparatorio. Si hay acuerdo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal.

Si ya se formalizó la Investigación Preparatoria, el Fiscal, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, solicitará al Juez dictar auto de sobreseimiento. El Juez, previa audiencia con la concurrencia de las partes, dispondrá lo pertinente.

j) Ejecución del Acuerdo por Incumplimiento

El incumplimiento no origina el reinicio del procedimiento penal, en tanto la acción ya se habría extinguido definitivamente, por lo que la víctima sólo podrá recurrir a la ejecución judicial. De conformidad con el artículo 493° del CPP, el pago de la reparación civil se hará efectiva conforme a las previsiones del Código Procesal civil, con intervención del Fiscal Provincial y del actor civil.

[7.3] PROCESO INMEDIATO

a) Concepto

El Proceso Inmediato es un mecanismo de simplificación procesal, que tiene por finalidad resolver en plazo breve la situación jurídica de un imputado, cuando existan elementos probatorios suficientes que demuestren su responsabilidad, lo que hace innecesario formalizar o continuar la Investigación Preparatoria, así como la Etapa Intermedia.

No se trata de un procedimiento que afecte el derecho a la defensa u otros derechos del imputado, sino de un mecanismo que busca evitar que la investigación fiscal se convierta en un procedimiento burocrático, reiterativo e innecesario, por cuanto desde la perspectiva del Fiscal existen ya elementos probatorios suficientes para la emisión de una sentencia.

b) Supuestos de Proceso Inmediato

De conformidad con el artículo 446° del CPP, la parte legitimada para solicitar el Proceso Inmediato es únicamente el Fiscal, que podrá formularlo cuando concurra de manera independiente unos de los siguientes supuestos:

- **Cuando el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito**

  La detención puede ser en estricta flagrancia o en la denominada cuasiflagrancia. Si bien se trata de situaciones en las que usualmente se recogen importantes elementos probatorios, la flagrancia debe estar acompañada de un grado importante de certeza de la comisión del delito, así como de la responsabilidad del imputado, sin que para ello se requiera su confesión.

- **Cuando el imputado ha confesado la comisión del delito**

  La confesión supone el reconocimiento de los cargos por parte del imputado. Para que tenga valor probatorio, debe estar debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción, así como ser prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas, y realizada ante el Juez o Fiscal en presencia del abogado defensor (Art. 160° del CPP).

  Por ello, para que sea factible el Proceso Inmediato en esta hipótesis, no sólo se requiere la confesión, sino la existencia de elementos probatorios que generen convicción sobre la responsabilidad del imputado.

- **Cuando sean evidentes los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, previo interrogatorio del imputado**

  Las diligencias preliminares tienen por finalidad realizar actos urgentes e inaplazables con el propósito de determinar si han ocurrido los hechos denunciados, así como asegurar los elementos materiales e individualizar a los autores y agraviados (Art. 330° del CPP). En ocasiones, las diligencias preliminares pueden aportar elementos probatorios suficientes para demostrar la responsabilidad del imputado. Si además el imputado ha sido interrogado, y todo ello genera en el Fiscal convicción sobre su responsabilidad, podrá solicitar el Proceso Inmediato.

- **Pluralidad de Imputados**

  Cuando haya varios imputados en la causa, sólo será posible el proceso in-

mediato si todos ellos se encuentran en una de las tres circunstancias por las cuales el Fiscal puede solicitar dicho procedimiento, y estén implicados en el mismo delito. Los delitos conexos en los que estén involucrados otros imputados no se acumularan, salvo que ello perjudique al debido esclarecimiento de los hechos o la acumulación resulta indispensable.

c) Procedimiento

De conformidad con los artículos 446°, 447° y 448° del CPP, para que el Proceso Inmediato sea posible, el Fiscal deberá requerirlo al Juez de la Investigación Preparatoria. Se trata de una decisión unilateral en la que no es necesario el consentimiento de las partes, que el Fiscal adoptará luego de una evaluación preliminar de los elementos probatorios.

Sin perjuicio de solicitar las medidas de coerción que correspondan, y acompañando el expediente fiscal, el Representante del Ministerio Público podrá solicitar el Proceso Inmediato en dos momentos:

- Luego de culminar las diligencias preliminares que el Fiscal realiza en su despacho o en el ámbito policial; y,

- Hasta antes de los 30 días de formalizada la Investigación Preparatoria.

Presentado el requerimiento del Ministerio Público, el Juez deberá correr traslado al imputado y a los demás sujetos procesales por el plazo de 3 días para que se pronuncien. Vencido dicho término, con la absolución o sin ella, el Juez decidirá directamente en un plazo de tres días si procede o rechaza el pedido.

En caso de que el Juez acepte el pedido, dictará un auto en que dispone la incoación del Proceso Inmediato. Notificado este auto al Fiscal, éste procederá a formular la acusación correspondiente, que el Juez de la Investigación Prepa-

ratoria que conoce del caso la remitirá al Juez Penal competente para su juzgamiento, quien deberá dictar acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. Esta resolución es apelable con efecto devolutivo.

En caso de que el Juez rechace la solicitud de Proceso Inmediato, el Fiscal deberá dictar la disposición que corresponda; esto es, formalizando la Investigación Preparatoria o disponiendo su continuación.

Antes que el Fiscal formule la acusación, el imputado podrá solicitar el inicio del proceso de Terminación Anticipada.

[7.4] TERMINACIÓN ANTICIPADA

a) Concepto

Es un proceso especial que supone un acuerdo entre el imputado y la Fiscalía, en el cual existe aceptación de responsabilidad, así como un acuerdo sobre la pena y la reparación civil. Se trata también de un mecanismo de simplificación procesal, que pretende una justicia más rápida y eficaz, sin afectar los derechos del procesado.

Las partes legitimadas para promover una Terminación Anticipada son el Fiscal, el imputado y su abogado defensor, excluyéndose al actor y tercero civil. A diferencia de otras instituciones, este mecanismo puede ser promovido en todos los delitos, sin excepción.

b) Oportunidad para Tramitar la Terminación Anticipada

La Terminación Anticipada puede ser propuesta por el Fiscal, el imputado o por

ambas partes, luego de que el Representante del Ministerio Público dicte la disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, y hasta antes que el Fiscal formule acusación.

Si bien en ocasiones se han presentado acuerdos provisionales en audiencias de Control de Acusación (Etapa Intermedia), el Acuerdo Plenario N.° 5-2008/CJ-116 ha señalado que la Terminación Anticipada no puede desarrollarse en dicha etapa procesal.

c. Procedimiento

- Recibido el requerimiento del Fiscal, del imputado o una propuesta de acuerdo provisional de ambos, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá la formación del cuaderno correspondiente, y citará a las partes por una sola vez a la celebración de una audiencia de Terminación Anticipada, la misma que tendrá carácter privada.

- El Fiscal y el imputado podrán presentar un acuerdo provisional sobre la pena, la reparación civil y demás consecuencias accesorias. Para ello, el inciso 2° del artículo 468° del CPP los autoriza a sostener reuniones preparatorias informales, que les posibilite dicho acuerdo. Ciertamente, la posibilidad de un diálogo amplio y razonado entre las partes constituirá el mecanismo más idóneo para lograr un acuerdo equilibrado, razón por la cual, tanto el Fiscal como el abogado defensor deben propender la utilización de dicho mecanismo.

- Cuando no exista una propuesta conjunta, el trámite de la Terminación Anticipada se iniciará con el pedido de una de las partes legitimadas, aunque para ello será necesario que no se oponga el imputado o el Fiscal.

- Formulado el requerimiento de Terminación Anticipada, el Juez pondrá

en conocimiento de todas las partes por el plazo de 5 días, las que se pronunciarán sobre su procedencia, y en su caso, formularán sus pretensiones.

- Vencido el plazo mencionado en el párrafo anterior, el Juez convocará una audiencia de Terminación Anticipada, la misma que se instalará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y de su abogado defensor, siendo facultativa la concurrencia de los demás sujetos procesales.

