



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 01-2019/CIJ-116

BASE LEGAL: Artículo 116 del Texto Único Ordenado
de la Ley Orgánica del Poder Judicial
ASUNTO: Prisión Preventiva: Presupuesto y requisitos

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial 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.º Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, a fin de dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas.

o La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo.



Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: A. Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. B. Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos. C. Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. D. Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. E. Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. F. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. G. Viáticos y delito de peculado. H. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019 se seleccionaron a las personas y representantes de instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a la Prisión preventiva: presupuestos, los siguientes:

1. Zoraida Avalos Rivera, Fiscal de la Nación.
2. Walter Gutiérrez Camacho, Defensor del Pueblo.
3. José Humberto Abanto Verástegui, José Pimentel Aliaga y Aurelio Pastor, abogados.
4. Omar Sumaria Benavente, abogado y profesor universitario.
5. Ernesto De La Jara, por el Instituto de Defensa Legal - IDI..
6. Juan Humberto Sánchez Córdova, abogado y docente universitario.
7. Ronald Hancoo Llocle, por el Instituto de Investigación de Derecho Económico y Criminal Compliance - IDPECC.
8. Teodorico Claudio Cristóbal Támara, abogado.
9. Dino Carlos Caro Coria, abogado y profesor universitario.
10. Raúl Pérez Llamocllanta, abogado.
11. Karen Abregú Esteban, abogada.
12. Ignacio André Rojas Vera, por el Taller de Derecho Procesal "Mario Alzamora Valdez" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
13. Miguel Ángel Pizarro Guerro, representante de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.
14. Luis Fernando Ibérico Castañeda, profesor universitario y abogado.
15. Wilbert Medina Bárcena, abogado.
16. César Nakazaki Servigón, abogado y docente universitario.
17. Moisés Paz Panduro, docente universitario y abogado.



5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra, en cuanto a los presupuestos de la Prisión Preventiva: A. Lugardo Ramiro Gonzáles Rodríguez, Fiscal Adjunto Supremo Jefe del área Especializada en Delitos de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales, y Martín Felipe Salas Zegarra, Fiscal Adjunto Superior de la Cuarta Fiscalía Superior Especializada de Delitos de Corrupción, designados por la Señora Fiscal de la Nación, Zoraida Avalos Rivera, en representación del Ministerio Público. B. Walter Gutiérrez Camacho, Defensor del Pueblo. C. Miguel Ángel Pizarro Guerrero, Director de Ética del Colegio de Abogados del Callao, representante de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

6.º La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Han sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, NEYRA FLORES, SEQUEIROS VARGAS, CHÁVEZ MELLA y CASTAÑEDA ESPINOZA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. DEFINICIÓN Y ALCANCES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1.º La prisión preventiva es una institución procesal, de relevancia constitucional, que, como medida de coerción de carácter personal, priva procesalmente de la libertad personal a un imputado por un tiempo determinado, legalmente previsto y judicialmente establecido, en función a la tutela de los fines característicos del proceso –que éste se desarrolle regularmente en función a su meta de esclarecimiento de la verdad (ordenada averiguación de los hechos), a la necesidad de garantizar la presencia del imputado a las actuaciones procesales y al aseguramiento de la ejecución de la pena [BARONA VILAR, SILVIA: *Prisión provisional y medidas alternativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, pp. 20-21]–. Así las cosas, se tiene, de un lado, que el derecho a la libertad, al igual que todos los derechos no revista carácter absoluto –tiene, como es lógico y coherente en el juego de contrapesos constitucionales, posibles restricciones–, pero es de tener presente que la libertad representa un papel nuclear en el sistema del Estado Constitucional, por lo que su limitación debe decidirse con las garantías constitucionales y legales correspondientes (Sentencia del Tribunal Constitucional



Español –en adelante, STCE–, 3/1992, de 13 de enero); y, de otro lado, precisamente por lo anterior, la prisión preventiva solo puede fundarse en la necesidad de (i) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, (ii) garantizar una investigación, (iii) afianzar un enjuiciamiento debido de los hechos, y (iv) de asegurar la ejecución penal –correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal– [JAUCHEN, EDUARDO: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2012, p. 567].

2.º Las medidas de coerción en general y la prisión preventiva en particular, pretenden evitar, en tanto el proceso jurisdiccional penal es un instrumento que requiere de tiempo, que se frustre el adecuado desarrollo de la causa –desarrollo eficiente de la investigación acotó la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, SCOlDH–, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, de 12 de noviembre de 1997–, así como que, llegado el caso, no se producirá una resolución ineficaz [conforme: PIÑOL RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN y otros: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Pamplona, 2009, p. 345]. Su función es netamente procesal. La prisión preventiva es, sin duda, una de las más intensas intromisiones en las esferas de libertad y personalidad del ciudadano [REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Instituto Pacifico, Lima, 2015, p. 445].

3.º Estos fines se concretan mediante la identificación y neutralización, en el caso específico de la prisión preventiva (artículo 268, literal 'c', del CPP), de los denominados peligro de fuga y peligro de entorpecimiento [conforme: ORÉ GUARDIA, ARSENO: *Manual de Derecho Procesal*, Tomo 2, Editorial Reforma, Lima, 2014, p. 137]. Así lo enfatizó, por lo demás, las SSCOlDH caso Chaparro Álvarez y otro vs. Ecuador, de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; y, caso J vs. Perú, de 27 de noviembre de 2013, párr. 159.

4.º La nota característica de instrumentalidad fluye de lo expuesto anteriormente. La prisión preventiva está vinculada directamente a la pendencia del proceso penal declarativo de condena –si finaliza, ésta decae o, en su caso, se convierte en medida ejecutiva–. Además, la prisión preventiva supone vinculación con el objeto y con los hechos que identifican la causa en cuestión; es decir, con la sentencia cuyo cumplimiento se intenta asegurar y con la tramitación debida que se pretende garantizar. Por eso la prisión preventiva se adecúa a los fines que en cada caso se persigan, lo que supone incluso que el contenido de esta medida resulta idéntico a la condena que se llegue a imponer en la sentencia y a las medidas ejecutivas que se hayan de ordenar [MORENO CATENA, VÍCTOR y otro: *Derecho Procesal Penal*, 8va. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 302]. En otros términos, la instrumentalidad evita que la prisión preventiva sea un fin en sí misma y obliga a configurarla –aplicarla judicialmente– como mero instrumento para hacer efectivos los fines cuya obtención la justifican [ARMENTA DEU, TERESA: *Lecciones*



de Derecho Procesal Penal, 5ta. Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 169].

§ 2. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

5.º Como la prisión preventiva es una medida coercitiva –así establecida expresamente por la Sección III “Las medidas de coerción procesal” y su Título III “La prisión preventiva” del Libro II “La actividad procesal” del CPP–, bajo ningún concepto puede ser concebida como una pena anticipada, ni tiene las finalidades retributiva o preventiva propias de ésta (SCoIDH, caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, párr. 312,a). Toda medida de coerción procesal está conectada con la garantía de tutela jurisdiccional –protección del proceso–. Su legitimidad constitucional se cumple solo en cuanto se observen los principios de carácter transversal de intervención indiciaria y de proporcionalidad; se dicten, en suma, de conformidad con sus presupuestos y sus requisitos, tal como fluye del artículo 253 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–.

6.º El artículo VI “Legalidad de las medidas limitativas de derechos” del Título Preliminar del CPP, confirmando lo expuesto, estatuye lo siguiente: “Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

α. Así las cosas, la legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige que su configuración y su aplicación tengan, (i) como presupuesto (causa o motivo), la sospecha fuerte de la comisión de un delito grave; (ii) como objetivo (o propósito), la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, (iii) como objeto (o naturaleza), que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos (STCE 128/1995, de 26 de julio).

§ 3. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

7.º Desde luego, la prisión preventiva es la medida de coerción personal más grave del sistema procesal, al privar a un imputado del derecho más importante, luego de la vida, y paralelamente reducir en cotas relevantes la garantía de defensa procesal. Al derecho a la libertad, además, se le califica de un valor superior del ordenamiento jurídico; consecuentemente, como estatuye el artículo 9, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la prisión preventiva no debe ser la

regla. Por ello, los más importantes elementos que la informan, sin agotarlos (reconózcase, por ejemplo, los de (f) temporalidad –cuyo objetivo, en este caso, es evitar que la prisión preventiva llegue a confundirse, materialmente, con la pena que en su momento y eventualmente se imponga al acusado–; y, también, de (ii) provisionalidad –que se plasma en el principio *rebus sic stantibus*, de suerte que la prisión preventiva debe ser revisada cada vez que se modifiquen o alteren las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su acuerdo, tanto las referidas a la imputación, como las atinentes a los concretos riesgos que se quieren prevenir con ella–) [ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú*. En: *Derecho Procesal Penal – Estudios Fundamentales*, INPECCP – CENALES, Lima, 2016, pp. 820-821], a tono con la SCoIDH caso Acosta Calderón vs. Colombia, de 24 de junio de 2005, párr. 74, son los siguientes:

8.º Primero, *excepcionalidad*. La regla es el sometimiento del imputado al proceso en libertad o con medidas limitativas menos intensas, bajo el respeto de la garantía de presunción de inocencia, en su expresión de regla de tratamiento procesal del imputado–. Siempre, pues, ha de primar la libertad del sujeto durante el proceso (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, STEDH– caso TOTH vs. Austria, de 12 de diciembre de 1991; SCoIDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, de 17 de noviembre de 2009, párr. 121; y, STC 822-2005-HC/TC, de 5 de agosto de 2005). La medida de coerción no significa un fin en sí mismo. Además, las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, son de interpretación y aplicación restrictiva (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, caso Kacolibris Dionisio y otros”, en Fallos: 316:942; y, artículo VII, numeral 3, del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

9.º La prisión preventiva en modo alguno debe ser ni la única, ni la forma preferente de alcanzar el aseguramiento del proceso. No son admisibles que el legislador establezca presunciones legales encubiertas cuya valoración general e indiscriminada prescinda de la obligada constatación del riesgo legalmente protegido de forma individual y particularizada.

∞ La prisión preventiva es, siempre, una alternativa excepcional. No puede ser adoptada de forma automática, ni siquiera particularizada si no se demuestra en el caso concreto su absoluta necesidad y la imposibilidad de garantizar el proceso mediante otros mecanismos legalmente previstos y menos gravosos para los derechos del imputado [ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Obra citada*, pp. 811-813. Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 228/2015, de 21 de abril].

10.º Recuérdese, en orden a la presunción de inocencia, que la concepción normativa de esta garantía de jerarquía constitucional reconoce que la condición de inocente acompaña al imputado durante toda la tramitación del proceso hasta que



una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme –protege de forma mediata los derechos fundamentales del ciudadano en el proceso–, pero tal posición jurídica no es perjudicada, en modo alguno, por la existencia de la sospecha de culpabilidad –aquella persona contra la que existe razonablemente prueba incriminatoria, es quien necesita, precisamente, la protección de la presunción de inocencia–. La presunción de inocencia como regla de trato procesal exige límites en función a la presencia de sospechas fuertes [FERRER BELTRÁN, JORDI: *Presunción de inocencia y prisión preventiva*. En: VÁSQUEZ, CARMEN (Coordinadora): *Hechos y razonamiento probatorio*, Zela Grupo Editorial, Lima, 2019, p. 143].

o Como dice STUCKENBERG, es en la supervivencia del proceso como tal, donde la presunción de inocencia hunde sus raíces y encuentra su fundamento. La verdad procesal se alcanza, precisamente y sólo, a través del proceso. La culpabilidad nace con la conclusión del proceso, mientras que la inocencia del inculpado es un auténtico *factum* hasta que recaiga sentencia. La única función inmediata para la presunción de inocencia es la protección del proceso mismo, y consiste en una prohibición de desvalorar el proceso hasta convertirlo en un mero rito. De otro lado, la otra cara de la moneda de la prohibición de desvalorar el proceso es la existencia paralela de deberes positivos al imputado: colaborar con el proceso a pesar del *factum* de inocencia, claro está siempre que, como apuntaba BELING, no contrarie la dignidad humana, lo que obliga en estos casos a ponderaciones de bienes en conflicto [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 35-45].

11.º Si se parte de la presunción de inocencia como regla de juicio se exigirá sospecha fuerte, y si se la analiza como regla de tratamiento se requerirá que solo se la imponga, excepcionalmente, cuando se cubran los riesgos de fuga o de obstaculización (conforme: STCE 128/1995, de 26 de julio). Además, la presunción de inocencia, no solo excluye que el imputado sea sometido a penas anticipadas y requiere que el Ministerio Público acredite los cargos que atribuya –sea cuando acuse como cuando requiera alguna medida intermedia limitativa de derechos–, sino que asimismo excluye el automatismo de la prisión preventiva, independiente de las efectivas exigencias cautelares (*fumus comissi delicti*), las prohibiciones legales a la libertad provisional o restrictiva y los términos prolongados de la prisión preventiva [conforme: CORDERO, FRANCO: *Procedimiento Penal I*, Editorial Temis, Bogotá, 2000, p. 398].

12.º La pretensión punitiva, apuntó KRAUSS, surge con la sentencia condenatoria, no a través del convencimiento del aumento de la convicción de la autoría que tenga el Tribunal. Es verdad que el interés del imputado en conservar su libertad se mantiene invariable durante todo el proceso, pero, como enseñó PAEFFGEN, lo que en realidad se modifica con la probabilidad de la culpabilidad del imputado es el interés persecutorio del Estado, lo que lleva a un aumento del deber del imputado de



tomar medidas coercitivas –cuando la sospecha de culpabilidad se fortalece, aumenta el interés estatal en la persecución, debido al aumento de la posibilidad de una futura condena a pena privativa de libertad, lo que por cierto no implica una disminución de las garantías que se deducen de la presunción de inocencia– [conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán 19, 342 (347); 20, 45 (49); y, 20, 144 (147)]. LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2018, pp. 601-602 y 605].

13.º Segundo, legalidad procesal. Deriva del brocardo “*nulla coactio sine lege*”. Solo puede aplicarse con estricto apego al enunciado normativo habilitante, y en caso de estarlo, que cumpla la expresa finalidad que la legitima. La única autoridad que pueda dictarla es la jurisdiccional, bajo el procedimiento y las reglas, precisas y claras, que la determinan [conforme: SCHIAVO, NICOLÁS: *Las medidas de coerción en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 68-69]. El derecho a la libertad puede verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de ley, como contra lo que ésta dispone. La legalidad procesal impone no solo la exclusiva competencia judicial para dictar la prisión preventiva –el monopolio jurisdiccional–, sino que se desarrolle mediante norma con rango de ley, y su imposición, en el marco de un proceso debido, con todas las garantías, nunca puede resultar fuera de los casos y de los modos que ella define.

14.º Tercero, principio de intervención indiciaria, que en materia de coerción procesal penal se traduce en el *fumus delicti comissi* –requisito simétrico con el *fumus boni iuris* del derecho civil [CORDERO, FRANCO: *Obra citada*, p. 404]–. Se concreta en las circunstancias fácticas que soporten la posibilidad de la existencia de un delito, en el contenido de información que la autoridad penal cuenta para imponerla [SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: *Derecho Procesal Penal – Lecciones*, Editorial CENALES, Lima, 2015, p. 53].

∞ En cuanto la prisión preventiva priva de la libertad personal al imputado, la tutela de este derecho fundamental de máxima importancia en una sociedad democrática, requiere de la presencia de sospechas vehementes o fuertes, esto es, graves y fundadas, como estatuye el artículo 268, literal ‘a’, del CPP. El Estatuto Procesal Penal nacional no admite, para estos efectos, las sospechas simples, las sospechas reveladoras o las sospechas suficientes, que son propias para (i) iniciar diligencias preliminares, (ii) promover la acción penal o inculpar formalmente a un investigado, y (iii) acusar y enjuiciar a un imputado, respectivamente: primer apartado de los artículos 329, 344 y 336 del CPP–. La ley rituarial reclama un mayor nivel de acreditación desde lo que nuestro Código Procesal Penal denomina bajo el término genérico de “elementos de convicción”, esto es, resultado probatorio desde las reglas de la sana crítica judicial (así, artículos VI del Título Preliminar y 268, literal ‘a’ del CPP, así como artículos 158, numeral 1, y 393, numeral 2, del CPP).



15.º Cuarto, principio de proporcionalidad. La prisión preventiva, al privar de la libertad personal al imputado, está sujeta, en la relación conflictiva entre garantías individuales del ciudadano imputado y eficacia en la lucha contra la delincuencia y el buen fin del proceso, en cuanto al juicio de proporcionalidad, a una intensidad fuerte –ni mediana, ni débil–. La proporcionalidad deriva de la cláusula del Estado de Derecho, comporta una garantía de seguridad jurídica y se erige en una exigencia de justicia material (conforme: STC10-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003). Ésta se califica por la fungibilidad de la medida, si pueden alcanzarse de otro modo los fines que pretende, así como que se tome en consideración la situación subjetiva del imputado en relación con el hecho presuntamente delictivo para ponderar el sacrificio de la libertad individual que supone la medida [RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO: *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima lectura constitucional*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2016, p. 340]. La aplicación de la prisión preventiva se encuentra justificada y legitimada si se parte del presupuesto de considerar el fin cautelar que persigue, es decir, de aseguramiento del desarrollo del proceso penal y con ello el deber de persecución del delito [NEYRA FLORES, JOSÉ: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial IDEMSA, Lima, 2015, p. 163].

∞ Como se advierte de lo expuesto el principio de proporcionalidad mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos –o dos elementos de relevancia constitucional– comparativamente entre sí (libertad vs. eficacia de la persecución procesal, en el caso de la prisión preventiva), de manera que no haya exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro a partir de las consideraciones que se hacen en relación con cada tiempo y lugar; ésta no depende de criterios absolutos, sino está condicionado a las ideas predominantes en la sociedad –desde luego, las que incorpora y reconoce la Constitución– [conforme: RUBIO CORREA, MARCIAL: *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, 2005, p. 251].

∞ El principio de proporcionalidad, enfatiza BARONA VILAR, debe ser el punto de apoyo y pilar fundamental en la regulación de la prisión preventiva en todo Estado de Derecho, por cuanto no cabe hablar de aplicación matemática de la normativa pertinente –no existen reglas matemáticas a aplicar por el órgano jurisdiccional–, sino que se abre un amplio margen de discrecionalidad (jurídicamente vinculada, diremos nosotros) y arbitrio judiciales a la hora de considerar su aplicación o no. En este orden de ideas, la inclusión de una serie de circunstancias a tomar en consideración por el juez para imponerla pone de manifiesto que solo desde este principio podrán valorarse. El objeto de este principio se circunscribe a la finalidad perseguida por la prisión preventiva y las circunstancias concurrentes en el caso concreto. El principio de proporcionalidad, en consecuencia, se sitúa entre el dilema del derecho a la libertad y las necesidades de persecución penal o derecho a la seguridad, independientemente de la pena esperada –la STCE 41/1982, de 2 de julio, FJ 2do., en esta misma perspectiva señaló que la institución de la prisión preventiva está situada “[...] entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber



estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por otro"; tesis reiterada en la STCE 128/1995, de 26 de julio, y en la STCE 333/2006, de 20 de noviembre-; y, la normativa sobre la prisión preventiva, debe entenderse partiendo de la delimitación del caso concreto, de las cuales depende el significado y la pena concretos [BARONA VILAR, SILVIA: *Obra citada*, pp. 67-71].

∞ Lo expuesto justifica, como precisa CUBAS VILLANUEVA, que una nota característica de la prisión preventiva es que es una medida facultativa, pues deja a criterio del juez para que, basado en la ley y los hechos, determine su imposición luego de un juicio de razonabilidad –en pureza, de proporcionalidad, diremos nosotros– [CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR: *El nuevo proceso penal*, 2da. Edición, Editorial Palestra, Lima, 2015, p. 438].

∞ La proporcionalidad, entonces, está enraizada en las relaciones de poder entre Estado e individuo; es, pues, una exigencia asociada al ejercicio del poder tendente a evitar el exceso en el uso de dicho poder. La proporcionalidad, postula PUJADAS TORTOSA, no es un presupuesto o una simple característica predicable en términos genéricos o como un medio de control o evaluación *a posteriori* de la medida adoptada, sino es una exigencia más a integrar en el proceso de decisión sobre el régimen coercitivo necesario en el caso concreto. La proporcionalidad ha de guiar la decisión relativa a las concretas medidas de coerción a adoptar; no puede ser un simple mecanismo de evaluación de la eficacia de las mismas [PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA: *Teoría general de las medidas cautelares penales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 140-142].

16.º La proporcionalidad está integrada por presupuestos y requisitos [confróntese: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLÁS: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, p. 69]. En lo concerniente a sus presupuestos, la proporcionalidad requiere de 1) legalidad procesal o, en este caso, de tipicidad procesal –esto es, precepto con rango de ley, con reglas claras y precisas, y que incluya las garantías necesarias para el imputado– (presupuesto formal), y 2) justificación teleológica –que se centra en la determinación de los valores, con la suficiente fuerza constitucional, que tratan de ser protegidos por la adopción de una medida limitativa de derechos (presupuesto material). En lo relativo a sus requisitos extrínsecos, la proporcionalidad exige que las medidas limitativas de derechos cumplan con los requisitos extrínsecos de 1) jurisdiccionalidad –solo el juez competente, en el marco de un procedimiento preestablecido y bajo la vigencia del principio procesal, de carácter estructural, de contradicción, puede dictarla–, sino también el auto de prisión preventiva ha de estar 2) motivación especial (motivación reforzada), según el artículo 271, apartado 3, del CPP. La restricción de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó (STCE 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7mo.). La STC 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto de 2002,



afirmó que la motivación, en estos casos, debe ser más estricta, “[...] pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial”.

∞ En orden a la motivación se han de cumplir, sobre el particular, los siguientes elementos internos: (i) expresión sucinta de la imputación –exige, por ende, que se sustente en hechos específicos objeto de atribución por la Fiscalía, de conocimiento previo por las partes procesales–; (ii) fundamentos de hecho –examen razonado y razonable desde la sana crítica judicial, de las fuentes-medios de investigación y, en su caso, de prueba, siempre lícitos en su respectiva obtención y actuación, que justifiquen la presencia de una sospecha grave y fundada (sospecha fuerte) de comisión del delito específico objeto de imputación y de vinculación del imputado con su comisión, sea de autoría o de participación (intervención indiciaria, *fumus delicti comissi*)–; (iii) fundamentos de derecho –juicios de tipicidad y de subsunción normativa jurídico penal, así como de los preceptos procesales que autorizan la prisión preventiva, con una referencia a los juicios de necesidad, de idoneidad y de estricta proporcionalidad o ponderación–; y, (iv) decisión clara y precisa del mandato, y fijación justificada del plazo de duración de la prisión preventiva.

17.º La motivación, primero, es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión y, por ende, debe ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los que se impone la restricción de la libertad (SSCoLDH caso Chaparro Álvarez y otro vs. Ecuador, de 21 de noviembre de 2007, párr.107; y, caso Bayarri vs. Argentina, de 30 de octubre de 2008, párr. 74). Segundo, ha de ser suficiente y razonable, en cuya virtud se debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción, y que esta ponderación o subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la prisión preventiva. Tercero, la suficiencia y razonabilidad son, en definitiva, el resultado de la ponderación de los intereses en juego, a partir de toda la información disponible en el momento en que ha de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión preventiva como medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de sus fines (conforme: STCE 98/1997, de 20 de mayo). Cuarto, la falta de una motivación suficiente y razonable no supondrá solo un problema de falta de tutela, propio del ámbito del artículo 130, inciso 3, de la Constitución, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma (conforme: STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 4, a). La motivación, pues, tiene una triple función: extra-procesal –control externo, democrático, de las decisiones judiciales–, endo-procesal –control interno y por el tribunal superior, esto es, permite la impugnación por las partes de la decisión judicial y que se examine su racionalidad–, y profiláctica –manifestación del control *ex ante* y *ad intra* de la calidad de la decisión desde el propio juez, como autocontrol racional (MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL:



La prueba en el proceso penal acusatorio, Editorial Jurista Editores, Caro & Asociados y CEDPE, Lima, 2012, pp.163-169].

18.º La motivación de una prisión preventiva, como acto limitativo de un derecho fundamental, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (STCE 52/1995, de 23 de febrero). La cuidadosa ponderación, a que, por ejemplo, hace referencia la STCE 6/2005, de 14 de marzo, FJ 7mo., implica identificar los intereses en juego, asignar a cada uno de ellos la importancia que merecen y decidir sobre las prioridades entre unos y otros para el caso en concreto. Para la decisión de prisión preventiva el juez tendrá que tener en cuenta la situación y las circunstancias del caso concreto para comprobar que se cumplen los requisitos establecidos en la ley; y, la adecuada ponderación exige que se realice, por un lado, un examen de los hechos, de todas las circunstancias que puedan concurrir y del auto de prisión y, por otro, si la restricción del derecho fundamental a la libertad es inevitable en virtud de proteger un bien jurídico que en el caso concreto debe prevalecer, sin perjuicio de entender que la privación procesal de la libertad es una medida excepcional y como tal ha de considerarse y aplicarse [STCE 18/1999, de 22 de febrero, FJ. 2do. SERRANO MAILLO, ISABEL: *El derecho a la libertad y la prisión provisional*. En: UNED. Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica, N.º 1, 2006, Madrid, pp. 2 y 11].

∞ Motivación, justificación y fundamento tienen una estrecha relación. Como se sabe, motivar implica dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo, justificar el acto -o el resultado-, de probar algo con razones convincentes. Estas razones o motivos son, esencialmente, el fundamento de las medidas de coerción. La motivación, al fin y al cabo, constituye una exigencia formal pero de clara repercusión en la legitimidad material del tratamiento al individuo [PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA: *Obra citada*, p. 190].

19.º Los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución coercitiva han de tener en cuenta las postulaciones y alegaciones de las partes procesales; es decir, su razonamiento ha de cumplir con los principios de exhaustividad y congruencia. El argumento judicial debe ser puntual, preciso y concreto, sin incurrir en abundancia expositiva ni citas extensas y confusas de lo que fluye de las fuentes-medios de investigación o, su caso, de prueba -cantidad no es necesariamente calidad y rigor narrativo-, así como de invocaciones doctrinarias sin mayor relevancia para la dilucidación del caso concreto y de los problemas que plantea. Ha de cultivarse la concisión y la rigurosidad explicativa para la determinación de los elementos de investigación o de prueba -según la naturaleza de la información utilizada- que justifiquen las conclusiones fácticas -de sospecha fuerte desde el derecho probatorio- y jurídicas correspondientes.



20.º En lo atinente a los requisitos intrínsecos, —dicen del contenido de la actuación estatal en concreto— la prisión preventiva —como toda medida limitativa de derechos— están constituidos por los sub-principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto —así desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán [BVerfGE 30, 392 (316) y BVerfGE 77, 84 (107)]—. Ello importará que, en ningún caso, podrá adoptarse la prisión preventiva de forma instrumental, como modo de presionar al imputado para obtener su confesión o algún tipo de colaboración, perdiendo así su función cautelar y aseguratoria de la prueba, o como un modo de ganar tiempo para investigar [SCoIDH, caso Chaparro Álvarez y otro, de 21 de noviembre de 2007, párr. 103; y, STEDH, caso Cebotari vs. Moldavia, de 13 de noviembre de 2007, párr. 48].

21.º La prisión preventiva (i) será necesaria si, en el caso concreto, es indispensable para el fin de aseguramiento perseguido, siempre que no exista otra medida menos gravosa (comparecencia con restricciones) que cuenten con la misma aptitud o eficacia para asegurar al imputado al proceso —relación medio-medio—. (ii) Será idónea si la prisión preventiva permite alcanzar el fin constitucionalmente legítimo y socialmente relevante —relación medio-fin—. (iii) Será estrictamente proporcional si la prisión preventiva no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtiene mediante la restricción y el cumplimiento de la finalidad de aseguramiento personal perseguida.

22.º El artículo 268 del Código Procesal Penal atendió cabalmente a estos requisitos al consignar, según el modelo germano, el presupuesto material referido a los motivos de prisión: (i) delito grave —aunque solo autorizó la prisión preventiva, desde una perspectiva objetiva y meramente cuantitativa, si la pena concreta probable sería superior a cuatro años de privación de libertad (literal 'b' del citado artículo 268 del Código Procesal Penal), siendo del caso tener en cuenta el progresivo expansionismo punitivista de nuestras escalas penales para una gran cantidad de delitos y, además, la introducción de la "vigilancia electrónica personal" que importó su aplicación para delitos con una pena no mayor a ocho años de privación de libertad (artículo 5.1, literal 'a', del Decreto Legislativo 1322, de 6 de enero de 2017), lo que en su día el legislador, conforme al derecho comparado, debe tener en cuenta para aumentar la perspectiva penológica de lo que debe entenderse por delito grave, que muy bien, desde una relación con la vigilancia electrónica personal, podría fijarse aproximadamente en los diez de pena privativa de libertad—; y, (ii) peligrosismo procesal —identificó los únicos dos peligros que aceptó: peligro de fuga y peligro de obstaculización (literal 'c' del referido artículo 268 del Código Procesal Penal), y, para su determinación, aportó criterios específicos o parámetros para ponderar una decisión coercitiva, desde luego bajo una perspectiva de *numerus apertus* o ejemplificativa, en los artículos 269-270 del Código Procesal Penal—. A este último punto, es de insistir que las disposiciones citadas carecen de taxatividad, se muestran, más bien, como un catálogo ilustrativo de pautas de peligrosidad

procesal, lo que obliga a una evaluación general del caso, que incluya la totalidad de los elementos a considerar, independientemente de que alguno de los ítems sugeridos se verifique, aisladamente, en el caso a analizar [JAUCHEN, EDUARDO: *Obra citada*, p. 587].

23.º El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia afirmó estos principios y exigencias. Así, SSTC 1567-2002-HC/TC, de 5 de agosto de 2002; 1730-2002-HC/TC, de 8 de agosto de 2002; 500-2000-HC/TC, de 25 de agosto de 2000; y, 808-2002-HC/TC, de 8 de julio de 2002.

§ 4. PRESUPUESTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: SOSPECHA FUERTE

24.º Un presupuesto imprescindible de la prisión preventiva, base de las causales o motivos que le corresponde y que solo deben examinarse a continuación para su dictación y mantenimiento, dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, véase: INFORME 2/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 26), es el de sospecha grave y fundada, tal como está definido por el artículo 268, literal 'a', del Código Procesal Penal, a fin de determinar la fundabilidad de la pretensión de prisión preventiva del fiscal [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *Prisión preventiva y medidas alternativas*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 164]. Así se ha establecido en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-20017/CJ-433, de once de octubre de 2017, FFJJ 23 y 24.

∞ Supone, según escribió CALAMANDREI, un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal [conforme: CALDERÓN CEREO – CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, p. 266]. El término "sospecha" debe entenderse, en sentido técnico jurídico, como el estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatórios obtenidos en el curso de la averiguación del delito, que autorizan a dictar decisiones y practicar determinadas actuaciones. Se trata, entonces, de una *conditio sine qua non* de la legitimidad de la privación procesal de la libertad personal, cuya ausencia determina que la prisión preventiva dispuesto sea arbitraria (SCoIDH caso Tibi vs. Ecuador, de 7 de septiembre de 2004).

∞ Apuntó la STEDH de 30 de agosto de 1990, caso Fox, Campbell y Hartley vs. Reino Unido que este requisito inserta una exigencia de racionalidad –que incluye la solidez– de los indicios y es una parte fundamental de la protección que proporciona el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contra las privaciones de libertad arbitrarias. Presupone la existencia de hechos o informes adecuados para convencer a un observador imparcial de que el individuo de que se trate pudo haber cometido el delito. Lo que puede considerarse "racional" dependerá del conjunto de las circunstancias; es decir, que el juez debe valorarlos según las máximas de la experiencia y del normal sentido común [conforme: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: *La prisión provisional*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 130].

∞ Si bien la sospecha fuerte es más intensa que la sospecha suficiente, pero por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos



provisionales, por lo que muy bien puede ocurrir que se dicte una orden de prisión preventiva, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura del juicio oral –el curso de las investigaciones determinará si esa sospecha fuerte se mantiene o se relativiza o excluye– [VOLK, KLAUS: *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 115]. Además, precisamente por ello, por tratarse de un juicio de probabilidad –sujeto a la evolución de las investigaciones–, como previene ORTELLS RAMOS, aunque subsista una duda, la prisión puede acordarse [ORTELLS RAMOS, MANUEL y otros: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1991, p. 556].

25.º La verificación de esta sospecha fuerte requiere, en tanto juicio de atribución del delito al imputado, el examen de las fuentes-medios de investigación o de las fuentes-medios de prueba lícitos –la licitud es un componente necesario del concepto de prueba– acopiados en el curso de la causa –principalmente por el fiscal, aunque también es de examinar los que puede presentar el imputado y su defensa–, tras cuyo análisis corresponda concluir, desde una inferencia razonable, que el imputado es fundadamente sospechoso; esto es, que exista un alto grado de probabilidad de que él luego va a ser condenado –el estándar probatorio es particularmente alto, aunque no al nivel de la sentencia condenatoria (no se requiere certeza sobre la imputación (Sentencia casatoria 626-2013/Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 24to.)–, mientras que la “sospecha suficiente” quiere decir llanamente simple existencia de la probabilidad respecto de una futura condena. O, expuesta esta causal en términos negativos, los elementos de juicio que apoyen la acusación –los extremos esenciales y necesarios de la imputación fiscal– deben ser suficientemente consistentes para considerar baja la probabilidad de que el sometido a prisión preventiva acabe finalmente absuelto, y, por tanto, resulte injustificada la medida de coerción [conforme: FERRER BELTRÁN, JORDI: *Obra citada*, p. 146].

o Se ha de afirmar un juicio de probabilidad sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes (STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 3ro.); esto es, contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordantes, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad, sin llegar, por cierto, al estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable, propio de la sentencia condenatoria [conforme: CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS: *El fumus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional*. En: VÁSQUEZ, CARMEN (Coordinadora): *Hechos y razonamiento probatorio*, Zela Grupo Editorial, Lima, 2019, pp. 223-231]. Este juicio de probabilidad fuerte o alto grado de probabilidad, como enfatizaron ROXIN/SCHÖNEMANN, requiere asumir, con tal entidad o nivel de probabilidad, de que el imputado ha cometido el hecho delictivo –como autor o como partícipe– y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad [ROXIN, CLAUDIUS – SCHÖNEMANN, BERND: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 374-375]. No es de recibo una medida de coerción ante un hecho no inculpativo o no punible, pues la “culpabilidad” indicada por esos síntomas significa condena probable y es una



probabilidad igual a cero cuando existan desacriminantes, causas de exclusión de la responsabilidad penal o hechos extintivos [conforme: CORDERO, FRANCO: *Obra citada*, p. 404. BERNAL CUELLAR - MONTEALEGRE LYNETT: *El Proceso Penal*, Tomo I, 6ta. Edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 523]. ARAYA VEGAS denomina a este presupuesto: "mérito sustantivo" y le da el tratamiento de un presupuesto de persecución penal -que podría implicar una *contraditio in terminis* al reunir en una misma institución jurídica lo material y lo procesal-, y que no obstante lo entiende, correctamente, como un grado de probabilidad suficiente -fuerte, diríamos nosotros- de que el sujeto procesado cometió un hecho delictivo que tiene prevista una pena privativa de libertad, así como de elementos de prueba objetivos -en puridad, elementos de investigación, que el Código denomina muy ampliamente "elementos de convicción"- para determinar su vinculación con el hecho atribuido [ARAYA VEGA, ALFREDO: *La prisión preventiva - Tratamiento desde los Derechos Humanos*, Editorial Ideas, Lima, 2014, p. 49].

26.º Desde la perspectiva del juez, la probabilidad que se requiere, a diferencia de la certeza, significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el resultado de la verdad, aunque reconoce no haber alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado a ella [MAIER, JULIO B.J.: *Derecho Procesal Penal I*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 843]. Los datos o elementos que aportan las fuentes-medios de investigación o de prueba han de ser graves; no bastan débiles probabilidades, aunque es de entender que las probabilidades no son cuantificables.

o Ahora bien, es de aclarar que el indicio en materia de coerción procesal, a diferencia del indicio en materia de probatoria -propio de la etapa principal del juicio oral y utilizado para fundar la sentencia condenatoria-, tras la interpretación objetiva de la fuente-medio de investigación o de prueba (preconstituida, o anticipada si fuere el caso) -fase de traslación en la apreciación de los mismos-, valorados libremente -que no arbitrariamente- por el órgano jurisdiccional, da lugar a un juicio centralmente hipotético -con cierto nivel de incertidumbre-, en cuya virtud el indicio es la base fáctica -no de una comprobación, propia del indicio probatorio- de una predicción, esto es, para afirmar la posibilidad que algo suceda en el futuro -no que sucedió en el pasado-; no da lugar a afirmar una probabilidad tan alta que equivalga a la certeza jurídica [PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA: *Obra citada*, p. 210].

o No se puede anticipar lo que es propio del juicio oral -si se cuenta con pruebas suficientes o no para dictar en su día una sentencia condenatoria contra el imputado, si habrán de prosperar o no algunas de las alegaciones auto exculpatorias que el mismo efectúa-, sino si constan en la causa datos e indicios suficientes de que el imputado intervino, de uno u otro modo, en la comisión del delito atribuido.



27.º El juicio de imputación, siempre de un determinado delito, requiere, por consiguiente, de que precisamente el hecho sea delictivo—éste no puede carecer de tipicidad penal— y que, además, no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad penal (artículos 20 y 78 del Código Penal) [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Pamplona, 2015, p. 684]. La prisión preventiva supone un cierto grado de desarrollo de la imputación, una probabilidad concreta de que el imputado haya cometido el hecho punible. Es, empero, un requisito indispensable pero no suficiente pues debe ser confirmado por el peligrosismo procesal [conforme: QUIROZ SALAZAR, WILLIAM: *Prisión preventiva – Perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad*, Editorial Ideas, Lima, 2014, pp. 146-147]. La imputación, entonces, requiere, primero, de la existencia de un hecho constitutivo de infracción penal; y, segundo, de la existencia de un sujeto pasivo del proceso penal (de un imputado, contra quien se ha dictado la inculpación formal—es decir, con mayor precisión, Disposición Fiscal de formalización de la investigación preparatoria). Este análisis de alta probabilidad debe realizarse, como enfatizó la Sentencia Casatoria 564-2016/Loreto, de 12 de noviembre de 2018, FJ 5to., no solo a partir de un alto grado de probabilidad de la comisión del delito y de la intervención del imputado, examinándose los actos de investigación de manera individual y conjunta—así, incluso, lo estableció la sentencia casatoria vinculante 626-2013/Moquegua de 30 de junio de 2015—, sino además conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva; y, tiene como sustento, que los cargos sean concretos y definan con claridad lo penalmente relevante [Sentencia Casatoria 724-2015/Piura, de 15 de abril de 2016].

∞ No basta la concurrencia, en el caso, de meros indicios—procedimentales, claro está— o de sospechas genéricas; se exigen, pues, fuentes-medios de investigación o, en su caso, de prueba, directas o indirectas “[...] que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado, y fundadas; el juicio de alta probabilidad debe ser razonable y asentado en criterios objetivos suficientes” [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Obra citada*, pp. 827-828]. En suma, se precisa la existencia de datos concretos indicadores de un injusto penal importante para las actuaciones de la causa, que con alta probabilidad permiten concluir, provisionalmente como es obvio, la concurrencia del hecho y de su vinculación con el imputado—que hay probabilidad, alta, de delito (con la presencia—agregamos— de toda sus categorías materiales: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, así como de los presupuestos procesales correspondientes) y de que el imputado es responsable del mismo— (Sentencia del Tribunal Supremo Español—en adelante, STSE— 241/2009, de 13 de marzo). El juzgador, desde luego, debe explicitar la relación indiciaria de aquel o aquellos medios de investigación o de prueba (preconstituida o, excepcionalmente, anticipada) que relacionan de manera preliminar al procesado con el hecho imputado [conforme: STC 0349-2017-PHC/TC, de 21 de abril de 2017].



28.º Un problema particular, presente en el juicio de imputación, se presenta cuando se atribuye la comisión del delito de organización criminal, así como del delito de banda criminal (artículos 317 y 317-B del Código Penal, según el Decreto Legislativo 1244, de 29 de octubre de 2016), que además se erige en un criterio específico para valorar el peligro de fuga (artículo 269, inciso 5, del CPP, según la Ley 30076, de 19 de agosto de 2013), pero como tal, según luego se verá, requiere de diversas perspectivas de apreciación.

∞ Como se indicará en el Acuerdo Plenario 08-2019/CIJ-2019, entre ambos preceptos materiales, que se erigen en tipos penales autónomos respecto de los delitos específicos que puedan cometer sus integrantes y personas vinculadas a la organización o a la banda criminal, existe una relación de género y especie: los dos tipos delictivos –de peligro abstracto y permanentes– son modalidades de organización criminal, que solo se diferencian por las características de su estructura organizativa y por su proyecto delictivo –el primero, en función a activar negocios o economías ilegales; y, el segundo, en función a la comisión de delitos denominados “de despojo y violentos”, los cuales delimitan la complejidad y modelo organizacional correspondiente–.

29.º Los jueces deben tener presente los elementos típicos de ambas modalidades delictivas, y desde su adecuación, podrán dar por satisfecho este requisito legal referido al *fumus commissi delicti*.

∞ El estándar de acreditación, desde esta perspectiva, no puede relajarse, ni la motivación del auto de prisión preventiva puede obviar la lógica racional y proporcional que necesariamente debe incorporar en orden al juicio de imputación desde una *sospecha fuerte o vehemente*.

30.º Es de prevenir, respecto el auto de prisión preventiva, en primer lugar, como aclara VOLK, que si bien la sospecha fuerte –se dirá, según el CPP, ‘sospecha grave y fundada’– es más intensa que la sospecha suficiente, necesaria para la presentación de la acusación, ésta por lo general se sustenta sobre una base más estrecha de resultados investigativos provisionales; y, puede, por tanto, ocurrir que se dicte una orden de prisión preventiva, aunque no se pueda aún decir que se llegará a la apertura del juicio oral [VOLK, KLAUS: *Obra citada*, p. 113]. En segundo lugar, que la sospecha grave y fundada tiene un carácter dinámico y no estático, de suerte que, según PETERS, al inicio de la investigación el juicio de probabilidad se hará con base en el estado de la misma y con los resultados que de acuerdo con ella razonablemente se espera sean obtenidos, pero en la medida en que dichos resultados no sean concordantes con lo esperado, puede resultar que la probabilidad que inicialmente se habría afirmado no puede sostenerse posteriormente [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Proceso penal comentado*, Editorial Jurídica Continental, San José, 1998, p. 529].