- Instalada la audiencia, el Fiscal expondrá los cargos que logró durante la Investigación Preparatoria. Por su parte, el imputado podrá aceptarlos en todo o en parte, o rechazarlos.

- Durante la audiencia el Juez deberá explicar al imputado los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de reconvertir su responsabilidad, como aceptar su responsabilidad, ser condenado a una pena y al pago de una reparación civil, así como la imposibilidad de impugnar dicha decisión.

- El Juez está obligado a instar a las partes a lograr un acuerdo como consecuencia del debate previo. Incluso, puede suspender la audiencia por breve término para facilitar el diálogo entre las partes, aunque deberá continuarla el mismo día. En el contexto de las reuniones que buscan un acuerdo, el Fiscal asume el rol del actor civil, aun cuando exista una parte civil constituida.

- En caso de que el Fiscal y el imputado logren un Acuerdo, lo expresarán de manera taxativa en un Acta y lo declararán ante el Juez. El acuerdo deberá comprender los siguientes aspectos:
  - La circunstancia del hecho punible;

- La pena;
- La reparación civil;
- Las consecuencias accesorias a imponer; y,
- La ejecución efectiva o suspensión condicional de la pena privativa de libertad.

- Concluida la audiencia, el Juez dictará sentencia anticipada en ese mismo acto o dentro de las 48 horas de realizada la Audiencia.

- Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer que han propuesto las partes son razonables y obran elementos de convicción suficientes, emitirá la sentencia aprobando los términos del acuerdo, la misma que podrá ser apelada por los demás sujetos procesales, según el ámbito de su intervención, pudiendo cuestionar la legalidad del Acuerdo y el monto de la reparación civil.

- El Juez —entre otras razones— podrá desaprobar un acuerdo, cuando no exista proporción entre la pena propuesta y los hechos imputados, o en caso no se fije una reparación civil o la misma sea considerada insuficiente.

  Cuando no se llegue a un acuerdo o éste no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado o los términos del acuerdo provisional se tendrá por inexistente, y no se podrán utilizar en su contra (Art. 470° del CPP).

- La Sentencia Anticipada que aprueba un acuerdo, no puede ser apelada por el Fiscal ni la Defensa, pero sí por los demás sujetos procesales en aspectos relacionados con el monto de la reparación civil.

- En cambio, cuando la resolución judicial desaprueba el acuerdo provisional, en tanto constituye una afectación irreparable del interés del procesado (pretende reducir su pena), y aunque no esté previsto taxativamente por la Ley,

se admite la apelación. De hecho, el Acuerdo Plenario N.° 5-2008/CJ-116 estableció que la resolución que desaprueba un Acuerdo Provisional puede ser apelada por el imputado, en tanto le puede originar un daño irreparable o porque pone fin al procedimiento, garantizándose así la pluralidad de instancia.

d) Reducción de la pena y el Acuerdo Provisional

El artículo 471° del CPP dispone que el imputado que se acoja al proceso de Terminación Anticipada, recibirá un beneficio de reducción de la pena en una sexta parte, el cual será adicional y acumulativo a la reducción establecida por confesión sincera.

e) Terminación Anticipada con Pluralidad de Hechos e Imputados

En los procesos con pluralidad de hechos punibles o de imputados, se requerirá el acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos que se incrimine a cada uno.

Sin embargo, el Juez podrá aprobar acuerdos parciales si la falta de concordancia se refiere a delitos conexos y en relación con los otros imputados, salvo que ello perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable.

[7.5] CONCLUSIÓN ANTICIPADA

Se trata de otro mecanismo de simplificación procesal, que tiene por finalidad evitar la actuación probatoria del juicio oral, en razón al reconocimiento que hace el imputado de los cargos formulados por el Fiscal al inicio del juicio oral.

Instalada una audiencia del juicio oral, el Fiscal deberá exponer los hechos materia de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que fueron admitidas (alegato de apertura), procediendo del mismo modo el abogado de la parte civil

y el defensor del acusado. Culminada la etapa de alegatos preliminares, el Juez informará de sus derechos al acusado, y le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil (Art. 372°, Inc. 1° del CPP).

Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la «*conclusión del juicio*» (Art. 372° , Inc. 2° del CPP). El acusado antes de responder, podrá solicitar personalmente o a través de su abogado, conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena, suspendiéndose la audiencia por breve término con dicho propósito.

Si acepta los hechos, pero no existe acuerdo sobre la pena y la reparación civil, el Juez, previo traslado a todas las partes, establecerá el debate sobre ambos temas, admitiéndose sólo pruebas que estén referidas a tales aspectos.

Si son varios los acusados y sólo una parte de ellos acepta los cargos, la Conclusión Anticipada se aplicará sólo para los que admitieron su responsabilidad, continuando el proceso respecto a los no confesos.

Si el Juez está conforme con lo propuesto por las partes, dictará la sentencia de conformidad con los términos del acuerdo. Sin embargo, si el Juez de Juzgamiento estima que los hechos materia de acusación no constituyen delito o concurren causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, dictará la sentencia en los términos que considere.

La sentencia deberá emitirse en esa misma sesión o en la siguiente, que se realizará indefectiblemente dentro de las 48 horas, bajo sanción de nulidad del juicio.

ANEXOS

MANUAL DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS
Y DE LINEAMIENTOS DEL MODELO PROCESAL ACUSATORIO

ANEXO 1

JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
Modifican el artículo 210° del Reglamento del Código de Ejecución Penal aprobado po D.S. N° 015-2003-JUS

DECRETO SUPREMO
N° 003-2012-JUS

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante el Decreto Legislativo N° 654 se promulgó el Código de Ejecución Penal;

Que mediante el Decreto Supremo N° 015-2003-JUS se aprobó el Reglamento del Código de Ejecución Penal;

Que es necesario introducir una modificación al citado Reglamento del Código de Ejecución Penal, a efectos de precisar las condiciones de excarcelación por redención de pena por trabajo o educación en los casos de delitos de particular gravedad contemplados por nuestro ordenamiento penal;

De conformidad con el numeral 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Estado;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

DECRETA:

Artículo 1°.- Modificación del artículo 210° del Reglamento del Código de Ejecución Penal

Modifíquese el artículo 210° del Reglamento del Código de Ejecución Penal

aprobado por Decreto Supremo N° 015-2003-JUS, en los términos siguientes:

"Artículo 210.- Para el cumplimiento de la condena, el interno podrá acumular el tiempo de permanencia efectiva en el establecimiento penitenciario, con el tiempo de pena redimido por trabajo o educación. En este caso, dentro del término de cuarenta y ocho horas antes de la fecha de cumplimiento de la pena, a solicitud del interno, el director del establecimiento penitenciario organizará un expediente de libertad por cumplimiento de condenas, que deberá contener los siguientes documentos.

210.1 Copia certificada de la sentencia con la correspondiente constancia de haber quedado consentida o ejecutoriada;

210.2 Certificado de no tener proceso penal pendiente de juzgamiento con mandato detención;

210.3 Certificado de cómputo laboral o estudio; y,

210.4 Informe del área legal en el que se compute el tiempo redimido y el tiempo de la pena efectiva de modo que se acredite el cumplimiento total de la condena.

210.5. Para el caso de los condenados por los delitos contra la Administración Pública previstos en el Capitulo II del Título XVIII del Código Penal, homicidio calificado previsto en el artículo 108° del Código Penal, extorsión seguida de muerte o lesiones graves según el artículo 200°, literal c) último párrafo del Código Penal, secuestro con subsecuente muerte o lesiones graves conforme al artículo 152° numeral 3 último párrafo del Código Penal, se requiere la presentación de un informe del área psicológica que precise el grado de rehabilltación del interno que implique razonablemente que no constituye peligro para la sociedad. Asimismo se deberá cumplir con el pago íntegro de la reparación civil y multa de ser el caso.