31.º El Estatuto Procesal Penal nacional, en sus últimas reformas, incorporó, como medios de investigación o, según el caso, medios de prueba, ~~trasladada~~ (ambas) las declaraciones prestadas por el aspirante a colaborador eficaz o, en su caso, por el colaborador eficaz. El artículo 476-A del CPP preceptúa que el Fiscal puede incorporar en todo o en parte al proceso o procesos correspondientes lo actuado en sede del proceso por colaboración eficaz. A su vez el artículo 481, apartados 1 y 2, del CPP dispone que si no se estima el proceso por colaboración eficaz no puede utilizarse el testimonio del descartado aspirante a colaborador eficaz, aunque sí las declaraciones prestadas por otras personas durante la fase de corroboración, así como la prueba documental, pericial y preconstituida (documentada oficial).

32.º Estos medios de investigación y, en su caso, de prueba, pueden utilizarse para requerir medidas coercitivas, por ejemplo, la prisión preventiva, en atención a lo establecido por el artículo 481-A del Código Procesal Penal. Es claro, en tales supuestos, que las declaraciones del aspirante a colaborador eficaz o el ya declarado colaborador eficaz, a fin de valorar su atendibilidad, en sí mismas no justifican un mandato de prisión preventiva, pues necesitarán, atento a lo fijado por el artículo 158, tercer apartado, del Código Procesal Penal, "[...] otras pruebas -o, mejor dicho, medios de investigación o, en su caso, medios de prueba- que corroboren sus testimonios...".

o La identidad del colaborador, en este momento del examen de sospecha fuerte, y dado el estado de las investigaciones iniciales, a los efectos del juicio de prisión preventiva, no necesariamente debe ser conocida por el órgano jurisdiccional. Distinto será el caso -se requerirá, con los cuidados correspondientes, conocer la identidad del colaborador-, desde un previo control de las razones de la reserva de identidad realizada en sede del proceso de colaboración eficaz, cuando el proceso ingrese a la etapa de enjuiciamiento y corresponda emitir sentencia- (STEDH, de 15 de junio de 1992, caso Lüdi vs. Suiza).

o En toda circunstancia, y siempre, la versión del colaborador o aspirante a colaborador, como ya se dijo, no debe ser la única relevante, sino que ha de estar corroborada por otros medios-fuentes de prueba (STEDH, de 27 de febrero de 2001, caso Lucá vs. Italia). Es decir, no ha de ser la única fuente-medio de investigación o de prueba, pues se requerirán datos externos de carácter objetivo, un respaldo en otros medios-fuentes de investigación o de prueba, distintas de la propia declaración del colaborador o aspirante a colaborador eficaz, que es lo que se denomina credibilidad extrínseca u objetiva o atendibilidad extrínseca reforzada, que apunten en la misma dirección que la declaración de éste. Además, también es de rigor apreciar la credibilidad subjetiva del declarante; su testimonio debe ser fiable, para lo cual se valorará la precisión, coherencia y credibilidad del relato, así como la firmeza o persistencia mostrada durante el procedimiento.

33.º De otro lado, solo se vulnerarán las garantías genéricas del debido proceso y de defensa procesal siempre que el medio-fuente de investigación o de prueba



practicado con ausencia de la defensa haya ocupado un lugar determinante –sin datos externos que lo corroboren– en la declaración de culpabilidad –o, en este caso, del juicio de sospecha grave y fundada–. La STEDH, de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido, por ejemplo, da peso primordial a la relación entre contradicción y verdad, dejando de lado la conexión entre debate contradictorio y derecho de defensa) [FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES: *Declaración del coinvestigado: su valor para acordar resoluciones interlocutorias*. En: VÁSQUEZ, CARMEN (Coordinadora): *Hechos y razonamiento probatorio*, Zela Grupo Editorial, Lima, 2019, pp. 288-299]. Este último fallo europeo ha sido asumido por este Tribunal Supremo en la Ejecutoria Suprema RN-420-2018/Cajamarca, de 22 de mayo de 2018, reiterado en la Ejecutoria Suprema RN-1556-2017/Puno, de 1 de octubre de 2018.

§ 5. MOTIVOS DE PRISIÓN PREVENTIVA: REQUISITOS

34.º Los motivos de prisión preventiva, que se erigen en requisitos de la prisión preventiva, son dos: (i) delito grave, y (ii) peligrosismo procesal (*periculum libertatis*, que en el proceso civil se denomina *periculum in mora*).

35.º Delito grave. El artículo 268 del Código Procesal Penal, desde el sub principio de proporcionalidad estricta fijó un mínimo legal de carácter objetivo, cuantitativo, en función a la pena privativa de libertad previsible para el caso concreto –no de simple conminación penal abstracta–. Estipuló, al respecto: “Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”, bajo el entendido implícito que más allá de cuatro años de pena privativa de libertad siempre será efectiva (así, artículo 57 del Código Penal). El pronóstico judicial sobre el fondo o mérito de las actuaciones, siempre provisional por cierto, debe asumir los criterios de medición de la pena conforme al conjunto de las disposiciones del Código Penal; y, en su caso, si se está ante un concurso ideal o real de delitos, delito continuado o concurso aparente de leyes (o unidad de ley).

∞ Dos pues dos los ejes de este requisito: 1. Gravedad y características del delito imputado. 2. Entidad de la pena que en concreto podría merecer el imputado, a partir de las concretas circunstancias del caso y de las características personales del imputado. La valoración del legislador, respecto de la conminación penal, es desde luego determinante.

36.º Es de entender que si el pronóstico de pena concreta no será, en ningún caso, superior a cuatro años de privación de libertad, ya no cabe analizar el peligrosismo procesal y corresponderá inevitablemente dictar mandato de comparecencia. El juicio de proporcionalidad estricta así lo demanda, sin excepciones.

∞ Otro supuesto se presenta cuando la ley no autoriza, por ejemplo, imponer pena suspendida o reserva de fallo condenatorio, pese a que la pena privativa de libertad no supere ese límite –lo que no obsta, desde luego, a las conversiones autorizadas



legalmente-. Estos preceptos, como es patente, solo se refieren al juicio de medición para la imposición de la pena en la sentencia, consecuentemente, no se opone a que durante el proceso el imputado esté en libertad, para lo cual, en todo caso, pueden imponerse determinadas restricciones, siempre si son razonables para evitar que éste fugue o manipule fuentes de investigación o de prueba o que, en su día, se sustraiga a la ejecución de la pena.

37.º De otro lado, si se trata de delitos especialmente graves, conminados con penas especialmente elevadas -en este punto se ha de seguir el criterio objetivo asumido por el legislador penal, el mismo que está en función a la pena concreta que podría merecer el imputado en caso de condena-, como, por ejemplo: cadena perpetua o pena privativa de libertad no menor de quince años, que exceden con creces los límites mínimos legalmente previstos, siempre se entenderá que es un requisito necesario pero no suficiente para imponer mandato de prisión preventiva, aunque, siguiendo verbigracia a la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE, 119, 342 (350), invariablemente se requerirá la presencia del peligrosismo procesal; no obstante, en la verificación de su existencia, no se debe ser tan exigente para imponer el baremo de sospecha fuerte, sino será de rigor asumir el de sospecha suficiente -grado inmediatamente inferior a la sospecha fuerte- [confróntese: ROXIN/SCHÜNEMANN: *Obra citada*, pp. 376-377], pues el análisis está precedido razonablemente de un dato fuerte de pena elevada, a la que el imputado no es ajeno en cuanto su conocimiento y riesgos -lo que desde ya, legalmente, constituye una situación constitutiva del riesgo de fuga-, y que hace más probable el peligro para el debido cauce el proceso y, por tanto, marca una pauta sólida de riesgo de fuga.

∞ En igual sentido, se debe comprender bajo estas mismas consideraciones aquellas conductas que están vinculadas a la actuación delictiva de personas integradas a la criminalidad organizada, de especial preocupación por la comunidad internacional -que, como apuntó el Secretario General de las Naciones Unidas, KOFI ANNAN, se trata de un flagelo que constituye un problema mundial [PREFACIO. *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Nueva York. 2004. p. iv]- y de una obvia lesividad social que incluso ha merecido la institucionalización de diversos convenios sobre la materia, especialmente la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de diciembre de 2000, cuyos lineamientos básicos han de seguirse en sede nacional.

∞ Cuando se menciona el grado de sospecha "suficiente", siempre en clave de evaluación provisoria del suceso histórico postulado por la Fiscalía, debe entenderse que su acreditación *prima facie* resulta probable -más probable que una futura absolución-, aunque menor que la sospecha vehemente o fuerte [VOLK, KLAUS: *Obra citada*, p. 78]. Es lo que se denomina "probabilidad preponderante", no alto grado de probabilidad, propio de la sospecha fuerte o vehemente [ROXIN-SCHÜNEMANN: *Obra citada*, pp. 475 y 497].



38.º Con motivo de las ulteriores modificaciones de la legislación penal, en especial con la inclusión de la "vigilanceta electrónica personal", cuyas disposiciones vigentes son el Decreto Legislativo 1322, de 6-1-2017, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 004-2017-JUS, de 9 de marzo de 2017, modificado por el Decreto Supremo 006-2018/JUS, de 14 de mayo de 2018, es de rigor asumir una perspectiva adicional a la pena concreta estatuida por el citado artículo 268 del Código Procesal Penal. En efecto, el artículo 5, apartado 1, literal a), del aludido Decreto Legislativo, fijó como baremo "[...] cuando la imputación se refiera a la presunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a ocho años" para la vigilancia electrónica personal. La correcta interpretación de este precepto es que se refiere a la pena concreta, pues de otra forma no se entendería que para el caso de los condenados el límite es, precisamente, ocho años de pena privativa de libertad impuesta (literal 'b' de dicha disposición legal). El principio-derecho de igualdad ante la ley se quebraría si se adoptan dos baremos para definir una misma institución jurídica cuando se trata de identificar el límite penológico correspondiente, que obviamente debe ser el mismo para ambos. Nada justifica razonablemente una opción distinta; ni los fundamentos ni su objetivo político criminal.

39.º Peligrosismo procesal (*periculum libertatis*). Este peligrosismo, afirma GUTIÉRREZ DE CABIEDES, nos remite a los riesgos relevantes, y éstos, a las finalidades constitucionales legítimas de esta medida [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: *Obra citada*, p. 131], por lo que es el elemento más importante para evaluar la validez de una medida de coerción y en él se advierte mejor que en ningún otro elemento las funciones que están llamadas a cumplir las referidas medidas de coerción [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *Obra citada*, p. 113].

∞ El Código Procesal Penal asumió la concepción o teoría de los dos peligros para justificar convencional y constitucionalmente la prisión preventiva: peligro de fuga y peligro de obstaculización. Solo se requiere la concurrencia de un peligro o riesgo procesal concreto para justificar la prisión preventiva; puede ser uno u otro, sin perjuicio de que puedan concurrir los dos peligros. Esta es la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SSCOLDH de 12 de noviembre de 1997, caso Suarez Rosero vs. Ecuador, párr. 77; y, de 20 de noviembre de 2014, caso Argüelles y otros vs. Argentina, párr. 120). A esto se denomina, siguiendo a ORTELLS RAMOS, "situaciones constitutivas del riesgo", y las constancias de su consagración "circunstancias acreditativas del riesgo" [ORTELLS RAMOS, MANUEL: *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*. En: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 244, tomo 254, mayo de 1998, Madrid, pp. 439 y ss.]. El peligrosismo o peligro procesal fundamenta y justifica la prisión preventiva [PÉREZ LÓPEZ, JORGE: *El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva*. En: Revista Derecho y Cambio Social, Lima, 2005, p. 5. SSTC 1821-2006-PH/TC; 1691-2002-HC/TC; y, 2268-2002-HC/TC].



oo A través del *periculum libertatis* se establecen precisamente los fines que puede cumplir la prisión preventiva, y representa la medida de su propia constitucionalidad. Esta prevención, por lo demás, aparta a la prisión preventiva de tener como función la de anticipar la pena, la de calmar la alarma social o la de ser un instrumento de la investigación penal –de modo que el juez estuviera facultado para ordenar el ingreso o salida del establecimiento penal en función de la actitud que adopte el investigado en el proceso, o de su disposición al esclarecimiento de los hechos– [conforme: MORENO CATENA, VÍCTOR y otros: *Obra citada*, pp. 325-326]. Así se ha pronunciado las SSTC 3357-2003-HC/TC, de 2 de agosto de 2002; y, 791-2002-HC/TC, de 21 de junio de 2005).

oo En este mismo sentido, insiste BRUZONNE, los motivos que justifican la prisión preventiva se vinculan en forma directa con los fines del proceso: averiguación de la verdad y cumplimiento del derecho material, en un contexto donde también se reclama que la utilización de la coerción estatal sea racional, proporcionada a sus fines y sólo se utilice como última posibilidad para la solución del conflicto que el derecho penal define como delito [BRUZONNE, GUSTAVO: *La prisión preventiva en su encrucijada. En: La reforma procesal penal a diez años de su implementación en el Perú*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2016, p. 110].

40.º Para la acreditación del riesgo el juez debe apreciar y declarar la existencia del peligro a partir de los datos de la causa –lo que, sin duda, requiere de un complemento subjetivo de muy difícil concreción–, que den cuenta de la capacidad del imputado de huir u obstruir la labor de la investigación; la probabilidad de estos peligros debe ser alta [conforme: BERNAL CUELLAR – MONTEALEGRE LYNETT, *Obra Citada*, pp. 529 y 535]. En todo caso, su determinación obliga al juez, como acota NIEVA FENOLL, a construir una perspectiva de futuro, así como evitando presunciones y, con mayor razón, meras conjeturas [conforme: NIEVA FENOLL, JORDI: *Derecho Procesal III*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 285].

41.º Peligro de fuga. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a (i) los antecedentes del imputado y (ii) otras circunstancias del caso particular, que tratará de eludir la acción de la justicia –existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas, es decir, signos de alta importancia inductiva–.

oo A su vez, para calificar este peligro, el artículo 269 del citado Código reconoció cinco situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, como “*numerus apertus*” –se trata, en todo caso, de tipologías referenciales– [confróntese: DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *Obra citada*, p. 195]. Fijó las siguientes: 1. El arraigo en el país, determinado por su domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país –no, simplemente, de viajar al extranjero– o permanecer oculto. 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una



actitud voluntaria para repararlo. 4. El comportamiento durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal –tal vez, el criterio rector en la materia–. 5. La pertenencia a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

∞ En atención a lo expuesto, es patente que el fin primordial de este riesgo es la realización plena de la tutela jurisdiccional: la huida del imputado frustraría no sólo la futura ejecución de la pena sino, antes, el desarrollo normal del propio proceso penal [GUERRA PÉREZ, CRISTINA: *La decisión judicial de prisión preventiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 151]. Estas situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal son datos que la propia experiencia acredita como determinantes de un mayor o menor peligro, pero datos que abstractamente considerados nada significan, por lo que han de valorarse de modo individualizado [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal*, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 209]. Siempre, caso por caso. Este criterio, pues, como apunta ORÉ GUARDIA, siguiendo a BINDER, es de naturaleza relacional y requiere identificar el vínculo que debe existir entre las circunstancias arriba descriptas y el peligro latente de que el procesado pueda efectivamente sustraerse a la acción de la justicia [ORÉ GUARDIA, ARSENO: *Obra citada*, p. 154].

∞ De estas situaciones específicas constitutivas del riesgo de fuga resalta, desde luego, las características del delito, así como la gravedad del mismo y de la pena. Se trata de una situación inicial y fundamental –abstracta– con fuerte relevancia en el pronóstico de fuga, por cuanto, como es innegable, la frustración de la acción de la Administración de Justicia se evidencia tanto por el hecho de que mayor gravedad más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la justicia, aunque pasados los primeros momentos de la investigación se necesita ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características del imputado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones con otros países, los medios económicos de los que dispone, etcétera– (confróntese: STEDH W. vs. Suiza, de 26 de enero de 1993; y, STCE 128/1995, de 26 de julio).

42.º La ley sitúa estas circunstancias como pertinentes para colegir razonablemente el peligro de fuga, bajo tres lineamientos: (i) que se invoquen como tales, como justificativas del peligro; (ii) que se acrediten desde una sospecha fuerte, que no necesariamente debe ser urgente, pero a la vez los medios de investigación o de prueba adjuntados indiquen cómo así el imputado podrá eludir la acción de la justicia, que tenga la oportunidad de hacerlo –sin explicación de esto último, tampoco se podrá justificar la existencia del riesgo [NIEVA FENOLL, JORDI: *Obra citada*, p. 286]; y, (iii) que las inferencias probatorias, racionalmente utilizadas, autoricen a sostener la existencia del peligro concreto de fuga –no hace falta, desde luego, que si la sospecha fuerte respecto de la imputación y del riesgo de fuga

constan en la causa, se requiera además que el imputado intente de veras escaparse; solo se requiere que exista el riesgo razonable de que pueda hacerlo—.

∞ Cabe resaltar que en el pronóstico de peligro de fuga deben ponderarse todas las circunstancias a favor y en contra de la huida, y evitarse meras presunciones. Los hechos o datos en los que se basa este peligro —las situaciones específicas constitutivas del riesgo procesal— únicamente deben configurarse con una probabilidad que se corresponda con la sospecha fuerte: no se requiere un convencimiento cabal acerca de la verdad de los hechos en los que tal peligro se basa [conforme: VOLK, KLAUS: *Obra citada*, p. 113]. Así, por ejemplo, si el delito tiene previsto una pena elevada, que excede con creces el mínimo legalmente previsto, pero es un extranjero y carece de residencia legal en el país, cabría dictar mandato de prisión preventiva; igualmente, en delitos similares e integración en una organización criminal con contactos en el extranjero, por su propia dinámica delictiva, por sus contactos personales en esos países —v.gr.: lugar desde donde se proporciona la droga y/o se tiene los contactos—, es razonable estimar el persistente riesgo de fuga, aun cuando tenga arraigo social en el país (confróntese: STCE 145/2001, de 18 de junio). Empero, como acotó la STEDH Stögmüller vs. Austria, de 10 de noviembre de 1969, párr. 88, es claro que la simple posibilidad o facilidad que tiene el imputado para pasar la frontera, no implica peligro de fuga; se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé, o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país, que permitan suponer que las consecuencias y riesgos de la fuga, le parecerán un mal menor que la continuidad del encarcelamiento.

43.º En clave de los factores legalmente considerados para estimar el posible riesgo de fuga, se tiene que automáticamente, luego de transcurrido un lapso de tiempo razonable del inicio de la investigación, no puede desprenderse el peligro examinado en atención únicamente a la pena previsible, desde el *fumus commissi delicti*. Los automatismos no son de recibo —este peligro no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos [ROXIN/SCHÜNEMANN: *Obra citada*, p. 375]—. Tienen que agregarse, a la pena previsible y a la naturaleza del delito —sin perjuicio de analizar la entidad del aporte del imputado al hecho delictivo, si se trata de un caso de codelinencia, organización criminal o banda criminal, y el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, su personalidad y sus circunstancias particulares—, otros factores que inciden en el peligro concreto de fuga. No tienen una significación y virtualidad autónomas para justificar en sí mismos la prisión preventiva, pues se trata de presunciones que, en cualquier caso, pueden ser destruidas por los otros datos relevantes del proceso, y que el juez debe explicar la inexistencia de medios para conjugar tal peligro de fuga, a través, por ejemplo, del pago de caución o de una medida alternativa o de restricciones [conforme: STEDH caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1998, párr. 40-44]. Los motivos justificatorios del riesgo de fuga no se pueden apreciar únicamente sobre la base de la gravedad de la pena posible —de ser así, la intensidad en abstracto de la reacción



penal conllevaría una inadmisibles consecuencia procesal directa [JAUCHEN, EDUARDO: *Obra citada*, p. 589]. Deben analizarse, con las prevenciones que luego se expondrán (vid.: párr. 45), en función de un conjunto de elementos suplementarios pertinentes y apropiados ya sea para confirmar la existencia de un verdadero riesgo de fuga, ya sea para hacer patente que ese riesgo es tan improbable que no puede justificar la prisión preventiva [STEDH caso Demirel vs. Turquía, de 28 de enero de 2003, párr. 59, con antecedentes en la STEDH de 8 de junio de 1995].

∞ En realidad, como apunta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, siguiendo la jurisprudencia alemana, la pena amenazada solo puede justificar la adopción de la prisión preventiva si de ella –y teniendo en cuenta el resto de factores– se deducen indicios bastantes de que el encausado intentará huir: pero entonces será esto último, y no una determinada pena amenazada, lo que resulta acreditado y verdaderamente justifica la medida en cuestión. No es suficiente que existan posibilidades de fuga, sino que habrá de resultar acreditado que el encartado piensa también hacer uso de dichas posibilidades. Lo mismo que, en palabras de DAHS, nadie es acusado por el mero hecho de que posea –desde un punto de vista fáctico– la posibilidad de cometer un delito, no es suficiente que exista la posibilidad de huir, sino que tiene que fundamentarse normativamente, además, que existen indicios bastantes de que el imputado va a hacer uso también de dicha posibilidad abstracta [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: *Obra citada*, p. 47].

∞ En esta perspectiva ORTELLS RAMOS, indica que existen dos criterios de peligrosidad de fuga: (i) el criterio abstracto mediante el cual la gravedad del delito y de la pena probable –que pueden ser únicos al inicio de la investigación– permite establecer razonablemente la mayor o menor tendencia del imputado a eludirla a través de la fuga –pero no es el único que debe ser utilizado por el juez vencidos los actos iniciales de investigación–; y, (ii) el criterio concreto que supone valorar las circunstancias personales y sociales del imputado, dado que la comprobación de la existencia o no de “raíces” como la familia, el trabajo, la imagen social de la persona permitirá determinar razonablemente la tendencia del imputado a rehuir el proceso penal [ORTELLS RAMOS, MANUEL y otros: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1994, p. 550]. Es claro, como insisten ROXIN/SCHÜNEMANN, que de ninguna manera es suficiente solamente –en abstracto, se entiende– un domicilio fijo del imputado para negar el peligro de fuga [*Obra citada*, p. 375]. Y, aisladamente la inexistencia de determinado arraigo no genera la aplicación automática de la prisión preventiva, para lo cual ha de valorarse las circunstancias del caso, las otras situaciones específicas constitutivas del referido riesgo o peligro, siempre que no existan otras medidas que pudieran cumplir la finalidad de impedir razonablemente el riesgo de fuga (conforme: Sentencia casatoria vinculante 626-20134/Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 40mo.).

∞ Los otros factores que inciden mayormente en la disposición de medios para la fuga a cargo del imputado –en los injustos de organización, los ligámenes internacionales que puedan existir, a las propias características personales del



imputado, a su capacidad organizativa y de acción, de actuar en un marco organizado, entre otros (conforme: STCE 146/2001, de 18 de junio)–, están en función a la falta de arraigo y a las características concretas y personales del imputado –que son los datos más usados, pues a contrario sensu se entiende, lógicamente, que una situación personal muy consolidada en términos de situación familiar, laboral, económica y de bienes propios y domicilio conocido y estable del imputado, así como su carencia de antecedentes, disminuye notablemente el riesgo de fuga; aunque, por otro lado, apuntan en sentido contrario la condición de prófugo, la presencia de antecedentes registrados o de haber protagonizado alguna huida o intento de fuga o haberse constituido en situación de contumacia por no comparecer a los emplazamientos judiciales, o de incomparecencia injustificada a un llamamiento de la fiscalía o de los órganos jurisdiccionales–.

44.º Los factores fijados en la ley, y otros que pueden estar presentes (así, por ejemplo, la avanzada edad o salud del imputado –STCE 60/2001, de 26 de febrero– la movilidad y contactos internacionales del imputado –STCE 146/2001, ya citada–, o su nacionalidad –Sentencia Corte Suprema 631-2015/Arequipa, de 21 de diciembre de 2015–), deben ser analizados en conjunto con las condiciones personales del imputado y las circunstancias del caso concreto (Sentencia Casatoria 1445-2018/Nacional, de 11 de abril de 2019), sin perjuicio de incluir en el análisis, por ejemplo, como un indicio relevante de fuga el hecho de no devolver el dinero o bienes del que presuntamente el imputado se habría apropiado y que podría estar usando en su provecho (STCE 14/1996, de 29 de enero, FJ 5to.).

45.º El factor tiempo –o incidencia del transcurso del tiempo– es, sin duda, en alguna medida relevante. Racionalmente los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción –en los primeros momentos de la investigación (debe examinarse, por tanto, desde cuándo se iniciaron las averiguaciones del Ministerio Público)– no son los mismos que los que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento –un mayor peso adquieren en los primeros momentos, por la falta de datos, las circunstancias objetivas, tales como las características o tipo delictivo inculpado, la gravedad del delito y de la pena con que se le amenaza–. [confrontar: GIMENO SENDRA, VICENTE: *Obra citada*, p. 681; STCE 128/1995, de 26 de julio, FJ 4to.; STCE 44/1997, de 10 de marzo, FJ. 7mo.; 62/2005, de 14 de marzo; y, 35/2007, de 9 de marzo]. Por tanto, –atento a la jurisprudencia citada– si en un principio –momentos iniciales del procedimiento de investigación– cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad del delito y la posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto.

o La intensidad del juicio de ponderación (requisitos de la prisión preventiva vs. el derecho a la libertad del imputado), entonces, varía o es diferente según el momento procesal en que deba disponer o ratificar la prisión preventiva (en igual sentido:



STEDH, asunto W vs. Suiza, de 26 de enero de 1993). Esta conclusión se funda en que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado y el tipo de delito imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso preventivo, en el que pasan a ser determinantes las circunstancias personales del imputado: arraigo, vinculaciones con el exterior, comportamiento procesal (STCE 62/1996, de 15 de abril, FJ 5to.).

Empero, también es verdad, primero, que siempre, pero con un nivel menos intenso, debe examinarse el posible factor del riesgo (al peso de los medios-fuente de investigación o de prueba, al peso de la sospecha fuerte, debe agregarse el análisis, aunque con menores niveles de intensidad, de la personalidad del imputado y sus relaciones privadas: vínculos familiares, laborales y otros [conforme: LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Prisión preventiva - Límites constitucionales*, Editorial Grijley, Lima, 2016, p.p. 194-195]); y, segundo, que también es posible que con el paso del tiempo no solo disminuyen las circunstancias negativas que puede sufrir el preso preventivo, bien porque pueden debilitarse los indicios que fundaban la culpabilidad, sino que con el avance de la investigación y la perfilarción de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga [ODONE SANGUINÉ: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 132. STEDH caso Blondet vs. Francia, de 5 de octubre de 2004, párr. 41. SSTCE 128/1995, de 26 de julio; 36/1996, de 11 de marzo; 44/1997, de 10 de marzo; 62/1996, de 16 de abril; 259/1996, 24 de septiembre; 23/2002, de 28 de enero; 33/2002, de 8 de marzo. Informe de la CIDH 2/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 28].

46.º El nuevo inciso 5) del artículo 269 del Código Procesal Penal, según la Ley 30076, de 19 de agosto de 2013, consideró como una situación específica constitutiva del referido riesgo "La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas". Al respecto, es de tener en cuenta, primero, que la existencia y la adscripción o reintegración del imputado a una organización criminal ha de estar acreditada a nivel de sospecha fuerte, y según lo indicado en el Fundamento de Derecho Cuarto respecto a sus exigencias típicas -contundencia de un dato objetivo inicial, de un delito grave- (la Sentencia Casatoria Vinculante 626-2013/Moquegua, de 30 de junio de 2015, FJ 58vo., exigió que se verifiquen sus componentes). Segundo, que si bien lo criminológicamente aceptado es que, por lo general, se da este peligro debido a las facilidades que se tienen por parte de la delincuencia organizada para favorecer la impunidad de sus miembros y que no necesariamente se requiere de una actuación propia del imputado para huir u



ocultarse y, también, para obstaculizar la actividad probatoria –que, como dice la STCE 145/2001, de 18 de junio de 2001, unidas a otros datos concurrentes, se sobreponen al arraigo familiar y su compromiso de no eludir la acción de la justicia–, ello en modo alguno importa asumirlo como una presunción contra reo. Tercero, que no solo es de analizar la concreta conducta riesgosa que se le atribuye, sino que su acreditación, dado lo anterior, requiere por lo menos el nivel de una sospecha suficiente, en función a la pena esperada, a sus características personales, a sus contactos con el exterior, etcétera; ésta no puede funcionar como dato autónomo y suficiente en sí misma.

o El profesor ASENCIO MELLADO indicó, sobre este punto, primero, que el precepto en cuestión no autoriza la prisión preventiva por el mero hecho de estar el imputado integrado en una organización criminal; y, segundo, que es una regla ciertamente excepcional de aplicación restringida, y solo opera en los casos en los que, perteneciendo el imputado a una organización criminal o concurriendo la posibilidad de su reintegración en la misma, a su vez, sea la propia agrupación delictiva la que puede proporcionar los medios para facilitar la fuga del imputado al proceso o, incluso, la obstaculización de la investigación [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Obra citada*, p. 832].

47.º Peligro de obstaculización. El literal c) del artículo 268 del Código Procesal Penal identificó este riesgo, siempre que sea razonable colegir, en razón a los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular, que tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) –también requerirá la existencia de datos objetivos y sólidos, no de meras conjeturas–. Esta segunda finalidad o requisito también tiene carácter procesal; y, en definitiva, trata de evitar que la libertad sea aprovechada por el imputado para obstruir la investigación y, especialmente, el eventual enjuiciamiento del caso, actuando de modo fraudulento sobre las pruebas del delito que pudieran obtenerse –atentando ilícitamente la meta de esclarecimiento propia del proceso penal– [GUERRA PÉREZ, CRISTINA: *Obra citada*, pp. 161-162]. Por tanto, se trata de un motivo suficiente para disponer la prisión preventiva, pero lógicamente ha de durar el tiempo imprescindible a estos efectos (STEDH, caso Ringeinsen vs. Alemania, de 16 de julio de 1971).

48.º Para calificar este peligro, el artículo 270 del referido Código identificó tres situaciones específicas constitutivas del citado riesgo o peligro, siempre entendidas, conforme a la primera norma, en sentido enumerativo no taxativo [LLOBET RODRIGUEZ, JAVIER: *Proceso Penal Comentado*, 6ta. Edición, 2017, p. 402], invariablemente desde una actuación comisiva fraudulenta –así asumidas por las SSTEDH caso Clooth vs. Bélgica, de 12 de diciembre de 1991, párrs. 40 y 44; y, caso Bouchet vs. Francia, de 20 de marzo de 2001, párr. 46–. Fijó las siguientes: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba en pureza, fuentes-medios de investigación o de prueba, materiales–. 2. Influirá para

que coimputados, testigos (incluso víctimas) o peritos –órganos de prueba, fuentes-medios de prueba personales– informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos. La sospecha fuerte de estas situaciones –datos o indicadores materiales–, por cierto, consolida que el imputado, por ello, dificultará la meta de esclarecimiento del proceso. Es inadmisibles, como enseñan ROXIN-SCHÜNEMANN, deducir automáticamente la existencia de este peligro a partir de la posibilidad de entorpecer que se presenta en el caso concreto; antes bien, ese peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas [ROXIN-SCHÜNEMANN: *Obra citada*, p. 376].

49.º Debe analizarse la persona, el comportamiento, las relaciones, las condiciones de vida del imputado, todo en relación con el caso concreto y el interés o posibilidad que tenga el imputado de obstaculizar la prueba [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Obra citada*, p. 402]. No es legítimo invocar las “necesidades de la investigación” de manera general y abstracta; dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la libertad del acusado [Informe CIDH 2/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 34]. Se ha de valorar y concluir, por parte del imputado, una capacidad y aptitud de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de convicción, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta [conforme: ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Obra citada*, p. 829].

∞ Se trata de garantizar lo que la doctrina denomina “protección pasiva” de las fuentes de investigación o de prueba y del proceso, dirigida a obtener la abstención del imputado respecto de determinadas conductas consideradas legalmente como determinantes para afectar la actividad de investigación y de prueba [DEL RIO LABARTHE, GONZALO: *Obra citada*, p. 221].

50.º En suma, son dos los fines a los que se supedita este riesgo: (i) que las fuentes de investigación o de prueba que se pretende asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento del objeto penal, esto es, para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, lo que excluye las fuentes de prueba tendentes a acreditar las responsabilidades civiles; y, (ii) que el peligro de la actividad ilícita del imputado o de terceros vinculados a él sea concreto y fundado, para lo cual se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de investigación o de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos, agraviados, peritos o quienes pudieran serlo [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, 1ra. Edición, Editorial Civitas, 2012, Pamplona, p. 632]. El imputado ha de tener una auténtica capacidad para, por sí solo o por medios de terceros, influir en las actividades tendentes a menoscabar las fuentes-medios de investigación o de prueba; y, además, desde la garantía de presunción de inocencia, están excluidos como condiciones determinantes del peligro de obstaculización los actos derivados del ejercicio del derecho de defensa del imputado o como respuesta a su falta de colaboración en la investigación [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal*, *Obra citada*, p. 212].

o La Fiscalía debe aportar datos acerca de la existencia real del riesgo de obstaculización, y para tal fin aun cuando venga identificado con un pronóstico de futuro, que como tal es relativamente incierto, debe resultar real y no meramente presunto. Los grados de peligro objetivo y de peligrosidad subjetiva deben ser medidos por el juez *ex ante* y debe constar ante él los datos fácticos que evidencian la existencia real del riesgo de obstaculización (STCE 62/2005, de 14 de marzo).

51.º El imputado, desde luego, no tiene la obligación de descubrir las fuentes de investigación o de prueba que puedan incriminarle o de aportarlas al proceso —el *ius tacendi* tiene una jerarquía constitucional enraizada en la garantía de defensa procesal y, además, la verdad no se puede obtener a cualquier precio—. El precepto en cuestión pretende evitar que el imputado destruya huellas o vestigios materiales del delito, o que altere documentación que puede relacionarle con su comisión, o que se concierte con terceros o los intimide para que no declaren la verdad sobre los hechos en su contra, etcétera —en pureza, oculte medios de investigación o de prueba decisivos para el resultado del proceso—; el antidoto contra este riesgo no está destinado a mermar el derecho de defensa, no tiene el rol de instrumento de la investigación, de modo que el juez estuviera facultado para hacer saber al imputado que va a ordenar su ingreso en prisión en función de la actitud que adopte en el proceso de su disposición al esclarecimiento de los hechos [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Obra citada*, p. 632].

o En esta misma línea no constituyen circunstancias de las que quepa deducir el riesgo de destrucción probatoria por parte del encausado o datos que en ocasiones son mencionados como tales, por ejemplo, la complejidad de la causa. Ello es así, explica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, porque no denota, en modo alguno, el riesgo de destrucción probatoria. Y la imposición de tan grave medida por esta sola circunstancia resultaría, si no muestra de la impotencia del investigador, si un instrumento de “presión” ilegítima sobre el encausado, no tan lejana de la antigua *confessio per torment*, es decir, de “tortura indagatoria” [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO: *Obra citada*, p. 165].

52.º Es claro, por lo demás, que este peligro, nunca afirmado de manera general y abstracta, se debilita, disminuye o desaparece (i) con el fin de la investigación y con la sumisión del imputado y sus cómplices a juicio —la STEDH caso Muller vs. Francia, de 17 de marzo de 1997, señaló que a partir de la culminación de la investigación preparatoria no era posible (en principio y según el caso concreto, como es obvio) estimar la existencia de riesgo para la obtención de pruebas del caso—; (ii) en la proporción y en la medida en que las investigaciones son efectuadas y las pruebas concluidas (SSTEDH caso Letelier vs. Francia, de 26 de junio de 1991, párr. 39; y, caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1998, párr. 95); o (iii) cuando las personas probablemente intimidadas o corrompidas por el imputado o terceros ya han sido interrogadas suficientemente [Informe CIDH 2/97, párr. 35]. Además, como apunta KÖHNE, este peligro pierde su razón de ser (iv) cuando los



actos de obstaculización ya no son posibles; por ejemplo, cuando los medios de prueba ya han sido asegurados, o bien la única prueba incriminatoria que se podía falsear ya ha sido alterada [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Obra citada*, p. 402], o cuando no tiene conocimientos ni medios para manipularlos.

53.º Desde las circunstancias acreditativas del riesgo de obstaculización, éstas deben ser tan graves como para no poder ser evitado a través de otra medida de coerción o recurriendo a la medida de seguridad procesal de protección de testigos y peritos. Debe evaluarse la concreta disposición del imputado a ocultar pruebas, lo que no implica pocos problemas –determinados hechos, como enseñan ROXIN-SCHÜNEMANN, tienen que fundamentar este peligro [*Obra citada*, p. 376]. Consecuentemente, es del caso averiguar, primero, la existencia de conductas previas de destrucción de pruebas que haya podido llevar a cabo el imputado, lo que por lo general ocurre en los primeros momentos de la investigación y cuando se entera que se ha descubierto el delito; y, segundo, cuando ello no sea posible, es de analizar si por el hecho de que esté el imputado en libertad es más sencillo que oculte pruebas –inminente localización de las fuentes y la conveniencia de impedir que pueda acercarse a las mismas, o acreditar que se halla en curso la investigación para conseguir la averiguación de dicha localización, aún desconocida por la autoridad, pero que podría ser obstaculizada por el imputado en caso de estar en libertad– [NIEVA FENOLL, JORDI: *Obra citada*, pp. 288-289].

54.º Este peligro incide en riesgos de la comisión, por el imputado, de conductas determinadas que develen su intención de suprimir las pruebas. Si se trata de pruebas materiales el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia de los testigos –agraviados incluidos–, peritos o coimputados [conforme: PÉREZ LÓPEZ, JORGE: *Obra citada*, p. 7. SSTEDH caso Wemhoff vs. Alemania de 27 de junio de 1968, párr. 14; caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1992, párrs. 92-95].

55.º Es de tener presente que el peligro de obstaculización, desde una perspectiva dogmática, a diferencia del peligro de fuga, por lo general, no se extiende en el tiempo con la misma virtualidad que este último peligro. Es una causal de menor entidad expansiva en orden al tiempo de vigencia de la medida –no puede tener eficacia o utilidad durante el curso íntegro de la investigación y del enjuiciamiento, a diferencia del peligro de fuga que sí puede tener esa presencia–, pues tal peligro de obstaculización es posible que pueda ser eliminado con la utilización efectiva de medidas de protección, ocupación o incautación de fuentes de prueba material y anticipación probatoria en el caso de la prueba personal. Por ende, el plazo de duración debe ser tendencialmente más breve y no necesariamente igual que el correspondiente al peligro de fuga (conforme: LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Obra*



citada, p. 402. NIEVA FENOLL, JORDI: *Obra citada*, p. 289). Su plausibilidad, por lo común, es patente en los primeros momentos de la investigación, pero en un plazo más breve que el previsto para el peligro de fuga, pues ordinariamente hay medidas menos dañosas para la libertad del encausado y que igualmente aseguran el material probatorio. Entonces, se deberá practicar tan pronto sea posible los registros pertinentes, tomar declaración a los testigos supuestamente susceptibles de ser influidos, etcétera, y para ello no son necesarios tiempos prolongados [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER: *Obra citada*, pp. 47-48].

∞ ASENCIO MELLADO, con acierto, postula que no puede trazarse en abstracto una equiparación temporal entre los peligros de fuga y de obstaculización, que en este último caso, como quiera que es posible una labor inmediata de aseguramiento de los elementos y fuentes de prueba e, incluso, su práctica anticipada, el plazo de la prisión preventiva debe reducirse [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Obra citada*, p. 223].

∞ Sin embargo, en casos de organización criminal o de banda criminal, por sus propias características, el riesgo objetivo de obstaculización es más intenso desde un primer momento y puede prolongarse consistentemente en el tiempo, tanto más si el aseguramiento de las fuentes de investigación o de prueba puede ser difícil o complicado y prolongado, en especial de las fuentes personales que requerirán, de ser el caso, en función a las necesidades de protección, anticipaciones probatorias (artículos 247 y 242 del Código Procesal Penal).

§ 6. PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

56.º El criterio rector, desde el principio de proporcionalidad, es que la prisión preventiva durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines que la legitiman y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción (superación de los riesgos que se quieren evitar) -requisito de temporalidad-. Los plazos integran la garantía constitucional de la libertad (STCE 127/1984, de 26 de diciembre). Existen dos valores que deben asumirse para concretar la razonabilidad de la duración del plazo: de un lado, valores de defensa social, circunscriptos al peligro de fuga y al temor a la abolición o destrucción de pruebas; y, de otro lado, valores de índole individual, referidos al carácter del sujeto, moralidad, domicilio, profesión, recursos, lazos familiares (STEDH, caso Neumeister vs. Austria, de 27 de junio de 1968).

∞ El legislador ha incorporado plazos máximos en el artículo 272 del Código Procesal Penal, establecidos en razón al tipo de proceso seguido, que a su vez, por problemas no controlables derivados del curso de la investigación y del proceso, pueden ser prolongados o prorrogados conforme al artículo 274 del citado Código. Es claro, empero, que no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión preventiva -en cada caso penal- pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que

conlleva valorar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito (STC 2915-2004-HC/TC, de 23 de septiembre de 2004).

∞ La prolongación de la prisión preventiva, como es obvio, no procede cuando la dilación del proceso se deba a una causa no razonable y ajena al imputado preso preventivo [CHOCLÁN MONTALVO – CALDERÓN CEREZO: *Obra citada*, p. 271], y, en todo caso, ha de ser adoptada antes de que el plazo inicial haya expirado, pues se trata de un plazo de caducidad (STCE 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2do; y, STCE 22/2004, de 23 de febrero, FJ 4to.) –esta obra del legislador ordinario integra la garantía de la libertad, pero no la agota (STCE 8/1990, de 18 de enero, FJ 4to.)–.

∞ Sobre el plazo legal de la prisión preventiva ha de entenderse que no coincide con el plazo razonable de duración del proceso en su conjunto, y debe ser mucho menor, pues el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso [Informe CIDH 12-96, de 1 de marzo de 1996. SCoIDH caso Barreto Leiva vs. Venezuela, de 17 de noviembre de 2009, párr. 119]. El derecho a un plazo de prisión preventiva razonable impone, a su vez, una obligación al Estado de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad [SCoIDH caso Bayarri vs. Argentina, de 30 de octubre de 2008, párr. 70].

57° El plazo, que ha de ser fijado por el juez en el auto de prisión preventiva, previa petición fundamentada y específica del fiscal, como se indicó, no puede establecerse desde una perspectiva abstracta, sino de acuerdo con las particularidades de cada caso; y, si se prolonga o prorroga, debe mediar una sustentación apoyada en razones relevantes y suficientes que la justifiquen, a través de una motivación particularmente convincente [INFORME CIDH, sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, de 30 de diciembre de 2013, párr. 177]. Incluso, es de tener presente que, sin rebasarse tales plazos, también puede vulnerarse este derecho fundamental si el proceso queda paralizado sin causa de justificación alguna –es decir, existencia de tiempos muertos– y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida o paralización del procedimiento (conforme: STCE 206/1991, de 30 de octubre).