Para los condenados por los delitos contemplados en el Decreto Ley N° 25475, cuya solicitud se encuentre en trámite según lo señalado en la Única

Disposición Transitoria de la Ley N° 29423, se aplicará lo dispuesto en el párrafo precedente. En los demás casos, conforme a lo dispuesto en el artículo 2° de la referida Ley N° 29423, los condenados por delitos de terrorismo o traición a la patria no pueden acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo o educación.

Concluida la formación del citado expediente, el Director del Establecimiento Penitenciario resolverá tal petición dentro de dos días hábiles. En caso de excarcelación, comunicará al Director Regional del Instituto Nacional Penitenciario de su jurisdicción."

Artículo 2°.- Refrendo

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

Disposición Complementaría Transitoria

Única.- La modificación a que se refiere el presente Decreto Supremo se aplicará a los procedimientos de libertad en trámite.

Dado en la Casa de Gobierno en Lima, a los veintitrés días del mes de enero del año dos mil doce.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República
ÓSCAR VALDÉS DANCUART
Presidente del Consejo de Ministros
JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Tomado del Diario Oficial *El Peruano*. Normas Legales (publicado el 24 de enero de 2012)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 8-2011/CJ-116

FUDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ.

ASUNTO: BENEFICIOS PENITENCIARIOS, TERRORISMO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional –que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"– de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.
La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.
Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados–, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los ocho temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública. que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores German Small Arana, José Ávila Herrera, y el representante del Instituto Nacional Penitenciario.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los ocho temas. Esta fase culminó el

día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto, incluso para este Acuerdo el Presidente del Poder Judicial.

Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO Y PRADO SALDARRIAGA, con la participación de los señores CALDERÓN CASTILLO Y LECAROS CORNEJO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Antecedentes

6°. El desarrollo de modalidades violentas y graves de criminalidad organizada ha generado decisiones sucesivas de sobrecriminalización de determinados delitos. Éstas han incluido la prohibición legal de concesión de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Cabe recordar que esta prohibición ha sido tolerada por el Tribunal Constitucional, en la medida que se trate de delitos de especial gravedad y trascendencia social, con lo que -es pertinente anotar en clave de principios- se pone un mayor acento, ciertamente opinable, en la prevención general respecto de la prevención especial –en la

que contemporáneamente prima la idea de la reinserción social y constituye un mandamiento del Constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, aunque sin desconocer el principio de prevención general, dentro de los límites compatibles con el principio de proporcionalidad–, de relevante configuración y eje rector del principio preventivo especial que guía la ejecución de las penas privativas de libertad, y que propende a una ejecución no desocializadora de las mismas –esto es lo que se ha denominado "concepto constructivo de ejecución de sentencias penales"–.

Asimismo, en relación con la redención de penas por el trabajo y la educación, tales decisiones de política criminal. que intensifican la sanción de un hecho punible, se han expresado a través de incrementos porcentuales de la cuota diaria de trabajo o educación que debe acumular el condenado para generar el efecto redentivo sobre la pena privativa de libertad en ejecución.

Ejemplo de esta opción político criminal las siguientes Leyes:

A. Ley N°28704, sobre delitos de violación de menores;

B. Ley N°29423, que derogó el Decreto Legislativo N° 927 que regula la ejecución penal en materia de terrorismo –el artículo 2° de dicha Ley establece que los condenados por delitos de terrorismo y/o traición a la patria no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación la semilibertad y la liberación condicional–;

C. La Ley N° 29604, que modificó los artículos 46°-A y 46°-B del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad.

Igualmente son de considerar en esa misma línea los regímenes especiales que considera el propio Código de Ejecución Penal en sus artículos 46°, 47°, 48° y 53°.

7°. Ahora bien, lo sucesivo, parcial y disperso de prescripciones legales de tales características, ha generado problemas hermenéuticos y una pluralidad de enfoques en la doctrina y en la praxis jurisdiccional sobre sus presupuestos, requisitos y límites [GERMÁN SMALL ARANA: *Beneficios Penitenciarios en el Perú.* En: Código de Ejecución Penal, Edición Ofcial, Ministerio de Justicia, Lima, 2010, p. 511]. Por tanto, es oportuno plantear criterios vinculantes que posibiliten un tratamiento homogéneo y predecible en torno a la concesión de beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y de criminalidad organizada, de tal suerte que "*...la interpretación de las normas aplicables debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia de reinserción del penado en la sociedad, y también el mayor efecto de la pena impuesta en relación con los fines de prevención general y especial, no compatibles con aquella"* [Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, Sección Primera, N° 1076/2009, del 29 de octubre de 2009].

2. Criterios Generales para la concesión de Beneficios Penitenciarios en Delitos de Terrorismo y Criminalidad Organizada

8°. En primer lugar, corresponde ratificar las reglas señaladas en la Circular aprobada por la Presidencia del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 297-2011-P-PJ; fundamentalmente en cuanto se precisa que los beneficios penitenciarios no son derechos del condenado, sino parte del régimen penitenciario que corresponde a un modelo de tratamiento progresivo técnico en su etapa de prueba –estación previa a la excarcelación definitiva por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta–. En su propia configuración confluyen, como es obvio, requisitos objetivos fácilmente determinables, tales como el transcurso de una determinada parte de condena,

junto a otros requisitos subjetivos de carácter altamente indeterminado, como la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Sólo desde esta perspectiva –de ahí su naturaleza mixta– puede inferirse que los beneficios penitenciarios son derechos subjetivos condicionados del penado, en el que el rol del Juez es central, quien goza de un poder discrecional para modularlos en el caso concreto, en especial, el entendimiento y aplicación de los requisitos subjetivos.

El juicio de probabilidad que se exige una es dosis de prudencia y un análisis de tal intensidad que conduzca con seriedad a una convicción razonable de no reiteración delictiva: lo que se debe estudiar, a no dudarlo, es la posibilidad de colocar a un sujeto en libertad, y no la posibilidad de que continúe en un establecimiento penal.

Asi las cosas, su concesión es una facultad legal exclusiva del órgano jurisdiccional competente, que exige la verificación de concretos y específicos requisitos legales. los cuales, entre otros, aluden a periodos de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, y buena conducta –que tiene un tinte fundamentalmente reglamental; y no de tratamiento, puesto que se equipara en la práctica con la ausencia de partes y sanciones disciplinarias [PILAR PEITEADO MARISCAL: *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad,* Edersa, Madrid, 2000, p. 591]–, así como una prognosis favorable de conducta futura. Éste último requisito se conecta más con la personalidad del individuo y su evolución y comportamiento que con las circunstancias materiales en que se va a desenvolver la vida en libertad, ya que éstas, por su estancia en prisión no suelen variar, y lo que único que el penado puede variar es su propio comportamiento mediante la asunción de pautas vitales que le lleven al convencimiento de vivir en libertad sin quebrantar las normas penales [SÁNCHEZ YLLERA. *Comentario al artículo 82° del Código Penal.* En: AAVV:

Comentarios al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996].
Esta última demanda del juez requiere de un pronóstico razonado y justificado de probabilidades significativas de que el potencial beneficiario no incurrirá en nuevas conductas delictivas luego de producida su excarcelación condicionada. La personalidad del penado es fundamental, pues es diferente un delincuente por convicción –caso del terrorista–, un delincuente integrado a una organización criminal,un delincuente de carrera delictiva, un delincuente sexual, un delincuente ocasional o, entre otros, un delincuente pasional o con serias perturbaciones derivadas de la ingesta de drogas o alcohol.
En el caso del delincuente por convicción integrado a organizaciones armadas delictivas es vital tener por acreditado con absoluta claridad su disociación de aquéllas, su sincero apartamiento de toda convicción antidemocrática que opte por el camino de la violencia y la vulneración de bienes jurídicos protegidos por el ordenarniento, su visible recusación a su pasado delictivo y la aceptación genuina de la ilegitimidad de la conducta que lo llevó a un establecimiento penal.