∞ Para fijar el plazo de la prisión preventiva se ha de tener en cuenta (i) la dimensión y complejidad de la investigación, así como las demás actividades del proceso en sede intermedia y de enjuiciamiento –a partir del análisis de la Disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria y de los nuevos aportes que pueda fundar el fiscal, así como de los argumentos de la defensa–; (ii) la gravedad y extensión del delito imputado; (iii) la dificultad y cantidad de actos de investigación que sea menester llevar a cabo; (iv) las actuaciones de investigación ya realizadas –especialmente en sede de diligencias preliminares–; (v) la necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional; (vi) la obligación, por la naturaleza de los hechos investigados, de



realizar actividades periciales complejas; (vii) la presencia o ausencia de los imputados en la causa y el comportamiento procesal de estos últimos; (viii) el riesgo de fuga subyacente y las posibilidades de conjurar el riesgo de obstaculización mediante anticipación probatoria o incautaciones de documentos, entre otras.

∞ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, respecto de la complejidad del asunto, señaló diversos criterios. Entre ellos, la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, las características del derecho interno de los Estados, y el contexto en que ocurrieron los hechos –entre otras, SCofDH caso Furlan vs. Argentina, de 31 de agosto de 2012–. Respecto de la actividad procesal del interesado, un criterio a tomar en cuenta es si los sujetos procesales realizaron las intervenciones en los procesos que le eran razonablemente exigibles –entre otras, SCofDH caso Formicón e hija vs. Argentina, de 27 de abril de 2012, párr. 69–.

∞ Desde luego, no se pueden dictar reglas fijas ni estipular tiempos estandarizados, pero los criterios arriba enunciados apuntan a racionalizar la determinación del plazo de duración de la prisión preventiva en cada caso en particular. La pauta que, desde otra perspectiva, debe tenerse en cuenta es que el fiscal, en casos de prisión preventiva, está obligado a realizar actos de investigación con la razonable celeridad que merece un preso preventivo quien es además un presunto inocente –garantía examinada desde la perspectiva de regla de tratamiento–.

58.º Por otro lado, en materia de sucesión de leyes sobre prisión preventiva en el tiempo, por su implicancia en el derecho fundamental material de libertad personal, se debe aplicar, entre la norma que la reguló y que decidió la medida y la norma posterior, aquella que es más favorable a la libertad personal (aplicación retroactiva más favorable) –así lo dispone el artículo VII, apartados 1 y 2, del Título Preliminar del Código Procesal Penal–.

59.º Es pertinente anotar, respecto de la fijación del plazo de la prisión preventiva, que, en ningún caso, puede erigirse como causa de justificación las dilaciones indebidas, ni la sobrecarga de trabajo, protagonizadas por una fiscalía determinada (salvo que esa causa sea meramente coyuntural y el Estado prontamente la remedie). Un factor a examinar es, como se anotó, el comportamiento sinuoso del imputado o su defensa –actividad de defensa obstruccionista–, como por ejemplo: introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse u ocultarse, no comparecer injustificadamente, cambiar permanentemente de defensores para lograr la demora o cuando una organización criminal que le protege mediante coacciones constantemente a los defensores para que renuncien a fin de obstaculizar el proceso, o interponer impugnaciones que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenadas a la desestimación (STC 4124-2004-HC/TE, de 29 de diciembre de 2004).

∞ En cambio no puede considerarse como práctica dñatoria el ejercicio de los derechos procesales por parte del imputado–. La actividad investigativa de la

Fiscalía, como es de enfatizar, ha de ser diligente, y ha de ser examinada a la luz de la complejidad del caso y de lo que en efecto realizó. Así: SSTEDH caso Tomasi vs. Francia, de 27 de agosto de 1992; caso Van der Tang vs. España, de 13 de julio de 1995; caso Buchholz vs. Alemania, de 6 de mayo de 1981; caso I.A. vs. Francia, de 23 de septiembre de 1998, párr. 111; caso Lukoic vs. Serbia, de 26 de marzo de 2013, párr. 46; y, Zimmermann y Steiner vs. Suiza, de 13 de julio de 1983; y, caso Labita vs. Italia, de 6 de abril de 2000, párr. 152. SCOlDH caso Suárez Rosero vs. Ecuador, de 12 de noviembre de 1997, párr. 72. Informe CIDH 46/13, de 2013, de 30 de diciembre, párr. 166-169.

∞ El Tribunal Constitucional ha incorporado otro supuesto de conducta maliciosa o conducta obstruccionista del imputado, que en todo caso debe ser probada por la fiscalía. Se trata de las premeditadas faltas a la verdad que desvían el adecuado curso de las investigaciones. Es verdad que el imputado tiene derecho al silencio y a no confesarse culpable —expresiones del *ius tacendi*—, en tanto que a la fiscalía le corresponde acreditar los hechos constitutivos de la infracción y de la culpabilidad, pero “[...] ello no le autoriza —al imputado— para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso” [STC 0376-2003-HC/TC. CÁCERES JULCA, ROBERTO: *Las medidas de coerción procesal*, Editorial IDEMSA, Lima, 2006, p. 27].

60.º La Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporó otro elemento para determinar la razonabilidad del plazo —que unió a (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades judiciales (Ministerio Público y su ayudante principal: la Policía Nacional, así como del propio Poder Judicial)—: (iv) la afectación generada en la situación de la persona involucrada en el proceso, que es expresión clarísima del principio de proporcionalidad en orden a la prisión preventiva [véanse: Sentencia del caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, de 29 de enero de 1997, párr. 77; y, entre otras, Sentencia del caso Tenorio Roca vs. Perú, de 22 de junio de 2016, párr. 238]. En base a este cuarto elemento se debe tener en cuenta, como criterio rector, que las autoridades deben actuar con mayor diligencia en aquellos casos donde de la duración del proceso depende la protección de otros derechos de los sujetos del proceso —entre otras, sentencia del caso Jaramillo y otros vs. Colombia, de 27 de noviembre de 2008, párr. 155—.

∞ De otro lado, si bien en la sentencia del caso Andrade Salmón vs. Bolivia, de 1 de diciembre de 2016, párr. 178, previno que, en el supuesto de personas políticamente activas y desde el principio de proporcionalidad, se extreme el cuidado para fijar el plazo de la prisión preventiva —y para determinar la razonabilidad del plazo del proceso en su conjunto—, desde luego no prohibió dicha medida de coerción personal, pues en el Estado de Derecho la prisión preventiva está condicionada a la tutela de los fines constitucionales que le corresponden (ver párr. 1). En tal virtud, la COlDH solo recomendó que, en lo posible y, desde luego, siempre que la complejidad y características de la causa lo permita, que los plazos del proceso se

abrevien y se extrene la debida diligencia en la tramitación de la causa, en tanto que un factor adicional de apreciación debe ser, precisamente, los efectos que tal exclusión podría generar en la participación democrática de aquellos en los asuntos públicos.

∞ Por consiguiente, en este supuesto, solo se presenta un elemento más en el juicio de ponderación, en tanto que el principio-derecho de igualdad obliga a que la limitación de los derechos sean de pareja exigencia por parte de cualquier persona. Este elemento adicional, junto con los demás y siempre sujeto al respectivo juicio de ponderación, es el derecho de intervención en los asuntos públicos en una sociedad democrática. Ello implica, según se anotó, un mayor rigor en la determinación del plazo que usualmente se considera razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de Derecho, pero de ninguna manera se erige en un factor por sí mismo determinante para, sin mayor análisis, decretar plazos mínimos que no se ajusten a las necesidades de la justicia penal.

61.º Desde los plazos máximos debe precisarse, según ya se puntualizó, que no necesariamente puede equipararse el plazo fijado para el peligro de fuga al plazo fijado para el peligro de obstaculización. Es verdad que la ley, al establecerlos genéricamente, no introdujo, positivamente, una diferenciación. Empero, en función al principio de proporcionalidad y a la garantía de presunción de inocencia como regla de tratamiento, es de rigor realizar una interpretación del precepto legal compatible con estas exigencias constitucionales; de suerte que, por ejemplo, el plazo máximo en los delitos vinculados al crimen organizado (tres años, prorrogables un año más) debe ser extraordinario -este plazo ha sido cuestionado incluso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por ser contraria a aquellas acciones que buscan racionalizar el uso de la prisión preventiva de conformidad con estándares internacionales en la materia, y como parte de un abordaje comprensivo de los aspectos técnicos de la problemática delictiva y de la aplicación eficaz del sistema criminal [INFORME CIDH: *Medidas para reducir la prisión preventiva*, de 3 de julio de 2017, párr. 51]. A estos efectos ha de tomarse en consideración (i) las características del caso concreto, (ii) su propia complejidad tanto para obtener las fuentes de investigación o de prueba como para asegurarlas y protegerlas, (iii) las perspectivas específicas de la prognosis del comportamiento de las personas respecto de los hechos y de la formación de la prueba de cargo, y (iv) las de sus vinculaciones de los imputados entre sí y los contactos con otras personas que configurarían riesgos concretos a las fuentes de prueba -en especial a los órganos de prueba- y a los medios de prueba.

∞ Cuando se trata de plazos máximos -en especial el de treinta y seis meses- han de merecer una justificación especial y revisión continua, periódica y precisa, sin acudir a argumentos genéricos obviando la determinación de supuestos específicos y controlables.

∞ Desde luego, es de enfatizar que no necesariamente puede equipararse, en concreto, el plazo para los peligros de fuga y de obstaculización. Este último, según



las circunstancias del caso y las características de los imputados, tendencialmente –y siempre sujeto a las características del asunto en ciernes– ha de ser más breve que el peligro de fuga, y estará en función (i) a qué concreto riesgo quiere evitar, y (ii) en qué medida su superación depende de las acciones celeres que deba realizar el Ministerio Público para conjurarlas.

§ 7. AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA

62.º La audiencia de prisión preventiva es una garantía de rango legal, cuya interpretación y aplicación compete a la jurisdicción penal ordinaria –no viene, como acto procesal, exigida por la Constitución [conforme: STCE 108/1997. GIMENO SENDRA, VICENTE: *Los procesos penales*, Tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, pp. 183-184]. El Código Procesal Penal ordena que la prisión preventiva se dilucide bajo los principios de igualdad de armas, oralidad, inmediatez y contradicción, así como por la garantía de imparcialidad del juez decisor.

∞ El artículo 271 del Código Procesal Penal estatuye, en resguardo de la garantía de imparcialidad judicial, que se formule un expreso requerimiento del Ministerio Público de prisión preventiva y que se celebre una audiencia, oral y contradictoria. Se trata de una audiencia, que puede denominarse “audiencia preparatoria, propia de la etapa de investigación preparatoria (artículo 321, apartado 1, del Código Procesal Penal), para diferenciarla de la audiencia preliminar, específica de la etapa intermedia (artículos 345, apartado 3, y 351, apartado 1, del Código Procesal Penal), y de la audiencia principal, privativa de la etapa de enjuiciamiento o juicio oral. Esta audiencia debe realizarse, en principio, con la asistencia obligatoria del fiscal, del imputado y de su defensor –la audiencia es imperativa o preceptiva– (artículo 356 del Código Procesal Penal). Empero, en caso que el imputado, por cualquier motivo, se niegue a estar presente, será representado por su abogado o, si este último no asiste, por el abogado defensor público, en la medida en que el abogado de confianza tampoco asista, sin perjuicio de la medida disciplinaria respectiva. Como mínimo indispensable, entonces, deben intervenir el fiscal y el abogado defensor (de confianza o público). Están excluidas, por falta de legitimación, las partes civiles.

63.º La regla típica o exclusiva es que la audiencia es improrrogable, y se realiza dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento fiscal. Las reglas complementarias, en lo pertinente, son las señaladas en el artículo 8 del citado Código, sin perjuicio de asumir los principios que dimanar de toda audiencia en los que primará los principios procesales de contradicción e igualdad de armas y los principios procedimentales de oralidad, inmediatez y concentración.

∞ La audiencia no es probatoria. Luego, no se actúan o ejecutan medios de investigación o de prueba, más allá de los medios de investigación documental y documentado que puedan presentarse por la fiscalía, el imputado y su defensa –que pueden importar, incluso, prueba documental o, en su caso, prueba documentada



(actas de diligencias) no adjuntadas en el expediente fiscal materia de exhibición-, los cuales por cierto serán objeto de mención a efectos de su pertinencia y utilidad para el caso y de la respectiva apreciación. No cabe su lectura ni un debate específico de su mérito probatorio –propio del debate probatorio–; solo alegación sobre su relevancia a los fines de la sustentación de la pretensión o de la resistencia.

64.º La prisión preventiva, como institución procesal, y su audiencia, como expresión de su lógica oral y contradictoria de este procedimiento coercitivo, están sometidas al principio acusatorio –más propiamente, de rogación–. El fiscal es quien exclusivamente puede solicitar la medida de prisión preventiva. Las otras co-partes y el juez –este último, de oficio– no pueden hacerlo. La audiencia es, como se anotó, obligatoria para acordar, a instancia del fiscal, la prisión preventiva.

65.º Es obvio, desde el principio de contradicción, que el ejercicio del derecho de defensa requiere de la comunicación previa de los cargos y de las fuentes-medios de investigación o de prueba que correspondan (artículo IX, apartado 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal), y que sustenten el requerimiento de prisión preventiva –compatible, por cierto, con los cargos expuestos en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, que traduce la inculpación formal o promoción de la acción penal–, el mismo que será fundamentado e incluirá los anexos respectivos. El uso de la tecnología, desde luego, no puede limitarse, por lo que es factible que a través de esos medios tecnológicos adjunte el requerimiento y las fuentes medios de investigación o de prueba que sustenten su solicitud.

66.º En procesos simples, obviamente, el plazo de cuarenta y ocho horas fijado para la celebración de la audiencia resultaría razonable, no así en procesos complejos o contra organizaciones criminales, por lo que, en cumplimiento del derecho instrumental de la garantía de defensa procesal de exigencia de un tiempo razonable para prepararla (artículo IX, apartado 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal), cabe señalar un plazo distinto, judicial (artículo 142 del Código Procesal Civil), que siempre tenga en consideración el principio de cognición limitada, propio de toda medida de coerción, y la máxima de aceleramiento procesal para su señalamiento, desarrollo y decisión. El principio de contradicción está modulado o delimitado por la naturaleza y notas características del proceso de coerción procesal, en que se incardina la prisión provisional –en especial, que es un procedimiento sumario, o sea corto o breve, y de cognición limitada–. No puede equiparse, por consiguiente, la amplitud de las reglas de la audiencia principal con las de la audiencia preparatoria. Por lo demás, como señaló la STEHD caso Neumeister vs. Austria, de 27 de junio de 1968, si para examinar la medida y, en su día, los recursos, se siguiera o abriera un juicio contradictorio, la consecuencia sería una demora que se debe evitar en esta cuestión.



67.º El Juez de la Investigación Preparatoria debe cuidar que el conocimiento de los cargos y de las fuentes-medios de investigación o de prueba sea efectivo; y, a su vez, cumplido este cometido, debe garantizar un debate contradictorio que incida en lo esencial y permita debatir concisamente lo nuclear de la pretensión del fiscal y de la resistencia de la defensa. No es de recibo que el juez consienta una exagerada y tediosa exposición de la pretensión y de las resistencias, más aún si en el primer caso ésta se ha expresado por escrito y fundamentado. Estas audiencias, salvo casos excepcionales, no pueden durar horas y horas, y con réplicas y dúplicas reiterativas, o intervenciones secuenciales interminables o repetitivas según cada presupuesto material de la prisión preventiva requerida. Su enfoque debe ser unificado e integrado a fin de reliviar el argumento principal y consolidar la pretensión o la resistencia.

∞ No puede continuar una desnaturalización tan desmedida del tiempo de intervenciones, y que implícitamente se alicite la desmesura y la confusión, así como se desnaturalice la indispensable claridad de los argumentos e, indirectamente, se facilite un intercambio de agravios o calificaciones personales entre la fiscalía y la defensa. El juez debe precisar el tiempo -único- que las partes tienen para fijar sus pretensiones y resistencias, el cual debe definirse en función a las características de la causa; y, además, debe cuidar que las intervenciones incidan en lo rigurosamente necesario o imprescindible. Desde esta perspectiva el artículo 20 del Reglamento de Audiencias, aprobado por la Resolución Administrativa 096-2006/CE-PJ, estipula que el juez dará el uso de la palabra a quien cuyo pedido motivó la audiencia; y, luego, dará el uso de la palabra por igual término a las demás partes, sin perjuicio de intervenir en el momento que lo considere pertinente a fin de solicitar precisiones y esclarecimientos de las alegaciones.

∞ El destinatario de los debates contradictorios es el juez. Éstos, como es obvio, se sustentan tanto en la ley como en los medios-fuentes de investigación o de prueba acompañados a la audiencia por el fiscal y las partes, datos que el juez siempre revisará -no es suficiente la mera referencia de las partes-, pues es a él corresponde verificar la correspondencia de las afirmaciones fácticas de las partes con los hechos discutidos y las exigencias de la ley, así como los datos o medios de fuentes-medios de investigación o de prueba expuestos en su desarrollo -no es de recibo, por tanto, lo prescrito en la última oración del artículo 22 del ya citado Reglamento de Audiencias, en el sentido de que: "La decisión, sin embargo se basará fundamentalmente en información que surja del debate contradictorio realizado en audiencia"-.

El juez, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, al decidir, de un lado, debe controlar la pertinencia y coherencia de las argumentaciones, su correspondencia con los hechos y el material instructorio o probatorio, su validez jurídica, y apreciar las fuentes-medios de investigación o de prueba conforme a la sana crítica judicial; y, de otro lado, ponderar los razonamientos jurídicos de las partes.

∞ Será del caso, en consecuencia, fijar un plazo único de duración de las intervenciones -tendencialmente breve- y ser muy exigente con el rigor expositivo, la concisión y lo esencial de los argumentos acusatorios o defensivos -las



exposiciones han de ser verdaderas, desde los datos de la causa -con información de calidad-, sucintas y enfocarse en los aspectos centrales del caso-. El juez tiene la dirección material de la audiencia -no ha de permanecer pasivo- y debe, por tanto, ejercer sus poderes de dirección para evitar todo tipo de desnaturalización de la audiencia de prisión preventiva y, a su vez, garantizar su brevedad y rigor.

§ 8. AUTO DE PRISIÓN PREVENTIVA

68.º El artículo 271, apartado 3, del Código Procesal estipula, como se analizó, que el auto de prisión preventiva que profiera el Juez de la Investigación Preparatoria será especialmente motivado (motivación reforzada o cualificada) -se ha de haber ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que la justifican (STCE 28/1995, de 26 de julio de 1995, FJ 4to. b)-. Además, el apartado 2 del citado precepto estipula que la resolución será oral, pues se expedirá en la audiencia sin necesidad de postergación alguna.

69.º Que el auto de prisión preventiva sea oral, dada la preponderancia -que no exclusividad- del principio de oralidad en el proceso penal nacional y que deriva de una audiencia, no significa que su contenido difiera del expresado en apartado 3 del artículo 271 del Código Procesal Penal, ni que se aparte de lo dispuesto -en términos generales- en el artículo 123, apartado 1, del mismo Código y, en lo pertinente, en el artículo 122 del Código Procesal Civil.

70.º Es verdad que el artículo 139, inciso 5, de la Constitución impone la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, al igual que el artículo 2, numeral 24, literal f), de la Constitución -para casos de privación procesal de la libertad personal-. La exigencia de la escrituralidad, como se sabe, apunta a que se conozca -por las partes y la ciudadanía- el tema en discusión, se sepan las razones de hecho y de derecho adoptadas y se advierta por qué el juez decide de una u otra manera, y a que, una vez proferida la resolución, ésta conste en un archivo seguro y no pueda ser alterada o manipulada, a la vez que pueda consultarse por la opinión pública, en el modo y forma de ley -que es la expresión de la garantía de publicidad y del principio de transparencia-.

º De otro lado, la escrituralidad de la resolución en un texto en papel permite, dada su pretendida estabilidad y seguridad, no solo la efectividad de la garantía de motivación sino el control por las partes y la sociedad y, en su caso, el conocimiento de sus términos por los demás órganos jurisdiccionales en los supuestos de impugnación (garantía de pluralidad de la instancia).

71.º La necesidad de una interpretación que opte por un criterio axiológico y teleológico, conforme a la razón esencial de la disposición legal que informa



determinada institución jurídica, se impone. Se trata, en suma, de que la resolución del juez pueda ser conocida y se establece en un medio determinado a tono con la tecnología más actualizada, cierto y seguro, que evite alteraciones en su texto o su desaparición y procure su debida difusión cuando corresponda.

∞ Por tanto, es de rigor, frente a toda contingencia, primero, que en el acta de la audiencia quede fijada la resolución, su explicación, sentido y decisión, con los elementos que la constituyen –recuérdese que toda actuación procesal se documenta en el acta (artículo 120, apartado 1, del Código Procesal Penal)–; y, segundo, que en el audio o video quede debidamente registrado lo acontecido en la misma (reproducción audiovisual de la actuación procesal: artículo 120, apartado 3, del citado Código) y, especialmente, las expresiones del juez, mediante la palabra hablada, que constituyen la base material de la resolución oral. Debe evitarse, mediante el respeto a estas reglas, que la reproducción de audio o audiovisual pueda, por dolo, negligencia o accidentalmente, borrarse –total o parcialmente– o alterarse, y para ello el acta sigue siendo indispensable, bajo las directivas del artículo 120, apartado 2, del Código Procesal Penal. Por ende, la documentación de la actuación procesal, materia de la audiencia de prisión preventiva, a través del acta no puede eludirse en modo alguno.

72.º No se obliga, por cierto, a que, aun siendo lo deseable, se realice la transcripción íntegra de la resolución de prisión preventiva en el acta, sino que se indique sucintamente –en pocas líneas– el argumento esencial, la base de la sospecha fuerte, qué riesgo procesal se afirma o se descarta, y en qué se basa la decisión. Ésta se integrará –no se constituirá–, sin duda, con el registro de audio o video correspondiente.

III. DECISIÓN

73.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

74.º ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 24 al 27, 34 al 55, 57 al 59, 67 y 71 del presente Acuerdo Plenario.

75.º PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, 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.



76°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de una Acuerdo Plenario se incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

77°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. HÁGASE saber.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA



XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 02-2019/CJ-116

BASE LEGAL: Artículo 116 del Texto Único Ordenado
de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
AN: 4770: Vigilancia electrónica personal

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial 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 la siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– 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 concordantes con la jurisprudencia penal.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de



presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: a. Pena efectiva; principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. b. Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación. c. Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. d. Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. e. Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. f. Problemas concursales en los delitos de trata de Personas y de explotación sexual. g. Viáticos y delito de peculado. h. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a la Prisión Preventiva: Vigilancia Electrónica, los siguientes:

1. Zoraida Avalos Rivera, Fiscal de la Nación
2. Julio César Espinoza Goyena, por el Instituto de Ciencia Procesal Penal – (INCIPP)
3. Dina Maldonado Aysa, abogada.
4. Ignacio André Rojas Vera, por el Taller de Derecho Procesal “Mario Alzamora Valdez” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
5. Teodorico Claudio Cristóbal Támara, abogado.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hizo uso de la palabra, en cuanto a la Vigilancia Electrónica: Julio César Espinoza Goyena, por el Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP)

6.º La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.



7.º Han sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, SEQUEIROS VARGAS, CASTAÑEDA ESPINOZA y CHÁVEZ MELLA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. ASPECTOS GENERALES

1.º El XI Pleno Jurisdiccional Penal planteó el tratamiento de la “vigilancia electrónica personal” como uno de los temas materia de evaluación, a fin de examinarla, desde la perspectiva jurídica y social, como una alternativa razonable a la pena privativa de libertad y a la prisión preventiva, que contribuya al uso más racional de la primera y excepcional de la segunda. Se trata de consolidar esta perspectiva político criminal y desarrollar baremos jurisprudenciales para su uso más intensivo, que aleje al interno o imputado del mecanismo desocializador de las cárceles.

2.º La vigilancia electrónica personal –cuyo origen puede situarse en la década de los sesenta del siglo pasado en Estados Unidos y se potenció en la década de los ochenta ante la sobrepoblación y el hacinamiento carcelario, así como ante la configuración de una tecnología más segura y viable [LOLI PRUDENCIO, LUCY LILIAN: *Vigilancia Electrónica Personal y su incidencia en la pena privativa de libertad en el sistema penal peruano*, Tesis de Maestría, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, abril, 2016, pp.10-14]– tiene como antecedente nacional la Ley 29499, de 16 de enero de 2010, que incorporó el artículo 29-A al Código Penal, modificó el artículo 52 del Código Penal e hizo lo propio con los artículos 135 y 143 del Código Procesal Penal, así como con los artículos 50, 52, 55 y 56 del Código de Ejecución Penal.

o Todas estas disposiciones legales están circunscriptas a la implementación de la vigilancia electrónica personal, y constituyen antecedentes del Decreto Legislativo vigente 1322, de 6 de enero de 2017. Este precepto se desarrolló, primero, por su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 004-2017-JUS, de 9 de marzo de 2017, y el Decreto Supremo 006-2018-JUS, de 15 de mayo de 2018; y, segundo, por el Decreto Supremo 008-2016-JUS, de 21 de julio de 2016, que aprobó los protocolos específicos de actuación interinstitucional para la aplicación de la vigilancia electrónica personal establecida por la Ley 29499, y por la Resolución Suprema 0163-2016-JUS, de 11 de julio de 2016, que aprobó los “Protocolos de ejecución de la vigilancia electrónica personal”, así como por la Resolución Ministerial 0133-2019-JUS, de 5 de abril de 2019, que aprobó la “Directiva para normar el financiamiento de la vigilancia electrónica personal”.

o Por otra parte, el 15 de mayo de 2018 se publicó el Decreto Supremo 006-2018-JUS, que aprobó el calendario oficial de implementación progresiva de la vigilancia



electrónica personal en los distritos judiciales de Lima Norte, Lima Sur, Lima Este, Callao y Ventanilla.

∞ Cabe apuntar que el primer dispositivo electrónico se colocó el 21 de julio de 2017, siete largos años después de la primera ley de la materia [MILLA VÁSQUEZ, DIANA: LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL. En: <https://www.peruweek.pe/la-vigilancia-electronica-personal/>. Tomado el 22 de agosto de 2019].

3.º Según el artículo 1 del Decreto Legislativo 1322, la vigilancia electrónica personal –en adelante, la Ley– se concibe: 1. Como una pena, aplicable por conversión (artículo 29-A del Código Penal, según la Ley 29499, de 19 de enero de 2010) –“tipo de pena aplicable por conversión”, señala expresamente el artículo 8.1 del Reglamento–; en pureza, como un sustitutivo penal o subrogado penal, en tanto instrumento de despenalización y de flexibilización del rigor de las decisiones punitivas del Estado [PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Medidas Alternativas a la pena privativa de libertad y el anteproyecto de 2008/2009*. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo XII, Lima, 2010, p. 49]. 2. Como una restricción para la medida de comparecencia –alternativa– a la prisión preventiva– (artículo 288, apartado 5, del Código Procesal Penal, según el Decreto Legislativo 1229, de 25 de septiembre de 2015). 3. Como un beneficio penitenciario o propiamente como un mecanismo de monitoreo que se acompaña a los beneficios penitenciarios de semi libertad y de libertad condicional (artículo 53 del Código de Ejecución Penal, según el Decreto Legislativo 1296, de 30 de diciembre de 2016).

∞ Su aplicación se extiende, en consecuencia, al Derecho penal material, al Derecho procesal penal y al Derecho de ejecución penal (penitenciario, específicamente). Y, en su base, está inspirada –o debe estarlo– en la Resolución 45/110, adoptada por la Asamblea General de la ONU de 14 de diciembre de 1990, que aprobó las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativa de libertad o Reglas de Tokio [LOLI PRUDENCIO, LUCY LILIAN: *Obra citada*, p. 51].

4.º La vigilancia electrónica personal tiene una naturaleza múltiple, para facilitar las opciones en libertad del sistema penal. Es una medida que restringe la libertad deambulatoria y, como tal, puede concebirse mayormente como una medida restrictiva de la libertad –salvo si se trata de una radicación en un lugar determinado sin opciones de salida, que se convertirá en una pena privativa de libertad atenuada o en una restricción del arresto domiciliario, solo apta para evitar el desarraigo del penado o imputado y, además, su fuga–.

5.º Vista como una pena, la vigilancia electrónica personal tiene ventajas en materia de prevención general e incluso especial. No es desocializadora ni produce contagio carcelario, y al aplicarse de modo continuo el condenado recibe cortas pero intensas descargas punitivas que no le perturban sus relaciones con su familia y la sociedad [conforme: MORILLAS CUEVAS – BARQUÍN SANZ: *La aplicación de las alternativas*



a la pena de prisión en España, Servicio de Publicaciones Defensor del Pueblo – Universidad de Granada, Madrid, 2013, p. 401]. Luego, no solo se trata de disminuir el hacinamiento carcelario ni de reducir la reincidencia, como alude el artículo 2 de la Ley –tal es el objetivo principal e inmediato de la reforma: deshacinamiento de los centros penitenciarios [USCAMAYTA CARRASCO, WILFREDO: *La vigilancia electrónica personal: su aplicación y consecuencias*. En: Revista Lex, Universidad San Antonio Abad del Cusco, número 17, año XIV, 2016-I, p. 183], sino que también apunta a otros fines. Incluso, conforme a los artículos 13 del Decreto Supremo 004-2017-JUS, de 9 de marzo de 2017, y 8-A.3 del Decreto Supremo 006-2018-JUS, de 9 de marzo de 2017, de 15 de mayo de 2018 –en adelante, el Reglamento–, la perspectiva preventivo especial se refuerza, tratándose de esta pena convertida, al ofrecer al penado la participación en las actividades y/o programas que promuevan una adecuada reinserción social. Por tanto, amén de propiciar el descongestionamiento carcelario, el Estado persigue una mejora sustancial en los niveles de vida, sobre todo en el proceso de socialización del sujeto infractor de la norma penal, como se precisa en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de la materia.

∞ Asimismo, desde la perspectiva económica, la vigilancia electrónica personal es una medida alternativa mucho menos onerosa que la pena privativa de libertad o el encarcelamiento preventivo. Ha reconocido, al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que su coste, según informes del Instituto Nacional Penitenciario –en adelante, INPE–, será de 196 dólares americanos mientras el internamiento carcelario será de 365 dólares [Informe CIDH sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, de 3 de julio de 2017, párr. 32], por lo que es de rigor adoptar una política social más intensiva para evitar que por razones económicas los penados e imputados no puedan acogerse a esta alternativa. Es lamentable, como señaló el presidente del INPE, que hasta el presente año 2019, y durante dos años, la vigilancia electrónica personal solo alcanzó a 25 personas (El Comercio, 14 de mayo de 2019, p. 22), frente a una población penitenciaria, a febrero de 2019, de 112,556 personas, de las cuales 91,343 pertenecen a la población intramuros (en cárceles) y 21,213 a la población extramuros (a cargo del Medio Libre) [MILLA VÁSQUEZ, DIANA: *LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL*. En: <https://www.peruweek.pe/la-vigilancia-electronica-personal/>. Tomado el 22 de agosto de 2019].

∞ Por otra parte, si la vigilancia electrónica personal se la concibe como una medida de coerción personal permite, desde el uso de la tecnología, garantizar –sin mayores injerencias al derecho a la intimidad del imputado– que no se concrete el peligro de fuga y se mantenga la sujeción del imputado al proceso.

6.º La Ley (artículo 3.1) define la vigilancia electrónica personal como “[...] un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de *reconducidos*, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el



domicilio o lugar que señalen estos". Por tanto, se trata de una medida (pena convertida –sustitutivo penal o subrogrado penal– o restricción específica de la comparecencia, según el caso) que se articula como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado o imputado una limitada libertad de desplazamiento espacial. Señala, al respecto, el artículo 9, segundo párrafo, literal f), de la citada Ley, que el radio de acción y desplazamiento del dispositivo electrónico tiene "[...] como punto de referencia el domicilio o lugar señalado por el penado o imputado"; y, de ser el caso, para su desplazamiento "[...] debe establecer las rutas, parámetros de desplazamiento, periodo de tiempo y horarios, siempre que contribuya a la reinserción o disminuya el peligro procesal". Los radios de acción y desplazamiento pueden ser dos: (i) dentro del perímetro del domicilio –luego, en este caso, funciona como una medida de control para el cumplimiento efectivo del arresto domiciliario–; y, (ii) como tránsito restringido, entre otros que defina el juez, a establecimientos de salud, centros de estudios, centros laborales y otros lugares que han sido previamente programados y judicialmente autorizados (artículo 6 del Reglamento).

7.º La vigilancia electrónica personal se aplica, como pena, al momento de dictarse sentencia o con posterioridad a la imposición de una pena firme –propiamente, mediante un incidente de ejecución–, y como medida de coerción personal tanto (i) inmediata –de inicio– (ii) cuanto mediatamente, es decir, ya impuesta –específicamente, de prisión preventiva, vía cesación de la misma–. No necesariamente se impone en la sentencia condenatoria al fijarse la pena o directamente como una comparecencia restrictiva, salvo que en autos consten cumplidos los presupuestos y medios de prueba documentales que lo permitan y hubieran sido materia de debate –que el juez, planteadas por las partes, siempre debe promover–. Así se desprende de lo estatuido en el artículo 8.1 del Reglamento para el caso de la pena y en el artículo 7.2 del Reglamento.

∞ Por tanto, de un lado, se suscita un incidente secuencial una vez culminen los alegatos finales o un incidente de ejecución penal luego de expedida la sentencia firme; y, de otro lado, un incidente de revocatoria o cesación de la prisión preventiva por la de vigilancia electrónica personal o un planteamiento alternativo y directo al momento de definirse la medida de coerción personal.

8.º Las notas más características de la vigilancia electrónica personal, desde el procedimiento respectivo, son las siguientes. Primera, solo procede a petición de parte, del propio interesado (penado o imputado), aunque también puede proponerla el fiscal, en cuyo caso debe ser irremediadamente aceptada por el imputado. Segunda, para su adopción se requiere de una preceptiva audiencia de vigilancia electrónica personal –o, en todo caso, que esta medida hubiera sido materia de una dialéctica contradictoria en la audiencia correspondiente, sea principal (propia del enjuiciamiento) o preparatoria (propia de la investigación preparatoria) o postulada,



en vía de una moción de parte en la audiencia preliminar (propia de la etapa intermedia)-.

o Por consiguiente, el juez no puede imponerla de oficio o sorpresivamente, tanto más si se requiere que la solicitud se escoja de varios anexos, fijados en el artículo 5-A del Reglamento.

§ 2. VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL COMO MEDIDA DE COERCIÓN PERSONAL

9.º Según el artículo 6, literal a), de la Ley, la vigilancia electrónica personal se erige: 1. Como una alternativa (i) a la medida de prisión preventiva impuesta -ya ejecutada o pendiente de ejecución- (reformularla, vía cesación de la prisión preventiva, por un mandato de comparecencia restrictiva con la imposición de la restricción de vigilancia electrónica personal), o (ii) a las propias restricciones ya aplicadas para cambiarlas, total o parcialmente, por aquélla. 2. Como una opción directa de comparecencia con restricciones, en caso consten en autos la prueba documental y demás exigencias previstas por la Ley y el Reglamento. En todo caso, es de aplicación el artículo 288, inciso 5, del Código Procesal Penal, según el Decreto Legislativo 1229, de 25 de septiembre de 2015, por lo que se configura, siempre, como restricción típica de la comparecencia desarrollada por el artículo 287 del citado Código.

o Es obvio, desde esta concepción normativa, que la vigilancia electrónica personal tiende a disminuir las medidas privativas de libertad o de encarcelamiento preventivo. Como tales, resultan compatibles con la tutela del proceso. Por tal razón, su finalidad se dirige a garantizar la permanencia del imputado en el proceso [conforme: LOLI PRUDENCIO, LUCY LILIAN: *Obra citada*, p. 58].

o La especialidad procedimental de esta restricción, empero, estriba en que para imponerla se requiere, por lo general, de un trámite especial, ya indicado líneas arriba: pedido de parte expreso y ratificación en la audiencia de vigilancia electrónica personal, medios de prueba documentales específicos y preceptiva audiencia con debate contradictorio con la Fiscalía.

10.º El artículo 7 del Reglamento, que regula el procedimiento de la vigilancia electrónica personal para los procesados, estipula que, en efecto, esta medida procede como una alternativa a la prisión preventiva por comparecencia restrictiva o por cesación de la prisión preventiva. Debe aclararse, sin embargo, que la cesación de la prisión preventiva (artículo 283 del Código Procesal Penal) está referida a presos preventivos que están sufriendo el encarcelamiento o aquellos que tienen dictado en su contra mandato de prisión preventiva pero que no han sido capturados o puestos a disposición de la justicia. No hace falta, para la cesación de la prisión preventiva, que el imputado se encuentre sufriendo efectivo encarcelamiento preventivo; solo es necesario que la autoridad judicial haya dictado un mandato firme de prisión preventiva.



∞ De otro lado, la medida de comparecencia con la restricción de vigilancia electrónica personal puede ser pedida, si se trata de una audiencia de prisión preventiva, como una pretensión propia del imputado frente a la formulada por el Ministerio Público. Incluso el fiscal, antes de las cuarenta y ocho horas de la audiencia de prisión preventiva y dentro de ella, también puede solicitarla variando su inicial pretensión de prisión preventiva. La procedencia de la misma estará condicionada, desde luego, a que se cuenten con los medios de prueba documentales necesarios (artículo 7.2 del Reglamento). El informe favorable de verificación técnica emitido por el INPE, asimismo, es indispensable para la estimación de esta medida.

11.º La vigilancia electrónica personal está sujeta a tres presupuestos materiales: 1. Presupuestos técnicos, 2. Presupuestos jurídicos. 3. Presupuestos económicos [MILLA VÁSQUEZ, DIANA GISELLA: *Beneficios penitenciarios y otras instituciones penitenciarias*, Instituto Pacífico, Lima, 2019, pp. 661-663].

∞ Los presupuestos técnicos condicionan la procedencia de la medida de vigilancia electrónica personal a la disponibilidad de los dispositivos electrónicos por parte del Estado y, además, que conste un informe positivo de verificación técnica del domicilio o lugar donde se va a cumplir la medida, así como del lugar de trabajo o de cualquier otro lugar donde el beneficiario se vaya a desplazar, a los efectos de que se pueda realizar el monitoreo de los desplazamientos del imputado.

∞ Los presupuestos jurídicos están sujetos a la acreditación, mediante prueba documental, de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley. El indicado precepto legal estableció una (i) regla general –referida a la entidad del delito y a su reacción punitiva: mínima mediana lesividad del hecho–, seguida de (ii) exclusiones según el delito imputado –se incorporó un listado extenso y preciso, bajo criterios de política criminal por considerarlas una grave amenaza para la seguridad ciudadana–, el tipo normativo de peligrosidad individual (reincidentes o habituales) y de conductas anteriores que merecieron revocatoria de las penas no privativas de libertad, así como de (iii) una pauta de priorización según especiales condiciones del imputado radicadas en motivos humanitarios –esta última, debe entenderse, en tanto esta institución jurídica, entre otros fines, busca fomentar la desprisionización, que la prioridad debe referirse en el orden de atención o el trámite de las solicitudes, sin que ello implique que los casos pospuestos se dejarán de atender [RÍOS PATIO, GINO: *El Grillete Electrónico: ¿efectiva desprisionización?* Universidad San Martín de Porres, Repertorio Académico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016].

∞ Los presupuestos económicos, en principio, se articulan en que el beneficiario debe asumir, según sus condiciones socioeconómicas, los costes del servicio de vigilancia electrónica personal, salvo expresa exoneración, total o parcial, por orden judicial.

12.º La regla general es que la vigilancia electrónica personal procede, para el caso de los procesados, "[...] cuando la imputación se refiera a la presunta comisión de delitos sancionados con una pena no mayor a ocho (08) años" (artículo 5, apartado 1, literal 'a', de la Ley). La pena prevista, más allá de la indefinición del texto normativo, debe ser, como se optó para la prisión preventiva y para los condenados, la pena concreta pronosticada, que no será mayor a ocho años de privación de libertad. Una razón fundamental para justificar esta opción hermenéutica estriba en que (i) si se trata de una limitación de un derecho fundamental (libertad de tránsito o deambulatoria y, en ciertos casos, de la propia libertad personal), entonces, la interpretación debe ser extensiva (artículo VII, apartado 2, del Título Preliminar del Código Procesal Penal); y, además, (ii) el principio-derecho igualdad ante la ley se vulneraría en la medida en que tratándose de una misma institución jurídica se optan por dos baremos distintos (para la medida de coerción y para la pena, para el imputado y para el penado) sin justificación razonable alguna. La vigilancia electrónica personal como pena y como medida de coerción persiguen evitar la privación de libertad en un establecimiento penal y sus efectos criminógenos, por lo que no puede haber diferencias de aplicación entre pena efectivamente impuesta y pena probable. Se impone, pues, una interpretación conforme a la Constitución, unificadora de ambos supuestos y que, desde luego, el texto de la ley –el sentido literal posible de la norma– no impide.

13.º El literal c) del apartado 1 del artículo 5 de la Ley incorpora excepciones puntuales en función a determinados delitos, lo que podría explicarse por razones de prevención general dada la gravedad de los mismos, la alarma social por su comisión y los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. Empero, lo que permite dudar de su corrección jurídica sería que, en parezca, incorpora presunciones *iure et de iure*, de suerte que los intervinientes en esos delitos, pese a que se les puede imponer una pena no mayor de ocho años de privación de libertad –expresión de su mediana gravedad, de por sí son peligrosos y no cumplirían las reglas de seguridad que esta institución consagra –criterio último que solo funcionaría, en el caso concreto, si se concluye que la reinserción social no será más efectiva en medio libre o que huiría o se involucraría en obstaculizar la actividad de esclarecimiento del proceso penal, que el propio artículo 3.1, literal a), a contrario sensu, consagra como eje del principio de proporcionalidad de la medida, y que el literal b) de ese precepto afirma como pauta fundamental de individualización de la medida–.

14.º Desde la perspectiva individual se requiere que el imputado no tenga la condición de reincidente o habitual y que con anterioridad no se le haya revocado una pena privativa de libertad no efectiva o un beneficio penitenciario, así como que tenga arraigo laboral, familiar y social, tal como se desprende del artículo 5-A del Reglamento. En consecuencia, se entiende que si estos presupuestos se presentan



unidos al delito atribuido, respecto del que existe sospecha fuerte de comisión, y siempre que no estén en la lista de delitos inexcusables a través de la vigilancia electrónica personal, así como que reúnan las condiciones de arraigo correspondientes, el juez deberá conceder esta medida.

§ 3. OTROS SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

15.º El artículo 8.2, párrafo segundo, del Reglamento estipula que la vigilancia electrónica personal también procede "[...] dentro del proceso especial de terminación anticipada o en la conclusión anticipada del juicio oral -conformidad procesal, diríamos nosotros- [...]". Empero, esta disposición se ubica en el supuesto de vigilancia electrónica personal respecto de condenados; y, de otro lado, no se pronuncia respecto del proceso especial de colaboración eficaz.

16.º Es de preguntarse si en los dos procesos especiales aludidos y en el proceso común en caso de conformidad procesal es posible la utilización de la vigilancia electrónica personal como medida de coerción personal. Si bien no está definida una exclusión de principio a esta posibilidad, su aplicación (para el proceso especial de terminación anticipada y la conformidad procesal en el proceso común) solo sería viable durante la sustanciación del procedimiento de impugnación de sentencia, así fuere el caso y siempre que se cumplan los presupuestos y condiciones que Ley y el Reglamento preceptúan -por lo demás, también podría discutirse la aplicación de la vigilancia electrónica personal en el proceso común cuando se pide la reforma o la sustitución de las medidas de coerción en la etapa intermedia (artículo 350, apartado 1, literal 'c', del Código Procesal Penal). Recuérdese que mientras la sentencia no quede firme la privación de libertad solo tiene una función cautelar y aseguratoria de la prueba.

17.º El proceso de colaboración eficaz, mientras dure su tramitación, también permitiría la aplicación, como medida de coerción personal, de la vigilancia electrónica personal. Es de tener presente que una de las fases más importantes de este proceso penal especial es la corroboración, de suerte que durante su interregno, si se cumplen determinados -no todos- presupuestos y condiciones de imposición de la vigilancia electrónica personal será posible hacer uso de ella. Las reglas específicas de la imposición o, de ser el caso, de la variación de la medida de coerción están fijadas, como pautas autónomas, en el artículo 473, apartados 4, 5 y 6, del Código Procesal Penal; solo en defecto de ellas y siempre que no alteren la lógica de la colaboración y tutela del solicitante de colaboración, será factible aplicar las reglas generales.

18.º El artículo 8.3 del Reglamento estipula que en los casos arriba contemplados, luego de verificar los requisitos que definen la vigilancia electrónica personal, se



debe acompañar el informe de verificaciones técnicas a cargo del INPE. Su ausencia determinará la suspensión de la audiencia hasta recabarlo —que será una regla general cuando éste no corra anexado en autos en todo tipo de situación procesal—.

§ 4. RESOLUCIÓN QUE OTORGA LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

19.º La vigilancia electrónica personal está sujeta al cumplimiento de determinadas restricciones y reglas de conducta. Así lo disponen el artículo 9 de la Ley, así como los artículos 7.4 y 8-A.3 del Reglamento. El auto judicial que la acoge debe señalarlas expresamente (artículo 7.4 del Reglamento).

oo El artículo 9 de la Ley prevé ocho reglas de conducta taxativas —de necesaria inclusión— y una cláusula abierta “Las demás que considere importantes para una adecuada ejecución de la medida impuesta”. El límite para su determinación es, obviamente, que “[...] afecten o puedan afectar el bienestar de la persona” (artículo 6.2 del Reglamento).

La Tratándose de vigilancia electrónica personal para imputados, las reglas apuntan, tendencialmente, como no puede ser de otra manera, a evitar el riesgo de fuga o de obstaculización, es decir, garantizar la incolumidad de la restricción coercitiva. Así, incluso, es la perspectiva cuando se trata de establecer rutas, parámetros de desplazamiento, periodos de tiempo y horarios cuando se opte por la vigilancia electrónica con tránsito restringido: eficacia del seguimiento y monitoreo en tanto regla de carácter técnico interna, de un lado; y, reducción del peligro procesal, en tanto regla propiamente procesal y finalista, de otro lado (artículos 12.1 de la Ley y 6.2 del Reglamento).

20.º El artículo 8-A del Reglamento impone otra regla de conducta: “[...] la participación del beneficiario en las actividades y/o programas que promuevan una adecuada reinserción social o control de la medida en los establecimientos de medio libro, teniendo en cuenta el lugar donde se cumplirá esta medida”. Empero, esta regla de conducta se circunscribe a los penados, no a los imputados (artículos 13 y 14 del Reglamento), pues la garantía de presunción de inocencia como regla de tratamiento impide tal posibilidad porque importaría considerar a los imputados implícitamente presuntos culpables.

§ 5. REVOCATORIA DE LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

21.º La vigilancia electrónica personal, como toda restricción procesal de la libertad de tránsito, está sujeta no solo a la nota característica del *rebus sic stantibus*, o sea puede ser reformada si cambian las circunstancias que determinaron su imposición (artículo 255, apartado 2, del Código Procesal Penal), sino también a la nota característica de variabilidad, por lo que pueden sustituirse si se infrinjan las reglas de conducta impuestas, teniendo en cuenta “[...] la entidad, los motivos y las circunstancias



de la trasgresión, así como la entidad del delito imputado" (artículo 256 del Código Procesal Penal).

22.º El artículo 13 de la Ley incorpora un criterio punitivo para poder revocar la vigilancia electrónica personal. En tal virtud, solo se impondrá la amonestación frente al incumplimiento –doloso o culposo– de una regla de conducta y, también, cuando el INPE comunique una alerta leve. Al respecto, el artículo 11.1, literal a), del Reglamento define la alerta leve como aquella emitida por el dispositivo al Centro de monitoreo que pretende advertir alguna anomalía técnica que puede ser producida por factores ajenos al beneficiario. Este criterio ciertamente es desproporcionado, en la medida en que los defectos del dispositivo no son de cargo del imputado al no haberlo manipulado ni dañado –se entiende, dolosa o culposamente–.

∞ El artículo 11.1, literal b), del Reglamento, impone la revocatoria de la medida impuesta y su conversión en prisión preventiva, cuando, alternativamente, el imputado (i) haya reincidido en la comisión de un nuevo delito –se requiere una sentencia firme que lo acredite y, obviamente, por un delito cometido después del delito que motivó la vigilancia electrónica personal y, además, se circunscribe a la vigilancia electrónica personal como pena dado que solo así es posible afirmar que se cometió un nuevo delito–; (ii) se haya dictado prisión preventiva en un proceso distinto; (iii) haya infringido reiteradamente alguna regla de conducta –más de una vez, esto es, dos o más veces, sin que haga falta un requerimiento previo–; (iv) dañe el dispositivo o el servicio de tal manera que impida el monitoreo o control; o (v) cuando el INPE haya comunicado una alerta grave o muy grave. Estas alertas importan, en el primer caso (grave) cuando se advierte que el imputado ha iniciado acciones que atentan contra la continuidad del servicio, entre los que contemplan violaciones al radio de acción, desplazamiento u horarios y tiempos, según sea el caso. La alerta muy grave se produce cuando se reportan daños o acontecimientos irreversibles al dispositivo de vigilancia electrónica o al servicio que no permitan el monitoreo y control del beneficiario.

23.º Una regla de conducta es el cumplimiento oportuno del costo por el uso del dispositivo electrónico, de ser el caso (artículo 9, literal 'e', de la Ley). A este respecto el artículo 5, numeral 3, del Reglamento señaló que los costos del servicio, fijados mediante una Directiva aprobada por Resolución Ministerial de Justicia y Derechos Humanos, se erigen en presupuestos económicos para la aplicación de la vigilancia electrónica personal, que tendrá en cuenta las condiciones socioeconómicas del beneficiario, salvo que judicialmente pueda exonerarse total o parcialmente. El informe socioeconómico del INPE estudia este aspecto, conforme al artículo 16 del Reglamento.

∞ Es claro que, si se fijó un monto individualizado es porque, en principio, el imputado está en condiciones de solventarlo –costo del dispositivo electrónico y del



servicio de vigilancia electrónica-. Empero, no necesariamente la falta de pago será doloso o culposo -únicos supuestos de revocatoria directa-. En determinados supuestos el pago será imposible, en términos absolutos o relativos, al variar las condiciones económicas del imputado, en cuyo caso la revocatoria no será factible. En todo caso el juez, siempre que se invoque, recabará un Informe socioeconómico ampliatorio -sin perjuicio de prueba idónea que pueda presentar el imputado- para determinar si, en efecto, la condición económica del imputado varió de tal manera que impidió el cumplimiento de pago del dispositivo y del servicio.

24.º La decisión de revocatoria se decide por el juez en una audiencia (artículo 13.2 de la Ley y 12.1 del Reglamento). La pretensión de revocatoria o de amonestación, en su caso, debe ser presentada por el fiscal. El principio de rogación, garantía de la imparcialidad judicial, exige esta opción, más allá de que el artículo 10.1 del Reglamento estipula que, como consecuencia del monitoreo -registro de los eventos producidos durante la ejecución de la medida-, el INPE emite informes mensuales que se cursan al fiscal y al juez que dictó la medida. Esto último no constituye, en pureza, un pedido de revocatoria, sino una mera dación en cuenta, por lo que corresponderá al fiscal una primera evaluación y determinación si corresponde instar o no la revocatoria. La solicitud de revocatoria, en forma, ha de ser planteada por el Ministerio Público a través de un requerimiento fundado.

25.º La audiencia de revocatoria de la vigilancia electrónica personal en caso de medida coercitiva, conforme al artículo 8-A del Reglamento, frente al pedido del fiscal, acompañada de los recaudos probatorios correspondientes, se realiza dentro de las cuarenta y ocho horas de recibido el requerimiento de revocatoria por el Ministerio Público. Los preceptos de remisión son los artículos 271 y 283 del Código Procesal Penal

La audiencia, conforme al artículo 12.2 del Reglamento, tiene el carácter de inaplazable y se realiza con la presencia obligatoria del fiscal, la defensa y el beneficiario -si este último se niega a estar presente o no es habido, solo será necesaria la presencia de su defensor-. Las diligencias inaplazables son aquellas fijadas en el artículo 85, apartado 1, del Código Procesal Penal, que el Reglamento extiende a las audiencias de revocatoria de la vigilancia electrónica personal. Respecto del defensor, si éste no asiste, se reemplazará por otro que en ese acto designe el beneficiario o por un defensor público -sin perjuicio de la sanción que se impondrá al defensor inasistente-. El objetivo es que la audiencia no se aplace, pese a eventuales inasistencias del imputado o de su defensa de confianza.



III. DECISIÓN

26° En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

27°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9 al 25 del presente Acuerdo Plenario.

28°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, 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.

29°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de una Acuerdo Plenario se incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

30°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. HÁGASE saber.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO



NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL - 2019

ACUERDO PLENARIO N.º 03-2019/CIJ-116

BASE LEGAL: Artículo 295 del CPP
ASUNTO: Procedencia de la medida de Impactamiento de
salida del país en la investigación preliminar

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, así como el Juzgado de Investigación Preparatoria 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 Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, del 21 de febrero de 2019, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia penal correspondiente al año 2019, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de Instituciones públicas y privadas.



3°. El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: a. Pena efectiva: Principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. b. Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización Criminal y banda criminal, así como y técnicas especiales de investigación en estos delitos. c. Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. d. Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. e. Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. f. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. g. Viáticos y peculado. h. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019 se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en audiencia pública.

4°. Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación al impedimento de salida en la investigación preliminar, los siguientes:

1. Fanny Soledad Quispe Farfán, fiscal adjunta suprema provisional.
2. Mario Lohonel Abanto Quevedo, juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.
3. Ricardo Brousset Salas, asesor del Taller Florencio Mixán Mass de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
4. Daniel Armando Pisfil Flores, asesor del gabinete del Ministerio Público.
5. Rafael A. Vega Llapapasca, abogado.
6. Julio A. Huerta Barrera, abogado.
7. Johann Efraín Oporto Gamero, abogado.
8. Aldo Marcelo Ramos Palomino, abogado.
9. Ana Cecilia Hurtado Huaila, abogada.
10. Henry César Flores Lizarbe, abogado.

5°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra: a. Fanny Soledad Quispe Farfán, fiscal adjunta suprema provisional, b. Mario Lohonel Abanto Quevedo, juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca y c. Ricardo Brousset Salas asesor del Taller Florencio Mixán Mass de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

6°. La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número, conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el



artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Han sido ponentes los señores PRÍNCIPE TRUJILLO y GUERRERO LÓPEZ, con intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. MEDIDA DE IMPEDIMENTO DE SALIDA – REGULACIÓN NORMATIVA

8º. El sistema penal es dinámico y tiene el reto de responder a las necesidades sociales –de restaurar el equilibrio social frente a las conductas socialmente desviadas–. En un contexto especialmente adverso para la historia del Perú, con fecha 21 de diciembre de 2000, cuando todavía se encontraba vigente el proceso penal diseñado en el Código de Procedimientos Penales de 1940 y sus normas complementarias, como el proceso sumario, se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley 27379, «Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares», cuyo artículo 2, numeral 2, incorporó la medida de impedimento de salida del país (o de la localidad en donde domicilia el investigado o del lugar que se le fije), cuyo ámbito comprendió a los investigados y a los testigos¹, «[...] cuando resulte indispensable para la indagación de la verdad y no sea necesaria ni proporcional una limitación de la libertad más intensa».

9º. Sin embargo, la posibilidad de su aplicación –de acuerdo al artículo 1 de la referida Ley– no era general, sino parcial o específica. Comprendía los siguientes supuestos:

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

La presente ley está circunscrita a las medidas que limitan derechos en el curso de las investigaciones preliminares de carácter jurisdiccional.

Las medidas limitativas previstas en la presente ley podrán dictarse en los siguientes casos:

1. Delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de estos.

¹ Esta institución [impedimento de salida] funciona, además, como medida de seguridad procesal respecto de testigos importantes SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: INPI/ECCP.
² CENALES – Juristas Editores, p. 477.



2. Delitos de Peligro Común, previstos en los artículos 279, 279-A y 279-B del Código Penal; contra la Administración Pública, previstos en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal; delitos agravados, previstos en el Decreto Legislativo 896; delitos aduaneros, previstos en la Ley 26461; y delitos tributarios, previstos en el Decreto Legislativo 813, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal.
3. Delitos de Terrorismo, previstos en el Decreto Ley 25475; de Tráfico Ilícito de Drogas, previstos en los artículos 296-A, 296-B, 296-C, 296-D y 297 del Código Penal; de Terrorismo Especial, previstos en el Decreto Legislativo 895, modificado por la Ley 27235; delitos contra la Humanidad, previstos en los Capítulos I, II y III del Título XIV-A del Código Penal; y delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Libro Segundo del Código Penal.

10°. Seguidamente, mediante Decreto Legislativo 988, de 21 de julio de 2007, se modificó el ámbito de aplicación descrito precedentemente. Se incluyeron (inciso 3) los delitos de apología del delito en los casos previstos en el artículo 316 del Código Penal, de lavado de activos previsto en la Ley 27765. Asimismo, se añadió los incisos 4 y 5 que establecieron como nuevos casos en los que se pueden aplicar dichas medidas: «4. Delitos contra la Libertad previstos en los artículos 152 al 153-A y de extorsión previsto en el artículo 200 del Código Penal, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas. 5. Otros delitos, cuando el agente integre una organización criminal».

11°. Con fecha 20 de agosto de 2013 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la "Ley contra el Crimen Organizado", Ley 30077, cuya sexta disposición complementaria modificatoria añadió algunos matices que importaron una nueva modificación del artículo 1 de la Ley 27379. En tal virtud, el nuevo –y actual– ámbito de aplicación quedó con el siguiente texto:

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente ley está circunscrita a las medidas que limitan derechos en el curso de las investigaciones preliminares de carácter jurisdiccional.

Las medidas limitativas previstas en la presente ley podrán dictarse en los siguientes casos:

1. Delitos perpetrados por una pluralidad de personas, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de estos.
2. Delitos de Peligro Común, previstos en los artículos 279, 279-A y 279-B del Código Penal; contra la Administración Pública, previstos en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal; delitos agravados, previstos en el Decreto Legislativo 896; delitos aduaneros



previstos en la Ley 26461; y delitos tributarios, previstos en el Decreto Legislativo 813, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal.

3. Delitos de Terrorismo, previstos en el Decreto Ley 25475 y sus normas modificatorias y conexas, de apología del delito en los casos previstos en el artículo 316 del Código Penal, de lavado de activos previsto en la Ley 27765, de tráfico ilícito de drogas, previstos en los artículos 296, 296-A, 296-B, 297 y 298 del Código Penal; delitos contra la Humanidad, previstos en los Capítulos I, II y III del Título XIV-A del Código Penal; y delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Libro Segundo del Código Penal.

4. Delitos contra la libertad, previstos en los artículos 152 al 153-A y delito de extorsión, previsto en el artículo 200 del Código Penal, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas.

12°. Esta nueva redacción –de un precepto cuya vigencia se ratificó con la aludida modificación–, constituye sin duda la voluntad del legislador para considerarla una ley especial con fines concretos para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, específicamente, en un ámbito de aplicación definido y específico.

13°. En cuanto al procedimiento que ha de seguirse, el artículo 4 de la citada Ley 27379 y sus modificatorias, estatuye: «El Juez Penal inmediatamente y sin ningún trámite previo se pronunciará mediante resolución motivada [...]». Este enunciado legal se erige en la factibilidad legal para disponer la medida de impedimento de salida sin audiencia, aunque, limitado a plazos muy acotados de 15 días, prorrogables por otros 15 días adicionales², según está previsto en el referido precepto legal.

14°. Cabe acotar que, con posterioridad a la Ley 27379, se promulgó la Ley 27399, de 13 de enero de 2001, «Ley que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley 27379, tratándose de los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política del Estado». Esta Disposición estatuyó en su artículo 2 que los funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución pueden ser objeto de las

² Textualmente el artículo 2 de la Ley 27379 establece:

El Fiscal Provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, podrá solicitar al Juez penal las siguientes medidas limitativas de derechos: (...) 2. Impedimento de salida del país o de la localidad en donde domicilia el investigado o del lugar que se le fije. Esta medida se acordará, cuando resulte indispensable para la indagación de la verdad y no sea necesaria ni proporcional una limitación de la libertad más injerisa. Esta medida puede acumularse a la de detención, así como a la de comparecencia con restricciones señaladas en el artículo 143 del Código Procesal Penal. No durará más de quince días y, excepcionalmente, podrá prorrogarse por un plazo igual previo requerimiento fundamentado del Fiscal y resolución motivada del Juez Penal.



medidas limitativas de derechos previstas en la Ley 27379 (entre ellas, el impedimento de salida del país)³.

15°. Ahora bien, el Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, CPP–, prevé en la Sección III –medidas de coerción procesal–, Título VI, el impedimento de salida del país. El artículo 295 de este cuerpo legal define el supuesto fáctico para su procedencia:

1. Cuando durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años resulte indispensable para la indagación de la verdad, el Fiscal podrá solicitar al Juez expida contra el imputado orden de impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije. Igual petición puede formular respecto del que es considerado testigo importante. 2. El requerimiento será fundamentado y precisará el nombre completo y demás datos necesarios de la persona afectada, e indicará la duración de la medida.
[Resultado agregado]

oo Ciertamente, al ubicarse dentro de las medidas de coerción, también deben cumplirse, en lo pertinente, los presupuestos generales consignados en el artículo 253, apartado 3, del CPP⁴.

16°. Cabe precisar que la aplicación del Código Procesal Penal por decisión del legislador se viene realizando en forma progresiva. Actualmente rige en toda su extensión en casi todo el país⁵. Incluso, determinadas instituciones del mismo ya son de aplicación nacional pese a que el citado Código aun no rige en determinados distritos judiciales.

17°. Así, es de resaltar que por decisión legislativa este nuevo ordenamiento procesal entró en vigencia en toda su extensión y en el todo el territorio

³ El texto completo de la Ley 27399 es el siguiente:

Artículo 1. El Fiscal de la Nación puede realizar investigaciones preliminares al procedimiento de acusación constitucional por la presunta comisión de delitos de función atribuidos a funcionarios del Estado comprendidos en el Artículo 99 de la Constitución. El plazo de la investigación preliminar no excederá de 60 (sesenta) días naturales. En caso de encontrar evidencias o indicios razonables de la comisión de los delitos a que se refiere el párrafo precedente, el Fiscal de la Nación formula la denuncia constitucional correspondiente, adjuntando copia autenticada de los actuados en dicha investigación. Artículo 2. *Medidas limitativas de derechos.* Los funcionarios del Estado comprendidos en el Artículo 99 de la Constitución pueden ser objeto de las medidas limitativas de derechos previstas en la Ley 27379. Esta disposición no es aplicable a los funcionarios mencionados en el primer párrafo del Artículo 93 de la Constitución. Están excluidas de las medidas limitativas de derechos las previstas en el Artículo 143 del Código Procesal Penal, así como las establecidas en el artículo 2 de la Ley 27379 en su inciso 1) y el impedimento de salir de la localidad en donde domicilie o del lugar que se le fije previsto en su inciso 2).

⁴ El artículo 253.3 del CPP establece: “3. La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o insolvencia sobrevinida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

⁵ A la fecha de los treinta y cuatro distritos judiciales que existen en el país, se encuentra vigente en toda su extensión el CPP en treinta y un distritos judiciales. Solo está pendiente su vigencia total en los distritos Judiciales de Lima Centro, Lima Sur y Lima Este. Información oficial obtenida de la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos <http://www.minjus.gob.pe/portal-forma-procesal-penal>.



national para los delitos cometidos por funcionarios públicos⁶. En consecuencia, desde ese momento son aplicables a nivel nacional –y con mayor razón en los distritos judiciales donde ya se ha lanzado la implementación– para los delitos cometidos por funcionarios públicos, los supuestos fácticos consignados en los artículos 295 y 296 del CPP, artículos que regulan la medida de impedimento de salida, sus presupuestos y requisitos para su aplicación.

18°. La Ley 30077, «Ley contra el crimen organizado», estipuló en su artículo 4 que:

“[...] para la investigación, juzgamiento y sanción de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, que cometan los delitos señalados en el artículo 3 de la presente ley, rigen las normas y disposiciones del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, sin perjuicio de las normas especiales contenidas en la presente ley”⁷.

19°. En conclusión, está vigente la Ley 27379 (y modificatorias) en su ámbito de aplicación como ley especial; y, paralelamente, el Código Procesal Penal de acuerdo a sus respectivos supuestos fácticos y lineamientos de vigencia. Se trata de bloques normativos que no se oponen entre sí. No se está, por cierto, frente a una antinomia insuperable.

§ 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL IMPEDIMENTO DE SALIDA

20°. El impedimento de salida es una medida de coerción cautelar personal⁸, que está dirigida a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia y asegurar los fines legítimos del proceso⁹. Con tal fin, su imposición importa la limitación a la libertad de tránsito prevista en el artículo 2, ordinal 11, de la Constitución Política del Perú.

⁶ Ley 29574. Ley que dispone la aplicación inmediata del Código Procesal Penal para delitos cometidos por funcionarios públicos. (Publicado: Viernes 17-09-2010). Mediante la Ley 29648 se dispuso la vigencia específica para dichos delitos con el siguiente detalle:

a) En el distrito judicial de Lima el 15 de enero de 2011; b) En los distritos judiciales de Lima Norte, Lima Sur y Callao, el 1 de abril de 2011; y, c) En los demás distritos judiciales en los que aún no ha entrado en vigencia integralmente, el 1 de junio de 2011. Desde el año 2011 con las fechas precisadas entonces, está vigente para todo el país el CPP en toda su extensión para los delitos cometidos por funcionarios públicos, y específicamente para los delitos tipificados en las secciones II, III y IV, del artículo 382 al artículo 401, del Capítulo II del Título V:II del Libro II del Código Penal (Precisión de la Ley 29648).

⁷ Cabe aclarar que según la primera disposición complementaria final de esta ley, su entrada en vigencia se producirá a los ciento veinte días de su publicación. La publicación se produjo el veinte de agosto de dos mil trece, lo que significa que dicha vigencia se produce a partir del veinte de diciembre de ese año. Mediante el artículo único de la Ley 30133, de 20 de diciembre de 2013, se dispuso que la Ley 30077 entre en vigencia el 1 de junio de 2014.

⁸ NEYRA FLORES, José Antonio. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. T. II. Lima: Idemsa. pp. 147 y 208.

⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. (2015). *Derecho procesal penal*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi. p. 607.



21°. Un sector doctrinario ha sostenido que el impedimento de salida no constituye una medida de coerción que responda a su fin, sino que se limita al cumplimiento de la función de asegurar la indagación de la verdad, por lo que no se requiere que se evidencie un peligro –por parte del imputado– de obstaculización de la investigación. Como medida de seguridad procesal asegurar el proceso de conocimiento de los hechos mediante la limitación de ciertos derechos del imputado o de un testigo importante¹⁰, por lo que tendría, genéricamente, una naturaleza de medida instrumental restrictiva de derechos.

22°. En todo caso, tal medida limitativa de derechos pretende básicamente evitar el entorpecimiento de la averiguación de la verdad y, de este modo, asegurar la presencia del imputado, pero para su dictación es necesario acreditar el riesgo concreto de fuga o de desaparición. Así también lo señala SAN MARTÍN CASTRO cuando indica que:

Esta medida se justifica como modo de facilitar su pronta y segura ubicación cada vez que se requiera su presencia en el proceso, y siempre que la mera fijación de domicilio no sea suficiente a tal fin. El artículo 295 NCPP señala su necesidad cuando «resulte indispensable para la indagación de la verdad», lo que se traduce en su presencia en el lugar del proceso para consolidar la actividad de investigación y de prueba¹¹.

oo CHIRINOS NASCO, citando a PEÑA CABRERA FREYRE, sostiene que la salida del imputado del país:

[...] Se puede definir como una medida cautelar personal como la limitación en el ámbito territorial en el que puede transitar el imputado, limitándose únicamente a esa área geográfica todas sus actividades laborales, comerciales, sociales, personales, entre otras; bajo apercibimiento de revocar esta medida coercitiva por otra más gravosa como la prisión preventiva. [...]¹²

oo Con respecto al impedimento de salida del país, es una medida de coerción personal que restringe el derecho de circulación del imputado. Su fundamento estriba en disminuir el riesgo de fuga del imputado. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el impedimento de salida del país puede ser considerado una medida restrictiva no autónoma sino derivada del mandato de comparecencia restrictiva –restringe legítimamente el derecho a la libertad de tránsito– [aunque, cabe resaltar, que el impedimento de salida tiene una regulación propia, al margen de las restricciones específicas de la comparecencia restrictiva, sin perjuicio claro está de su posible acumulación,

¹⁰ ASENSIO MELLADO, José María: *La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú*. En: *Derecho Procesal Penal. Estudios fundamentales*. INPECCP & CENALES, Lima, 2016, p. 816.

¹¹ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar: *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Editorial INCCIP-CENALES-Jurista Editores, Lima, 2015, p. 477

¹² PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl y otros: *Las medidas cautelares en el proceso penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 384. Citado en CHIRINOS NASCO, José Luis: *Medidas cautelares en el Código Procesal Penal*, IDEMSA, Lima, 2016, pp. 234-235.



por lo que no se puede sostener su carácter derivado], y tiene como objeto asegurar la presencia de la persona afectada en el proceso¹³.

∞ Por su parte CÁCERES & IPARRAGUIRRE, acotan que: «El impedimento de salida del país es una medida coercitiva de carácter personal que solo se justifica cuando existen presunciones de que el procesado rehuirá la acción de la justicia»¹⁴.

∞ Del RÍO LABARTHE tiene expuesto que:

[...] en el Perú, siempre se ha concebido el impedimento de salida como una medida cautelar personal del procesal penal y, todo indica que la voluntad del legislador en el CPP ha sido la misma. Construir una medida alternativa que pretende erigirse en una opción más para asegurar el proceso y su resultado, atendiendo a la distinta intensidad del peligro de fuga en uno y otro caso. Otra cosa es que haya logrado su cometido. [...]

El artículo 295 del CPP regula, o en realidad intenta regular, dos figuras claramente diferenciadas: una medida de aseguramiento de imputado, dirigida a que permanezca disponible para el proceso; y, una medida coercitiva tendiente a garantizar la indagación de la verdad, asegurando un concreto acto de investigación que además, se juzga «importante» (testigo importante)¹⁵.

∞ ASCENCIO MELLADO¹⁶ sobre esta figura expresa que:

El impedimento de salida consiste en una medida cautelar, pues cautelar es su finalidad, independiente de la comparecencia con restricciones, cuya finalidad exclusivamente se limita a asegurar la investigación, aunque el peligro de obstaculización no provenga del imputado y que es incompatible con la prevista en los artículos 287 y 288 que, si proceden, excluye a esta más definida y particular.

∞ HESBERT BENAVENTE¹⁷ indica al respecto:

El impedimento de salida del país es una medida coercitiva personal adicional a la de comparecencia con restricciones, en cuanto que también está destinada a asegurar la vigencia y eficacia de la comparecencia restringida (evitando la fuga del imputado). Pues, tal como ha señalado la doctrina procesal penal, el impedimento de salida del país, si bien no supone la posibilidad absoluta de evitar la posible fuga, si la hace más difícil, y por ende, la disminución en el riesgo de fuga, pues, en tales

¹³ *Ibidem*, p. 235

¹⁴ CÁCERES J., ROBERTO E. & IPARRAGUIRRE N. RONALD D.: *Código Procesal Penal comentado*, Juristas Editores, Lima, 2005, p. 354

¹⁵ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo: *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano*, pp. 403 y 404. Recuperado de

https://rta.uva.es/dspace/bitstream/10045/54307/1/tesis_gonzalo_del_rio_labarthe.pdf

¹⁶ ASCENCIO MELLADO, José María: *La regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal del Perú*.

Recuperado de http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/regulacion_prision_preventiva.pdf

¹⁷ BENAVENTE BENAVENTE, HESBERT: (2010). La afectación de los derechos constitucionales en el proceso penal acusatorio según la jurisprudencia del tribunal constitucional del Perú en el período 1997-2009. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0716-32002010000200010&script=sci_arttext



condiciones, el imputado verá dificultada su intención de huir al extranjero, y más aún, la de subsistir y trabajar en el otro país.

23. En conclusión, de las anotaciones doctrinales precedentes puede advertirse que el impedimento de salida en el ordenamiento jurídico nacional tiene la doble manifestación de una medida de coacción personal que tiene por finalidad garantizar la presencia del imputado frente a una persecución penal —esto es, controlar el riesgo de fuga—, incluso desde las diligencias preliminares; y, también, de una medida de aseguramiento personal destinada a los testigos importantes.

§ 3. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y SUS IMPLICANCIAS

24º. La investigación preparatoria es una etapa procesal previa al enjuiciamiento o juicio oral, encaminada a determinar y descubrir las circunstancias que rodean el hecho delictivo y a su posible autor o partícipe (intervención delictiva). En esta etapa se practican variados actos con tal fin y se adoptan medidas de distintas naturaleza¹⁸.

∞ La investigación preparatoria está dirigida a determinar hasta qué punto la *notitia criminis* puede dar lugar al enjuiciamiento, así como también conseguir el aseguramiento de las personas y de las responsabilidades pecuniarias de los que aparecen racionalmente como responsables de los hechos, de suerte que es posible que se lleven a cabo actuaciones que suponen restricciones de los derechos de las personas y limitaciones en la administración, o disposición, de los bienes de las personas imputadas¹⁹.

25º. De la concordancia de los artículos 330 y 336 del CPP se colige, de un lado, que el objeto de las diligencias preliminares estriba en la realización de actos urgentes o inaplazables de investigación destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión y asegurarlas debidamente; y, de otro lado, que su finalidad consiste en la determinación por el fiscal si promueve o no la acción penal a través de la Disposición de Continuación y Formalización de la investigación preparatoria, siempre que exista sospecha reveladora, entre otros elementos, de la existencia de un delito y que se individualizó al imputado.

∞ Las diligencias preliminares tiene como objetivo necesario «[...] determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial —que no

¹⁸ OCHOA MONZÓ, Virtudes. (2006). «Sujetos de la investigación en el proceso penal español». En: GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (director) y SANZ HERMIDA, Agata (coordinadora). *Investigación y prueba en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 2010, p. 101.

¹⁹ MORENO CATENA, — CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 8va. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 203.



jurisdiccional- y, por ende, el proceso penal»²⁰. Ello explica los plazos breves del impedimento de salida en sede de diligencias preliminares, así como de las propias diligencias preliminares.

26°. Por su parte, el artículo 329 del CPP prescribe que: «[...] el fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres del delito [...]». Sobre esa base, la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 de la Corte Suprema²¹, en el fundamento jurídico veintitrés sostuvo que: «[...] para la emisión de la disposición de diligencias preliminares solo se requiere sospecha inicial», es decir, el grado de conocimiento requerido para instaurar las diligencias preliminares es el de sospecha simple».

§ 4. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA Y JUSTIFICACIÓN

27°. Según la exposición de motivos del CPP el sistema procesal penal tiene como guías insoslayables de actuación, por un lado, la eficacia, y por otro lado, las garantías fundamentales²². En ese contexto resulta inevitable aclarar si es aplicable o no la restricción del impedimento de salida del país en las diligencias preliminares, pues, respecto a esta sub-fase, existen diversos pronunciamientos estimatorios y desestimatorios a nivel nacional, y, posiblemente, algunos defectos de técnica legislativa, que hacen necesario un abordaje que permita una adecuada línea de interpretación en aras de la uniformidad jurisprudencial.

28° En efecto, se han dictado a nivel de la Corte Superior Especializada en delitos de corrupción de funcionarios y crímenes organizado²³ y a nivel de otros Distritos Judiciales²⁴, diversos pronunciamientos en el sentido de que el impedimento de salida del país no sería factible legalmente en la sub-fase de

²⁰ En ese sentido, se han pronunciado la sentencia casatoria 599-2018/Lima, fundamento jurídico uno punto siete, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de 11 de octubre de 2018, y la sentencia casatoria 14-2010/La Libertad.

²¹ Publicada en el Diario El Peruano de 25 de octubre de 2017.

²² EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE DOS MIL CUATRO. Recuperado de <http://spj.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2004/Julio/29/EXP-DL957.pdf>

²³ Expediente 00299-2017-13-5001-JR-PE-01, auto de vista de fecha dieciocho de abril de dos mil dieciocho emitido por la Sala Penal Nacional (Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional en adición a sus funciones). Se indica como fundamento central para sostener la improcedencia del impedimento de salida del país lo previsto en el apartado 4 del artículo 338 del CPP, que prescribe: «Cuando el Fiscal, salvo las excepciones previstas en la Ley, deba requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias, la actuación de prueba anticipada o la imposición de medidas coercitivas, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente»; asimismo, se expresa que por vía de interpretación no se pueden crear supuestos que la norma no prevé. Según este criterio, además, la palabra «investigación» consignada en el artículo 293 del CPP no puede aplicarse extensivamente y, por ende, no comprendería a las diligencias preliminares.

²⁴ Por ejemplo en el Expediente 4851-2010-10 emitido por el Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, se sostuvo en el fundamento 6: «La imposición de la medida coercitiva de impedimento de salida del país solo tiene lugar cuando el Ministerio Público ha formalizado la investigación preparatoria y para su hacer efectivos fines de averiguación de la verdad de la hipótesis inculpativa [...]».



diligencias preliminares, sino, únicamente, una vez formalizada la investigación preparatoria.

∞ Por el contrario, a nivel de la Corte Suprema, concretamente, la Sala Penal Especial, ha proferido pronunciamientos que sustentan la procedencia de dicha medida limitativa de derechos en diligencias preliminares²⁵.

∞ En el ex Sistema Nacional Especializado en delitos de corrupción de funcionarios también se han emitido resoluciones estimatorias de impedimento de salida del país en diligencias preliminares²⁶.

29° Como parte de este problema es de tener presente que, mediante Resolución Administrativa 134-2014-CE-PJ, de 23 de abril de 2014²⁷, se aprobó, en el Poder Judicial, el Protocolo de Actuación Conjunta - impedimento de salida, el cual señaló sobre su ámbito de aplicación que:

II. [...]

El impedimento de salida es una medida de coerción personal que consiste en una restricción al derecho constitucional de libertad de tránsito dentro del territorio nacional. Se justifica como modo de facilitar su pronta y segura ubicación cada vez que se requiera la presencia en el

²⁵ Es el caso del expediente A.V. 8-2018-1, de 30 de julio del 2018, donde se ha establecido básicamente que: i) Por principio de especialidad y de temporalidad parcial, el mandato de impedimento de salida del país -dictado contra los funcionarios comprendidos en el artículo noventa y nueve de la Constitución- se rige por las normas estipuladas en el Nuevo Código Procesal Penal, ii) El impedimento de salida del país se puede dictar para investigados e inclusive para testigos, por ello no es indispensable la formalización previa de una investigación, iii) El carácter de la materia sometida a debate permite la adopción de una medida excepcional que permita la viabilidad de la investigación, iv) No se restringe el derecho a ser oído si el imputado tuvo los medios suficientes para contradecir la pretensión fiscal de impedimento de salida planteada en su contra y v) Durante las diligencias preliminares es legalmente válido disponer la detención del investigado, siendo factible decretar el impedimento de salida del país. Asimismo, en el expediente AV/11-2018-1 la Sala Penal Especial reiteró que el impedimento de salida del país se puede dictar para investigados e inclusive para testigos, por ello, no es indispensable la formalización previa de una investigación; que la Ley 27379, de 21 de diciembre de 2000, «Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares», fue modificada mediante la sexta disposición complementaria de la Ley 30077 «Ley contra el crimen organizado», de veinte de agosto de dos mil trece (después de la promulgación del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, vigente progresivamente desde el año 2006), lo que habría fortalecido la posibilidad y necesidad de su implementación en investigaciones preliminares -incluso sin audiencia- para casos específicos y excepcionales, consecuentemente, también estaría vigente la Ley 27399, de 13 de enero de 2001, Ley que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley 27379 tratándose de funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política del Estado; así mismo, hace la precisión consistente en que en el actual escenario procesal penal, existen dos contextos normativos para la implementación del impedimento de salida del país: El primero para los supuestos facticios «corruptivos», a que se refieren los artículos 295 y 296 del Código Procesal Penal; y, el segundo, para los casos precisados en la Ley 27379 y su modificatoria Ley 30077, que posibilita dicha medida en diligencias preliminares para casos específicos. También comprendería la complementaria Ley 27399, para altos funcionarios del artículo 99 de la Constitución, que a su vez se relaciona con el proceso especial para altos funcionarios regulado en el artículo 449 a 451 del Código Procesal Penal.

²⁶ Por ejemplo, en los expedientes 00046-2017-5-5201-JR-PE-01, 0028-2017-2-5201-JR-PE-01, 00011-2017-6-5201-JR-PE-03, 23-2019-1-5002-JR-PE-01 y 43-2018-01.

²⁷ Existe un texto parecido (no idéntico) aprobado con fecha veintiuno de abril de dos mil catorce, mediante Resolución Administrativa 4933-2014-MP-FN de la Fiscalía de la Nación, por el que se aprobaron precisamente los «Protocolos de Actuación Conjunta» sobre las medidas limitativas de derechos, de allanamiento, impedimento de salida, intervención de las comunicaciones telefónicas y levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y demás elaborados por los equipos técnicos institucionales del Ministerio Público, Ministerio del Interior, Poder Judicial y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.



proceso del imputado o testigo, y siempre que la mera fijación de domicilio no sea suficiente a tal fin.

En la medida que coexisten los sistemas procesales penales vigentes en el país, es del caso precisar los alcances del Código de Procedimientos Penales de 1940 y las demás normas conexas al antiguo sistema procesal penal, -Leyes especiales vinculadas al crimen organizado- y el nuevo Código Procesal Penal de 2004 en materia de impedimento de salida.

[...]

En la parte referida al procedimiento, precisó que:

En los lugares donde se encuentra vigente el nuevo Código Procesal Penal de 2004, la resolución judicial se emitirá previa realización de una audiencia judicial, la que será convocada por el Juez de la Investigación Preparatoria en forma inmediata luego de haber recibido el requerimiento Fiscal, debiendo para tal efecto hacer uso de la tecnología de la información. Celebrada la audiencia el Juez de la Investigación Preparatoria emitirá inmediatamente o dentro de las 48 horas de realizada la audiencia la resolución correspondiente²⁸.

Y, finalmente en un cuadro sintetiza las posibilidades de aplicación²⁹ de la forma siguiente³⁰:

Según el ordenamiento procesal penal vigente, el plazo de la medida e impedimento de salida será diferente atendiendo al momento o fase del proceso penal³¹. Véase para tal efecto:

Código de Procedimientos Penales de 1940 Ley 27379 (modificada por Decreto Legislativo 988)		
Diligencias preliminares		Proceso Penal
Testigo	Imputado	Solo Procesados
Plazo máximo de 15 días, prorrogables por igual tiempo, previo requerimiento del Fiscal y resolución motivada del Juez Penal competente.		No podrá exceder de 4 meses prorrogables por igual tiempo.

Código Procesal Penal de 2004	
Testigos	Imputados

²⁸ Parte final del paso 3 sobre la resolución judicial de impedimento de salida.

²⁹ Como se puede advertir, según el protocolo de actuación conjunta del impedimento de salida indicado que tiene importancia porque ha sido trabajado por las cuatro instituciones del sistema de Justicia, el impedimento de salida del país sí sería procedente en las diligencias preliminares, aunque restringido a los plazos de treinta días y de cuatro meses como máximo, según se trate de testigos o imputados.

³⁰ Paso CUATRO del protocolo de actuación conjunta del impedimento de salida.

³¹ Como se puede advertir, del citado protocolo las instituciones integrantes del sistema de justicia admiten la posibilidad de implementar la medida de impedimento de salida del país durante las diligencias preliminares.



Diligencias preliminares o Investigación Preparatoria	No podrá exceder de 30 días. Tratándose de testigos importantes, la medida se levantará luego de realizada la investigación o actuación procesal que la determinó.	La medida no puede durar más de 4 meses, prorrogables por igual tiempo previa audiencia de prolongación de la medida.
---	--	---

30°. Sin embargo, en este protocolo no se analiza con la debida precisión –y tampoco se menciona entre las bases legales– el impacto de la modificación efectuada por sexta disposición complementaria final de la Ley 30077 «Ley Contra el Crimen Organizado», que modificó la Ley 27379, e implícitamente le otorgó la condición de una ley especial de factibilidad aplicativa, tanto para casos de investigaciones preliminares bajo el antiguo Código, como para investigaciones de esa naturaleza bajo la vigencia del Código Procesal Penal, máxime si la referida modificación se produjo cuando ya estaba vigente en todo el país en lo que corresponde a los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos.

31°. En el citado protocolo tampoco se explica o justifica las razones por las cuales en las causas bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, ya instaurado el proceso, se podría dictar el impedimento de salida del país. Se limita a sostener que «No podrá exceder de cuatro meses prorrogables por igual tiempo». No existe remisión a disposición legal alguna que la fundamente; es decir, en el viejo escenario, la normatividad permisiva para el impedimento de salida del país sólo tiene fundamento en la Ley 27379 y normas conexas y complementarias ya explicadas en este Acuerdo Plenario. Este ámbito, de por sí relevante, no fue suficientemente desarrollado en el mencionado protocolo.

32°. Las objeciones descritas, hacen imperativa la necesidad de replantear las pautas hermenéuticas sobre el impedimento de salida del país, e incluso, como lógica consecuencia, es posible que sea necesario ulteriormente un nuevo protocolo de actuación conjunta para la adopción de pautas claras de trabajo interinstitucional.