9°. En segundo lugar, es también relevante asumir que la documentación sustentatoria de la solicitud permite al Juez verificar la legitimidad y oportunidad del pedido, pero no limita su espacio valorativo y discrecional –jurídicamente vinculado– para la concesión del beneficio penitenciario requerido. En consecuencia, la autoridad jurisdiccional puede estimar validable la información suministrada o complementarla con otros medios de prueba -pericias incluidas- útiles para identificar nuevos indicadores que hagan posible sustentar de modo suficiente la prognosis favorable de conducta futura: se trata de un incidente de ejecución penal y, como tal, la decisión jurisdiccional ha de tomar en cuenta la información contenida en el expediente administrativo, pero ésta no es definitiva y, menos, la opinión de la autoridad administrativa. Es más, el órgano jurisdiccio-

nal puede desarrollar en la audiencia correspondiente líneas de entrevista que en base a la inmediación con el interno solicitante y su relación con la evidencia acopiada le resulten idoneas para emitir una mejor decisión en torno a la concesión o no del beneficio peticionado.

10°. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional debe prestar especial atención al señalamiento de las reglas de conducta que imponga al beneficiario. La semilibertad y la liberación condicional, por cierto, no transmite la idea de que por ello no se cumple íntegra o efectivamente la pena impuesta, ésta sencillamente se cumple pero en condiciones de libertad y sujeta a controles [CARLOS GARCÍA VALDEZ: *sobre la libertad Condicional: dos o tres propuestas de reforma.* En: AAVV, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Editorial Tecnos. Madrid. 2002, p.1071].

Las reglas de conducta han de ser precisas y coherentes con las necesidades de comprobación de la prognosis favorable de conducta futura –régimen de prueba–, así como con el control externo y efectivo del penado durante el cumplimiento en libertad del periodo restante de la pena impuesta –liberación condicional– o de la práctica real de las rutinas laborales o educativas acordadas con el beneficio –semilibertad–.

Dado que aún en el país es limitada la aplicación de cintillos electrónicos de localización de los penados beneficiarios o de otros medios que brinda la tecnología de la información y comunicaciones, para la definición con claridad de las reglas de conducta y de las obligaciones de control, derivadas o conexas a estas, que deben cumplir tanto el beneficiado como las autoridades que resulten incluidas en ellas, es importantísima la adecuada diligencia del Juez en este dominio. Esta actitud funcional debe incluso trasladarse a las resoluciones estimativas de pedidos de beneficios penitenciarios que impliquen excarcelación

transitoria o condicionada, especialmente si comprenden a autores o partícipes de delitos graves o sensibles a la seguridad ciudadana.

11°. Cabe señalar que en determinados casos el artículo 53° del Código de Ejecución Penal exige para la concesión de beneficios penitenciarios que, además, el solicitante haya cubierto la reparación civil o asegurado de modo formal su futuro cumplimiento.

3. Liberación Condicional y Permisos Especiales para estancias en el extranjero

12°. De inicio es pertinente destacar que la actual legislación no dispone un arraigo absoluto del penado que accede a un beneficio penitenciario de liberación condicional; ni prohíbe de plano un permiso que puede implicar una precisa y circunscrita estancia del penado en el extranjero. Por tanto, excepcionalmente, el Juez tiene la potestad –ciertamente limitada, sujeta a una prognosis de no huida y de factibilidad del control en el extranjero– de conceder autorizaciones que impliquen traslados o estancias cortas plenamente justificadas en otro país del condenado en régimen de liberación condicional –tratamiento médico urgente, fallecimiento de parientes cercanos, etcétera–. De igual manera cuando se acoge al cumplimiento de condenas en el país de origen o de anterior residencia legal, si el Tratado respectivo lo pemite.
En estos casos, ciertamente extraordinarios, el Juez, luego de evaluar lo razonable, justificado e inaplazable del motivo del viaje al exterior, deberá:

a) promover y activar procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal –en aplicación de convenios internacionales o de compromisos

de reciprocidad claramente existentes o firmemente aceptados– que posibiliten el control en el país extranjero de destino del cumplimiento de las principales reglas impuestas al beneficiado en la resolución de concesión del beneficio (reportarse periódicamente a la autoridad);

b) requerir la aceptación y, luego, el pleno auxilio de las autoridades extranjeras para la aplicación de medidas de verificación o localización física que impidan un quebrantamiento de la condena que viene efectuándose con régimen de liberación condicional: vigilancia personal o electrónica.
Resulta necesario y recomendable que los Jueces agoten estos tramites de cooperación internacional antes de acceder a solicitudes de viaje al extranjero planteadas por condenados en régimen de liberación condicional; y que, además, destaquen con nitidez la obligación de los beneficiados de reportarse y quedar bajo supervisión de las autoridades extranjeras que resulten competentes.

13°. Ahora bien, si el condenado beneficiario de liberación condicional, a quien se autorizó a salir del país, no retornara injustificadamente al Perú en el término acordado por el Juez, o de manera contumaz no se sometiera a los controles dispuestos por la autoridad competente del país de destino, se asumirá que está quebrantando su condena con lo cual perdería el régimen de libertad condicional concedido, adquiriendo la condición de prófugo de la justicia habilitando la inmediata incoación de un procedimiento extradicional activo en su contra. El juez deberá, pues, hacer constar en la resolución autorizativa, a modo de apercibimiento, estas condiciones y efectos[1].

[1] Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha promulgado la Ley N° 29833, publicada el 21 de enero de 2012 en el Diario Oficial El Peruano. Por consiguiente, los criterios y alcances expuestos en los Fundamentos Jurídicos 12° y 13° deben ser aplicados razonablemente en concordancia con las prohibiciones y restricciones sefialadas por la citada Ley y las demás valoraciones expuestas en este Acuerdo Plenario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL

4. Sucesión de Leyes sobre concesión de Beneficios Penitenciarios

14°. La prohibición de beneficios penitenciarios se rige por el principio de legalidad, en especial la reserva de ley que exige para su legitimidad constitucional la expedición normas penales –materiales, procesales y de ejecución– con rango de ley, que han de regir la actividad de ejecución penal, y que por razones obvias exige control jurisdiccional. En tal virtud, solo la ley puede indicar de manera expresa e inequívoca qué casos, en relación al tipo de hecho punible perpetrado –delitos graves específicos– o a la calidades del autor o partícipe del delito –reincidencia o habitualidad–, están excluidos de modo absoluto del acceso a beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo o la educación, semilibertad o liberación condicional, así como las disposiciones fundamentales que determinan el procedimiento que debe regir su tramitación.

15°. Igualmente, corresponde en exclusividad a una norma legal taxativa identificar las variantes que se aplicaran para el régimen especial de redención de penas por el trabajo y la educación, respecto de las cuotas diarias requeridas para la redención proporcional de la pena en cumplimiento[2].
Ambas clases de normas de ejecución penitenciaria, sin duda, tienen un carácter material. La doctrina ha deslindado cuándo se esta ante una norma material y cuándo ante una norma procesal. Las normas que se pronuncian sobre el alcance y requisitos objetivos y subjetivos de un beneficio penitenciario. *"...al determinar el contenido de la decisión jurisdiccional, la estimación o desesti-*

[2] Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha aprobado y publicado el Decreto Supremo N° 003-212-JUS, del 23 de enero de 2012, que modifca el artículo 210° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, en torno al procedimiento para la eficacia del periodo de pena redimido por el trabajo y la educación en el cumplimiento total de las penas impuestas en delitos graves. Por consiguiente, tal modificación debe tenerse en cuenta en lo pertinente, para la aplicación de lo establecido en los Fundamentos Jurídicos 14° y 15°.

mación de la pretensión ejercitada...", sin duda son materiales. Ahora bien, más allá del enfoque referido a la propia decisión jurisdiccional, dichas normas desde la perspectiva de su ámbito de aplicación, *"...al delimitar acabadamente a conducta la conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso –reconociendoles derechos y fijando reglas que definen su actuación ulterior–,"* permiten reiterar su evidente naturaleza material [JUAN MONTERO AROCA. *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 482].