33°. La revisión de este tema resulta relevante, con mayor razón, si a la fecha se han modificado los plazos máximos³², y resulta legalmente factible que se

³² Artículo 296 del CPP. Resolución y audiencia en el caso del impedimento de salida del país [...] 3. Para el caso de imputados, los plazos de duración son los fijados en el artículo 272. 4. La prolongación de la medida solo procede tratándose de imputados, en los supuestos y bajo el trámite previsto en el artículo 274. Los plazos de prolongación son los previstos en el numeral 1 del artículo 274. Artículo 272 del CPP. 1. La prisión preventiva no durará más de nueve (9) meses. 2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho (18) meses. 3. Para los procesos de criminalidad organizada, el plazo de la prisión preventiva no durará más de treinta y seis (36) meses. Artículo 274 del CPP. Cuando concurran circunstancias



pueda imponer la medida de impedimento de salida hasta por dieciocho meses en casos complejos y hasta por treinta y seis meses en casos de crimen organizado.

34°. Ahora bien, como consecuencia del examen de los preceptos que regulan esta institución, es de destacar la existencia, de un lado, (i) de una ley especial vigente para un ámbito de aplicación específico en la sub-fase de investigación preliminar o diligencias preliminares, conforme a la Ley 27379 y sus normas conexas y modificatorias; y, de otro lado, (ii) del Código Procesal Penal que disciplina el impedimento de salida del país en la sub-fase de investigación preparatoria formal, en ambos casos a través de un régimen común y solo con algunas diferencias específicas, de suerte que es factible dictar la medida de impedimento de salida tanto a nivel de la investigación preliminar o diligencias preliminares –en los supuestos legalmente previstos– como ya instaurada la investigación preparatoria formal.

∞ La primera permite su imposición sin necesidad de audiencia y el segundo autoriza su imposición mediante la previa realización de una audiencia de acuerdo a lo estipulado en el apartado 6 del artículo 296 del CPP³³. Será el Ministerio Público el que, de los supuestos de hecho y objetivos concretos en el marco de sus funciones constitucionales en el ámbito penal, invoque una u otra posibilidad en los casos concretos, y con efectos específicos.

35°. Para llegar a esta conclusión es de tener presente que, entre los argumentos más destacables de quienes se muestran en contra de la posibilidad de implementación del impedimento de salida del país en sede de diligencias preliminares, se encuentran los siguientes³⁴:

a) Que el artículo 295.1 del CPP textualmente refiere:

Cuando durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años resulte indispensable para la indagación de la verdad, el Fiscal podrá solicitar al juez expida contra el imputado orden de impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije. Igual petición

que importes una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, el plazo de la prisión preventiva podrá prolongarse: a) Para los procesos comunes hasta por nueve (9) meses adicionales. b) Para los procesos complejos hasta dieciocho (18) meses adicionales. c) Para los procesos de criminalidad organizada hasta doce (12) meses adicionales. En todos los casos, el fiscal debe solicitarla al Juez antes de su vencimiento.

³³ En el texto original fue el apartado 4. En efecto, con la modificación operada por el Decreto Legislativo 1307, de 30 de noviembre de 2016 (que estableció su vigencia después de noventa días), el artículo 296 del CPP pasó a tener seis apartados, siendo ahora el último (apartado 6) el que establece que "El juez resolverá de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 295". De ahí surge la obligatoriedad de la realización de la audiencia en el CPP de 2004.

³⁴ Resumen de la postura sostenida por FLEIS LIZARDI, HENRY CESAR, (2019). «Impedimento de salida del país en diligencias preliminares». Ponencia presentada para efectos de este Pleno Jurisdiccional. Puede ubicarse también en <https://lexisplus.francisco.scsif.gob.pe/mis/pag/2/>



puede formular respecto del que es considerado testigo importante.
[Resaltado agregado].

∞ De dicho texto se advertiría que la medida de impedimento de salida será posible únicamente una vez formalizada la investigación preparatoria. No es posible –se dice– una interpretación contraria especialmente si –como señala el artículo VII del Título Preliminar del CPP–, está proscrita toda interpretación extensiva o analógica mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos, y, el impedimento de salida del país afecta el derecho individual al libre tránsito.

- b) Que el impedimento de salida del país constituye una medida coercitiva personal que restringe el derecho a la libertad ambulatoria, y, como tal, se impone únicamente contra imputados, no contra meros investigados. Al respecto, la Corte Suprema en la Sentencia Casatoria 134-2015/Ucayali, de agosto de 2016, dispuso con carácter de doctrina jurisprudencial vinculante, en el fundamento jurídico vigésimo, lo siguiente:

“Entonces, la calidad de imputado se establece desde que existe la atribución de un delito en contra de un ciudadano por una disposición de formalización de investigación preparatoria, conforme con el numeral 1 del artículo 336 del Código Procesal Penal. Pudiendo ejercer los derechos que le reconoce la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal”.

∞ De ahí que, conforme a esta tesis, cuando el artículo 295, apartado 1, del CPP exige que «el fiscal podrá solicitar al Juez expida contra el imputado orden de impedimento de salida del país», está indicando que se debe requerir esta medida una vez formalizada la investigación preparatoria (artículo 338, apartado 4, del CPP)³⁵.

- c) Que la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, de 25 de octubre de 2017, estableció que el grado de convicción requerido para la subfase de diligencias preliminares es el de sospecha inicial simple y para la imposición de la prisión preventiva es de sospecha grave o fuerte. Si se aplica el impedimento de salida en el curso de las diligencias preliminares, significaría aceptar que dicha medida se puede justificar con una sospecha inicial simple para imponerla, lo que no es proporcional y razonable con la regulación de las demás medidas coercitivas, en especial si el impedimento de salida es una de las medidas más gravosas en intensidad, después de la prisión preventiva, al limitar la libertad de tránsito o deambulatoria de la persona, por lo que

³⁵ A la letra señala que: «Cuando el Fiscal, salvo las excepciones previstas en la Ley, debe requerir la intervención judicial para la práctica de detenciones o insalvas diligencias, la actuación de prueba anticipada o la imposición de medidas coercitivas, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente».



le correspondería ser dictada con un nivel de sospecha mayor, de sospecha reveladora o, en su caso, de sospecha suficiente.

36°. Al respecto, es necesario puntualizar lo siguiente:

- a) El artículo 337 del CPP, apartado 2, claramente estipula que: «Las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria», y el apartado 4 del artículo 336 establece que: «El fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación». Por tanto, si normativamente se precisa que las diligencias preliminares también son propiamente investigación preparatoria y que la denominación de “imputado” también alcanza al sujeto pasivo de las diligencias preliminares, no es de recibo sostener la existencia de una interpretación extensiva o análoga.
- b) Como puede verse, es el propio Código Procesal Penal el que trata como imputado al involucrado, de uno u otro modo, en una causa penal desde las diligencias preliminares, tan es así que el apartado 4 del artículo 336 del CPP denomina “imputado” a aquél contra quien se dictó las diligencias preliminares, a tal extremo que estipula que puede producirse en determinados supuestos la acusación directa (sin formalización de la investigación preparatoria). Asimismo, dicha calificación como “imputado”, antes de la formalización de la investigación preparatoria, también fluye de la redacción de los artículos 71 y 72 del CPP referidos expresamente a sus derechos³⁶.

³⁶ Dicen textualmente dichos artículos:
Artículo 71. *Derechos del imputado*

1. El imputado puede 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.

2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

a) Conocer las cargas formuladas en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;

b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;

c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;

d) Abstenerse de declarar, y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;

e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y

f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal, se dejará constancia de tal hecho en el acta.

4. Cuando el imputado considere 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



37.º Es verdad que en la Sentencia Casatoria 134-2015/Ucayali, de 16 de agosto de 2016, se consideró que «la calidad de imputado se establece desde que existe la atribución de un delito en contra de un ciudadano por una disposición de formalización de investigación preparatoria». Sin embargo, tan rotunda afirmación debe relativizarse a tenor de las citas normativas precedentes.

o En este sentido SAN MARTÍN CASTRO acotó que:

“[...] La condición de imputado –legitimación pasiva– se adquiere cuando se es objeto de una imputación por la comisión de un hecho punible, directa o indirecta, formal o informalmente. [...] La Constitución (art. 139.14) no exige un acto formal de imputación, solo exige que la persona, perfectamente identificada y determinada, sea citada o detenida por la autoridad. Su debida identificación ha sido abordada en el Acuerdo Plenario 7-2006/CJ-116, de 13 de octubre de 2006”³⁷.

38.º. Es de destacar que según el numeral 2 del artículo 330 del CPP, «las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables destinadas a determinar si han tenido lugar los hechos objetos de conocimiento y su delictuosidad». Ello significa que existe una imputación preliminar –a diferencia de una imputación formal (artículo 336, numeral 1, del CPP)– sobre la base de una sospecha inicial simple, con un nivel de concreción razonable, en cuyo contexto sin duda el imputado tiene derechos y es factible la implementación de medidas limitativas, sujetas por lo demás a sus propios presupuestos en cuanto al juicio de imputación –una exigencia legal está en función a la propia realización de diligencias preliminares de investigación y otra, por sus propios presupuestos configurativos, a la imposición de medidas limitativas de derechos–. No sería razonable ni legítimo ni correspondería a un Estado Constitucional, una investigación por hechos que no tengan connotación penal y mucho menos, la denominada *inquisitio generalis*, entendida como una indagación general sobre una persona, sin elementos de juicio mínimos sobre una conducta con apariencia de delito o delitos.

es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos legales, 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.

Artículo 72. Identificación del imputado

1. Desde el primer acto en que intervenga el imputado, será identificado por su nombre, datos personales, señas particulares y, cuando corresponda, por sus impresiones digitales a través de la oficina técnica respectiva.

2. Si el imputado se abstiene de proporcionar esos datos o lo hace falsamente, se le identificará por testigos o por otros medios útiles, sin contra su voluntad.

3. La duda sobre los datos obtenidos no alterará el curso de las actuaciones procesales y los errores sobre ellos podrán ser corregidos en cualquier oportunidad.

[Resaltados nuestros]

³⁷ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Op. Cit.*, p. 231



∞ Cuando en sede de diligencias preliminares ya se cuenta con un determinado nivel, siempre dentro de la noción de sospecha inicial simple, de imputación contra una persona debidamente individualizada –incluso más allá del debate teórico acerca de si debe denominarsele “imputado” o no– es razonable permitir que en los casos de necesidad y/o urgencia, y para tutelar la propia investigación, desde el criterio rector de eficacia, se dicten determinadas medidas limitativas de derechos, siempre que la ley lo prevea y en el modo, oportunidad y forma que lo establezca. Desde la legitimidad constitucional de la medida, desde luego, es aceptable tal conclusión, siempre y cuando se cumplan los presupuestos del principio de intervención indiciaria y los presupuestos y requisitos del principio de proporcionalidad.

∞ Es de subrayar que toda medida limitativa de derechos debe implementarse bajo las pautas y principios señalados en el artículo VI del Título Preliminar del CPP, que entre otros presupuestos exigen suficiencia de elementos de convicción (principio de intervención indiciaria) y respeto al principio de proporcionalidad, principio aplicable en todos los ámbitos según la sentencia del Tribunal Constitucional 02748-2010-PHC/TC-Lima, caso Mosquera Izquierdo³⁸.

39°. En relación al tema, también la Sentencia del Tribunal Constitucional 01064-2010-PHC/TC, Lima, de 12 de noviembre de 2010³⁹, sancionó su viabilidad, al expresar:

11. Como se ha dejado expuesto en los fundamentos precedentes, una de las formas de limitación de la libertad de tránsito puede estar constituida por el mandato judicial de impedimento de salida del país. Respecto de ello es necesario señalar que está prevista legalmente en el artículo 2, inciso 2) de la Ley 27379, que señala que esta medida coercitiva se adoptará en tanto resulte indispensable para los fines del proceso y siempre que no sea necesaria una limitación más intensa de la libertad personal. Más recientemente el Nuevo Código Procesal Penal, de vigencia en una buena parte del país, la ha recogido de modo expreso en los artículos 295 y 296 superando la omisión del antiguo Código de Procedimientos Penales.

³⁸ Fundamento 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso Alexander Mosquera Izquierdo, 02748-2010-PHC/TC-Lima:

10. Por otro lado, si bien el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 aún no está vigente en todo el país no cabe duda que este cuerpo legal contiene diversos dispositivos que contribuyen al perfeccionamiento del derecho procesal peruano que se erige como el programa procesal penal de la Constitución, y que por tanto, pueden servir de parámetro interpretativo para la solución de otros casos en que sean aplicables. [...] Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02748-2010-HC.html>

³⁹ Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01064-2010-HC.html>. Asimismo, referido además en el Expediente AV/11-2018-I emitido por la Sala Penal Especial, de 10 de agosto de 2018. Fundamento jurídico 2.4. Como se puede advertir, se trata de una sentencia emitida con posterioridad a la Ley 29574, de 15 de setiembre de 2014, que dispone la aplicación inmediata del Código Procesal de 2004 en todo el país para delitos cometidos por funcionarios públicos, en los lugares donde aún no está vigente el código Procesal Penal en toda su extensión.



12. Esta materia no resulta ser novedosa para la jurisprudencia constitucional, pues este Colegiado ya ha tenido oportunidad de estudiarla y evaluar su validez constitucional al emitir pronunciamiento en la STC 3016-2007-PHC/TC, en cuyo fundamento 11 ha tenido la oportunidad de señalar que: «...no toda intervención a un derecho fundamental por se resulta inconstitucional, pero sí puede resultar cuando la misma no se ajuste plenamente al principio de proporcionalidad. Y es que si bien, es atribución del juez penal dictar las medidas coercitivas pertinentes a fin de asegurar el normal desarrollo y fines del proceso, y por tanto, puede imponer el impedimento de salida del país, dicha medida coercitiva debe reunir, por lo menos, los siguientes requisitos: a. Debe ser ordenada, dirigida y controlada por autoridad judicial. Lo que significa que sólo mediante decisión judicial se puede imponer la medida provisional personal de impedimento de salida del país. b. La decisión judicial debe contener los datos necesarios de la persona afectada. Lo que supone que dicha decisión mínimamente debe contener los nombres y apellidos completos de la persona afectada; el número de su Documento Nacional de Identidad; el órgano jurisdiccional que lo dispone; el número o identificación del expediente y el delito por el cual se le investiga o procesa. Estos mismos requisitos deben ser registrados por la autoridad administrativa competente. c. Debe estar debidamente fundamentada y motivada. Lo que significa que deben señalarse las razones o motivos que supuestamente justifican la imposición de dicha medida, y en su caso, de la prolongación de su mantenimiento mientras dure el proceso. d. Debe señalarse la duración de la medida. Si bien la norma preconstitucional no señala un plazo de duración del impedimento de salida del país; ello no obsta para que el juez de la causa, en cada caso concreto, señale un plazo determinado, o de ser el caso, establezca la prolongación de su mantenimiento mientras dure el proceso; en este último caso, deberá ser dictado razonablemente atendiendo a las necesidades que existan al interior de cada proceso, tales como el asegurar la presencia del imputado en el proceso, el normal desarrollo del mismo, el evitar que se perturbe la actividad probatoria y la efectividad de las sentencias. En cualquier caso, esta medida no puede durar más allá de lo que puede durar el proceso penal, pues, existiendo sentencia condenatoria con mandato de detención no hay razón alguna para mantener su vigencia. O más aún, si se trata de procesos fenecidos con sentencia absolutoria o de un sobreseimiento, resultará totalmente arbitrario que dicha medida subsista...».



13. Como se puede apreciar de lo expuesto anteriormente, el análisis efectuado por el Tribunal Constitucional recayó sobre la medida de impedimento de salida del país impuesta dentro de un proceso penal; sin embargo, ello no es óbice para que este Colegiado establezca que dichas reglas también le son aplicables a todos aquellos supuestos de impedimento de salida del país, sea cual fuera la naturaleza del proceso del cual derivan. Y es que dichas reglas cumplen una doble función; por un lado constituyen lineamientos objetivos que han de tener presente los órganos jurisdiccionales al momento de dictar una medida como la que es objeto de análisis y, por otro lado, sirven como garantías mínimas para la persona a la cual se le va a imponer dicha medida y, colateralmente, para la protección de terceros que podrían encontrarse perjudicados con una medida de impedimento de salida del país.

40.º Todo lo reseñado es coherente con la viabilidad de la medida de impedimento de salida del país en caso de los altos funcionarios del Estado, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución Política del Perú, a propósito de la Ley 27399 que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley 27379 tratándose de dichos funcionarios⁴⁰.

∞ Al respecto, se ha pronunciado SAN MARTIN CASTRO, expresando que:

A. Las leyes anticorrupción, que buscan responder eficazmente a la lucha contra la inmensa red de corrupción para-estatal (...) son: [...] (2) la Ley 27379, de 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 [...] el impedimento de salida del país o de la localidad [...]»⁴¹.

∞ Así mismo refiere:

Las denominadas medidas cautelares «preprocesales», esto es, las solicitadas y dictadas *ante causam*, o sea con anterioridad al inicio del proceso -de ahí la denominación de «precautelar», han sido previstas en normas procesales complementarias al Código de Procedimientos Penales y para supuestos determinados, como es el caso de las estatuidas en la legislación represora del tráfico de drogas (Decreto Ley 22095, artículo 73, de 2 de

⁴⁰ Un caso emblemático al respecto, es el impedimento de salida del país implementado en el Expediente 07-2018-I contra el procesado Cesar José Hinojosa Pariachi contra quien se dictó esta medida a nivel del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria con fecha 13 de julio de 2018, antes del trámite de acusación constitucional en el Congreso de la República para efectos de una eventual formalización de la investigación preparatoria.

⁴¹ SAN MARTIN CASTRO, Cesar Eugenio: *La reforma procesal penal peruana: Evolución y perspectivas*. Anuario de Derecho Penal 2004. Recuperado el día 4 de julio de 2019 de la siguiente página web: http://www.unfich.edu.pe/derecho Penal/assets/files/Anuario/dn_2004_05.pdf



marzo de 1978; Decreto Supremo 39-94-JUS, de 23 de julio de 1994); y en la Ley 27379, de 21 de diciembre de 2000⁴².

41°. No existe, pues, transgresión alguna al principio de proporcionalidad y, asimismo, al principio de legalidad procesal. Incluso esta medida se puede dictar en el proceso civil frente al incumplimiento de deberes alimentarios⁴³. Es de destacar que, esencialmente, el imputado no es privado de modo absoluto de su libertad personal, solo relativamente de su libertad deambulatoria dentro del país o de su localidad, de suerte que está en la posibilidad de realizar sus actividades en forma muy próxima a la normalidad, es decir, no constituye una afectación sustancial en su vida cotidiana.

42°. El anexo esquemático ilustrativo –por lo profuso de las variaciones legislativas– forma parte del presente Acuerdo Plenario.

III. DECISIÓN

43°. En atención a lo expuesto, los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Suprema de Justicia de la República, reunidos 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:

44°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos 19 al 23, 25 al 26, 34, y 38 al 40 del presente Acuerdo Plenario.

45°. 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.

⁴² SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio: *La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito*. En Revista Ius et Veritas 25. Recuperado el 4 de julio de 2019 de: <http://revistas.ucape.edu.pe/index.php/juestveritas/article/download/16217/16634>

⁴³ El artículo 563 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N.° 29279, de fecha 13 de noviembre de 2008, dispone que «a pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria, prohibición que se aplica independientemente de que se haya venido produciendo el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria».



46°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, sólo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

47° PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial *El Peruano*.
HÁGASE saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
IX PLENO JURISDICCIONAL PENAL

ANEXO: CUADRO ESQUEMÁTICO SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL DEL IMPEDIMIENTO DE SALIDA DEL PAÍS

RÉGIMEN LEGAL	SU PUESTO FACTIVO	TRÁMITE	OPORTUNIDAD	PLAZO	DELITOS EN LOS QUE PROCEDE
<p>1. LEY N.º 27379 de fecha 21-12-2000 "Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares" (Ley especial) modificada por el Decreto Legislativo N.º 988 de 21-07-2007 y la Ley N.º 30077 "Ley contra el crimen organizado" de 20-08-2013</p>	<p>Casos de estricta necesidad y urgencia (art. 2 de la Ley 27379) Si es indispensable para indagación de verdad y no sea necesaria ni proporcional una limitación de la libertad más intensa (art. 2.2 de la Ley 27379)</p>	<p>Solicitud fiscal fundamentada con copia de elementos de convicción (art. 3 de la Ley 27379) El juez penal dentro de 24 horas (sin audiencia) se pronuncia motivada (art. 4 de la Ley 27379)</p>	<p>Diligencias preliminares</p>	<p>Hasta 15 días prorrogables por 15 días más (art. 2.2 de la Ley 27379)</p>	<p>1. Delitos perpetrados por una pluralidad de personas, siempre que en su realización se haya utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con consentimiento o aquiescencia de estos. 2. Delitos de peligro común (art. 279, 279-A y 279-B del CP), Delitos contra la administración pública (Capítulo II del Título XVIII del Libro segundo — art. 376 al 401 del CP), Delitos aduaneros (Ley N.º 26461) cometido por pluralidad de personas y Delitos tributarios (DL N.º 813), todos estos siempre que se cometan por pluralidad de personas o que el agente integre organización criminal 3. Delitos de terrorismo (DL N.º 25475 modificatorios y conexos), apología del delito en los casos del art. 316 del CP, Lavado de activos (Ley N.º 27965), Tráfico ilícito de drogas (art. 296, 296-A, 296-B, 297 y 298 del CP), Delitos contra la Humanidad (capítulo I, II y III del título XIV-A — art. 319 al 322 del CP), Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (capítulos I y II del título XV del Libro segundo — 325 al 343 del CP) 4. Delitos contra la libertad (art. 152 al 153-A del CP) y delito de extorsión (art. 200 del CP) cometido por pluralidad de personas. (Art. 1 de la Ley 27379)</p>
<p>2. LEY N.º 27399 de fecha 13-01-2001 "Ley que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley N.º 27379 transfiriendo de los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución" (Ley especial complementaria de la Ley N.º 27379)</p>	<p>Casos de estricta necesidad y urgencia. (art. 2 de la Ley 27399) Si es indispensable para la indagación de la verdad y no sea necesaria ni proporcional una limitación de la libertad más intensa (art. 2.2 de la Ley 27399)</p>	<p>Solicitud fiscal fundamentada con copia de los elementos de convicción (art. 3 de la Ley 27399) El juez penal en dentro de 24 horas (sin audiencia) se pronuncia motivadamente (art. 4 de la Ley 27399)</p>	<p>Diligencias Preliminares</p>	<p>15 días prorrogables por 15 días más (art. 2.2 de la Ley 27399) (Se mantiene hasta 30 días después de resolución acusatoria (art. 2 de la Ley 27399)</p>	<p>- Procede para altos funcionarios del art. 99 de la Constitución, en los delitos establecidos en el art. 1 de la Ley 27379, en los que fuera pertinente. - No es aplicable para los funcionarios mencionados en el primer párrafo del art. 93 de la Constitución (Congresistas) - Están excluidas las medidas limitativas de derechos previstas en el art. 143 del CPP así como las establecidas en el art. 2.1 de la Ley N.º 27379 y el impedimento de salir de la localidad en donde domicilio o del lugar que se le fije previsto en el art. 2.2 de la Ley 27379. (Art. 2 de la Ley 27399)</p>



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
IX PLENO JURISDICCIONAL PENAL

REGIMEN LEGAL	SUPUESTO FACTIVO	TRAMITE	OPORTUNIDAD	PLAZO	DELITOS EN LOS QUE PROCEDE
3. CODIGO PROCESAL PENAL DE 2004 (Régimen común)	Cuando el delito es sancionado con pena privativa de la libertad mayor a los 3 años (art. 295.1 del CPP) - Sólo cuando fuere indispensable, por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, las riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva (art. 253.3 del CPP - preceptos generales de las medidas de coerción)	El juez resuelve previa audiencia. (art. 296.6 del CPP) Emite resolución inmediatamente o dentro de las 48 horas (art. 279.2 del CPP)	Procede en Diligencias preliminares y formalizada la investigación preparatoria (art. 295 y 296 del CPP en re. Con los art. 272, 274, 330, 336.4 y 337.2, del CPP)	Hasta 9, 18 o 36 meses (art. 296, 372 y 374 del CPP)	Todos los delitos que tienen una pena privativa de la libertad mayor a tres años (En lo que se encuentre vigente según distrito judicial)



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 04-2019/CIJ-116

BASE LEGAL: Artículo 433.4 del Código Procesal Penal
ASUNTO: Absolución, sobresentado y reparación civil.
Prescripción y caducidad en ejecución de
sentencia en el proceso penal

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial 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 Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, de veintinueve de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– 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 concordantes con la jurisprudencia penal.

2°. El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que



necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3°. El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: a. Pena efectiva: Principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. b. Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización Criminal y banda criminal, así como y técnicas especiales de investigación en estos delitos. c. Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. d. Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. e. Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. f. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. g. Viáticos y peculado. h. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

« En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4°. Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a la Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal, los siguientes:

1. Zoraida Avalos Rivera, Fiscal de la Nación
2. Percy García Cavero, por el Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP)
3. Sonia Raquel Medina Calvo, Procuradora de la Pública Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas.
4. Ingrid Díaz Castillo y Gilberto Mendoza del Maestro, docentes de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
5. Amado Daniel Enco Tirado, Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios.
6. Edgardo Salomón Jiménez Jara, abogado.

5°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra: 1. Amado Daniel Enco Tirado, Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. 2. Ingrid Díaz Castillo, docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

6°. La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el



Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7º. Han sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, CASTAÑEDA OTSU y GUERRERO LÓPEZ.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. TEMAS PROBLEMÁTICOS MATERIA DE ANÁLISIS

8º. El presente Acuerdo Plenario tiene el cometido de brindar pautas hermenéuticas claras en relación a dos temas complejos: (i) en primer lugar, los parámetros jurídicos para la imposición de la reparación civil en caso de absolución o sobreseimiento; y, (ii) en segundo lugar, la aplicación de la prescripción o la caducidad respecto a la exigibilidad de la reparación civil y, en su caso, sus respectivos límites temporales.

∞ El factor común en ambos temas es la satisfacción de la pretensión indemnizatoria para la víctima, habida cuenta que un ilícito penal puede generar un ilícito civil. Es por ello que el artículo 92 del Código Penal –en adelante, CP– estatuye: “La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”, y el artículo 93 del CP establece que “La reparación civil comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios”.

9º. En los debates sobre esta materia, también es trascendente –de inicio– tener presente que, en el viejo proceso penal, se asumió restricciones para asegurar y satisfacer en el proceso penal el objeto civil al concebirse como una pretensión meramente accesoría, con lo que se le puso trabas a la víctima con merma de la garantía de tutela jurisdiccional, no obstante constituir un fin constitucionalmente relevante, contemplado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Al respecto, ALBERTO BINDER sostiene que:

“En el marco del derecho penal de tipo infraccional, donde prima la relación obediencia-desobediencia, que se expresa, entre otras manifestaciones, en el monopolio de la acción por parte del Ministerio Público (acción pública) se desplaza, como hemos visto, a uno de los sujetos naturales del proceso (la víctima) y se presupone que toda gestión de lo público debe ser una gestión estatal (principio, en definitiva, de raíz totalitaria). Por eso, frente a sistemas judiciales que se han configurado desde la acción pública y supuestos intereses generales de tipo abstracto, una fuerte incorporación de la víctima y la



adopción de la idea de gestión social de bienes públicos, abre nuevas perspectivas, totalmente contradictorias con la tradición inquisitorial [...]”¹.

10°. En este sentido, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, con cita de HASSEMER, –citado a su vez por CUAREZMA TERÁM– puntualizó que:

“[...] desde los más diversos ámbitos del saber se ha llamado la atención sobre el desmedido protagonismo del delincuente y el correlativo abandono de la víctima, se ha dedicado exclusivamente a la persona del delincuente todos los esfuerzos de elaboración científica, tiempo, dinero, hipótesis, investigaciones sin preocuparse apenas de la víctima de los delitos”².

11°. En esa misma línea de análisis, BOVINO indicó que:

“A través de la persecución estatal, la víctima ha sido excluida por completo del conflicto que, se supone, representa todo caso penal. Una vez que la víctima es constituida como tal por un tipo penal, queda atrapada en el mismo tipo penal que la ha creado. Para ello, el discurso jurídico utiliza un concepto específico, el concepto de bien jurídico”³.

12°. Por su parte ZAFFARONI, Eugenio Raúl, con su reconocido sentido crítico, acotó que:

“En el mundo penal la lesión la sufre el señor (Estado, república, monarca, el que manda) y la víctima es solo un dato, una prueba, que si no se aviene a serlo se la obliga y coerciona incluso con el mismo trato que su ofensor. En síntesis: el ofensor no es la persona que ofendió sino un constructo de la retórica alquímica del derecho penal, y la víctima no es la persona ofendida, sino un dato que es menester aportar al proceso; la víctima no es una persona, es una prueba”⁴.

13°. En nuestro medio, RODRÍGUEZ DELGADO refirió que:

“En el proceso penal, históricamente concebido como un mecanismo para la imposición de un castigo, la víctima no tiene papel alguno que realizar. El proceso se convierte, no sólo como ya se mencionó, en una tortura para el

¹BINDER, ALBERTO: *La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República*. (2006), p. 14. Consultado el 19 de julio de 2019. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/09/doc1na30866.pdf>.

²CUAREZMA TERÁM, Sergio: En “*La victimología*” disponible en: Citado por García Pablos de Molina, en: *Manual de Criminología*, 1988, pág. 43.

³BOVINO, ALBERTO: *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos* (p. 11). Fecha de consulta 23 de julio de 2019 de la siguiente página web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/05/doctrina30779.pdf>

⁴ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Prólogo, en: MISSUTI, ANA, *El tiempo como pena*, Campomanes Libros, Buenos Aires, 2001, p. 7-8. Citado por REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL, Estudio Final: *La víctima en el sistema penal*, en A.A.V.V., *La Víctima en el Sistema Penal - Dogmática, proceso y política criminal*, Editorial Jurídica Grijley, Lima 2006, p. 104. Citado por YAVAR UMPIERREZ, FERNANDO. *Aproximación victimológica al conflicto penal*. Fecha de consulta 23 de julio de 2019 de la siguiente página web: <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2019/04/4-aproximacion-victimologica.pdf>

procesado, sino también en una tortura para la víctima. Esto debido a que a través del proceso se busca lograr la verdad material, lo cual en la gran mayoría de casos es imposible, generando tan sólo un grado de insatisfacción total en la víctima⁵.

14°. Es por eso que, también a nivel de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, CoIDH–, se han expedido sentencias que procuran revertir esta situación –tradicionalmente desatendida para las víctimas– que se reflejó usualmente en fallos (a nivel de derecho interno) que consignaban reparaciones civiles insignificantes, simbólicas o ínfimas, al punto que incluso hacían mención, ilegalmente, como factor determinante, la situación socioeconómica del responsable. Todo ello, a su vez, fue el resultado de una escasa preocupación institucional en relación al martirologio procesal y la justificada sensación de injusticia derivados del daño causado.

15°. Asimismo, el Juez CANÇADO TRINDADE en su voto razonado en el caso “Niños de la Calle”⁶ señaló que: «[e]s el Derecho Internacional de los Derechos Humanos quien clara y decididamente ha rescatado la posición central de las víctimas en el Derecho Internacional, por cuanto se encuentra orientado hacia la protección de la persona humana y a atender sus necesidades»⁷.

o Empero, más allá de una reflexión muy general, es de tener en cuenta que la víctima es, ante todo, un sujeto de derechos, ligado a intereses civiles y criminales, como, asimismo, a su tranquilidad, a su vida privada y a su intimidad⁸. Y, a tal fin debe orientarse tanto el Derecho en sus diversas ramas –en especial, civil, penal y procesal–.

16°. Precisamente sobre la problemática de la reparación civil y las pretensiones del Estado, Ingrid DIAZ CASTILLO informó en este Pleno que:

“De acuerdo con el documento denominado «Información Estadística de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de diciembre del 2018», en la actualidad dicho órgano interviene en 40759 casos en los que

⁵ RODRIGUEZ DELIADO, JULIO A.: *La víctima en el olvido*. Fecha de consulta 23 de julio de 2019 en la siguiente página web: <http://revistas.puep.edu.pe/index.php/justicia/articulo/download/15547/15992>

⁶ CoIDH, Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala) Reparaciones (Art. 63.I Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 26 de mayo de 2001; Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, Párr. 16. Ver además A.A. CANÇADO TRINDADE, “Las Células Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, en El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI-Memoria del Seminario (Noviembre de 1999), tomo I, San José de Costa Rica Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

⁷ Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala) Reparaciones (Art. 63.I Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 26 de mayo de 2001. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr.15.

⁸ BERTOLINI, PEDRO J.: *La situación penal de la víctima en el proceso penal de la Argentina*. EN: AA.VV. (PELLORIN GRINOVER, ADA (coordinadora), Editorial Depalra Buenos Aires, 1997, p. 40.

persigue una reparación civil a favor del Estado derivada de delitos contra la Administración pública. Del universo de casos, 7553 se tramitan en Lima, 4636 en Loreto, 1695 en Puno, 1671 en Arequipa, 1474 en La Libertad, 1457 en Lambayeque, 1379 en Piura, 1367 en Cajamarca, 1145 en Huánuco, 1121 en San Martín, 1040 en Ica, 889 en Moquegua, 854 en Pasco, 765 en Apurímac, 750 en Tumbes, 709 en Tacna, 639 en Amazonas, 580 en Madre de Dios, 522 en el Callao y 488 en Huancavelica [...]. En cuanto a la reparación civil, el documento mencionado señala que el monto impuesto a diciembre del 2018 asciende a S/ 1 638 588 128.13 (mil seiscientos treinta y ocho millones quinientos ochenta y ocho mil ciento veintiocho soles con trece céntimos). De este valor, se ha cobrado S/ 92 712 223.47 (noventa y dos millones setecientos doce mil doscientos veintitrés soles con cuarenta y siete céntimos). Así, resta por cobrar S/ 1 545 875 904.66 (mil quinientos cuarenta y cinco millones ochocientos setenta y cinco mil novecientos cuatro soles con sesenta y seis céntimos)⁹.

De igual manera, destacando la deuda pendiente de cobro por concepto de reparaciones civiles a favor del Estado, refirió que:

“A pesar de los esfuerzos realizados, cabe notar que, a diciembre de 2018, se ha cobrado solo el 5,65% del monto total impuesto por concepto de reparación civil derivado de procesos penales por delitos contra la Administración pública, estando pendiente el 94,35%. Esta situación no hace más que reafirmar la importancia de poner en marcha esfuerzos para efectivizar el cobro de las reparaciones civiles, evitando el uso de mecanismos destinados a imposibilitar dicha labor¹⁰.”

17°. Por su parte el Procurador Público Especializado en delitos de corrupción de funcionarios, ENCO TIRADO, en la ponencia¹¹ presentada a este Pleno apuntó que:

“Según cálculos de la Contraloría General de la República, recogidos por la Comisión de Integridad, los corruptos le roban al Estado aproximadamente 12 mil millones de soles al año.

Cuando los casos de corrupción son judicializados y éstos terminan en sentencias condenatorias, el perjuicio causado al Estado se mide en la reparación civil fijada a favor del Estado. Según sentencias registradas a partir de los casos Fujimori-Montesinos, el perjuicio ocasionado al Estado a diciembre del 2018 es de S/1,623,659,728.13 con una cantidad de 5,808 casos en ejecución de sentencia a nivel nacional”.

⁹ DIAZ, I. & MENDOZA, G.: (2019). *¿Caducidad o prescripción? De la reparación civil en los casos de sentencias derivadas de procesos penales por delitos contra la Administración pública en el ordenamiento jurídico peruano*. Derecho PUCP. 82, 2019, pp. 414-416.

¹⁰ IBIDEM (p. 418).

¹¹ ENCO, AMARDO – PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: *La aplicación de los institutos civiles de la prescripción y caducidad en los casos de ejecución de sentencia de reparación civil en un proceso penal*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2019.



18°. De todo lo anterior se advierte la pertinencia de que se aborden en el presente Acuerdo Plenario los dos temas problemáticos indicados, referidos a la necesidad de garantizar la tutela jurisdiccional también para el agraviado en el proceso penal. Es de enfatizar, de un lado, que el artículo IX, apartado 3, del Título Preliminar del Código Procesal Penal prescribe que la víctima tiene derechos procesales autónomos de información y de participación procesal, así como de protección y de trato acorde con su condición; y, de otro lado, que el artículo 11 del citado Código reconoce al perjudicado por el delito una pretensión propia referida a la reparación civil –en concordancia con el artículo 93 del Código Penal–, cuya autonomía incluso se distancia del resultado del objeto penal (artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal), de suerte que el citado artículo 93 del CP se vio ampliado en su objeto: la reparación civil no solo se impone cuando se dicta una sentencia condenatoria, sino que puede fijarse autónomamente.

19°. La víctima, en el proceso penal, tiene derechos propios, en tanto la concepción que asumió el Código Procesal Penal es la de erigirse en un instrumento para resolver conflictos sociales en los cuales la víctima es, precisamente, uno de los protagonistas. La víctima no solo tiene derechos económicos –como tradicionalmente se ha entendido–, esto es, a una reparación efectiva e integral por los daños infligidos por la conducta atribuida al imputado, sino también a una plena tutela jurisdiccional de sus derechos y concebirse su intervención y derechos como una protección integral garantía efectiva de su dignidad –derechos materiales y derechos procesales–.

∞ En tal virtud, la víctima en sede procesal penal tiene (i) el derecho a conocer de las actuaciones del procedimiento penal y a que se le instruyan de sus derechos; (ii) el derecho de participar en el proceso –en el curso de las diligencias procesales–, a intervenir en las decisiones que le afecten, a constituirse en actor civil sin cortapisa alguna, a impugnar o interponer remedios procesales y, en su caso, el derecho a la protección si su integridad se ve amenazada –en su conjunto, derecho a la protección judicial–; y, (iii) el derecho a obtener la debida tutela jurisdiccional de sus derechos materiales o sustantivos, lo que importa, obviamente, (1) el derecho a la verdad –a conocer lo que en efecto ocurrió y tener legitimidad para instarlo y reclamar por su efectiva concreción–, (2) el derecho a la justicia –es decir, derecho a que no haya impunidad, en tanto el Estado tiene la obligación constitucional de respeto y garantía plena de los derechos humanos– y (3) el derecho a la reparación integral.

∞ Esta concepción, sin duda alguna, importa replantear una serie de conceptos tradicionalmente entendidos y aplicados, y asumir una opción en pro de hacer efectivos los derechos materiales y procesales de la víctima del delito, tanto del ofendido por el delito como por el perjudicado por el mismo.



§ 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

20°. Sobre la determinación de la reparación civil, el artículo 92 del CP, modificado por la Ley 30838, de 4 de agosto de 2018, estatuye que *“la reparación civil se determina conjuntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento”*. Esta norma contiene el principio-garantía para el sistema judicial de la necesidad del debido cumplimiento de la reparación civil como parte de la garantía de tutela jurisdiccional de la víctima.

∞ El citado precepto material se basa en la idea del contexto objetivo: cuando surgen en un delito pretensiones jurídicas patrimoniales –es lo común, diríamos nosotros– entonces es adecuado culminar con las pretensiones indemnizatorias de la víctima ya en el proceso penal, para evitar un trabajo doble, pero también para evitar decisiones contradictorias; con esto se tienen en cuenta los intereses de los afectados en una reparación¹².

∞ Ahora bien, la referida cláusula del Código Penal, en cuanto causa de la obligación de reparar, responde realmente, como enseña SAINZ-CANTERO, al mismo conflicto previsto en el artículo 1969 del CC: la lesión cierta a un interés privado e individualizable. Un daño imputable objetivamente a una conducta y subjetivamente al autor de esa conducta. El daño civil se manifiesta como conflicto de relevancia social y de especiales características a las que ha de responder la configuración de la obligación reparatoria que como reacción se ordena¹³.

21°. Bajo el sub título de *“inextinguibilidad de la acción civil”*, el artículo 100 del Código Penal prescribe que *“la acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal”*.

22°. El Código Procesal Penal –en adelante, CPP– regula a la acción civil en los siguientes términos:

Artículo 11. Ejercicio y contenido

1. El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso.

2. Su ámbito comprende las acciones establecidas en el artículo 93 del Código Penal e incluye, para garantizar la restitución del bien y, siempre que sea posible, la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectados.

¹² ROXIN, CLAUDIA – SCHUNEMANN, BERND: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, pp. 735-736.

¹³ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELEN: *El ilícito civil en el Código Penal*, Editorial Comares, Granada, 1997, p. 4.

Artículo 12. Ejercicio alternativo y accesoriadad

1. El perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Orden Jurisdiccional Civil. Pero una vez que se opta por una de ellas, no podrá deducirla en la otra vía jurisdiccional.

2. Si la persecución penal no pudiese proseguir, ya sea que se disponga la reserva del proceso o se suspenda por alguna consideración legal, la acción civil derivada del hecho punible podrá ser ejercida ante el Orden Jurisdiccional Civil.

3. La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.

23°. En lo que constituye una de las normas más trascendentes sobre la reparación civil, en la medida en que se consagra la supletoriedad del Código Civil –en adelante, CC–, el artículo 101 del CP establece que “la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil”. Esto significa que todo lo que corresponde al daño derivado de la acción delictiva se evaluará en función a las normas sobre responsabilidad civil, puesto que, como se ha sostenido en el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, fundamento jurídico 7:

“[...] existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil”.

24°. Ahora bien, resulta trascendente determinar el límite temporal de la factibilidad para hacer efectivo el reclamo y cobro de la reparación civil. Al respecto, es necesario mencionar que, sobre la prescripción y la caducidad, el CC dispone lo siguiente:

Artículo 1989. La prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo.

Artículo 2001. Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

2. A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.

3. A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.

4. A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.

5. A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia.

Artículo 2003. La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.



Artículo 2004. Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.

§ 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN CIVIL EX DELICTO

25º. La acción civil *ex delicto*¹⁴ es ejercida dentro del proceso penal, procurando una reparación del daño causado por la comisión del delito. Según SAN MARTÍN CASTRO:

“El delito es una especie de acto ilícito. La conducta que la ley penal califica de delito es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o intereses protegidos privados [GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA]. [...] La acción, en rigor, no es *ex delicto*, sino *ex damno*. [...] La acción civil es independiente a la penal –aunque los hechos históricos coincidan en parte en su decurso natural, que no jurídico–, esa independencia es la que supone que la legitimación se establezca en atención a la acción ejercida. Así, por ejemplo, la inexistencia del delito, por cualquier causa, no entraña necesariamente la de la acción civil”¹⁵.

∞ Concretando estas ideas, cabe enfatizar, siguiendo a CORTÉS DOMÍNGUEZ, que es evidente que del delito no nace la acción civil, como tampoco hay obligaciones civiles que nazcan de los delitos. Esa responsabilidad no nace porque el hecho sea delito, sino porque el hecho produce el daño o porque el implica un menoscabo patrimonial a la víctima¹⁶. La relación jurídica material, siempre, es de derecho privado y participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la Ley procesal civil. No pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en el proceso penal y solo podrá iniciarse a instancia de parte. Su contenido y extensión han de calibrarse con arreglo a la normativa civil aplicable, siempre que no exista un especial precepto penal que modifique su régimen¹⁷.

∞ Asimismo, destacan COBO-VIVES, amparándose en MANTOVANI, que el daño resarcible, o daño civil, es distinto del que pudiera denominarse daño penal. Este último se halla constituido por la ofensa al bien jurídico, mientras que el primero

¹⁴ La acción civil *ex delicto*, según el DICCIONARIO DEL ESPAÑOL JURÍDICO de la Real Academia Española es “Causa a través del cual se pretende ante los tribunales penales la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible. La acción civil ha de establecerse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”. Recuperado de <https://dej.mec.es/tema/accion-civil-ex-delicto>.

¹⁵ SAN MARTÍN CASTRO, CESAR: *Derecho procesal penal*. Lecciones. Editorial INPECCP – CENALES – Juristas Editores, Lima, 2015, pp. 266-267.

¹⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y otros: *Derecho Procesal Penal*, 8va. Edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 175.

¹⁷ Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo Español 865/2015, de catorce de enero.

consiste en las pérdidas patrimoniales y en los sufrimientos de toda índole padecidos por la víctima¹⁸.

∞ Los fines de la sanción penal y de la reparación del daño son diferentes. En el primer caso, persiguen primordialmente, aunque no exclusivamente, fines preventivos –evitar futuros delitos–. Por el contrario la responsabilidad civil busca únicamente reparar el daño causados a los perjudicados. Son, pues, dos obligaciones autónomas, con presupuestos, contenido y finalidades distintos.

26°. La acción civil *ex delicto* en el proceso penal, ejercitada por el perjudicado por el delito o, en su defecto, por el Ministerio Público –supuesto en el que, enseña GIMENO SENDRA, actúa mediante legitimación derivada o por sustitución¹⁹–, genera un proceso civil acumulado al proceso penal, una acumulación heterogénea de acciones (penal y civil), bajo propios criterios de imputación jurídica. El perjudicado por el delito tiene la potestad, indistinta, de incoar la acción civil en el proceso penal o recurrir al proceso civil, como dispone el artículo 12, apartado 1, del CPP. La relación entre objeto penal y objeto civil estriba en que se trata unos mismos hechos cometidos por una misma persona (dos objetos interrelacionados en un mismo procedimiento), a partir de los cuales se fijan las consecuencias jurídicas que cada Derecho material prevé. La opción de acudir a una u otra vía (proceso penal o proceso civil) fija, por tanto, una *litis pendencia* –de ahí, que salvo excepciones legalmente previstas, escogida una vía se cierra la otra (artículo 12, apartados 1 y 2, del CPP)–.

∞ El fundamento de la denominada “responsabilidad civil *ex delicto*” lo constituye el menoscabo material o moral producido por la actuación ilícita –las singularidades de antijuricidad y tipicidad específicas de lo penal en ningún caso caracterizan la obligación de reparar a la que nada añaden dichas circunstancias–. La obligación de reparar nace como consecuencia de la producción de un daño ilícito y atribuible al sujeto mediante el oportuno criterio de imputación. En cuanto al contenido de la obligación, en la responsabilidad civil pura como en la *ex delicto* lo único que se comprende es el restablecimiento del desequilibrio patrimonial que la infracción ha ocasionado; y, ambas responden a una única finalidad, que no es otra que la de atender a un interés privado como es el de reparar el menoscabo patrimonial o moral producido en la esfera jurídico-privada de un sujeto particular. Luego, la responsabilidad civil *ex delicto* y la extracontractual son una única institución, y su eje ricio importa una única acción civil, aunque con la posibilidad de un concurso de normas –las del Código Civil y las reguladas en el Código Penal–²⁰.

¹⁸ COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN: *Derecho Penal - Parte General*, 5ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 967-968.

¹⁹ GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Pamplona, 2012, p. 321.

²⁰ ARNAIZ SERRANO, AMAYA: *Las partes civiles de el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.61-67.

oo Menciona al respecto GÓMEZ COLOMER que de todas consecuencias jurídico civiles que se pueden producir a causa del daño derivado de la comisión de un hecho punible en cuanto acción ilícita, la ley penal solamente considera que pueden acumularse en el proceso penal tres: la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios derivados de la comisión de ese hecho²¹. Se trata, entonces, de las prestaciones estrictamente necesarias para reparar el daño causado a los particulares.

oo La acción penal y la acción civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que por tanto la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni la existencia ni a la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. Por consiguiente, la responsabilidad civil "ex delicto", cualquiera que sea la vía procesal elegida para su reclamación no exige para su efectividad que la prueba de la existencia del daño o del perjuicio causados por los hechos perpetrados²². Incluso, como el Código Procesal Penal reconoce, la perspectiva civil del hecho objeto del proceso permite apreciar y calificar sus efectos que los mismos se deriven de manera plenamente autónoma, ya que fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió, esto es, salvo el caso de declararse probado que el acto o la omisión no existió objetivamente, el órgano jurisdiccional tiene facultad no solamente para encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar las pruebas obrantes en juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica²³.

oo En cuanto a los criterios de imputación civil, se tiene: (i) que la tipicidad, que constituye el presupuesto esencial para que surja la responsabilidad penal, falta por completo en la responsabilidad civil ex delicto; (ii) que si bien la antijuricidad es presupuesto ineludible en ambas clases ilícitos, la concurrencia de la tipicidad en la infracción penal y su ausencia en el ilícito civil determina que en cada una de esas disciplinas jurídicas la contrariedad al derecho tenga un significado distinto –en Derecho civil basta la causación de un daño en intereses jurídicos ajenos–; (iii) que la concurrencia de dolo o culpa constituye presupuesto común, pero no imprescindible, de la responsabilidad civil derivada del delito –el Código Civil prevé casos de inculpatibilidad en los que la obligación privada se mantiene, otros en los que la responsabilidad civil recaer en persona distinta a la que cometió el delito, y finalmente en los que se recogen próximos a la responsabilidad objetiva–; (iv) la punibilidad implica, precisamente la posibilidad potencial de aplicar una pena, nunca una sanción civil; y, (v) en lo respecta a los presupuestos de la responsabilidad privada, el único factor esencial para que concurra el ilícito civil es el daño, elemento que, por el contrario, no está siempre presente en el ilícito penal²⁴.

²¹ GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS y OTROS: *Derecho Jurisdiccional III, proceso penal*, 22da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 124.

²² Véase, entre otras: Sentencia del Tribunal Supremo Español 1/2007, de diez de enero.

²³ Véase, entre otras: Sentencia del Tribunal Supremo Español 936/2006, de diez de octubre.

²⁴ ROJO TORRES, MARGARITA: *La reparación del daño causado por el delito*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 128.



§ 4. PRIMERA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA: ABSOLUCIÓN, SOBRESEIMIENTO Y REPARACIÓN CIVIL

27°. El artículo 12, apartado 3, del Código Procesal Penal, define un marco de autonomía para el ejercicio de la acción civil *ex delicto* respecto de la acción penal. Señala, sobre el particular, que “La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda”. El titular de la acción civil es el perjudicado por el hecho ilícito, es decir, el que sufrió el daño respectivo, como acota el artículo 11 del Código Procesal Penal. El Ministerio Público, en estos casos, tiene una legitimación derivada o por sustitución procesal²⁵. Por tal razón, es que el artículo 11, numeral 1, del citado Código estipula que “[...] si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso”.

28°. Como se trata de una acción civil, de derecho privado, rige el principio de rogación o dispositivo. Solo puede mediar un pronunciamiento civil en la resolución judicial si ha sido pedida por la parte legitimada (artículo 98 del Código Procesal Penal). Empero, en caso de sobreseimiento, si no existe actor civil constituido en autos, es evidente, al mediar distintos criterios de imputación para definir la responsabilidad civil, que corresponde, previamente, instar al Fiscal –si no lo hubiera hecho– una definición específica sobre este ámbito –no se le obliga que requiera una reparación civil, sino que se pronuncie sobre ella–.

∞ Recuérdese que se trata de una acumulación heterogénea de acciones, penal y civil –salvo renuncia expresa del perjudicado por el daño o su precisa indicación de que accionará en la vía civil en un proceso independiente–, por lo que es pertinente exigir que la requisitoria del fiscal, si no se incorporó el perjudicado como actor civil, sea integral; esto es, comprenda lo penal y lo civil. En caso exista actor civil constituido en autos, ante el requerimiento no acusatorio, y más allá de la oposición que pueda plantear contra este ámbito del proceso jurisdiccional, tendrá que pedirsele, igualmente, un pronunciamiento expreso acerca del objeto civil, para someterlo a contradicción.

29°. La garantía de tutela jurisdiccional de la víctima debe ser respetada en el proceso penal, bajo un sistema como el francés –que sigue nuestro Código Procesal Penal– que prevé el proceso civil acumulado al penal. Lo que el nuevo Estatuto Procesal matiza es que el Fiscal es, como se apuntó, un sustituto derivado que solo intervendrá en el objeto civil cuando el perjudicado decide formalmente no introducir la pretensión civil o indica expresamente que ejercerá la acción civil en un proceso civil aparte (artículo 12, apartado 1, del Código Procesal Penal). Por ende,

²⁵ GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Pamplona, 2015, p. 321.



salvo estas excepciones, el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público (artículo 11, apartado 1, primera oración, del Código Procesal Penal).

o Es obvio que si no existe actor civil constituido en autos, la legitimación activa la tiene el Ministerio Público. Por ello, en su requerimiento –acusatorio o no acusatorio– debe incorporar una sección dedicada al objeto civil. Corresponde al juez, como titular de la función jurisdiccional y garante del cumplimiento de los presupuestos procesales respectivos, examinar la requisitoria escrita del fiscal y, en su caso, de oficio, devolverla si falta un planteamiento explícito sobre este ámbito civil. Es claro que si el fiscal pide una reparación civil, a pesar del requerimiento de sobreseimiento, debe ofrecer la prueba pertinente para su actuación, bajo el principio de contradicción, en el juicio oral.

o No existen mayores inconvenientes cuando la requisitoria escrita del fiscal es acusatoria. Si el perjudicado no se constituyó en actor civil, el fiscal debe introducir motivadamente la pretensión civil (causa de pedir y petición), con la solicitud probatoria que corresponda –el derecho indemnizatorio de la víctima debe ser garantizado en todo momento–. El órgano jurisdiccional garantizará un debate contradictorio al respecto y en la sentencia, así emita una absolución penal, también debe pronunciarse sobre el objeto civil; no hacerlo importará una vulneración del principio de exhaustividad.

30°. No es obstáculo a todos estos efectos que no existan reglas más precisas en el Código Procesal Penal. Este Cuerpo de Leyes, unido al Código Penal, incorporó dos directivas legales fundamentales: (I) la autonomía de la acción civil frente a la penal; y, (II) la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre la materia. Se reconoce, por tanto, la posibilidad real de que pese a un sobreseimiento o una absolución –en función a los diferentes criterios de imputación del Derecho penal y el Derecho Civil– corresponda imponer una reparación civil.

o En la etapa intermedia, en la audiencia preliminar respectiva, será de rigor cuidar que las partes se pronuncien sobre el particular y, en su caso, que se ofrezcan las pruebas que correspondan (pruebas y contrapruebas) –función de saneamiento procesal propia de la etapa intermedia–. Es necesario, como ya se indicó, un pedido expreso de la parte legitimada, un trámite contradictorio y una decisión específica del órgano jurisdiccional sobre el objeto civil, al igual que sobre el objeto penal.

31°. La competencia funcional para definir, con la intervención de las partes legitimadas, las bases de la pretensión civil –admisibilidad y procedencia– y la admisión de los medios de prueba corresponden, como es lógico, al Juez de la Investigación Preparatoria en cuanto tiene el señorío de la etapa intermedia. Acto seguido, la decisión acerca de la fundabilidad o no de la reparación civil incumbe al Juez Penal en el curso de la audiencia correspondiente. Si el Fiscal introdujo la pretensión penal y la pretensión civil en su acusación el Juez Penal, unipersonal o

colegiado, corresponderá decidir al Juez Penal competente según la entidad del delito acusado (confróntese: artículo 28, numerales 1 y 2, del CPP). Empero, si clausurada la pretensión penal tras el auto de sobreseimiento y, por tanto, admitida y declarada procedente, cuando sea de rigor, la pretensión civil en la etapa intermedia –con la definición de los medios de prueba que deberán actuarse–, es de reiterar que en el acto oral solo se debatirá –actuación probatoria y alegación sobre ella– la pretensión civil –con la intervención como parte demandante del actor civil o, en su defecto, del Ministerio Público, según correspondiere–. En estos casos la competencia funcional siempre estará a cargo del Juez Penal Unipersonal, que es la pauta seguida en la justicia civil: solo un juez conoce en primera instancia de la pretensión civil.

§ 5. SEGUNDA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO PENAL

32°. La prescripción y la caducidad son instituciones de derecho sustantivo, en virtud de las cuales, por el transcurso del tiempo, se generan diversos efectos jurídicos. Ambos institutos están regulados en el Libro VIII del CC.

33°. La prescripción es una institución jurídica mediante la cual una persona se libera de obligaciones o adquiere derechos por el transcurso del tiempo²⁶. La caducidad, en cambio, es *«aquel instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares»*.²⁷

34°. Ahora bien, respecto a la prescripción de la acción civil derivada de una acción penal, SAN MARTÍN CASTRO asevera que:

“[...] los plazos de prescripción de la acción civil y la acción penal no son iguales, lo que confirma su diversa naturaleza. Es más, los dos tienen regulaciones normativas propias –la primera, fija un plazo único de dos años, según el artículo 2001.4 del CC; mientras que la segunda, supedita la prescripción al tiempo máximo de la pena privativa de la libertad–. En todo caso, la acción civil derivada de un hecho punible no se extingue; en tanto subsista la acción penal (artículo 100 del CP)²⁸.”

∞ Ha establecido la Casación Civil que el artículo 100 del CP constituye un supuesto de interrupción de la prescripción extintiva, de cuyo texto se

²⁶ HURTADO POZO, JOSÉ y PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Manual de derecho penal* T II. 4ta ed., Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 421.

²⁷ OSTERLING BARDOLÍ, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario: “*Todo prescribe o caduca, o menos que la ley señale lo contrario*”. En *Revista Derecho y Sociedad*, 23, 2004, pp. 267-274. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/16895/10202>. En esta misma línea, Sentencia Casatoria, Sala Civil, 1237-2006/La Libertad, publicada El Peruano de 30 de octubre de 2006.

²⁸ *Ibid.*, p. 271.

desprende que el derecho a la indemnización por responsabilidad extracontractual no se extingue mientras se esté tramitando la acción penal correspondiente²⁹.

35°. Por su parte, DÍAZ CASTILLO, indica que:

En la propia Exposición de Motivos del Código Civil actual se señala [...]: "Lo que la prescripción extingue no es la acción sino la pretensión que genera y deriva del derecho. La acción es un derecho subjetivo que conduce a la tutela jurisdiccional mediante su ejercicio y, por tanto, no prescribe, lo que debe tenerse en consideración para la interpretación de la norma con la que se inicia el tratamiento legislativo de la prescripción extintiva" (REVOREDO, 2015, p. 898)³⁰.

36°. Según ARIANO DEHO:

En contraposición con la prescripción, la caducidad viene configurada por el Código Civil como la extinción de un derecho, cual efecto automático del mero transcurso del plazo legal³¹.

Ello implica que, en la caducidad, la extinción del derecho es automática por el simple transcurso del tiempo, lo que está legalmente establecido en los plazos específicos contemplados en el CC³².

37°. La satisfacción de las expectativas de la víctima en un conflicto penal tiene relación con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y a la dignidad humana, constituyendo ambos, fines constitucionalmente relevantes. En forma especial en el ámbito público y en el contexto de la lucha contra la corrupción, resulta ser también una herramienta muy útil para su prevención.

38°. La diversidad de tendencias jurisprudenciales se ha producido en el actual contexto básicamente debido a que, mediante Resolución 144, de 12 de mayo de 2016; y la Resolución 230, de 16 de marzo de 2018, la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima se pronunció amparando el pedido de prescripción y caducidad, respectivamente, de la reparación civil impuesta por un condenado. Se ha señalado que dicha reparación caduca transcurridos diez años desde la emisión de la sentencia que la impone y, teniendo en cuenta que el

²⁹ Sentencias de Casación 2502-2014/La libertad, publicada en El Peruano de 30 de marzo de 2016; y, 1822-2013/La Libertad, publicada en El Peruano de 30 de junio de 2014.

³⁰ DÍAZ, I. y MENDOZA, G.: *¿Caducidad o prescripción? De la reparación civil en los casos de sentencias derivadas de procesos penales por delitos contra la administración pública en el ordenamiento jurídico peruano*. En *Derecho PUCP*, 82, 2019, p. 428 [En prensa] (pie de página 7).

³¹ ARIANO DEHO, Eugenio: *Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil*. En: *Revista THESIS, Revista de Derecho*, 66, 2014, pp. 329-336. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/thesis/articulo/download/12703/13256.

³² OSTLING PARODI, FELIPE y CASTILLO FREYRE, MARIO citan con estas características a los artículos del CC que prefieren plazos específicos de la caducidad: 432, 561, 277, 450, 537, 750, 812, 840, 1454, 240, 274, 277, 401, 414, 668, 1500, 1784, 1949, entre otros. *Ob. Cit.*, pp. 266-271.

plazo de caducidad no se interrumpe, el actor civil, que en este caso era el Estado, no podía requerir su pago, fundamentalmente porque, según su naturaleza dicho plazo previsto en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil es un plazo de caducidad³³.

oo De igual manera, en octubre de dos mil quince se llevó adelante un pleno jurisdiccional distrital en la Corte Superior de Justicia de Apurímac, en el que se resolvió que la prescripción de la ejecución de la reparación civil, una vez cumplido el plazo señalado por ley «debe declararse de oficio». Expuso como fundamentos: a) el plazo de prescripción está establecido en el artículo 2001, inciso 1, del CC en concordancia con el artículo 101 del CP que se remite a la aplicación supletoria del primero; b) en caso de no declararse de oficio la prescripción, se vulneraría el plazo razonable y se generaría carga procesal abundante e innecesaria por falta de interés de la víctima; c) y, los procesos en ejecución nunca prescribirían distrayéndose los recursos humanos del Poder Judicial.

39° En sentido contrario, existen también importantes pronunciamientos jurisdiccionales. Uno de ellos es el proferido en el II Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios realizado en la ciudad de Lima los días 17 y 18 de diciembre de 2018, en el que se impuso la primera ponencia consistente en que el plazo para exigir el cumplimiento de pago de la reparación civil “no se puede considerar un plazo de caducidad, sino que constituye un plazo de prescripción, en consecuencia, son aplicables las causales de interrupción y suspensión de la prescripción extintiva”

oo A dicha conclusión se arribó debido a que los plazos previstos en el artículo 2001 del Código Civil “son plazos referidos a la prescripción extintiva de la acción. No extinguen el derecho mismo, como sucede con los plazos de caducidad en los que se extingue el derecho y acción pertinente, sin que se admita la interrupción ni suspensión [...] de conformidad con lo previsto en el inciso 8, artículo 1994 del CC”; además, se indica que “el plazo de caducidad es fijado por ley sin admitir prueba en contrario de conformidad con el artículo 2004 del CC”.

40°. Para asumir una posición al respecto, es necesario tener en cuenta, en primer lugar, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, sobre el cual el Tribunal Constitucional, en la sentencia 01797-2010-PA/TC, de 15 de noviembre de 2010, refirió lo siguiente:

³³ El artículo 2001, inciso 1, del CC establece, como ya se dijo: “[...] Prescripción, salvo disposición diversa de la ley: 1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una sucesión y la de nulidad del acto jurídico”. La consideración sobre si este un plazo de caducidad o de prescripción es relevante porque el artículo 1996 del Código Civil establece: Se interrumpe la prescripción por: (...) 2. Intimación para constituir en mora al deudor. 3 Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor [...].

"1. La satisfacción de este derecho tiene por finalidad que las sentencias y resoluciones judiciales no se conviertan en simples declaraciones de intención sin efectividad alguna. Ello obedece a que el ideal de justicia material, consustancial al Estado Democrático y Social de Derecho, que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales, requiere una concreción, no sólo con el pronunciamiento judicial que declara o constituye el derecho o impone la condena, sino mediante su efectivización o realización material, que se logra mediante el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos. [...]

15. [...] El incumplimiento inmediato de un mandato judicial, por el contrario, puede afectar no solo a quien es la parte vencedora en el proceso (esfera subjetiva), sino también afectar gravemente a la efectividad del sistema jurídico nacional (esfera objetiva), pues de qué serviría pasar por un largo y muchas veces tedioso proceso si, al final, a pesar de haberlo ganado, quien está obligado a cumplir con el mandato resultante, no lo cumple; por ello, en tales circunstancias, estaríamos frente un problema real que afectaría *per se* el derecho fundamental a la ejecución de los pronunciamientos judiciales, contenido de la tutela judicial efectiva"³⁴.

41°. A nivel internacional, a propósito de la trascendencia de este tema, la CoIDH en la sentencia del caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, de 5 de julio del 2011, estableció lo siguiente:

104. "El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento"³⁵. Por tanto, "la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado"³⁶.

³⁴ En similar sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 015-2001-AUTC, de 29 de enero de 2004. Señaló textualmente: "11. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vía expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc.). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea restituida en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido".

³⁵ En esta cita, la CoIDH alude a casos similares como Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia, supra nota 76, párr. 73; caso Azevedo Bucendia y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú, supra nota 76, párr. 66, y caso Abril Arostegui y otros vs. Perú, supra nota 19, párr. 75.

³⁶ En esta cita, la CoIDH alude a otros casos similares como Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia, supra nota 76, párr. 82; caso Azevedo Jaramillo vs. Perú: conclusiones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de

42°. En el mismo sentido anotó en la SCoDH, del caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, de 7 de febrero de 2006:

219. El derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes.³⁷

43°. De igual manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Hornsby vs. Grecia, del 19 de marzo de 1997, sostuvo que³⁸:

"[...] este derecho (de impugnación) sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiera que una sentencia judicial definitiva y obligatoria quedara inoperante en detrimento de una parte".

44°. En consecuencia, puede advertirse con claridad meridiana que la satisfacción de las prestaciones establecidas en una sentencia (garantía de ejecución) es esencial para el cumplimiento del principio constitucional y convencional de tutela judicial efectiva.

45°. En virtud del principio de legalidad, el plazo previsto en el inciso 1 del artículo 2001 del CC, según el cual prescriben, salvo disposición diversa de la ley, «a los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico»³⁹, de ningún modo puede ser considerado un plazo de caducidad. Al ser un plazo de prescripción se produce la interrupción por los actos de la parte agraviada tendientes a conseguir el pago efectivo del monto de la reparación civil de acuerdo a los supuestos de hecho contemplados en el artículo 1996 del CC.

∞ En ese sentido, en forma peculiarmente esclarecedora, ARIANO DEHO, indica que:

"[...] aunque la ley no lo diga, en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 1996 el momento de la interrupción coincide, sin solución de continuidad, con el momento del reinicio del decurso prescriptorio. Un "reinicio" que puede sucederse cuantas veces se produzca alguna de las conductas indicadas en los incisos 1 y 2 del artículo 1996, por lo que, en buena cuenta (clarísimo en las relaciones obligatorias) está en las manos de los sujetos de la relación jurídica

febrero de 2006, párr. 220; y caso Acevedo Bucndía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contratoria) vs. Perú, supra nota 76, párr. 72.

³⁷ Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_144_esp.pdf (p. 76).

³⁸ SARMIENTO, Daniel; MIERES MIERES, Luis Javier; y PRESNO LINERA, Miguel Angel: *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Editorial Civitas, Madrid, 2007, p. 26. Recuperado de <https://personal.us.es/juanbonilla/comsonido/CMATRIBUNAL%20EUROPEO%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS/URISPRUDENCIA%20TEDH/SENTENCIAS%20BASICAS%20DEL%20TEDH.pdf>.

³⁹ OSORIO, MANUEL: *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006, p. 26.

el que el perfeccionamiento de primera fase del fenómeno prescriptorio (artículo 2002) se prorrogue sucesivamente [...]»⁴⁰.

46°. Sobre ese tema es indudable que al emitirse una sentencia penal condenatoria y quedar firme (consentida o ejecutoriada), el derecho a solicitar el pago de la reparación civil por la parte agraviada no se canaliza a través de una «acción» en el concepto procesal y común del término jurídico actualmente aceptado (como derecho público subjetivo y abstracto de todo ciudadano para solicitar justicia ante el órgano jurisdiccional); sin embargo, cabe aclarar que, en este caso, dicha palabra tiene, en ese dispositivo, la acepción de *actio iudicati*, respecto de la cual explica MANUEL OSORIO que constituye: «[...] la acción derivada del juicio. En el procedimiento formulario, la correspondiente contra el demandado que, luego de la condena en juicio, no ejecutaba voluntariamente la sentencia del magistrado»⁴¹. Por la misma razón, su naturaleza es determinada legislativamente por razones de orden público⁴².

47°. Al respecto, es necesario aclarar que la caducidad del pago de la reparación civil no está regulada en el proceso penal ordinario de 1940 ni en el Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, no puede aplicarse un plazo legal establecido para la prescripción, que admite interrupciones, como uno de caducidad frente a una situación fáctica no prevista legalmente para tal fin.

48°. Ahora bien, es evidente que, cuando se trata de la prescripción, no basta el mero vencimiento del plazo legal para que se produzca el efecto extintivo, sino que, para ello, se requiere de la «voluntad» de quien podría favorecerse con ella: «[...] todo evento que manifiesta la vitalidad de la relación jurídica –reconocimiento del derecho ajeno, intimaciones, entre otros– produce el efecto de ‘cortar’ el plazo desde el momento que llega a conocimiento de la contraparte de la relación jurídica [...]»⁴³.

De ahí que, en el caso de la prescripción, sea además necesaria la inacción del titular del derecho; en consecuencia, su interrupción depende de los supuestos contemplados en el artículo 1996 del Código Civil que contempla específicamente los supuestos fácticos para la misma.

⁴⁰ ARIANO DEHO, E.: (2003). *Comentario al artículo 1998 del Código Civil*. En: W. GUTIÉRREZ CAMACHO, *Código civil comentado por los 160 mejores especialistas*, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo X, Lima, 2003.

⁴¹ OSORIO, MANUEL: *Ob. Cit.*, p. 26

⁴² Artículo 2004 del CC.

⁴³ ARIANO DEHO, EUGENIA: *Ob. Cit.*, 2014, pp. 331 y 332.



III. DECISIÓN

49.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

50º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 25 al 31 y 45 al 48.

51º. 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.

52º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.
HÁGASE SABER.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES



CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N° 05-2019/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116 TUO LOPJ

ASUNTO: Actuación policial y exención de
responsabilidad penal

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial 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:

I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los jueces supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica. a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– 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 concordantes con la jurisprudencia penal.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: a. Pena efectiva; principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. b. Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como y técnicas especiales de investigación en estos delitos. c. Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. d. Absolución, sobreseimiento y reparación



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. e. Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. f. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. g. Viáticos y delito de peculado. h. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Presentaron, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación al tema "La actuación policial y exención de responsabilidad penal", los siguientes abogados:

1. Doña Silvia Nayda de la Cruz Quintana, abogada del Ministerio de Interior.

2. Don Felipe Villavicencio Terreros, profesor universitario.

∞ Cabe anotar que el Ministerio del Interior solicitó al Pleno la creación de instrumentos (entiéndase normas) que ayuden a los señores jueces en la resolución de solicitudes fiscales, y en la expedición de los fallos. Por tanto, al momento de imponer la prisión preventiva, se tome en cuenta que la muerte o las lesiones causadas a supuestos delincuentes se realizan en cumplimiento de un deber dispuesto en la Constitución y normas vigentes.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de una Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019 en que hicieron uso de la palabra los citados señores abogados.

6.º La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, en segundo lugar, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Han sido ponentes los señores SALAS ARENAS y CASTAÑEDA ESPINOZA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. MARCO PRELIMINAR

1.º En el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal –en adelante CP–, se estableció que el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte está exento de responsabilidad. Los críticos a la vigencia del referido inciso consideran que la materia resulta ser fácilmente



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

reconducible al inciso 8 del artículo 20 del CP. Al respecto, VILLAVICENCIO TERREROS refiere que si se trata del cumplimiento de sus funciones lo más adecuado es considerar el cumplimiento del deber¹.

∞ Esta norma sufrió modificación, no de fondo como más adelante se desarrollará.

§ 2. POSICIONES SOBRE LA EXIMENTE "EN CUMPLIMIENTO DEL DEBER"

2.º Sobre el fundamento esencial de las causas de justificación que eliminan la antijuridicidad de la conducta LUZÓN PEÑA considera que se defiende la ponderación de intereses o el interés preponderante; por tanto, en todas las causas de justificación se permite la lesión de un interés o bien jurídico porque entra en conflicto con otros intereses superiores, de mayor trascendencia para el derecho².

3.º ZUGALDÍA ESPINAR señala que las causas de justificación son autorizaciones o mandatos legales para realizar conductas típicas y operan sobre la base del binomio regla-excepción; puesto que la regla general es que una conducta típica es antijurídica cuando no concurren causas de justificación. La concurrencia excepcional de una causa de justificación determina que la conducta típica esté justificada, sea lícita y, por consiguiente, no constituya delito³.

4.º Según el propio ZUGALDÍA ESPINAR la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, viene a expresar un principio tan evidente que parece obvio declararlo: "quien obra conforme a derecho no se comporta antijurídicamente". Con respecto al cumplimiento de un deber, considera que implica la ejecución de una conducta obligada por el derecho, impuesta a su autor, y que, además, es penalmente típica pues supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por la ley⁴.

∞ Este deber, como es obvio, ha de ser necesariamente un deber jurídico o, mejor dicho, un deber que tenga necesariamente relevancia jurídica; en el presente caso, directamente derivado de una norma legal⁵.

5.º Mientras que CEREZO MIR detalla que, "el que ejerce legítimamente un oficio o cargo, ejerce un derecho y en muchas ocasiones cumple al mismo tiempo un deber"; es decir, que aunque en países como España el fundamento de esta causa de justificación se encuentre en el principio de "interés preponderante"; esto es, que a pesar que el sujeto actuó cumpliendo un deber de rango superior o igual o en

¹ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *La Ley N.º 30151 no es una "carta blanca" para el uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Recuperado de http://www.vmfirma.com/pdf/publicacion_tres.pdf

² LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: *Derecho penal. Parte general*, Editorial B.A.F. Montevideo, 2016, p. 539.

³ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Fundamentos de derecho penal parte general. Incorpora la LO 3/2010, de 22 de junio 2010*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 303.

⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Op. Cit.*, p. 323.

⁵ FOLADO NAVARRETE, MIGUEL: *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*, Tomo II, Editorial Tefnos, Madrid, 2013, pp. 154-155.

⁶ CEREZO MIR, JOSÉ: *La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*. En: *Revista Anuario de Derecho Penal. Ciencias Penales*, 1987, T. 40, p. 273.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

el ejercicio legítimo de un derecho su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana⁷, por lo que es necesario interpretar restrictivamente esta exigente de responsabilidad, y fundarla sobre la base del principio de respeto por la dignidad de la persona⁸.

Siendo así, el requisito general para la actuación al amparo de facultades públicas exigible estriba, de un lado, en la competencia material –la acción oficial debe pertenecer por su naturaleza y circunscripción a las obligaciones del servicio del funcionario correspondiente–; y, de otro lado, la facultad coactiva del funcionario debe regirse tanto por el principio de menor lesividad de la intervención como el de su proporcionalidad, como normas fundamentales del Estado de Derecho⁹.

6.º COCA VILA precisa que “lo relativo al cumplimiento de un deber como causa de justificación, está configurado como una norma (permisiva) de remisión a la normativa extrapenal que instituye los deberes que legitiman el comportamiento penalmente típico”. Por tanto, los problemas surgen cuando se trata de concretar el momento en que se reduce a cero el margen de discrecionalidad, en el actuar durante la intervención policial. Por ello, es importante que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tenga muy en claro los límites cuando se habla del uso de armas de fuego o el “uso de otros medios de defensa”¹⁰. En consecuencia, la interpretación de las normas sobre la materia no puede realizarse fuera de los límites señalados por las normas internacionales e internas relativas al uso de la fuerza y al uso de armas de fuego en particular.

7.º Siendo así, para valorar la exigente de responsabilidad penal en el caso del uso legítimo de la fuerza por la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su deber, corresponde analizar los hechos –en tanto requisitos especiales– conforme a la normativa especializada sobre la temática en particular; esto es, el Decreto Legislativo 1186 “Ley que regula el uso de la fuerza por parte de la PNP”, el Decreto Supremo 012-2016-IN “Reglamento del Decreto Legislativo 1186”, la Resolución Ministerial 952-2018-IN “Manual de Derechos Humanos aplicados a

⁷ *Ib.* p. 274.

⁸ Al respecto LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: *Derecho penal. Parte general*, Editorial B&F, Montevideo, 2016, p. 524-525, considera que si es válida la autorización oficial es suficiente para excluir la antijuridicidad de la conducta; por lo que es perfectamente posible que haya causas de exclusión de la antijuridicidad, pues la conducta es perfectamente conforme a derecho en atención a la salvaguardia de intereses preferentes, como el respeto a la autonomía de la voluntad del particular o el reconocimiento de los usos y convicciones de la generalidad de los ciudadanos, que simultáneamente excluyen ya la tipicidad porque queda claro desde el principio que la conducta ni siquiera es jurídicamente relevante o preocupante, por lo que no es ni puede ser tampoco jurídico-penalmente relevante, dado que se valora, tanto social como jurídicamente, normal y usual pese a la afectación de bienes jurídicos o dado que realmente ni siquiera se ve menoscabo o afectado el bien jurídico. Frente a esto es frecuente, quizás más frecuente, que las conductas amparadas por causas de exclusión de la antijuridicidad no sean tan totalmente usuales, normales ni irrelevantes jurídicamente y por ello sean en principio típicas, es decir, que estemos ante causas de justificación, que encajan en el tipo estricto o indiciario, aunque no en el tipo en sentido amplio o tipo total del injusto.

⁹ JESCHECK, HANS-HEINRICH – WEGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho - Penal Parte General*, Volumen I, Ediciones Instituto Pacifico, Lima, 2014, p. 577.

¹⁰ COCA VILA, IVO: *Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial*. En: *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología [REPCP]* 19-24 (2017).



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

la función policial del 2018", y la Directiva General 003-2018-MP-FN "Directiva que regula el ejercicio de la función fiscal en caso de uso de la fuerza por parte de la PNP".

8.º El cumplimiento del deber como exención de responsabilidad (numeral 11 del artículo 20 del CP) contiene una remisión a la normativa extrapenal. Tal como indica COCA VILA "los problemas se plantean cuando se trata de concretar en qué momento un agente de policía ve reducido a cero el margen de discrecionalidad característico en toda intervención policial¹¹". *Contrario sensu*, "ningún policía estará obligado, ni siquiera facultado, a torturar a un detenido, incluso cuando ello sea el único modo de salvar la vida¹²".

9.º GARCÍA CAVERO especifica que "mientras el obligado se mantenga dentro de lo que le impone el deber legalmente configurado, su conducta de cumplimiento del deber quedará justificada¹³".

10.º ZUGALDÍA expone que una característica común a todos los supuestos contemplados en la causa de justificación "en cumplimiento de un deber" debe ser la continua remisión a normas jurídicas extrapenales a través de las cuales se deberá determinar la presencia o no del deber jurídico de la profesión bajo el que se actúa¹⁴.

11.º Aunque no fue propuesto, por tanto no es materia de análisis, es preciso señalar que efectivamente, en la ciencia penal peruana y extranjera es mayoritaria la postura que este actuar constituye una eximente. Para GARCÍA CAVERO "no debe confundirse esta causa de justificación con aquellos casos en los que, desde un principio, no se genera un riesgo penalmente prohibido, pues en ellos no se presenta una conducta típica justificada por razones excepcionales, sino la ausencia general de una base suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta"¹⁵. Aunándose a lo opinado por HURTADO POZO, PRADO SILDARRIAGA y ALCOCER POVIS, apunta que "la justificación en el cumplimiento de deberes se presenta cuando la actuación conforme al deber trae consigo la afectación de otros bienes jurídicos". Concluye que "[...] el ejercicio del deber autoriza, en el caso concreto, la afectación a un bien jurídico penalmente protegido, por lo tanto, no debe ubicarse analíticamente a nivel de la tipicidad como permisión general de la conducta, sino en la antijuridicidad como permisión excepcional en una situación de conflicto"¹⁶.

¹¹ *Ib.* pp. 8-9.

¹² *Ib.* p. 17.

¹³ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho penal. Parte general*. Editorial Jurídica, Lima, 2012, p. 607.

¹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Op. Cit.* p. 323.

¹⁵ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho penal. Parte general*. Editorial Ideas, Lima, 2019, p. 643.

¹⁶ *Ib.* 647.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

12.º En esta línea de opinión, y más allá de ese debate científico, WESSELS, BEULKE y SATZGER advierten que “se trata la cuestión acerca de si, en el caso individual, se puede hacer una excepción al mandato general, teniendo en cuenta los concretos requisitos descritos detalladamente en las causas de justificación”¹⁷.

13.º Según, ROXIN “bajo el punto de vista de la antijuridicidad, el respeto del riesgo permitido no puede ser interpretado como causa de justificación”, pues esta última “siempre presupone que tal acción sea necesaria para preservar el interés preponderante”, mientras que “en los casos de riesgo permitido no hay necesidad de efectuar tal ponderación del caso concreto”¹⁸.

14.º CARO JHON no comparte la posición de una causa de justificación en esta materia, “sino [que se está] ante una causa de exclusión de la tipicidad, o más concretamente, ante una causa de exclusión de la imputación objetiva”, puesto que, “la conducta practicada nunca alcanzará un significado típico cuando reúna el sentido de un obrar conforme a ley, a un deber, a un derecho, oficio o cargo”¹⁹; mientras que VILLAVICENCIO TERREROS aclara que “cuando haya una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara, presentándose una grave contradicción; no actuar sería tan típico como actuar”²⁰.

15.º Como se aprecia, CARO y VILLAVICENCIO acotan que el entendimiento mayoritario del cumplimiento del deber como causa de justificación debe ser reconducido a la imputación objetiva (riesgo permitido) como elemento integrante del tipo. Se trata de un debate relevante dado que si el miembro policial no cumpliera su deber de obrar incurriría en conducta omisiva probablemente delictiva, de modo que no puede constituir causa de justificación la obligación de no delinquir²¹. Solo corresponde indicar que se estaría ante una causa de justificación sin ánimo de agotar ahora el tema puesto que no es materia del pleno.

§ 3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA RECIENTE DE LA EXIMIENTE EN “CUMPLIMIENTO DE UN DEBER”

3.1 LEGISLACIÓN NACIONAL

16.º Mediante el Decreto Legislativo 982, de 22 de julio de 2007, se incorporó al artículo 20 del Código Pcnal, el apartado 11. Con ello el Congreso incidió en eximir de responsabilidad de forma precisa al “personal de las Fuerzas Armadas –

¹⁷ WESSELS, JOHANNES; BEULKE, WERNER y SATZGER, HELMUT: *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 167.

¹⁸ ROXIN, CLAUDIUS: *La imputación objetiva en el derecho penal*, Editorial Grijley, Lima, 2018, p. 346.

¹⁹ CARO JHON, JOSÉ ANTONIO: *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Editorial Ara Editores, Lima, 2014, p. 47.

²⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho penal. Parte general*. Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 336.

²¹ Esta materia no está sobre el tapete de los debates en este momento por lo que la referencia cumple solo el deber de enunciar esta opinión interpretativa, bastando razonable.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

en adelante FFAA- y de la Policía Nacional del Perú -en adelante PNP- que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”.

17º. Tal inciso fue modificado por la Ley 30151, de 13 de enero de 2014, en cuanto al uso de las armas. De su texto resulta que se abandonó la fórmula normativa “en uso de sus armas de forma reglamentaria” para considerar solo la frase “en uso de sus armas u otro medio de defensa”, con que se ocasione lesiones o muerte²².

18º. De modo complementario se promulgó el Decreto Legislativo 1186, de 16 de agosto de 2015, para regular el uso de la fuerza por parte de la PNP. En el artículo 4 se establecieron como principios: a) Legalidad, pues el uso de la fuerza debe estar orientado al logro de un fin legal, por tanto, los medios y métodos utilizados en cumplimiento del deber deben estar amparados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Política del Perú, y demás normas nacionales sobre la materia. b) Necesidad, esto es, cuando sea necesario emplearla, en contrario, cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del objetivo legal buscado. c) Proporcionalidad, es decir, cuando el nivel de fuerza empleado para alcanzar el objetivo legal buscado corresponde a la resistencia ofrecida y al peligro representado por la persona a intervenir o la situación a controlar²³.

19º. Mientras que en el artículo 5 del referido Decreto se precisa que sus disposiciones se interpretarán conforme a lo establecido en la Constitución Política del Perú, las normas del derecho internacional de los derechos humanos reconocidas por el Estado peruano, las decisiones de organismos supranacionales; los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

20º. En el Decreto Legislativo 1186, de 16 de agosto de 2015, se reconoció que el uso de la fuerza tiene lógicos niveles. En el artículo 6 se señaló que el uso de la fuerza corresponde de manera progresiva y diferenciada; en el artículo 7 se estipuló que los niveles corresponden al nivel de cooperación, resistencia o agresividad del ciudadano a intervenir, y son denominados (numeral 7.1.):

RESISTENCIA PASIVA

1. Riesgo latente, es la amenaza permanente no

²² Por tratarse de un deber jurídico (necesaria fuente legal), no resulta suficiente el deber moral.

²³ Además se estableció que el nivel de fuerza a ser usado por los efectivos policiales, deberá ser de manera diferenciada y progresiva, así como considerarse, razonablemente, entre otras circunstancias, el nivel de cooperación, resistencia o agresión de la persona intervenida y las condiciones del entorno, finalmente, el artículo concluye que se sujetará a los principios contemplados en el presente decreto legislativo.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

visible presente en toda intervención policial.
2. <u>Cooperador</u> . Acata todas las indicaciones del efectivo policial sin resistencia manifiesta durante la intervención.
3. <u>No cooperador</u> . No acata las indicaciones. No reacciona ni agrede
RESISTENCIA ACTIVA
1. <u>Resistencia física</u> . quien se opone a su reducción, inmovilización y/o conducción, llegando a un nivel de desafío físico.
2. <u>Agresión no letal</u> . Agresión física al personal policial o personas involucradas en la intervención, pudiendo utilizar objetos que atenten contra la integridad física.
3. <u>Agresión letal</u> . Acción que pone en peligro inminente de muerte o lesiones graves al efectivo policial o a personas involucradas en la intervención

21. Los niveles de uso de la fuerza por el personal de la policía nacional son los siguientes (numeral 7.2.):

NIVELES PREVENTIVOS
1. <u>Presencia policial</u> . Entendida como demostración de autoridad del personal de la policía nacional uniformado, equipado, en actitud de alerta y realizando un control visual, que previene y disuade la comisión de una infracción o un delito.
2. <u>Verbalización</u> . Es el uso de la comunicación oral con la energía necesaria y el uso de términos adecuados que sean fácilmente entendidos y comprendidos por las personas a intervenir, facilitando su control individual o grupal.
3. <u>Control de contacto</u> . Es el uso de técnicas de comunicación, negociación y procedimientos destinados a guiar, contener la acción o actitud de la persona o grupos a ser intervenidos.
NIVELES REACTIVOS
1. <u>Control físico</u> . Es el uso de las técnicas policiales que permiten controlar, reducir, inmovilizar y conducir a la persona intervenida, evitando en lo posible causar lesiones.
2. <u>Tácticas defensivas no letales</u> . Es el uso de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

medios de policía no letales para contrarrestar y/o superar el nivel de agresión o resistencia.