La conclusión que se deriva de lo expuesto es, a no dudarlo, trascendente. El factor temporal de aplicación, desde luego, no será el mismo que si se tratase de una norma procesal de ejecución, atento a su diferente naturaleza jurídica. ¿Cuál es, entonces, el hecho o acto jurídico material que la determina? La institución debe regirse por la ley vigente al momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal, esto es, cuando queda firme la sentencia que impuso la sanción penal, salvo criterios universales de favorabilidad en la fase de ejecución material de la sanción privativa de libertad.

En suma, se hace mención, no a la fecha de comisión del delito sino a la del inicio de la ejecución material de la sanción penal, que en términos procesales se objetiva en la fecha en que la sentencia adquiere firmeza. Materialmente la ejecución empieza o se inicia técnicamente en ese momento. Atento al principio diferencial, la finalidad del preso preventivo es la retención y custodia, no así el tratamiento penitenciario, propio de los penados, que desde un concepto amplio comporta aquella actividad destinada a suplir aquellas carencias con las que el interno ha entrado en el Establecimiento Penal [JAVIER NISTAL. BURÓN: *El regimen penitenciario. diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción.* En: Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Madrid, p. 9-10]. Por tanto, por razones de justicia material y de estabilidad o seguridad jurídica, debe estarse a esa circunstancia.

Debe quedar en claro que las normas en materia penitenciaria afectan de manera directa al derecho fundamental de la libertad y a la dignidad del individuo. Así las cosas, la pena impuesta en la sentencia debe entenderse como una situación jurídica acabada de la que no pueden quedar al margen las reglas para su concreta ejecución. Una nueva Ley no puede anudar efectos a situaciones producidas y consolidadas con anterioridad a ella [CARMEN JUANATEY DORADO: *La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penales, y los principios constitucionales del Derecho Penal.* En:Estudios Monográficos. Editorial La Ley, p. 28-29].

En el fondo de este planteamiento subyace la opción de la doctrina mayoritaria que afirma la autonomía del Derecho de Ejecución Penal, pues presenta peculiaridades que le son propias y que impiden su inclusión en el Derecho penal material y en el Derecho procesal penal –como el protagonismo de la Administración penitenciaria en la ejecución penal y las peculiaridades del Juez en la ejecución de las sanciones penales–, sin que ello signifique la íntima conexión con ambos derechos –que JESCHGECK ha entendido como los tres pilares del Derecho Penal– [CARMEN JUANATEY DORADO: *Manual de Derecho Penitenciario. lustel,* Madrid, 2011, p 20][3].

16°. Por lo demás, cabe recordar que reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 21 98-2009-PHC/TC UCA-

[3] El Derecho de Ejecución Penal, como insiste FRANCESCO SIRACUSA, es el conjunto de normas, que integra el Derecho Público, que regulan la relación jurídica punitivo-ejecutiva [EN: ABEL TELLEZ AGUILERA: *Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penifenciario.* Revista de Estudios Penitenciarios, Número 255/2011, Madrid, p.28]. Por su parte GIOVANNI NOVELLI lo definió como *"el conjunto de normas jurídicas que regula la ejecución de las penas y medidas de seguridad, a comenzar desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecuión"* (subrayarlo nuestro). [En:ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA: *Política penal y Política Penitenciaria.* Cuaderno Número 8. PUCP. Septiembre 2008, p. 41].

YALI, del 31 de agosto de 2009. Asunto Darío Rojas Rodríguez) ha deslindado ya que será de aplicación,en caso de sucesión de leyes en el tiempo, el régimen legal vigente al momento de formalizarse ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de beneficios penitenciarios. Tal decisión, como es evidente, sólo rige para las leyes procesales de ejecución –la doctrina procesalista, en este punto, es conteste–, que están sujetas al principio de aplicación inmediata y al *tempus regit actum*, y en las que, por sobre todo, el factor temporal de aplicación –*el dies a quo*– será la ley procesal vigente al momento de realización del acto procesal: petición del benefcio penitenciario. En consecuencia, cuando el pedido fuera formulado por el interno o se encuentre en trámite con anterioridad a la vigencia de una nueva ley, se deberá mantener con eficacia ultractiva el régimen procesal correspondiente, salvo supuestos de clara favorabilidad que incida en una tramitación más acorde con los derechos procesales y los principios del proceso penal de ejecución.

Cabe insistir que esta concepción diferenciadora asume desde la ciencia integral del Derecho penal las nociones de merecimiento de pena, que están radicadas en criterios que determinan el marco de la sanción penal, y de necesidad social de penas, que constituye el criterio sustancial para las reacciones estatales post delito.

III. DECISIÓN

17°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL

ACORDARON:

18°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **8°** al **16°.**

19°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116°del citado estatuto orgánico.

20°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

Circular sobre la debida interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 297-2011-P-PJ
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
PRESIDENCIA

Lima, 12 de agosto de 2011

VISTOS:

Los informes solicitados por la Presidencia del Poder Judicial y la comunicación cursada por la Oficina de Control de la Magistratura, acerca de la debida comprensión de la naturaleza y alcances de los beneficios penitenciarios en el ordenamiento jurídico nacional.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, de acuerdo a la naturaleza jurídica reconocida a los beneficios penitenciarios, estos constituyen incentivos que desde el Estado se conceden a internos(as) para facilitar su readaptación social. Tal como señala el artículo 165 del Reglamento del Código de Ejecución Penal, "..son estímulos que se otorgan a los internos como parte del tratamiento progresivo aplicado por nuestra legislación, responden a las exigencias de individualización de la pena, y a la concurrencia de factores positivos en la evolución coadyuvantes a su reeducación y reinserción social", sin perjuicio de valorar obvios componentes preventivo generales asociados a la entidad y naturaleza del injusto perpetrado.

Segundo.- Que, en este sentido, como ha venido sosteniendo reiteradamente las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, la

institución de los beneficios penitenciarios no se concibe como derechos del penado, cuyo reconocimiento debiera ser obligatorio. Más bien importa el ejercicio de potestades discrecionales, regladas jurídicamente y entendidas como garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuya finalidad es el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, las cuales no implican, en caso alguno, un otorgamiento automático, independientemente de que se hubiese cumplido los presupuestos formales legalmente establecidos.

El Juez o Jueza, a final de cuentas, ha de tener la razonable certeza de una positiva evolución del penado en el proceso de reinserción.

Tercero.- Que la actuación del Juez en este incidente de ejecución penal resulta fundamental como consecuencia del principio de control judicial de la ejecución de lo juzgado, reconocido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal. Su función primordial consiste no sólo en verificar el cumplimiento escrupuloso de los presupuestos formales que determinan la admisibilidad y, en su caso, la procedencia en sede jurisdiccional del propio incidente de beneficios penitenciarios.

El Juez también, y con mayor rigor jurídico desde la perspectiva de la fundabilidad del beneficio penitenciario solicitado, debe examinar, en primer lugar la "naturaleza del delito cometido"; en rigor, la gravedad objetiva y la trascendencia social del hecho punible.

En segundo término, la "personalidad del agente", esto es, sus características individuales, en atención al delito cometido; su nivel de inserción en el mundo criminal, y los valores que lo rigen; su conducta en el establecimiento penitenciario; y, su actitud ante el delito perpetrado y la víctima, incluyendo las acciones realizadas para reparar el daño generado –en sus diversos planos, no sólo material o económi-

co– según la perspectiva más relevante en atención a las circunstancias específicas de su situación personal.

Por último, es imperativo apreciar en sus adecuados alcances la "peligrosidad del agente" –predisposición al delito, ingresos carcelarios, condenas dictadas, actividades previas a su ingreso al establecimiento penitenciario, vida laboral y familiar, domicilio, etcétera–, así como –desde la perspectiva del Código Penal– la reincidencia y/o habitualidad.