3. **Fuerza letal.** Es el uso de armas de fuego por el personal de la policía nacional, contra quien realiza una acción que representa un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves, con el objetivo de controlarlo y defender la vida propia o de otras personas.

22.º Las reglas de conducta en el uso excepcional²⁴ de la fuerza por el personal policial son (numeral 8.3.):

SITUACIONES
a. En defensa propia o de personas en caso de peligro, real e inminente de muerte o lesiones graves.
b. Cuando se produzca una situación que implique una seria amenaza para la vida durante la comisión de un delito particularmente grave.
c. Cuando se genere un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves como consecuencia de la resistencia ofrecida por la persona que vaya a ser detenida.
d. Cuando la vida de una persona es puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando.
e. Cuando se genere un peligro real e inminente de muerte del personal policial u otra persona, por la acción de quien participa de una reunión tumultuaria violenta.

23.º El 27 de julio de 2016 se expidió el Decreto Supremo 012-2016-IN, que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo 1186. En el Capítulo IV del mismo, denominado "Circunstancias y conducta en el uso de la fuerza" (artículo 10), se precisaron algunos supuestos en que será necesario el uso de la fuerza y las acciones posteriores a ello, que se detallan a continuación:

NUMERAL Y CONTENIDO	ACÁPITES
10.1. En caso de	1. Identificarse como policía, aun estando

²⁴ Cuando sea estrictamente necesario, y sólo cuando medidas menos extremas resulten insuficientes o sean inadecuadas.

J



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

<p>peligro real e inminente de muerte o lesiones graves, el personal de la PNP, deberá:</p>	<p>uniformado o con elementos de identificación acorde a su especialidad funcional.</p> <ol style="list-style-type: none">2. Individualizar a la persona o personas a intervenir teniendo en cuenta el nivel de resistencia.3. Dar una clara advertencia de su intención de usar la fuerza, con tiempo suficiente para que ésta se tome en cuenta.
<p>10.2. Este procedimiento no se observará cuando esta advertencia resultara evidentemente inadecuada, dadas las circunstancias o el tipo de intervención obligue al uso de la fuerza, de forma inmediata, en los niveles de control físico y tácticas defensivas no letales.</p>	
<p>10.3. El personal de la PNP puede usar la fuerza:</p>	<ol style="list-style-type: none">1. En flagrante delito o por mandato judicial conforme a ley. El mandato judicial debe encontrarse vigente con información obtenida del sistema informático de requisitorias en caso de no disponerse del oficio correspondiente.2. En cumplimiento de los mandatos escritos y debidamente motivados emitidos por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, el Ministerio Público, la Oficina Nacional de Procesos Electorales así como en la atención de las solicitudes de las autoridades regionales, locales y administrativas, efectuadas en el ejercicio de sus funciones.3. Para prevenir la comisión de delitos y faltas cuando se realice una intervención,

[Handwritten signatures and marks on the left margin, including a large 'D' and various scribbles.]

[Handwritten signatures and marks at the bottom of the page, including a large 'D' and various scribbles.]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL.

retención o arresto al presunto infractor, así como para el control de identidad, realizar una pesquisa o un acto de investigación.

4. Para proteger o defender bienes jurídicos tutelados, especialmente en las operaciones de mantenimiento y restablecimiento del orden público.

5. Para controlar a quien impida a una autoridad, funcionario o servidor público ejercer sus funciones.

24°. Finalmente, y en procura de fortalecer las conductas de respeto y protección de los derechos humanos en las funciones que realiza la Policía Nacional se promulgó el Manual de Derechos Humanos aplicados a la función policial (Resolución Ministerial 952-2018-IN, de 14 de agosto de 2018²⁵).

∞ En dicha Resolución se estipula que el manual constituye una herramienta obligatoria en el ejercicio de la función, como también en la formación y especialización policial, para el debido uso de la fuerza y conforme lo estipulan la normativa interna y los tratados internacionales de derechos humanos.

25°. La normativa correspondiente se fue modificando y complementando en el tiempo, conforme se puede ver en el cuadro siguiente:



Fuente: Elaboración propia.

²⁵ En la página 49, se precisa que el personal de la PNP, excepcionalmente, podrá usar el arma de fuego cuando sea estrictamente necesario y solo cuando otras medidas menos extremas resulten insuficientes o inadecuadas, cuando la vida de una persona es puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

3.2 NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONALES

26°. Es trascendente tener presente la Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con que se expidió el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley; en dicho documento se resaltó que los funcionarios encargados de tal labor observarán en todo momento: los deberes impuestos por ella (artículo 1), en respeto de la dignidad humana (artículo 2) y que solo podrán usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas (artículo 3).

"Los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley deberán cumplir los deberes impuestos en la Ley".	Art. 1
"Estos funcionarios cumplirán su labor respetando y protegiendo la dignidad humana además de defender los derechos humanos de las personas".	Art. 2
"Podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas".	Art. 3

27. Los efectivos policiales solo podrán utilizar la fuerza y armas de fuego cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto, respetando los límites que establece la razonabilidad.

28. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley tendrán que: a) Obrar con moderación y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducir al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; c) Proceder de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; y, d) Procurar notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas²⁶.

²⁶ Artículo 5 de las Disposiciones Generales aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana el 27 de agosto de 1990 (en que se crearon los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley).



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

29. Mientras que en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana el 7 de septiembre de 1990 se establecieron "Los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley", y en la Primera Disposición General, se encomendó a los gobiernos y organismos encargados de hacer cumplir la ley, el adoptar y aplicar normas sobre la materia. En la Cuarta Disposición General se puntualizó que en la medida de lo posible no se debe emplear la fuerza y las armas de fuego, por lo que sólo podrán usarlas cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

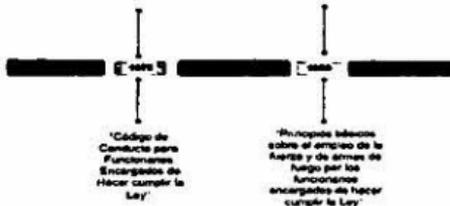
DISPOSICIONES ESPECIALES DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE EL EMPLEO DE LA FUERZA Y DE ARMAS DE FUEGO POR LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY	
PRINCIPIO Nº.	CONTENIDO
9.	Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, <u>o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga,</u> y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida (el resaltado es nuestro).
10.	En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en

cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso (el resaltado es nuestro).

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

RESOL. N.º 34/199
 17 DIC 1978

OCTAVO CONGRESO DE LA OHRU
 SOBRE LA PREVENCIÓN DEL DELITO
 07 SEP 1990



Fuente: Elaboración propia.

30º. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sido ajena a la problemática planteada, dado que emitió pronunciamientos en el Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador²⁷; el caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, el caso Montero Aranguren y otro vs. Honduras²⁸; y, el caso Cruz Sánchez vs. Perú, señalando reiterativamente parámetros respecto al uso de la fuerza²⁹, los cuales han sido recogidos por la norma interna peruana en el Decreto Legislativo 1186, como fue referido en el FJ 18.

²⁷ El Estado alegó que la muerte de las víctimas ocurrió en un enfrentamiento con miembros de la fuerza pública durante dicho operativo, llevado a cabo como una medida legal y necesaria en el marco de un estado de emergencia debidamente declarado, en una época de alta delincuencia y de conformación de grupos terroristas. La Corte Interamericana reafirmó que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna. De manera especial, los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso legítimo de la fuerza, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentran bajo su jurisdicción.

²⁸ El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control.

²⁹ En el fundamento 39, de la sentencia en el Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, de 31 de enero de 2006, la CIDH estableció que el uso de la fuerza no puede sobrepasar la obligación general del Estado de garantizar los derechos humanos.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

SENTENCIA CORTE IDH / CASO	CONTENIDO ESENCIAL
- Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador - Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú - Caso Montero Aranguren y otro vs. Honduras - Caso Cruz Sánchez vs. Perú	Estableció como parámetros para usar la fuerza los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

31°. Por otro lado, comparativamente, ante la ausencia de concreción legal positiva específica en España, el Tribunal Supremo en 2013 consideró aplicable la exigente en la intervención policial cuando concurren los siguientes requisitos: a) Los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo. b) El recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos o privados cuya protección les viene legalmente encomendada. c) La medida de fuerza utilizada sea proporcionada, es decir, idónea en relación con los medios disponibles y la gravedad de la infracción que pretende evitar el agente mediante su utilización, actuando sin extralimitación alguna. d) Concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo, que justifique que sobre el mismo se haga recaer el acto de fuerza³⁰.

32°. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante TEDH– emitió sentencia el 15 de mayo de 2018 en el caso Toubache vs. Francia, que concluyó que existió vulneración del acápite b, numeral 2 del artículo 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades, en que se precisa que la muerte no se considerará infligida cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; puesto que el último disparo (que causó la muerte del agente que huía) fue cuando el vehículo estaba en marcha y alejado a más de veinte metros de distancia del

³⁰ STS 949/2013, de 19 de diciembre de 2013, FJ 5. Asimismo, en la STS 46/2014, de 11 de febrero, fijó los siguientes requisitos para que opere tal causa de justificación: 1. Que el sujeto sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo. 2. Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente. 3. Que por el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), es decir que concorra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. 4. Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del menor menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto). 5. Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que requiera la intervención de la fuerza pública.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

gendarme por lo que no le generaba peligro real e inminente a la vida; en consecuencia se consideró que debió emplear un método menos letal³¹.

Los hechos del caso Toubache se resumen en el disparo realizado por un gendarme (policía francés) que causó la muerte al presunto delincuente que huía en un automóvil³².

§ 4. RESPECTO AL USO RACIONAL DE LA FUERZA

33°. Los efectivos policiales en el desempeño de su labor (como funcionarios) encargados de hacer cumplir la ley están autorizados, entre otras cosas, a emplear la fuerza y usar armas de fuego que el Estado les confía, pero dentro de los razonables límites permitidos³³.

34°. No obstante, aunque estén autorizados a usar la fuerza y las armas de fuego, como se señaló precedentemente, en el Derecho Internacional existen límites a dichas actuaciones para evitar los excesos y resultados fatales. Todo ello en respeto a la dignidad de la persona.

§ 5. NO SE APRECIA CONCURSO ENTRE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

35°. La legitimación del deber de intervenir usando la fuerza no presupone en modo alguno una agresión ilegítima actual en el sentido de la legítima defensa. La legítima defensa es "la defensa necesaria" ante una agresión ilegítima no provocada suficientemente por el agredido, puede presentarse sobre las personas o sus derechos; sin embargo, es necesario apreciar la racionalidad del medio empleado. Mientras que en el actuar en cumplimiento del deber, la ejecución de una conducta que supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico está protegido por la Ley³⁴.

36°. El personal de la PNP interviene obrando funcionalmente y en cumplimiento de su deber; es decir, en calidad de autoridad con fuerza pública. Al contar con un exigente expreso de responsabilidad ("cumplimiento del deber") no cabe se

³¹ El disparar por la espalda al que huye de la autoridad, ha sido una práctica bastante recurrente pero reprochada por la democracia a tal punto de ser equiparada a una ejecución forzada; así como sucedió en Alemania en los homicidios cometidos el 15 de febrero de 1972 por los centinelas del Muro de Berlín, en que el Supremo Tribunal Federal recurriendo al principio de proporcionalidad concluyó que, aunque las muertes no eran punibles de acuerdo al derecho positivo vigente correspondía priorizar la necesidad de la defensa de los derechos y la dignidad de la persona humana. Cfr. GUERRERO LÓPEZ, IVÁN; Common Law en el Perú?, Editorial Idemsa, Lima, 2009, p. 89.

³² Los efectivos policiales dispararon en cinco oportunidades, cuatro de las cuales estaban justificadas debido a que se cumplieron los protocolos con el objetivo de buscar detener la marcha del vehículo. Sin embargo, el conductor de aquel intentó atropellar a los gendarmes. El quinto disparo fue innecesario debido a que el vehículo estaba lejos por lo que no resultó lógico según la interpretación del TEDH.

³³ El uso de la fuerza por parte de la PNP, bajo los alcances del Decreto Legislativo 1186, tiene como objeto lograr el control de una situación que constituye una amenaza o atenta contra la seguridad y la vida de las personas, por lo que su uso responde a circunstancias distintas a la legítima defensa, previsto en el art. 20, inc. 3 del C.P.

³⁴ La legítima defensa tiene presupuestos diferentes como que, la agresión sea ilegítima e inminente, exista necesidad racional en el medio empleado para impedirlo o repelerla, la falta de provocación sea suficiente y la defensa de terceros; mientras que el obrar en cumplimiento del deber policial nos remite a una ley extrapenal y transaccional internacional sobre el uso de la fuerza (no se analiza la racionalidad del medio empleado).



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

aplique la institución de la legítima defensa. Entonces, "no podrán invocar la exigente de legítima defensa si son víctimas de una agresión ilegítima cuando se encuentren en el desempeño de sus funciones o con motivo de las mismas". Por cuanto, "en la legítima defensa el agredido puede ir todo lo lejos que se necesario para impedir o repeler la agresión", mientras que en la causa de justificación materia de análisis "ha de ser necesaria, oportuna y proporcionada"³⁵.

37°. El agente de policía, en definitiva, no actúa bajo la lógica de la legítima defensa de terceros, sino en cumplimiento de un deber positivo institucional que le obliga a proteger los intereses de los particulares y la seguridad ciudadana cuando se ven amenazados. Por otro lado, la legítimidad de la intervención coactiva policial para conjurar un peligro depende a su vez de que aquélla se dirija contra un destinatario adecuado³⁶.

38°. La exigente descrita en el numeral 11 del artículo 20 no es más que lo descrito en el numeral 8 de dicho artículo, por tanto constituye una norma *ad hoc* particularizada para casos de intervenciones a través del uso de la fuerza de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

39°. Existen mecanismos previstos en el mundo para el empleo de instrumentos no letales para enfrentar el delito.

o A guisa de ejemplo, la policía colombiana tiene reglamentado el uso de armas no letales desde 2009 para "no violar en ningún caso los derechos humanos".

CRITERIOS PARA EL EMPLEO DE ARMAS NO LETALES

El accionar coercitivo para hacer cumplir la ley, en muchos casos conlleva a la policía a enfrentar situaciones en las cuales el empleo de la fuerza puede ser necesario, por lo que debe estar siempre provista de algunos elementos para el servicio, y de efectos incapacitantes, instrumentos o dispositivos "no letales", o con mecanismos de restricción (bastones policiales, esposas, etc.). La presencia física de estos elementos refuerza la reservada amenaza de la coerción policial: la fuerza está a su disposición, sujeta sí, a substanciales restricciones y limitaciones, si es que no logra que la sociedad a su cargo cumpla con la normatividad rectora, sin hacer uso de dicha fuerza.

1. Para el uso de la vigilancia urbana está el bastón de mando y los dispositivos individuales para la aspersión o propulsión de

³⁵ CEREZO MIB, JOSÉ: La exigente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho. *Revista de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, T. 40, p. 283.

³⁶ COCA VILA, IVQ. Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes pasivos de protección policial. *En: Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología* [RECPC-19-24 (2017)], pp. 4-15.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

agentes irritantes, como el gas pimienta.

2. Para el control de disturbios, las granadas de mano, con emisión de agentes irritantes y/o lacrimógenos, granadas de mano de aturdimiento (generadoras de sonido), granadas de mano de efecto múltiple (luz y sonido, sonido y gas, sonido, gas y luz, entre otras opciones disponibles), granadas de mano con proyección de perdigones de goma y gas irritante (Granadas "multi-impacto") y cartuchos de 37/38 mm., para fusil lanzador no letal, con perdigones de goma o cápsulas de gas irritante.

3. Para operaciones policiales, en este grupo pueden incluirse todos los anteriores y serán utilizados de acuerdo al cometido táctico específico a cumplir; entendiéndose que los procedimientos y tácticas de operaciones especiales están orientados a la resolución de situaciones muy específicas, en las cuales, por lo general es lícito el uso de la fuerza con toda la contundencia necesaria para la protección de derechos fundamentales (vida, libertad, entre otros).

Fuente: <http://finiterank.com/docs/63.pdf>

∞ Al respecto, en el Manual de Derechos Humanos aplicados a la función policial en el Perú (Resolución Ministerial 952-2018-IN, de 14 de agosto de 2018) se señala que los planes y programas del sistema educativo policial deben garantizar una alta profesionalización, individual y colectiva, incidiendo en aspectos importantes para el desarrollo de la función policial como son las Tácticas defensivas no letales (entre otras, el uso de los bastones)³⁷, materia que debe ser objeto de debido desarrollo.

§ 6. INEXISTENCIA DE DILEMA JURÍDICO EN RELACIÓN AL EMPLEO DE LA FUERZA EN LA ACTUACIÓN POLICIAL

40°. El Estado peruano ha tomado en cuenta lo establecido en las disposiciones generales relativas a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (Véanse fundamentos jurídicos 11 a 19), y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y acató el mandato de adoptar una ley y un reglamento sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y deber de cumplir con examinar "continuamente las cuestiones éticas relacionadas con el empleo de la fuerza y de armas de fuego" (para dar cuenta de la observancia debida).

41°. El Decreto Legislativo 1186, brinda criterios técnicos normativos y apropiados para analizar y evaluar las actuaciones policiales que, en el marco del

³⁷ Segunda parte, Capítulo I, p. 26.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

cumplimiento de sus funciones, ocasionen lesiones o muertes como resultado del uso de la fuerza.

42°. En la configuración de la particularizada eximente de responsabilidad funcional, desde su incorporación originaria (Decreto Legislativo 982) hasta la última (Ley 30151) no se aprecian cambios relevantes. Ciertamente generó polémica la última modificación con la eliminación de la frase "armas reglamentarias" y la adición de la frase "otros medios de defensa" en el texto legal. GARCÍA CAVERO considera que puede resultar cuestionable la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del CP por ser "absolutamente innecesaria pues la existencia de una causa de justificación general por el cumplimiento de un deber, hace ociosa la previsión de este supuesto específico referido a los miembros de las Fuerzas Armadas y posterior modificación"³⁸.

43°. Los deberes que cumple el funcionario policial al obrar ejerciendo la fuerza, y que han de eximirlo responsabilidad son los que se hallan pre establecidos dentro del marco conglobado y normativamente jerárquico de lo legalmente autorizado; se encuentran por tanto en normas extrapenales (como afirma ZUGALDÍA ESPINAR citado líneas arriba en este acuerdo) pero no solo a escala de las determinaciones internacionales (referidas también anteriormente) sino en el Decreto Legislativo 1186 y su Reglamento, así como en la Resolución Ministerial 952-2018-IN, cuyos contenidos no se contraponen al sentido del apartado o inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, sino que se han de interpretar armónicamente y bajo el principio de jerarquía normativa, precisamente a la luz de la normatividad internacional indicada y de los pronunciamientos de la Corte IDH (ya glosados).

44°. Tal como señala VILLAVICENCIO TERREROS, la reforma introducida por la Ley 30151 no es una carta en blanco para el uso de la fuerza por parte del funcionario encargado de hacer cumplir la ley³⁹. En consecuencia, el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal no constituye una licencia para matar o para lesionar, pues como señala ZUGALDÍA ESPINAR el principio de necesidad de la fuerza opera en dos momentos diferentes⁴⁰:

En sentido abstracto o cualitativo	El agente tiene condición orgánica y funcional, es miembro de las fuerzas policiales
En sentido concreto o cuantitativo	Se valora la fuerza empleada para saber si se usó la necesaria para controlar la situación.

³⁸ GARCÍA CAVERO, PERCY: Derecho Penal. Parte general, Editorial Jurista, Lima, 2012, p. 608.

³⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE. En Amicus Curiae: La Ley N° 30151 no es una carta blanca para el uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, p. 10; y en Audiencia Pública de 9 de julio de 2019.

⁴⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: Op. Cit., p. 32.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

§ 7. ALCANCES DE LA CUESTIÓN PREVIA⁴¹

45°. Este mecanismo de defensa tiene como finalidad evitar la promoción de la acción penal, suspender o anular el proceso, si es que previamente no se ha cumplido una determinada exigencia legal establecida para iniciar el procesamiento de algunos delitos (como ocurre con el requerimiento de pago en el delito de libramiento indebido)⁴².

46°. Tal como puntualiza SAN MARTÍN CASTRO a través de su ejercicio "no se cuestiona el fondo del asunto, de la imputación, sino la corrección formal de la incoación del procedimiento penal, instando su anulación o suspensión, según sea el caso"⁴³.

Las condiciones de procedibilidad se manifiestan en: a) Los delitos privados, en donde la querrela es un presupuesto procesal que expresa la voluntad de la víctima para que se sancione penalmente a una persona; b) Las autorizaciones para proceder y consentimiento de la autoridad, que se encuentran en los delitos contra el sistema crediticio y en el antejuicio constitucional; c) Los pronunciamientos de la autoridad sobre el objeto del proceso, puesto que la Ley exige la resolución emitida por la autoridad (ejemplo: delitos ecológicos)⁴⁴. Al respecto, LEONE, refiere que, efectivamente, en consideración a la naturaleza del delito, la particular cualidad del sujeto activo, o a la del sujeto pasivo, la ley prescribe en algunos casos (expresamente previstos), que la prosecución de la acción penal esté condicionada a la manifestación de la voluntad de la autoridad⁴⁵.

47. Conforme se precisó en el fundamento anterior, los delitos que requieren de previo pronunciamiento o acción de parte son aquellos en que los bienes jurídicos sean "de naturaleza disponible" (delitos de naturaleza privada como las querrelas) y los conocidos como tipos incompletos (leyes penales en blanco) que se completan o "llenan" con el contenido previsto en otras normas, generalmente extrapenales (así, los delitos contra la propiedad intelectual, de orden económico, etcétera)⁴⁶, en el último supuesto se funda en el exacerbado tecnicismo que presentan, y que, por tanto, requieren un mayor conocimiento⁴⁷.

⁴¹ Según el artículo 4 del Código Procesal Penal, procede "cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley" (inciso uno). El efecto que genera la declaración de fundabilidad es que se anulará lo actuado; no obstante, si el requisito omitido fuera subsanado la Investigación Preparatoria podrá reiniciarse.

⁴² También considerada como elemento intermedio entre la perpetración del hecho punible y el ejercicio de la acción persecutoria.

⁴³ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: *Derecho procesal penal. Lecciones*, Editorial INPECCP, Lima, 2015, p. 274.

⁴⁴ *Ib. p.* 276-277.

⁴⁵ LEONE, GIOVANNI: *Tratado de derecho procesal penal Tomo I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 160.

⁴⁶ ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Prejudicialidad en el proceso penal y sobrecriminalización social*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 30, aduce que "[...] en el ámbito económico y como consecuencia de la crisis, el legislador ha procedido a regular conductas que no tenían tal trascendencia con anterioridad, pero que, en todo caso, precisan para su integración ser conformadas con tipos no penales en los cuales encuentran su justificación [...]".

⁴⁷ La razón de ser de las leyes penales en blanco radica en la existencia de supuestos de hecho estrechamente relacionados con otras ramas del ordenamiento en las que la actividad legislativa es incesante o continua debido al "carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de regulación". Se trata de sectores muy condicionados



48. La materia analizada en este pleno engloba la afectación de los bienes jurídicos vida e integridad física, que a criterio de PEÑA CABRERA "la posición que caracteriza al texto punitivo supone colocarlos, en un primer rango de valoración; en el sentido de la vitalidad elemental del ser humano". Es decir, no se está frente a bienes de libre disponibilidad ni leyes penales en blanco, sino a derechos reconocidos en la Constitución Política (inciso 1, artículo 2) como de primer orden⁴⁸.

oo En resumen, la cuestión previa para el pronunciamiento penal tiene carácter excepcional (puesto que condiciona el ejercicio de la acción del Fiscal y sin cuya presencia no es posible promoverla) y como tal sirve de control al debido cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas⁴⁹ por lo que opera para determinados delitos (que además deberán estar catalogados pacíficamente en la norma).

oo No se advierte un motivo para tal excepcionalidad que la comunidad jurídica internacional de los países democráticos ya ha abordado suficientemente.

§ 8. IMPOSICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA AL EFECTIVO POLICIAL QUE HACIENDO MAL USO DEL ARMA DE FUEGO PROVOCÓ LESIONES O MUERTE DEL PRESUNTO DELINCUENTE

49°. La prisión preventiva es la más gravosa medida de coerción personal del ordenamiento jurídico, puesto que se priva del derecho a la libertad al imputado por la comisión de un delito grave y en quien concurre (fines) el peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que se ausentará a las actuaciones del proceso⁵⁰, o riesgo razonable de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba⁵¹.

oo Tiene como características: a) La jurisdiccionalidad, debido a que solo un juez competente puede adoptarla; b) La excepcionalidad de la medida y su no obligatoriedad (último recurso), puesto que la regla general es que el procesado

por elementos histórico-sociales o "avances técnicos" en los que "deben ser tenidas cuenta necesidades de la regulación y circunstancias cambiantes en el espacio y en el tiempo". Recuperado:

<https://go.plenos%202019%20DR/casacion%20de%20responsabilidad%20PNP/leves%20sna/cas%20en%20blanco.html>

⁴⁸ SAN MARTÍN CASTRO, CESAR: *Derecho procesal penal*, Editorial Grijley, Lima, 2006, p. 166, anota que: "la índole del deber violado es, central para determinar si un comportamiento determinado es común o militar", puesto que "si el deber es común o genérico (propio de todos los ciudadanos) el delito no será militar aun cuando sea perpetrado por un militar o policía. En tal virtud, todo dependerá del bien jurídico vulnerado, que es el objeto de protección. Consecuentemente, los bienes jurídicos están vinculados a las labores castrenses o policiales y a los fines institucionales, de ahí que las conductas deben afectar la organización, las funciones y las finalidades institucionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Estas se encuentran precisadas en los arts. 165, 166, 168 y 170 de la Constitución.

⁴⁹ No afecta la existencia del delito o de la sanción sino la posibilidad de persecución procesal.

⁵⁰ ROXIN, CLAUDIUS/SCHNEMANN, BERND: *Derecho procesal penal*, Editorial Didot, Buenos Aires, 2019, p. 373, consideran que la prisión preventiva se sirve de tres fines: a) Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; b) garantizar la investigación de los hechos y; c) asegurar la ejecución penal. Por ende, los principios jurídicos-constitucionales de presunción de inocencia y proporcionalidad exigen restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo más estrictamente necesario.

⁵¹ SAN MARTÍN CASTRO, CESAR: *Derecho procesal penal. Lecciones*, Editorial INPECCP, Lima, 2015, p. 443.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

lleve el juicio en libertad; y, c) La proporcionalidad, es decir que deba adecuarse a los fines constitucionalmente legítimos⁵².

50°. ASENCIO MELLADO afirma que la libertad ha de ser la regla, debiendo el inculcado permanecer en esta situación de forma ordinaria. Solo, pues, excepcionalmente, y cuando sea estrictamente necesario y no puedan alcanzarse los fines propuestos mediante otras disposiciones menos intensas, podrá acordarse la limitación de libertad en que toda prisión preventiva se traduce⁵³.

51. La evaluación de las reglas de procedencia o improcedencia de la prisión preventiva están establecidas en los artículos 268 a 285 del Código Procesal Penal (CPP); que el Juez de Investigación Preparatoria no decide de oficio sino a pedido del Ministerio Público y en la audiencia correspondiente; ha sido materia de pronunciamientos plenario y ejecutorias de la Corte Suprema (Acuerdo Plenario Extraordinario 01-2017/CIJ-116, y las Casaciones 626-2013/Moquegua y 1445-2018-Nacional) y el Tribunal Constitucional (STC 01133-2014-PHC/TC, 03223-2014-PHC/TC y 04780-2017-PHC/TC) y en este mismo evento plenario se efectuarán precisiones, de modo que no corresponde establecer criterios particularizados más allá de los que fluyen de la orientaciones internacionales y las leyes nacionales armónicamente consideradas.

§ 9. SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

52°. La exigente de obrar en cumplimiento de un deber no comprende los tratos inhumanos o degradantes, prohibidos en la Constitución Política e internacionalmente, pues suponen un atentado grave contra la dignidad de la persona, por lo que para apreciarse esta causa de justificación el agente además debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber⁵⁴. Para que sea de aplicación la exigente referida "es preciso que la violencia sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible"⁵⁵.

53°. Ni la incorporación ni la modificación del inciso 11 del artículo 20 del CP –a través de los sucesivos actos legislativos indicados: el Decreto Legislativo 982 y la Ley 30151–, exoneran al Perú (y a sus funcionarios policiales) a reducir u obviar los parámetros del uso de la fuerza que han sido establecidos para todos, a escala mundial, en los instrumentos internacionales que la comunidad de las naciones

⁵² *Ib.*, p. 454., quien considera que junto a la necesidad e idoneidad de la medida se requiere la proporcionalidad estricta, esto es, un juicio de ponderación entre los intereses en juego.

⁵³ ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *La regulación de la prisión preventiva en el código procesal penal del Perú*. Recuperado de: <http://www.incipio.org.pe/archivos/publicaciones/rsolucionprisionpreventiva.pdf>

⁵⁴ CEREZO MIR, JOSÉ: *La exigente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*. En: *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, T. 40, p. 282.

⁵⁵ ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: *Ibid.*, p. 325.

J



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

unidas (en que nuestro país se inserta) se ha comprometido a cumplir⁵⁶; ni se puede interpretar las normas locales de modo que contravengan aquellas.

CA

54°. Es pertinente tener en cuenta los casos resueltos por la Corte IDH (Véase FJ 30), el Supremo Tribunal Español (véase FJ. 31) y el TEDH (Véase FJ 32), puesto que dichos órganos de justicia concluyeron que el empleo de las armas está restringido cuando se afecta la dignidad de la persona por tanto, los efectivos policiales siempre que requieran emplear la fuerza lo harán en respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida.

S

55°. No existe en el ámbito de la democracia la denominada "ley de fuga" como mecanismo permisivo para disparar arma de fuego o atacar con arma letal al intervenido que huye sin que éste pusiera en riesgo inmediato, efectivo y grave bienes jurídicos de primer orden para el que interviene o para terceros (de lo contrario puede convertirse en mecanismo encubridor de ejecuciones extrajudiciales y deslegitimador de la función policial).

T

Cabe recordar que en el Perú no se impone la pena de muerte para delitos comunes desde 1979 y que con la Constitución de 1993 (art. 140) se derogó para los delitos comunes.

Resulta innecesario disparar contra la persona que eligió la opción de fugarse ante la presencia policial (como forma de autotutela ante una inminente detención y posterior procesamiento), salvo que la vida o la integridad de los efectivos del orden u otras personas sea puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando (Véase FJ. 18 a 22).

Diagrama con líneas y círculos

56°. Respecto al cambio de la fórmula normativa "en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria" sustituida por la frase "en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa", resulta importante que todos los agentes encargados de hacer cumplir la ley tengan en claro los límites del término "uso de sus armas" y de la referencia "otros medios de defensa", dado que las disposiciones locales y los cambios normativos internos están subordinados al alcance de los compromisos internacionales que protegen derechos fundamentales, teniendo en cuenta que además de generar en algunos casos daños irremediables y graves responsabilidades personales pueden derivar en pesadas cargas estatales en el ámbito ético y reparatorio.

57°. El Ministerio del Interior tiene que proporcionar la logística suficiente para que la Policía nacional utilice medios no letales eficaces para realizar óptimamente su función de modo que los medios letales puedan ser empleados en los extremos casos en que fueran estrictamente necesarios.

⁵⁶ Los jueces y fiscales despliegan un papel trascendental al enmarcar la aplicación de las posibles presencias de responsabilidad para evitar excesos y generar impunidad.

Handwritten signatures and initials at the bottom of the page.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

58°. Desde luego no se pretende desarmar a la policía a escala mundial, sino se aspira promover intervenciones policiales firmes y eficaces, que, al mismo tiempo, sean razonablemente respetuosas de los derechos básicos internacional y nacionalmente declarados y protegidos.

∞ La normativa internacional vigente para el Perú, hace referencia clara y reiterada de la fórmula "empleo de la fuerza en cumplimiento de la ley" por cuanto la ley ya ha limitado tanto el uso de armas letales como de armas no letales.

∞ En consecuencia, no hay dilema jurídico para dilucidar, sino el cumplimiento responsable y sensato de las leyes sobre la materia.

59°. El procesamiento penal corresponderá en los casos de afectación a los bienes jurídicos que el Código penal protege; no cabe en estas materias una cuestión previa³⁷ como condición para el inicio de la investigación preparatoria, ni es rol del Poder Judicial en general ni del pleno supremo penal en particular, establecerla pretorianamente.

60°. Finalmente, al momento de resolver el pedido de prisión preventiva el juez deberá analizar las circunstancias de cada caso en concreto para tal imposición, esencialmente en respeto de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la medida, de la mano con las normas nacionales e internacionales (*hard law*) y las decisiones jurisdiccionales locales y extranjeras (*soft law*) que establecen parámetros para el uso de la fuerza por parte del funcionario encargado de hacer cumplir la ley (Véanse FFJJ 16 a 32).

III. DECISIÓN

61. En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en los numerales 3 y 4, del artículo 433, del CPP.

ACORDARON:

62. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios establecidos en los apartados, 52 al 60, del presente acuerdo.

63. PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, 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

³⁷ DON MARTÍN CASTRO, CESAR: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Editorial INPECCP, Lima, 2015, p. 274, precisa que con su ejercicio no se cuestiona el fondo del asunto, de la imputación, sino la corrección formal de la incoación del procedimiento formal, instando su anulación o suspensión.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

64. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de una Acuerdo Plenario se incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

65. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano.
HÁGASE saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NÚÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHÁVEZ MELLA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 06-2019/CJ-116

BASE LEGAL: Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ASUNTO: Problemas Concursales en los Delitos de Trata de Personas y delitos de Explotación Sexual.

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial 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.º Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ– y la aprobación de Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas.

∞ La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana, para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos



jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias, respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: A. Pena efectiva; principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. B. Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos. C. Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. D. Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. E. Prisión Preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. F. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. G. Viáticos y peculado. H. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a los problemas concursales entre los delitos de trata de personas y explotación sexual, las siguientes personas:

1. Yvan Montoya Vivanco – Organización Internacional del Trabajo
2. David Rosales Artica – Universidad Nacional Mayor de San Marcos
3. José Antonio Caro John – Universidad del Pacífico

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra, en cuanto a los problemas concursales entre los delitos de trata de personas y explotación sexual: A. Yvan Montoya Vivanco y B. José Antonio Caro John.

6.º La tercera etapa consistió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Han sido ponentes los señores jueces supremos ELVIA BARRIOS ALVARADO y ALDO FIGUEROA NAVARRO.



II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

8.º Mediante la Ley 30251, de 21 de octubre del 2014, se modificó el artículo 153 del Código Penal, en el que se tipifica el delito de trata de personas, con fines de explotación sexual y laboral, entre otros. El tipo penal quedó redactado de la siguiente manera:

"Artículo 153. Trata de personas

1. El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.
3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.
4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.
5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor".

9.º A su vez, mediante la Ley 30963, de 18 de junio del presente año, se modificaron e incorporaron diversos tipos penales relacionados con los delitos de explotación sexual, en sus diversas modalidades. En este sentido, se han modificado los siguientes tipos penales:

- a) Explotación sexual (artículo 153-B).
- b) Favorecimiento de la prostitución (artículo 179).
- c) Cliente del adolescente (artículo 179-A).
- d) Kufianismo (artículo 180).
- e) Proxenetismo (artículo 181).
- f) Promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 181-A).



- g) Publicación en medios de comunicación sobre delitos de libertad contra niñas, niños y adolescentes (artículo 182-A).
- h) Exhibiciones y publicaciones obscenas (artículo 183).
- i) Pornografía infantil (artículo 183-A).
- j) Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales (artículo 183-B).

10.º Por otro lado, de acuerdo con el artículo 2 de la citada ley, se han tipificado las siguientes conductas delictivas:

- a) Promoción o favorecimiento de la explotación sexual (artículo 153-D).
- b) Cliente de la explotación sexual (artículo 153-E).
- c) Beneficio por explotación sexual (artículo 153-F).
- d) Gestión de la explotación sexual (artículo 153-G).
- e) Explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 153-H).
- f) Beneficio de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 153-I).
- g) Gestión de la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes (artículo 153-J).

11.º Asimismo, en la Segunda Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley 30963 se adiciona el numeral 21 al artículo 3 de la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado, para aplicar sus alcances a los delitos previstos en los artículos 153-B, 153-D, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 179, 180, 181 y 181-A del Código Penal.

12.º Ahora bien, las modificaciones (diez) e incorporaciones de nuevos tipos penales (siete), en materia de explotación sexual en sus diversas modalidades, y la incorporación dentro de los alcances de la Ley contra el Crimen Organizado tienen relevancia, para los efectos del presente Acuerdo Plenario, en los siguientes aspectos:

- a) En siete delitos de explotación sexual se incorpora como circunstancia agravante el que el delito se derive de una situación de trata de personas o el agente actúe como integrante de una banda u organización criminal (artículos 153-B, 153-D, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y 181-A).
- b) En cinco delitos de explotación sexual se incorpora exclusivamente como circunstancia agravante -y no su derivación de la trata de personas- cuando el agente cometa el delito como integrante de una banda u organización criminal (artículos 153-F, 179, 180, 181, 183-A).
- c) En cinco delitos de explotación sexual no se prevén circunstancias agravantes relacionadas con la trata de personas o la banda u organización criminal (artículos 153-E, 179-A y 182-A, 183, 183-B).

13.º Considerando que, con relación al mismo sujeto pasivo, el delito de trata de personas puede relacionarse teleológicamente con los delitos de explotación sexual¹, en cualquiera de sus modalidades, es necesario establecer criterios para resolver los siguientes aspectos problemáticos:

- a) ¿Cómo podrían resolverse, a nivel del juicio de tipicidad, las relaciones concursales de delitos o de leyes, entre un delito de trata de personas y un delito de explotación sexual –en cualquiera de las modalidades–, cometido como producto de una trata de personas y/o en el contexto del funcionamiento de una banda u organización criminal?
- b) ¿Cómo podrían resolverse, a nivel del juicio de tipicidad, las relaciones concursales de delitos o de leyes, entre un delito de trata de personas y un delito de explotación sexual –en cualquiera de las modalidades–, cometido únicamente en el contexto del funcionamiento de una banda u organización criminal?
- c) ¿Cómo podrían resolverse, a nivel del juicio de tipicidad, las relaciones concursales de delitos o de leyes, entre un delito de trata de personas y un delito de explotación sexual –en cualquiera de las modalidades–, en el que se prevén circunstancias agravantes como el prevalimiento o abuso de situación de vulnerabilidad?
- d) ¿Cómo podrían resolverse, a nivel del juicio de tipicidad, las relaciones concursales de delitos o leyes, entre la promoción, favorecimiento, financiación o facilitación de la trata de personas y un delito de explotación sexual, en cualquiera de las modalidades?

§ 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA TRATA DE PERSONAS

14.º El delito de trata de personas fue recién incorporado en la legislación nacional, con la entrada en vigor del Código Penal de 1991. En el Código Penal de 1924 solo se consideró como delito contra la libertad individual, el sometimiento a servidumbre de “indígenas u otras personas de condición parecida”². Al margen de la concepción discriminatoria y etnocéntrica, subyacente en el tipo penal abrogado, el alcance de la protección era limitado por tres razones: a) solo se castigaba la servidumbre o situación equivalente o análoga; b) no se sancionaba los actos previos a la explotación de la víctima; c) Las penas eran benignas. En la versión originaria del Código vigente, la trata de personas para fines de prostitución fue considerada como un delito contra la

¹ Se estima que la explotación sexual, en nuestro país, es la principal forma de explotación asociada a la trata de personas. En el periodo 2009-2016 se ha llegado a determinar que el 41% de los casos corresponde a esta modalidad de explotación; el 18% a explotación laboral; el 3% a mendicidad y venta de niños y adolescentes. En 38% de los casos no se ha establecido el tipo de explotación (Defensoría del Pueblo: *Trata de Personas con fines de Explotación Sexual en Agravio de Mujeres Adultas*; Informe N° 041-2017-Lima 2017; p. 16).

² Artículo 225. El que abusando de la ignorancia y de la debilidad moral de cierta clase de indígenas o de otras personas de condición parecida, los sometiera a situación equivalente o análoga a la servidumbre, será reprimido con penitenciaría o con prisión, no mayor de un año o multa de la renta de treinta a noventa días y, en todo caso inhabilitación especial, conforme a los incisos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 27.º, por no más de cinco años”.

libertad, pero como una modalidad del "proxenetismo"³. Mediante la Ley 28251 del 2004, se adicionó a esta finalidad, otras formas de explotación sexual⁴. Recién en el año 2007, se reubicó sistemáticamente el delito de trata de personas, en el artículo 153, como delito contra la libertad⁵. Sin embargo, la estructura típica asumida difiere sustancialmente de la definición de trata asumida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000 – en adelante Protocolo de Palermo⁶. En efecto, el tipo penal establecía como conductas típicas el promover, favorecer, financiar o facilitar la trata de personas, en las diversas fases determinadas en el Protocolo de Palermo, cuando en realidad el contenido del injusto de la trata, tal como había sido aceptado convencionalmente, radica en las conductas progresivas desarrolladas por el sujeto activo para desarraigar o mantener a la víctima para fines de explotación en sus diversas modalidades⁷. Mediante la Ley 30251 se reestructura el tipo penal asumiendo en lo sustancial los criterios establecidos en el Protocolo de Palermo, en el ámbito del consentimiento de personas adultas, la irrelevancia del consentimiento, en el caso de menores de edad, y las modalidades de la trata de personas.

§ 3. TRATA DE PERSONAS: RASGOS TÍPICOS ESENCIALES

15.º La trata de personas es un delito común. Puede ser cometido por cualquier persona que realice alguna de las conductas típicas del artículo 153⁸. Del mismo

³ "Artículo 182. El que promueve o facilita la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de doce años, si media alguna de las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo anterior".