El órgano jurisdiccional ha de tener presente que la concurrencia de alguna de estas cicunstancias negativas, entre otras de nivel o jerarquía similar, excluye toda posibilidad de concesión del beneficio penitenciario.

Cuarto.- Que, por otro lado, si bien es presupuesto para el juicio de admisibilidad y procedencia en su caso que el cuaderno de beneficio penitenciario se forme con el ".. Informe sobre el grado de readaptación del interno, de acuerdo a la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario" [artículos 49 y 54 del Código de Ejecución Penal], este ha de ser, por ser obvio, carácter documental-pericial, razonado y razonable, explicando convincentemente sus conclusiones.

Pero, además, tal Informe no solo no es vinculante para el juez de la ejecución, quien muy bien, en ejercicio de sus implícitas potestades jurisdiccionales, de oficio y en aras de la garantía genérica de tutela jurisdiccional y del valor justicia material, puede ordenar se amplie o complete. Así mismo, puede disponer, con el carácter de mejor resolver: la realización de una pericia; la elaboración de los informes necesarios por las autoridades o personas jurídicas, siempre que fueren pertinentes al caso; o la actuación de las diligencias que resulten indispensables para la justa decisión del beneficio penitenciario solicitado

Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia

Quinto.- Que, sin perjuicio de que mediante una norma con rango de ley se regule convenientemente, tomando en cuenta la realidad del país y el estado de los Establecimientos Penales, la institución de los beneficios penitenciarios, es imperativo que en sede judicial se establezca una racional, adecuada y unificada comprensión de los mismos. Es lamentable constatar que, debido a algunas erróneas comprensiones actualmente utilizadas por ciertos jueces y juezas, muchos peligrosos delincuentes han obtenido libertad anticipada sin haberse garantizado su readaptación social, con lo que se propicia un clima de inseguridad ciudadana, la consiguiente generación de nuevos delitos y la pérdida de la credibilidad de nuestra población en el Poder Judicial.

Por estos fundamentos, el Presidente del Poder Judicial, de conformidad con las atribuciones que le concede el artículo 73 y 76 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley N° 27465.

RESUELVE:

Artículo 1.- Precisar que, como la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional es la de un estimulo o incentivo y no la de un derecho, el cumplimiento de los presupuestos formales previstos en los artículos 49 y 54,respectivamente, del Código de Ejecución Penal no asegura su otorgamiento.

Artículo 2.- Establecer que la concesión de uno de estos beneficios constituye una actividad discrecional del Juez o Jueza –aunque jurídicamente vinculada–, quien solamente puede otorgarlos si se cumplen los presupuestos materiales puntualizados en el fundamento jurídico tercero (artículos 50, segundo

párrafo, y 55, última frase del primer párrafo, del Código de Ejecución Penal), siempre que permitan razonablemente una prognosis positiva de readaptación social del interno(a).

El órgano jurisdiccional ha de justificar, mediante la motivación pertinente, con absoluta claridad y rigor jurídico, la estimación o desestimación del beneficio penitenciario solicitado.

Artículo 3.- Instar a los Jueces y Juezas que están constitucionalmente autorizados a examinar críticamente el Informe sobre el grado de readaptacion del Interno que acompaña la Administración Penitenciaria, el cual no es vinculante. En tal virtud, pueden ordenar, dentro de plazos breves, se amplíe y complete el referido Informe, así como disponer la realización de una pericia, la elaboración de informes por las autoridades o personas jurídicas o la actuación de las diligencias que resulten indispensables para la justa decisión del beneficio penitenciario solicitado.

Artículo 4.- Transcribir la presente Resolución-Circular a todas las Cortes Superiores de Justicia, del Perú la oficina de Control de Magistratura, la Fiscalía de la Nación, el Ministerio de Justicia, la Jefatura de Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial y la Gerencia General del Poder Judicial.

Regístrese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

CESAR SAN MARTIN CASTRO
Presidente del Poder Judicial

Aprueban “Circular Criterios para el debido otorgamiento de Beneficios Penitenciarios”

RESOLUCIÓN DE LA FISCALIA DE LA NACIÓN N° 1809-2011-MP-FN

Lima, 14 de setiembre de 2011

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Suprema N° 238-2011-PCM de fecha 11 de agosto del 2011, se constituyó una Comisión Multisectorial de Alto Nivel, encargada de elaborar propuestas técnico-normativas para enfrentar y combatir los delitos violentos que afectan la Seguridad Ciudadana en el país;

Que, en la actualidad, se advierte la existencia de una grave situación de inseguridad ciudadana que se viene manifestando con un alto índice de violencia y criminalidad, lo que genera un clima de inestabilidad e intranquilidad en la Sociedad;

Que, dentro de nuestro sistema normativo, existen una serie de disposiciones legales que sirven de sustento formal para guiar al proceso de ejecución de las penas, encontrándose precisamente dentro de ese marco, los Beneficios Penitenciarios, los cuales constituyen estímulos que forman parte del tratamiento progresivo del interno y que responden a las exigencias de individualización de la pena; sin embargo, estos beneficios vienen siendo usados de manera indiscriminada, por lo que se hace necesario instruir a todos los Fiscales del país, para que al momento de emitir sus dictámenes relacionados con el otorgamiento de los mismos, observen ciertos criterios objetivos que además sean

debidamente fundamentados;

Que, en uso de las atribuciones y facultades conferidas por la Constitución Política del Estado y el artículo 64 del Decreto Legislativo N° 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Aprobar la Circular N° 001-2011-MP-FN "Criterios para el debido otorgamiento de Beneficios Penitenciarios", la cual consta de siete numerales y que forma parte de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Disponer que la Gerencia de Tecnologías de la información, publique la precitada circular en el Intranet y página web del Ministerio Público.

Artículo Tercero.- Hacer de conocimiento la presente Resolución, a la Junta de Fiscales Supremos, Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores a nivel nacional y a la Gerencia General para su conocimiento y fines pertinentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES
Fiscal de la Nación

Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia

CIRCULAR N° 001-2011-MP-FN

Lima, 14 de setiembre de 2011

CRITERIOS PARA EL DEBIDO OTORGAMIENTO DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Primero.- Los Beneficios Penitenciarios no son un derecho del interno. La reducción de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y libertad condicional, son incentivos y estímulos del interno.

Segundo.- Los informes del Consejo Técnico Penitenciario no tienen carácter vinculante para los miembros del Ministerio Público.

Tercero.- El Fiscal para que opine favorablemente sobre el otorgamiento de un Beneficio Penitenciario, debe tener en cuenta que, efectivamente, el interno se halla rehabilitado y que se prevea razonablemente que no cometerá nuevo delito.

Cuarto.- Los Fiscales Provinciales y/o Mixtos, en el cumplimiento de sus funciones, deben hacer un estudio acucioso del cuaderno del beneficio penitenciario, a fin que se cumpla el real objetivo de la norma.

Quinto.- Si el Fiscal Provincial Penal y/o Mixto,advierte en la tramitación del otorgamiento de un beneficio penitenciario, irregularidad o presunción de la misma, debe remitir copia del cuadernillo a la Oficina de Control de la Magistratura y a la Fiscalía de Control Interno correspondiente.

Sexto.- Los Fiscales que conozcan del otorgamiento de Beneficios Penitenciarios, deben de informar mensualmente los dictámenes emitidos al Presidente de la Junta de Fiscales Superiores de cada Distrito Judicial, quienes, a su vez, lo remitirán al Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público para los fines consiguientes.

Sétimo.- Los Fiscales Superiores, Jefes de las Oficinas Desconcentradas de Control Interno, cada 03 meses, deben verificar la correcta aplicación de la presente Circular y de las normas legales pertinentes, informando a la Fiscalía de la Nación sobre las acciones adoptadas.

JOSÉ ANTONIO PELAEZ BARDALES
Fiscal de la Nación

ANEXO 2
CUADRO DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

DELITOS	REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO Y EDUCACIÓN	SEMILIBERTAD	LIBERACIÓN CONDICIONAL	PAGO DE REPARACIÓN CIVIL, MULTA O FIANZA
ARTÍCULO 125° Exposición o abandono de menor o persona incapaz, si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, tal como lo dispone el artículo 129° del CP	**5 por 1** Art. 46° del CEP modificado por el Art. 2° de la Ley Nº 27507 del 13-07-2001	**2/3 de la pena** Art. 48°, segundo párrafo del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53°, segundo párrafo del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP
ARTÍCULO 128° Exposición a peligro de persona dependiente, si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, tal como lo dispone el artículo 129° del CP	**5 por 1** Art. 46 del CEP, modificado por el Art. 2º de la Ley Nº 27507 del 13-07-2001	**2/3 de la pena** Art. 48, segundo párrafo del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53°, segundo párrafo del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP
ARTÍCULO 152° Secuestro	**7 por 1** Art. 3° de la Ley Nº 29423, que modificó el Art. 3° de la Ley N° 28760	**No Procede** Art. 3° de la Ley Nº 29423	**3/4de la pena** Art. 3° de la Ley Nº 29423, que modificó el Art. 3° de la Ley N° 28760	**Sí** Art. 3° de la Ley Nº 29423, que modificó el Art. 3° de la Ley N° 28760
ARTÍCULO 153 Trata de Personas	**5 por 1** Art. 8°, inciso a) de la Ley Nº 28950	**2/3 de la pena** Art. 8, Inciso b) de la Ley Nº 28950	**3/4 de la pena** Art. 8, Inciso c) de la Ley Nº 28950	**Sí** Art. 8°, incisos b) y c) de la Ley Nº 28950
ARTÍCULO 153-A Trata de personas en modalidades agravadas	**Sin beneficios penitenciarios** Art. 8°, párrafo final de la Ley Nº 28950			
ARTÍCULO 170 Violación sexual	**5 por 1** Art. 3º, segundo párrafo de la Ley Nº 28704	**1/3 de la pena** Regla general del Art. 48° del CEP	**1/2 de la pena** Regla general del Art. 53° del CEP	**No**
ARTÍCULO 171 Violación de persona en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir	**5 por 1** Art. 3º, segundo párrafo de la Ley Nº 28704	**1/3 de la pena** Regla general del Art. 48° del CEP	**1/2 de la pena** Regla general del Art. 48° del CEP	**No**
ARTÍCULO 172 Violación de persona incapaz de resistir	**5 por 1** Art. 3º, segundo párrafo de la Ley Nº 28704	**1/3 de la pena** Regla general del Art. 48° del CEP	**1/2 de la pena** Regla general del Art. 48° del CEP	**No**
ARTÍCULO 173º Violación de menor de edad	**Sin beneficios penitenciarios** Art. 3° de la Ley Nº 28704			
ARTÍCULO 173-A Violación de menor de edad seguida de muerte o lesión grave	**Sin beneficios penitenciarios** Art. 3° de la Ley Nº 28704			
ARTÍCULO 174° Violación de persona bajo autoridad o vigilancia	**5 por 1** Art. 3º, segundo párrafo de la Ley Nº 28704	**1/3 de la pena** Regla general del Art. 48° del CEP	**1/2 de la pena** Regla general del Art. 48° del CEP	**No**
ARTÍCULO 200° Extorsión	**7 por 1** Art. 3° de la Ley Nº 29423, que modificó el Art. 3° de la Ley N° 28760	**No Procede** Art. 3° de la Ley Nº 29423	**3/4 de la pena** Art. 3° de la Ley Nº 29423, que modificó el Art. 3° de la Ley N° 28760	**Sí** Art. 3° de la Ley Nº 29423, que modificó el Art. 3° de la Ley N° 28760
ARTÍCULO 296° Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas	**5 por 1** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la Ley Nº 26320	**1/3 de la pena** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la Ley Nº 26320	**1/2 de la pena** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4 de la Ley Nº 26320	**No**

ARTÍCULO 296-A Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva	**Sin beneficios penitenciarios** Art. 4°, último párrafo de la Ley Nº 26320			
ARTÍCULO 296-B Tráfico Ilícito de insumos químicos y producto	**Sin beneficios penitenciarios** Art. 4°, último párrafo de la Ley Nº 26320			
ARTÍCULO 297° Formas Agravadas de Tráfico Ilícito de Drogas	**Sin beneficios penitenciarios** Art. 4°, último párrafo de la Ley Nº 26320			
ARTÍCULO 298° Micro Comercialización y Micro Producción de Drogas	**2 por 1** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la Ley Nº 26320	**1/3 de la pena** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la Ley Nº 26320	**1/2 de la pena** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la Ley Nº 26320	**No**
ARTÍCULO 300° Prescripción Indebida de Medicamento que Contenga Droga Tóxica, Estupefaciente o Psicotrópica	**5 por 1** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la Ley Nº 26320	**1/3 de la pena** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la Ley Nº 26320	**1/2 de la pena** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4 de la ley Nº 26320	**No**
ARTÍCULO 301° Coacción al Consumo de Droga	**5 por 1** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la ley Nº 26320	**1/3 de la pena** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la Ley Nº 26320	**1/2 de la pena** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4 de la Ley Nº 26320	**No**
ARTÍCULO 302° Instigación al Consumo de Drogas	**5 por 1** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la Ley Nº 26320	**1/3 de la pena** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4° de la Ley Nº 26320	**1/2 de la pena** Siempre que se trate de la primera condena, de conformidad con el Art. 4 de la ley Nº 26320	**No**
ARTÍCULO 317° Segundo Párrafo Asociación Ilícita para Delinquir, cuando los hechos materia de condena están relacionados con atentados contra la Administración Pública, contra el Estado y la Defensa Nacional o contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional.	**5 por 1** Art. 4°, Inc. a) de la Ley Nº 27770	**2/3 de la pena** Art. 4°, Inc. b) de la Ley Nº 27770	**3/4 de la pena** Art. 4°, Inc. c) de la Ley Nº 27770	**Sí** Art. 4°, Inc. b) y c) de la Ley Nº 27770
ARTÍCULO 319° Genocidio	**Sin beneficios penitenciarios** Artículos 47°, 48° y 53° del CEP			
ARTÍCULO 320° Desaparición forzada	**Sin beneficios penitenciarios** Artículos 47°, 48° y 53° del CEP			
ARTÍCULO 321° Tortura	**Sin beneficios penitenciarios** Artículos 47°, 48° y 53° del CEP			
ARTÍCULO 322° Tortura cometida con la participación de profesionales de la Salud	**Sin beneficios penitenciarios** Artículos 47°, 48° y 53° del CEP			
ARTÍCULO 323° Discriminación	**Sin beneficios penitenciarios** Artículos 47°, 48° y 53° del CEP			
ARTÍCULO 325° Atentado contra la Soberanía Nacional	**5 por 1** Art. 46° del CEP, modificado por el Art. 2° de la Ley N° 27507	**2/3 de la pena** Art. 48° del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53° del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP

ARTÍCULO 326° Participación en grupo armado dirigido por extranjero	**5 por 1** Art. 46° del CEP, modificado por el Art. 2° de la Ley N° 27507	**2/3 de la pena** Art. 48° del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53° del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP
ARTÍCULO 327° Destrucción o alteración de hitos fronterizos	**5 por 1** Art. 46° del CEP modificado por el Art. 2° de la Ley N° 27507	**2/3 de la pena** Art. 48° del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53° del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP
ARTÍCULO 328° Actos desleales contra el País	**5 por 1** Art. 46° del CEP, modificado por el Art. 2° de la Ley N° 27507	**2/3 de la pena** Art. 48° del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53° del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP
ARTÍCULO 329° Inteligencia desleal a favor de Estado extranjero	**5 por 1** Art. 46° del CEP, modificado por el Art. 2° de la Ley N° 27507	**2/3 de la pena** Art. 48° del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53° del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP
ARTÍCULO 330° Revelación de secretos nacionales	**5 por 1** Art. 46° del CEP, modificado por el Art. 2° de la Ley N° 27507	**2/3 de la pena** Art. 48° del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53° del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP
ARTÍCULO 331° Espionaje	**5 por 1** Art. 46° del CEP, modificado por el Art. 2° de la Ley N° 27507	**2/3 de la pena** Art. 48° del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53° del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP
ARTÍCULO 332° Favorecimiento bélico a Estado extranjero	**5 por 1** Art. 46° del CEP modificado por el Art. 2° de la Ley N° 27507	**2/3 de la pena** Art. 48° del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53° del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP
ARTÍCULO 346° Rebelión	**5 por 1** Art. 46° del CEP, modificado por el Art. 2° de la Ley N° 27507	**2/3 de la pena** Art. 48° del CEP	**3/4 de la pena** Art. 53° del CEP	**Sí** Artículos 48° y 53° del CEP
ARTÍCULO 382° al 386° Concusión en todas sus modalidades	**5 por 1** Art. 4, Inc. a) de la Ley Nº 27770	**2/3 de la pena** Art. 4, Inc. b) de la Ley Nº 27770	**3/4 de la pena** Art. 4, Inc. c) de la Ley Nº 27770	**Sí** Art. 4, Inc. b) y c) de la Ley Nº 27770
ARTÍCULO 387° al 392° Peculado en todas sus modalidades, excepto la forma culposa	**5 por 1** Art. 4, Inc. a) de la Ley Nº 27770	**2/3 de la pena** Art. 4, Inc. b) de la Ley Nº 27770	**3/4 de la pena** Art. 4, Inc. c) de la Ley Nº 27770	**Sí** Art. 4, Inc. b) y c) de la Ley Nº 27770
ARTÍCULO 393° al 401° Corrupción de funcionarios, incluidas las cometidas por particulares	**5 por 1** Art. 4, Inc. a) de la Ley Nº 27770	**2/3 de la pena** Art. 4, Inc. b) de la Ley Nº 27770	**3/4 de la pena** Art. 4, Inc. c) de la Ley Nº 27770	**Sí** Art. 4, Inc. b) y c) de la Ley Nº 27770
Decreto Ley N° 25745 **Terrorismo**	**Sin beneficios penitenciarios** Art. 2° de la Ley Nº 29423			
LEY N° 27765, último párrafo del artículo 3° Lavado de activos agravado. Cuando los actos de conversión y transferencia, o de ocultamiento y tenencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural previstos en los artículos 228° y 230° del Código Penal	**Sin beneficios penitenciarios** Art. 7° de la Ley Nº 27765, modificado por la Ley N° 28355. **NOTA:** El artículo 7° de la Ley N° 27765 prohibió beneficios penitenciarios para la forma agravada de lavado de activos, previsto en el párrafo final del artículo 3° de la citada ley. Tal propósito fue ratificado por la Ley N° 28355 del 4 de abril de 2004, precisando que la agravante concurría cuando los recursos provenían del tráfico ilícito de drogas y del terrorismo. Más adelante, el 22 de julio de 2007, se publicó el Decreto Legislativo N° 986, que modificó el último párrafo del artículo 3° de la Ley N° 27765, que añadió como agravantes los recursos provenientes del secuestro, extorsión, trata de personas y los delitos contra el patrimonio cultural previstos en los artículos 228° y 230° del Código Penal.			

ANEXO 3
CUADRO DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA DELITOS COMETIDOS A PARTIR DEL 23 DE OCTUBRE DE 2011
(Ley N° 29604)

REDENCIÓN DE PENA

Redención de pena 5x1 para internos primarios que cometan los siguientes delitos

- Delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal).
- Delito de lesiones graves cuando la víctima sea menor de 14 años, y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable (artículo 121°-A del Código Penal).
- Delito de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°-B del Código Penal).
- Delito de robo agravado (artículo 189° del Código Penal).
- Delito de extorsión (artículo 200° del Código Penal).
- Delito contra la integridad nacional (artículo 325° del Código Penal).
- Delito de participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal).
- Delito de destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal).
- Delito de vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal).
- Delito de inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal).
- Delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal).
- Delito de espionaje (artículo 331° del Código Penal).
- Delito de favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal).
- Delito de rebelión (artículo 346° del Código Penal).

Redención de pena 6x1 para internos reincidentes y habituales que asuman tal condición a partir 23 de octubre de 2010

Los procesados y sentenciados que cometan nuevo delito doloso a partir del 23 de octubre de 2010, y que por tal razón adquieran la condición de reincidentes o habituales, podrán redimir su condena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de labor efectiva o de estudio.

Se excluye del parámetro de la redención pena del 6x1, los delitos señalados expresamente en primer párrafo del artículo 46° del Código de Ejecución Penal (5x1), así como los delitos expresamente previstos en los artículos 46°-B y 46°-C del Código de Ejecución Penal (7x1).

Redención de pena 7x1 para internos reincidentes y habituales que incurran en los siguientes delitos

- Delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal).
- Delito de lesiones graves cuando la víctima sea menor de 14 años, y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable (artículo 121°-A del Código Penal).
- Delito de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°-B del Código Penal).
- Delito de secuestro (artículo 152° del Código Penal).
- Delito de trata de personas (artículo 153° del Código Penal).
- Delito de hurto agravado (artículo 186° del Código Penal).
- Delito de robo agravado (artículo 189° del Código Penal).
- Delito de extorsión (artículo 200° del Código Penal).
- Delito contra la integridad nacional (artículo 325° del Código Penal).
- Delito de participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal).
- Delito de destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal).
- Delito de vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal).
- Delito de inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal).
- Delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal).
- Delito de espionaje (artículo 331° del Código Penal).
- Delito de favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal).
- Delito de rebelión (artículo 346° del Código Penal).

No procede Semilibertad ni Liberación Condicional para reincidentes y habituales de los siguientes delitos:

- Delito de homicidio calificado o asesinato (artículo 108° del Código Penal).
- Delito de lesiones graves cuando la víctima sea menor de 14 años, y el agente sea el padre, madre, tutor, guardador o responsable (artículo 121°-A del Código Penal).
- Delito de lesiones graves por violencia familiar (artículo 121°-B del Código Penal).
- Delito de secuestro (artículo 152° del Código Penal).
- Delito de trata de personas (artículo 153° del Código Penal).
- Delito de formas agravadas de trata de personas (artículo 153°-A del Código Penal).
- Delito de violación sexual de menor de edad (artículo 173° del Código Penal).
- Delito de violación sexual de menor de 14 años seguida de muerte o lesión grave (artículo 173°-A del Código Penal).
- Delito de hurto agravado (artículo 186° del Código Penal).
- Delito de robo agravado (artículo 189° del Código Penal).
- Delito de extorsión (artículo 200° del Código Penal).
- Delito de tráfico ilícito de drogas en modalidades agravadas (artículo 297° del Código Penal).
- Delito de genocidio (artículo 319° del Código Penal).
- Delito de desaparición forzada (artículo 320° del Código Penal).
- Delito de tortura (artículo 321° del Código Penal).
- Delito contra la integridad nacional (artículo 325° del Código Penal).
- Delito de participación en grupo armado dirigido por extranjero (artículo 326° del Código Penal).
- Delito de destrucción o alteración de hitos fronterizos (artículo 327° del Código Penal).
- Delito de vinculación o colusión con invasor (artículo 328° del Código Penal).
- Delito de inteligencia desleal con Estado extranjero (artículo 329° del Código Penal).
- Delito de revelación de secretos nacionales (artículo 330° del Código Penal).
- Delito de espionaje (artículo 331° del Código Penal).
- Delito de favorecimiento bélico a Estado extranjero (artículo 332° del Código Penal).
- Delito de rebelión (artículo 346° del Código Penal).