⁴ "Artículo 182. El que promueve o facilita la captación para la salida o entrada del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, someterla a esclavitud sexual, pornografía u otras formas de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

La pena será no menor de diez ni mayor de doce años, si media alguna de las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo anterior."

⁵ De esta manera pasó a sustituir el tipo penal de retención de menores, previsto en la versión originaria del Código Penal, modificado años más tarde.

⁶ Por Resolución Legislativa 27257, ratificada mediante el Decreto Supremo 088-2001-RE, el Perú es Estado Parte de dicho Protocolo y, por ende, está obligado por su contenido a lo establecido en el mismo. En el artículo 3 del Protocolo se señala lo siguiente: "Para los fines del presente Protocolo: a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos."

⁷ El Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 tuvo como objeto de análisis precisamente la versión típica de la Ley Nº 28251 y la evaluación de las relaciones concursales se circunscribió a los delitos de favorecimiento a la prostitución y proxenetismo.

⁸ De acuerdo a un estudio realizado por Godoy, Sadwick y Baca (2016) los tipos de tratantes, en general puede clasificarse entre militares de grupos rebeldes; miembros de pandillas u organizaciones criminales; "Romeos" o seductores; gerentes o empresarios distrajados; los "gorilas" o secuestradores de niños o adolescentes; familiares (padres, tutores, curadores, etc.); explotadores individuales; propietarios o administradores de negocios en general (citado por Ministerio Público.- Oficina de Análisis Estratégico contra la Criminalidad: *La respuesta del Ministerio Público frente a la Trata de Personas*. En: Informe de Análisis Nº 01, Lima, Julio, 2018, p. 69.



modo, el sujeto pasivo o víctima⁹ es la persona que es lesionada en su condición de tal, como consecuencia del proceso por el cual es colocada o mantenida en situación de ser explotada, en diversas formas. Es un tipo alternativo, cuyas conductas típicas son las siguientes: a) captar, esto es, atraer a alguien o ganar su voluntad¹⁰; b) trasladar, es decir, disponer lo conveniente para procurar el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro¹¹; c) transportar, que significa llevar directamente a la víctima de su área de actividades normales a otro lugar en donde va a ser explotada; d) recibir, que implica salir a encontrarse con la víctima trasladada para llevarla a su destino final; e) acoger, que supone brindar el ambiente físico en el que la víctima va a permanecer desarraigada; e) retener, que denota impedir u obstaculizar que la víctima salga de su situación de desarraigo y vulnerabilidad. Esta última fase no está prevista en el Protocolo de Palermo. Sin embargo, es fundamental e inherente a la finalidad de la trata de personas.

16.º Los actos –por lo general– previos están dirigidos a los fines de explotación¹². Una vez realizados y colocada la víctima en el contexto idóneo para ser explotada, el tratante o el beneficiario de la explotación a la víctima deben garantizar la permanencia y el dominio sobre la persona explotada. Por tanto, deben retenerla y someterla a su servicio¹³. Estas conductas pueden ser concebidas como fases o eslabones, para graficar mejor la tipología del delito –de allí que se le denomine delito proceso–. Dicha progresividad no puede llevar a los errores de: a) considerar la trata de personas como un delito secuencial, conformado por etapas rígidas que siempre deben configurarse de manera completa, y b) que con la configuración de la última etapa –la retención de la víctima– se produzca una cesura para continuar con las conductas de explotación. La trata de personas no es propiamente un delito de resultado cortado en el que el autor hace algo –la conducta de trata– para que produzca las consecuencias posteriores esperadas por el tratante, lesivas a la víctima tratada –la explotación–.

⁹ En nuestro país, en el periodo del 2014-2017, pudo establecerse que las víctimas tenían el siguiente perfil: 83% menores de edad; 70% mujeres; 67% con necesidad económica; 19% con problemas de entorno familiar; 28% con problemas de deserción escolar, atraso o carencia de estudios; 20% con problemas psicológicos o afectivos-drogas, precocidad sexual, recurrencia a discotecas, fiestas; 16% con problemas psicológicos o afectivos; 9% fuga del hogar; 7% violencia familiar; 2.5% embarazo precoz; 1.3% discapacidad (Ministerio Público: *ibid.*; p. 87).

¹⁰ Las formas de captación son diversas: por medio de las redes sociales, amigos, familiares, ofertas de trabajo, estudio, residencia, matrimonio. El advenimiento de la sociedad de riesgo, con el surgimiento de las tecnologías de la información, determina que las redes sociales sean una fuente de captación relevante por medio de seducción, ofertas de trabajo, coacción o amenaza por imágenes inducidas y autogeneradas por la víctima –incluido el *sexting*–. En el Perú, son importantes como formas de captación las ofertas de trabajo, el convencimiento por familiares o amigos (MINISTERIO PÚBLICO: *ibid.*, p. 88).

¹¹ En nuestro país, la trata no siempre implica el traslado de la víctima de un lugar a otro. Significativo de lo que se afirma es la trata de personas es el caso de Iquitos en el que el 86 % de las víctimas no han sido desplazadas de su lugar de origen. Solo entre el 5% al 10% de las víctimas provienen del extranjero. Por el contrario, en el caso de Madre de Dios, el 90 % de las víctimas no son de la zona (cfr. Ministerio Público: *ibid.*; p. 77).

¹² Si media el delito de promoción de la trata de personas, los actos de este delito serían posteriores.

¹³ La víctima engañada puede reparar en el engaño y tratar de huir, puede presentarse su vulnerabilidad o crear una nueva situación de vulnerabilidad. Para ello el tratante puede retener los documentos de identidad; recurrir a las drogas o al alcohol; suprimir medicamentos indispensables a la víctima; aislarla; encerrarla; golpearla; mantener en rehén a un familiar, amenazarla; crearle deudas, etc.



17.º Los medios utilizables para la colocación o mantenimiento de la víctima de trata son diversos: a) la violencia¹⁴, entendida como el uso de la fuerza física razonable para facilitar alguna de las fases de la trata; b) la amenaza¹⁵ considerada como el anuncio de un mal suficiente, de acuerdo con el grado de vulnerabilidad de la víctima, para vencer su voluntad. No se requiere que la amenaza tenga una especial entidad como se exige en el delito de violación. Basta que sea suficiente para quebrantar la voluntad de la víctima. Su determinación debe realizarse en función del perfil de la víctima, sobre todo la edad, grado de instrucción, situación económica, psicológica o social; c) por otras formas de coacción¹⁶ debe entenderse cualquier otra manera de torcer la voluntad de la víctima sin que necesariamente tenga la intensidad de la amenaza -una creencia por ejemplo-; d) la privación de libertad¹⁷; vale decir, el limitar la capacidad de desplazamiento de la víctima, mediante el encierro o sujeción física; e) el fraude¹⁸; esto es, la maniobra o ardid destinado a crear o mantener una idea falsa en la víctima; f) el engaño o la falta a la verdad por parte del sujeto activo, a través de un dicho. Es la consecuencia normalmente de una maniobra fraudulenta; g) el abuso de poder¹⁹, considerado como el aprovechamiento de una posición superior para influir sobre la voluntad de la víctima; h) el abuso de una situación de vulnerabilidad²⁰ de la víctima, entendida como el aprovechamiento por parte del sujeto activo de cualquier condición en la que se encuentre la víctima y que la lleve a pensar que no tiene otra opción que el sometimiento al tratante. Este medio fue incorporado en el Protocolo de Palermo con la finalidad de abarcar situaciones en las que el sometimiento de la voluntad de la víctima o su mantenimiento, en aparentes condiciones de libertad, son más sutiles o poco

¹⁴ Normalmente utilizada tratándose de víctimas mayores de edad. Pero igualmente puede aplicarse con otros medios como la privación de libertad, o el abuso de poder.

¹⁵ De acuerdo al Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público, solo el 1.4% de los casos identificados de trata, en el período 2009-2014, ha sido producto de amenaza o coacción (citado en el Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021). <https://observatorio.mininter.gob.pe/sites/default/files/documento/archivos/Plan%20Nacional%20contra%20la%20Trata%20de%20Personas%202017-2021.pdf>

¹⁶ La coacción puede también concurrir con otros medios como el abuso de poder, en el que el tratante tenga un control o una posición de dominio sobre la víctima.

¹⁷ En este sentido, puede concurrir con el delito de secuestro (art. 152). Si se trata de un menor de edad, el contenido de injusto del secuestro absorbe al de trata y está conminado con cadena perpetua. Pero igualmente puede concurrir con el secuestro simple -con cualquier propósito- o determinadas modalidades agravadas -pluralidad de personas, estado de gestación de la víctima, etc.-, cuya gravedad igualmente absorbe al delito de trata y están conminados con penas más graves -mínimo 20 o 30 años respectivamente-.

¹⁸ En nuestro país, el fraude y engaño son la principal forma de captación para la trata. En el 48.9% de las víctimas de trata identificadas, en el período 2009-2014 fueron engañadas con el ofrecimiento de un puesto de trabajo. Otras formas de engaño como el ofrecimiento de apoyo económico (3.9%); conconvencimiento por parte de amistades (2.7%); padrinazgo (0.8%) o seducción (0.1) aparecen bastante alejados de la primera modalidad engañosa. Existe aún un significativo 32.2% de casos en el aún se está en proceso de investigación (Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021: *ibid.*).

¹⁹ Debe ponerse atención en esta modalidad de trata en nuestro país, porque se da en los casos de relaciones de poder de familiares sobre víctimas en situación de vulnerabilidad, como las mujeres en condición de desigualdad estructural.

²⁰ Un análisis ponderado de este medio comitivo permite considerar que el delito de trata de personas es, como se señala en la doctrina, un delito de dominio o que evidencia una relación asimétrica entre víctima y victimario y que puede ser aplicado por razones de desigualdad estructural. Este enfoque es valioso en la valoración que hacen los fiscales y jueces del caso concreto. No se trata de evaluar si hubo o no consentimiento de la víctima, cuyo contenido viciado es enmascarado o invisibilizado, por la situación desigual en la que se encuentra al momento del hecho. Cf. Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021: *ibid.*



perceptibles²¹. La funcionalidad de este medio radica en que evita la impunidad en casos en donde aparentemente existe consentimiento de la víctima mayor de edad. Las situaciones de vulnerabilidad son diversas y pueden concurrir en la víctima, como la edad -jóvenes o ancianos-, el estado físico, el grado de instrucción, la dependencia económica, psicológica o laboral, dependencia a las drogas; aislamiento social o geográfico, situación irregular en el país, etc.²²; i) la concesión o recepción de pagos²³ o de cualquier otro beneficio, para acceder a los requerimientos del sujeto activo. Estos medios pueden usarse en diversos momentos o de manera simultánea.

18.º Los medios para los actos de trata no requieren ser probados, tratándose de niños. De este modo se presume que toda pretensión probatoria del consentimiento del menor es absolutamente impertinente. Conforme a lo establecido tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁴ como en el Protocolo de Palermo, debemos asumir que, para efecto de la adecuación típica de la conducta imputada, la irrelevancia probatoria del medio se extiende hasta los 18 años²⁵. En el caso de víctimas mayores de edad, la falta o irrelevancia del consentimiento de esta se determina a través de la probanza de la utilización de alguno de los medios que vician la voluntad. Al respecto, es necesario precisar que el párrafo 4 del artículo 153, que alude al consentimiento de la persona mayor de edad, debe ser entendida con relación a los actos de trata y no a los actos concretos -vinculados con la explotación-. Esta inferencia se sustenta en la estructura típica del delito de trata en donde los medios usados por el tratante están dirigidos a viciar la voluntad respecto de los actos de trata, independientemente de su concreción en actos de explotación.

19.º El bien jurídico protegido trasciende a la libertad personal. Con la trata de personas se afecta la dignidad de la persona colocada o mantenida en una situación de vulnerabilidad y degradación permanentes. El desarraigo y la consolidación de la situación de vulnerabilidad de la víctima afectan las cualidades fundamentales o inherentes a la persona; esto es, no se la respeta por su condición de tal; se la instrumenta como un objeto al servicio de otros; se destruye o limita esencialmente su autodeterminación y con ello su proyecto de vida, y se la coloca en un plano de completa desigualdad. En resumen, el bien jurídico protegido comprende los atributos de la dignidad de la persona; esto es, respeto de su condición intrínseca de persona; inmanencia trascendente, autonomía moral e igualdad.

²¹ Como elemento del tipo es también objeto de prueba, pero debe evaluarse en el contexto en el que se produce conjuntamente con el comportamiento del agente. Para ello es útil una pericia psicológica a la víctima.

²² Cfr. Ministerio Público: *ibid.*, p. 86.

²³ Esta modalidad se da con frecuencia en la zona sur de nuestro país. Es la más clara expresión de la afectación de la dignidad de la persona, quien es tratada como un objeto de transacción.

²⁴ Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

²⁵ En la versión típica vigente se señala en el párrafo 3 que la irrelevancia del medio alcanza a los niños, niñas y adolescentes. Más precisa es el Protocolo de Palermo que señala que por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años (art. 3.d).



20.º La trata de personas es un delito doloso y de tendencia interna trascendente –delito de intención–, pues para su concreción a nivel del tipo subjetivo se exige tanto el conocimiento potencial de los elementos del tipo objetivo como un elemento subjetivo distinto al dolo: el fin de explotación en cualquier modalidad. Además de los fines ya previstos en el Protocolo de Palermo, como la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o cualquier forma análoga a ella, la servidumbre y la extracción de órganos, en la versión vigente se adiciona expresamente, como finalidad, los trabajos o servicios forzados²⁶, la venta de niños, niñas y adolescentes²⁷, la mendicidad²⁸ o el tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación²⁹.

21.º En la versión vigente del delito de trata de personas se modifica los verbos típicos del texto anterior que hacía referencia a la promoción, favorecimiento, financiación o facilitación como conductas típicas de la trata, en su modalidad básica; estructura que era ajena al Protocolo de Palermo. Estas conductas que podrían ser abordadas, mediante las formas genéricas de la participación, han sido consideradas como modalidades autónomas y, por ende, conminadas con las mismas penas previstas para el autor (artículo 153.5).

22.º De los alcances típicos reseñados pueden sacarse algunas conclusiones que tendrán incidencia en la resolución de los problemas concursales con los delitos de explotación en sus diversas modalidades: a) involucra a una variedad de víctimas, independientemente de su sexo, edad, nacionalidad u condición social; b) implica diversas conductas progresivas, que no necesariamente deben concurrir secuencialmente para la configuración de la trata; c) no se requiere que el traslado sea transfronterizo o regional, pues basta con comprobar el desarraigo de la víctima en sentido amplio que puede verificarse incluso en el mismo lugar de residencia; d) no debe confundirse con el tráfico de migrantes, cuya finalidad es trasladar con una finalidad lucrativa a las personas, pero distinta a la finalidad de explotación de la víctima, en el caso de la trata; e) no se requiere movimiento de la zona de actividades; f) no siempre está vinculado a una banda u organización criminal; sino a comportamientos aislados y circunstanciales –no estables–; g) si bien los actos de trata son normalmente previos a los actos de explotación³⁰, pueden coexistir independientemente con estos –el sujeto activo puede retener a la víctima y al mismo tiempo explotarla–; h) la gran mayoría de las víctimas de trata de personas en nuestro país son mujeres y menores de edad.

²⁶ Esta finalidad puede generar relaciones concursales con delitos de resultado y daño como la explotación laboral (art. 153-C) o los trabajos forzados (art. 168-B).

²⁷ Es una modalidad que se ha detectado en la zona sur de nuestro país.

²⁸ Esta modalidad puede concurrir igualmente con algún supuesto típico de exposición a peligro de las personas.

²⁹ Criterio político criminal correcto pues el Protocolo de Palermo solo establece un mínimo de finalidades que deben ser cubiertas en las legislaciones penales de los Estados signatarios. En una perspectiva de maximización en la protección de los derechos fundamentales es relevante que se incorporen otros fines que son además recurrentes en nuestro país como la mendicidad o la venta de niños.

³⁰ Una excepción a este orden, es el delito de publicidad de actos que conllevan a la trata o la explotación de niños, niñas o adolescentes, previsto en el artículo 182-A.



§.4 TRATA DE PERSONAS Y EXPLOTACIÓN SEXUAL AGRAVADA DERIVADA DE LA TRATA

23.º Teniendo en cuenta las características esenciales del delito de trata de personas, explicadas precedentemente, es posible considerar su concurrencia con las diversas modalidades de explotación sexual. Para dilucidar las posibles salidas interpretativas es de partir de las siguientes premisas: a) que el juicio de tipicidad se haga respecto de la misma persona; b) que la víctima igualmente sea la misma; c) que sea necesario determinar si el objeto de imputación corresponde a la misma acción o no, en sentido normativo; y, d) que la acción u acciones se adecuen al tipo penal de trata de personas y/o a un supuesto de explotación sexual.

24.º En principio es posible considerar la posibilidad que el sujeto activo de alguna de las modalidades de trata pueda ulterior o simultáneamente realizar los delitos de explotación agravados porque el acto se deriva de una situación de trata de personas y/o el agente actúa como integrante de una organización criminal o banda criminal. Tratándose del mismo sujeto activo debe señalarse que la conducta de trata es independiente de las conductas de explotación. Si bien las modalidades típicas de trata de personas, desde la captación hasta la acogida, son normalmente previas a la concreción de la finalidad –la explotación de la víctima–, el contenido de injusto es distinto al de la explotación misma. Desde una perspectiva normativa no puede equipararse este supuesto, por ejemplo, con el de las lesiones de necesidad mortal que es absorbida por el resultado muerte de la víctima. Los actos de explotación, en sus diversas modalidades se independizan de las modalidades de trata, no solo por el momento diverso en que se produce, sino por el contenido de injusto determinable en función de la vulneración del bien jurídico –dignidad de la persona–, distinto del de la modalidad de explotación.

25.º No se trata de un concurso medial pues este se configura cuando el delito precedente –trata de personas– es un medio necesario para la comisión de otro –delito de explotación en cualquiera de sus modalidades–. Como hemos visto y como puede deducirse de la redacción de los tipos penales de explotación sexual, no siempre estos delitos se derivan ineluctablemente de un delito de trata de personas. Una persona puede haberse iniciado en la actividad de la prostitución voluntariamente y posteriormente ser explotada, mediante violencia, amenaza u otro medio. En el caso que el sujeto activo de la explotación sexual retuviese a la víctima mediante cualquiera de los medios calificados para la trata –violencia o amenaza, uso de drogas o alcohol, aislamiento– para explotarla sexualmente, su conducta de retención no es absorbida por la conducta de la explotación sexual. El uso de los medios para evitar que la víctima se vaya es diferente al uso de los medios para explotarla.



26.º Así las cosas, se configuraría un supuesto de concurso real heterogéneo entre el delito de trata de persona y los delitos de explotación sexual. En este sentido, es posible el concurso real entre el supuesto del delito de trata de personas y los delitos de explotación sexual en sus diversas modalidades. Para efecto de la determinación de la pena, ha de regularse bajo los parámetros del artículo 50 del Código Penal; esto es, sumar las penas que corresponden a las acciones independientes, considerando como criterio de medición el extremo de la pena para el delito más grave hasta el doble, sin exceder el límite de 35 años de privación de libertad.

27.º Ahora bien, pueden presentarse, entre otros, los siguientes supuestos concursales: a) si la víctima es mayor de edad, el concurso entre trata de personas simple y explotación sexual –por ejemplo, artículo 153 B–, el marco punitivo se determina por la pena conminada más grave –quince años prevista para ambos delitos–, a la que se le suma hasta quince años más; b) si la víctima de trata tenía entre catorce y dieciocho años de edad, el marco punitivo básico se determina en función de la pena de veinte años –pena más grave prevista para la trata– a la que se adiciona hasta quince años, por el delito de explotación; c) si la víctima de trata tenía menos de catorce años de edad, a la fecha de comisión del delito, y es explotada dentro de este rango etario, se fija en función de la pena más grave, hasta treinta y cinco años –por ejemplo, en el delito de favorecimiento de la explotación sexual de niños, artículo 181-A.10, cuya pena conminada es treinta y cinco años–.

28.º Ahora bien, en siete delitos de explotación sexual se incorpora como circunstancia agravante el que el delito se derive de una situación de trata de personas. Son los casos de los delitos previstos en los artículos 153-B, 153-D, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y 181-A. En estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas y la circunstancia que agrava la explotación sexual derivada de la trata de persona, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –la trata de personas–.

§ 5. TRATA DE PERSONA Y EXPLOTACIÓN SEXUAL AGRAVADA POR EL CONTEXTO DE BANDA U ORGANIZACIÓN CRIMINAL

29.º Una de las principales modificaciones que trajo consigo la reciente reforma legislativa, en materia de delitos de explotación sexual, fue la incorporación de la circunstancia agravante de la comisión del delito concreto de explotación sexual, como integrante de una banda u organización criminal. Se prevé esta agravante en los delitos previstos en los artículos 153-B, 153-D, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 179, 180, 181, 181-A y 183-A. Si bien los delitos de trata en nuestro país se realizan en la mayoría de los casos, fuera del contexto de una



organización criminal³¹, se observa una tendencia en el sentido que su comisión pueda requerir por lo menos la participación de una banda criminal³². La trata ocasional o no sistemática se da normalmente en el contexto de la captación por familiares o amigos de la víctima para el servicio doméstico u otros servicios.

30.º En estos casos, estamos en general en los mismos supuestos de concurso real heterogéneo entre el delito de trata de persona y los delitos de explotación sexual. El matiz diferenciador con relación al caso anterior es que la organización criminal o banda, de la que el tratante y luego explotador es miembro, realiza ambas conductas bajo la cobertura y en nombre de la banda u organización criminal. Sin embargo, en los doce supuestos típicos de explotación, en los que se prevé la circunstancia agravante de la condición de integrante de una organización criminal o banda, deben diferenciarse los siguientes supuestos: a) si el sujeto activo cometió el delito de trata individualmente, pero realiza la conducta de explotación sexual –por ejemplo rufianismo, artículo 180–, como integrante de una organización criminal, se fija como marco punitivo, la pena más grave; esto es quince, veinte y veinticinco años según se trate de niño, adolescente o adulto, respectivamente, a la que se adiciona la pena para el delito de rufianismo agravado, hasta treinta y cinco años como máximo; b) si el agente cometió el delito de trata y el de explotación sexual –por ejemplo, pornografía infantil, artículo 183-A–, como integrante de una banda u organización criminal, se fija la pena más grave de veinte o veinticinco años –correspondiente al delito de trata de personas adolescentes o niños respectivamente–, a la que se adiciona la pena del delito de pornografía infantil simple hasta diez años –pena conminada para este delito–; c) en estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas y la circunstancia que agrava la explotación sexual, derivada de la condición de integrante de la organización criminal o banda criminal, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –comisión como integrante de una organización o banda–.

§ 6. TRATA DE PERSONA Y EXPLOTACIÓN SEXUAL CON AGRAVANTES SIMILARES A LOS MEDIOS DE TRATA

31.º Es factible que el delito de explotación sexual, cometido claro está por el mismo individuo del delito de trata pueda realizarlo aprovechando una situación de vulnerabilidad, como la discapacidad, enfermedad grave u otra situación de vulnerabilidad –como es el caso del delito de promoción o favorecimiento de la explotación sexual, artículo 183-D–. Si no concurriese otra circunstancia agravante deberá calcularse la pena en función de la pena más grave, que en este supuesto es la misma para el delito de trata simple de mayores de edad y el delito

³¹ Al respecto se señala que en el Perú prevalece el fenómeno de la trata de personas menor o de tipo familiar, aun cuando puede subestimarse la expansión de la criminalidad organizada, tanto las jerarquizadas como las fluidas y flexibles –grupos nucleares y redes criminales–. (Ministerio Público: *ibid.*, p. 86).

³² Se dice que “En el Perú y en el ámbito internacional se ha encontrado que predominan –frente a las organizaciones– pequeños grupos de personas vagamente organizadas, como por ejemplo dos proxenetas que trabajan juntos de manera regular, sin jerarquía o división del trabajo o que se involucran incidentalmente en la trata de mujeres [...]” (Ministerio Público: *ibid.*, p. 71).



de explotación básica: quince años. A esta pena se adiciona hasta quince años. En el caso de la trata de adolescentes, se fija la pena de veinte años –correspondiente a la pena trata de personas– a la que se adiciona hasta treinta y cinco años. En estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas –con abuso de la situación de vulnerabilidad– y la circunstancia que agrava la explotación sexual derivada del abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima explotada, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –presencia de la situación de vulnerabilidad–. Debe procederse bajo el mismo parámetro valorativo en los casos en los que se agrava la conducta de explotación por el abuso de una condición de superioridad, control o poder sobre la víctima y en el que este ha sido el medio para la comisión de la trata de persona mayor de edad.

§ 7. PROMOTORES, FAVORECEDORES, FINANCISTAS O FACILITADORES DE LA TRATA Y DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL

32.º Es probable que se presenten casos en los que los promotores, favorecedores, financistas o facilitadores de la trata de personas puedan tener igual o similar condición de los delitos de explotación sexual, en cualquiera de sus modalidades –por ejemplo, promoción o favorecimiento de la explotación sexual de niños, artículo 181-A, o promoción de la pornografía infantil con la víctima tratada, artículo 183-A–. El criterio de base debe ser el mismo, en el sentido que si bien estas conductas de favorecimiento, promoción, financiación o facilitación son similares en ambos delitos, no corresponden al mismo suceso fáctico, entendido desde una perspectiva normativa. Por tanto, la determinación de la relación concursal no podría ser abordada como si los actos promotores, facilitadores, favorecedores o de financiación de la trata de personas fuesen delitos de resultado cortado o como si fuesen de carácter medial. En el primer caso, la conducta de promoción de la trata no tiene como consecuencia esperada la conducta de promoción de la pornografía infantil de la víctima tratada. En el segundo caso, se descarta el concurso medial pues no estamos ante una sola conducta –la promoción de la trata– que conduzca necesariamente a la promoción de la explotación sexual. Ergo, las conductas de trata en sus diversas modalidades constituyen por lo general acciones –delitos– independientes de los actos de explotación sexual si se concretan en la realidad, por lo que la determinación de la pena debe resolverse conforme a las reglas del concurso real de delitos.

III. DECISIÓN

33.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:



ACORDARON

34.º ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 22 al 28, 28, y 30 al 32 del presente Acuerdo Plenario.

35.º PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos, que contiene la doctrina legal antes mencionada, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdo Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

36.º DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de una Acuerdo Plenario se incorporarán nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

37.º PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.
HÁGASE saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA



NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N° 07-2019/CIJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116 TUO LOPJ
ASUNTO: Víctimas y delito de peculado

Lima, diez de setiembre de dos mil diecinueve

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial 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.º Las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– 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 concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana. Para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: a. Pena efectiva; principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. b. Diferencias hermenéuticas y técnicas especiales de investigación en los delitos de organización criminal y banda criminal. c. Impedimento de salida del país y diligencias

preliminares. d. Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. e. Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. f. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. g. Viáticos y delito de peculado. h. Actuación policial y exención de responsabilidad penal. ∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Presentaron, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación al tema "Los viáticos y delito de peculado", los señores abogados:

1. Don Constante Carlos Ávalos Rodríguez.
2. Don Dyran Jorge Linares Rebaza.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de una Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019 en que hicieron uso de la palabra los indicados señores abogados.

6.º La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, en segundo lugar, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Ha sido ponente el señor SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. MARCO PRELIMINAR

1.º Según el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1243, de 22 de octubre de 2016, se sanciona la conducta del funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro de caudales o efectos cuya percepción, administración¹ o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

2.º En tal sentido, en el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, de 30 de septiembre de 2005, interpretando el citado tipo penal, se estableció como uno de los elementos materiales del tipo penal, la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se dijo que se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es,

¹ Administración es la especial forma jurídica de posesión de caudales o efectos con la finalidad de uso o aplicación a fines oficiales.

competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder vigilar y cuidar los caudales o efectos.

3.º En lo que corresponde a la protección internacional, en el numeral uno del artículo XI de la Convención Americana contra la Corrupción, se estipula que:

"A fin de impulsar el desarrollo y la organización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados legislarán de las siguientes conductas: [...] b) El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada, d) La desviación ajena a su objetivo que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa".

§ 2. PRINCIPIOS DE ÚLTIMA RATIO O DE MÍNIMA INTERVENCIÓN Y EL CARÁCTER FRAGMENTARIO O SUBSIDIARIO DEL DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2.1. DERECHO PENAL

4.º Según MUÑOZ CONDE el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima, esto es, que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. En consecuencia, las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho².

5.º Mientras que MIR PUIG señala que "para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, es decir, una última ratio. Por lo que, primero deberá preferirse la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social, luego seguirán las sanciones no penales: así, como civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad" En cuanto al carácter fragmentario del derecho penal, considera que "el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad

² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 72.

constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subreptico, violento o fraudulento³.

6.º VILLAVICENCIO TERREROS considera que “el principio de subsidiariedad, se trata de la última ratio en el sentido que solo debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales”; por tanto, los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social”, mientras que al hablar del carácter fragmentario del Derecho Penal, nos referimos a que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas⁴.

7.º GARCÍA CAVERO apunta que según “los principios de última ratio o mínima intervención del Derecho Penal, este sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda ser resuelto con los otros sistemas de control extrapenales”; puesto que “el Derecho penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación, deviene en un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad⁵”, es decir, que solo las lesiones más insoportables a los bienes jurídicos más importantes deben castigarse penalmente. Resalta la existencia de dos manifestaciones del principio de subsidiariedad (cualitativa y cuantitativa⁶).

8.º ZÚÑIGA RODRÍGUEZ considera que en estos momentos de embate legislativo y de acrecentamiento de los poderes públicos en la intervención de la vida de los ciudadanos propias del carácter social del Estado, cobra especial relevancia el principio de subsidiariedad, para determinar cuándo interviene el Derecho penal, dejando ese “núcleo duro” del sistema de control social para la protección de los bienes jurídicos más graves frente a sus ataques más importantes (principio de fragmentariedad) y privilegiando los otros instrumentos de control social, que pudiendo ser más eficaces y menos lesivos, deben intervenir primariamente (carácter secundario del Derecho Penal). Es decir, que el principio de subsidiariedad conectado con el principio de proporcionalidad que debe regir toda forma de intervención de los poderes públicos, pues siendo toda sanción pública (esto es, que no es meramente compensatoria, sino tiene fines preventivos y alictivos) una privación de bienes jurídicos impuesta por órganos públicos (ya sea administrativo o judicial), debe respetar los principios de necesidad y menor lesividad posible para legitimar cualquier forma de coacción pública⁸.

³ MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal. Parte general*, Editorial B & F, Buenos Aires, 2016, p. 127.

⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, FELUPE: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Grifley, Lima, 2007, p. 93.

⁵ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Ideas, Lima, 2019, p. 135.

⁶ Esta secundariedad del Derecho penal se expresa concretamente en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que orientan la labor de iminación que lleva a cabo el legislador penal.

⁷ En la primera, se precisa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho penal; mientras que en la segunda que, no podrá recurrirse al Derecho penal si las conductas disfuncionales pueden ser controladas suficientemente con otros medios de control menos lesivos.

⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA: *Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador (Hacia una “administrativación” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho administrativo sancionador?* En: Homenaje al señor doctor don Marino Barbero Luján. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1436.

2.2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR⁹

9.º CEREZO MIR estima que entre lo ilícito disciplinario (entiéndase administrativo) y lo ilícito penal no hay sino una diferencia de grado; aunándose al parecer de ANTÓN ONECA, BAUMANN y MAURACH, expresa que “el legislador extiende la amenaza de la pena a las formas más graves de lo ilícito disciplinario”. Por tanto, “la sanción disciplinaria ha de ser también justa, adecuada a la gravedad de la infracción, y necesaria, esto es, dentro del límite máximo marcado por la justicia”. Tendrá que tenerse en cuenta “no sólo los fines de la prevención general y la prevención especial, sino también las exigencias del prestigio y el buen funcionamiento de la Administración”. Por ello “las sanciones penales y las sanciones disciplinarias son independientes”. Precisa que “la menor gravedad de lo ilícito disciplinario frente a lo ilícito penal explica que en el Derecho disciplinario las conductas prohibidas no estén definidas de un modo exhaustivo en la Ley, ni vienen vinculadas expresamente a ellas una sanción determinada”¹⁰.

10.º Mientras que para SILVA FORNÉ “la distinción entre ambos tipos de infracciones es meramente formal” pues dependerá del legislador la inclusión de la conducta ilícita en la ley penal o en una administrativo-sancionadora¹¹. Es decir, “la legislación refleja en alguna medida la valoración social de los bienes dignos de protección jurídica”, por lo que tal vez “deba recurrirse a la última ratio y reconocer en él dos ámbitos: en primer lugar, que la respuesta punitiva estatal es el último mecanismo al que se puede recurrir para afrontar un conflicto que lesiona o pone en peligro bienes dignos de tutela jurídica; en segundo lugar, y ya dentro de los respuestas punitivas, que la tutela penal deba reservarse para las hipótesis más danosas o peligrosas respecto a esos bienes jurídicos”¹².

11.º RANDO CASERMEIRO indica que para resolver el problema de distinguir el Derecho penal del administrativo sancionador, primero debe ubicarse en los diferentes niveles de racionalidad (ético, teleológico, pragmático y jurídico formal), luego en la eficiencia de la toma de decisiones (que se configura como una dimensión transversal). A nivel ético se distinguen la reacción frente a los ataques a las bases de la convivencia arraigada en las convicciones más indiscutidas (Ejemplo, delitos contra la vida, o la libertad sexual, etcétera); a nivel teleológico, el derecho administrativo sancionador tiene que perseguir preferentemente la protección de sectores relacionados con la actividad

⁹ Las infracciones administrativas estarán constituidas por la contravención de obligaciones positivas del individuo como miembro de la sociedad, es decir, que los delitos son conductas comisivas u omisivas (delitos dolosos como regla general), y los ilícitos administrativos son conductas netamente omisivas (la regla son las infracciones imprudentes y/o negligentes).

¹⁰ CEREZO MIR, JOSÉ. Recuperado de: https://www.lsc.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUOP-20015900175_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_L96C3%ADmites_entre_el_Derecho_penal_y_el_Derecho_administrativo

¹¹ SILVA FORNÉ, DIEGO: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador*. En: Libro homenaje al señor doctor don José Cerezo Mir. Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 181.

¹² *Ib.*, p. 182.

administrativa (lo que no supone prescindir de la idea de que protejamos bienes jurídicos, de la misma forma que lo hace el derecho penal); a nivel pragmático, por su mayor agilidad se dará prioridad al procedimiento administrativo sancionador (más efectivo); a nivel jurídico-formal, refiere que las relaciones entre ambos deberá ser coordinada para así establecerse controles de racionalidad legislativa que eviten los peligros de exposición al *bis in idem* y a la activación de mecanismos de conflicto entre instancia sancionadoras, como la prejudicialidad penal¹³.

12.º El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH Lutz vs. Alemania, de 25 de agosto de 1987, párrafos 52-53, precisó que *"para determinar si la infracción administrativa cometida compete o no a la materia penal, es necesario saber: a) si el texto que define la infracción en litigio se enmarca o no dentro del derecho penal según la técnica jurídica del Estado demandado; b) la naturaleza de la infracción y de la gravedad de la sanción a imponer"* (sentencia citada por DÍAZ FRAILE¹⁴).

13.º ZÚÑIGA RODRÍGUEZ considera que *"en un futuro se observarán fuerzas centrífugas con tendencia a la conformación de sub-sistemas (Derecho penal tributario, urbanístico, societario etc.) pero también centripetas que tiendan a administrativizar el Derecho penal, despojándolo de sus garantías fundamentales en los principios de lesividad y culpabilidad"*. Ante ello, precisa que *"hay dos cuestiones que cobran vida en el debate moderno. Primero, la necesidad de mantener un núcleo duro del Derecho Penal fundamentado en la dañosidad social, la lesividad, el Derecho Penal del hecho, en el mejor sentido de la tradición Iluminista. Segundo, dejar muchas de las nuevas formas de infracciones que más que proteger bienes jurídicos fundamentales de la Sociedad, protegen funciones, esto es, objetivos de organización política, social, económica, contextos para el desarrollo de los derechos individuales, para otras formas de control social, como el Derecho administrativo, civil, de seguros, disciplinario, políticas sociales, en claro respeto al principio de subsidiariedad"*¹⁵.

§ 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN

14.º SALINAS SICCHA refiere que se trata de una apropiación sui generis, puesto que aquel funcionario no sustrae los bienes sino que estos ya están a su disposición por razón del cargo que desempeña en la administración pública, pues *"el sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio"*; es decir, como propietario del bien público¹⁶.

¹³ Rando Casermeiro, Pablo. La distinción entre el Derecho penal y Derecho administrativo-sancionador. Un análisis de política jurídica. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2010, p. 516-526.

¹⁴ Díaz Fraile, Francisco. Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. Garantías y límites en la jurisprudencia del TEDH. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2015, p. 225.

¹⁵ Zúñiga Rodríguez, Laura. Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador (Hacia una "administrativización" del Derecho penal o una "penalización" del Derecho administrativo sancionador?). En: Homenaje al señor doctor don-Marino Barbero Santos. La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 1435-1436.

¹⁶ Salinas Siccha, Ramiro. El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana. En: Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2010, p. 279.

15.º ROJAS VARGAS precisa que en el delito de peculado por apropiación el sujeto público, incorpora a su patrimonio propio o de tercero bienes ajenos que son de propiedad del Estado o se encuentran bajo administración pública, produciéndose así una apropiación ilegítima que resulta intolerable para el sistema jurídico, más aún si dicha acción y resultado supone la infracción de deberes funcionales por parte del sujeto público¹⁷.

16.º En este sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ aduce que el elemento “apropiación¹⁸” descrito por la conducta típica del delito de peculado, constituye un estadio posterior a un supuesto de apoderamiento, pues implica que el funcionario o servidor público dispone de la cosa como si fuera el dueño (usa o vende, por ejemplo)¹⁹.

17.º ABANTO VÁSQUEZ agrega que los elementos objetivos del tipo “administración, percepción o custodia de los bienes públicos”, “[...] no se refieren a una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario, pues éste debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes ‘con ocasión’ de sus funciones”²⁰. Los caudales comprenden toda clase de bienes; no reduce su contenido al dinero, aunque si tiene que tratarse de objetos dotados de valor de naturaleza económica²¹, es en ese momento –según dice– en que adquieren la condición de públicos.

Por tanto, la apropiación se verificará en la medida que el sujeto activo del delito se comporte como legítimo propietario de ellos y disponga de los bienes como si formaran parte de su patrimonio personal o privado apoderándose de ellos, este supuesto se perfecciona cuando el funcionario o servidor público usa los bienes que le han sido confiados por el Estado como si fueran propios²².

§ 4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO

18.º En general el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública. En la doctrina

¹⁷ ROJAS VARGAS, FIDEL: *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Editorial Nomos & thesis, 2016, pp. 241-242.

¹⁸ Para el referido autor el término apropiación descrito por el tipo, en un primer momento puede remitirnos a la conducta típica del delito de apropiación ilícita debido a que este tipo penal se verifica el momento en que opera una “apropiación ilegítima” de un determinado bien mueble por parte de la persona del sujeto activo. No obstante, precisa que el delito de apropiación ilícita se consuma cuando el sujeto activo del delito, incumpliendo una obligación específica de devolución o de hacer un uso determinado, se apodera de un determinado bien mueble, incorporándolo de manera ilegítima a su patrimonio. Del análisis rescata que las posibles similitudes entre el contenido de ambos tipos no debe llevarnos a restringir el ámbito de la tipicidad del delito de peculado a la mera verificación del apoderamiento del funcionario o servidor público de los bienes del Estado que administra en razón de su cargo, lo cual no considera acertado.

¹⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES: *Delitos contra la administración pública en el Código penal*, Editorial Jurista, Lima, 2017, pp. 496-497.

²⁰ ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Editorial Palestra, Lima, 2003, p. 44.

²¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES: *Delitos contra la administración pública en el Código penal*, Editorial Jurista, Lima, 2017, p. 543.

²² *Id.* p. 549.

nacional existen hasta tres posturas (dos de ellas son, la protección del patrimonio estatal y el ejercicio de las funciones públicas), pero como fruto del acuerdo concreto de la Corte Suprema²³ surge la tercera teoría, en que el bien jurídico específico protegido es la no lesividad de intereses patrimoniales de la administración pública y la evitación del abuso de poder del funcionario o servidor público que no debe quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad (por tratarse de un delito pluriofensivo).

19.º Entonces, por su naturaleza se puede concluir que no solo se reprime el apoderamiento del dinero (ánimo de lucro), sino el deber de la correcta gestión funcional (debidamente administrada).

§ 5. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS VIÁTICOS

20.º En los últimos años esta Suprema Corte ha venido señalando que los viáticos constituyen la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado para cubrir sus gastos de alimentación, alojamiento y desplazamiento de la comisión.

∞ ROJAS VARGAS describe las características esenciales de los viáticos; considera que su entrega es un acto de disposición interna, de contenido patrimonial, que hace la administración pública, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio. Por tanto, tienen las siguientes características: a) Poseer contenido patrimonial (en dinero). b) Tener cualidad de eventual (no puede haber viáticos permanentes, pues se desnaturalizaría la calidad administrativa de estos). c) Tener un revestimiento de legalidad (es decir, tienen que estar previsto en las normas internas de la administración, puesto que salen de una partida presupuestal). d) Poseer un carácter fungible²⁴.

21.º Actualmente sobre la materia existe la siguiente normativa nacional:

NORMA	FÉCHA	CONTENIDO
Ley N.º 27619	05/01/02	Los funcionarios tienen la obligación de presentar informe dentro de los quince días calendario siguientes a la fecha de realización del viaje (artículo 5); y que el incumplimiento acarrearía la sanción administrativa del infractor, además de la devolución del íntegro del monto recibido, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales a que hubiere lugar (artículo 6).
Directiva de Tesorería 001-2007-EF/77.15 (aprobada por Resol. Directoral N.º 002-2007-EF-	24/01/07	Inmediatamente después de detectarse que no se ha cumplido con la devolución oportuna de los viáticos no utilizados se procederá a formular el respectivo requerimiento para su devolución, a partir de tal fecha se comenzará a computar los intereses legales que correspondan; por lo que, ante el incumplimiento de la devolución de viáticos no utilizados se podría realizar las

²³ Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116, de 30 de setiembre de 2005.

²⁴ ROJAS VARGAS, FIDEL: *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Editorial Nomos & thesis. Lima, 2016, p. 252.

77.15)		retenciones correspondientes en la planilla única de pago, esto sólo si el empleado autorizó dicha restricción previamente.
Dec. Sup. N° 007-2013-EF Decreto que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional	22/01/13	<p>Artículo 1°.- Montos para el Otorgamiento de Viáticos: Los viáticos por viajes a nivel nacional en comisión de servicios para los funcionarios y empleados públicos, independientemente del vínculo que tengan con el Estado; incluyendo aquellos que brinden servicios de consultoría que, por la necesidad o naturaleza del servicio, la entidad requiera realizar viajes al interior del país, es de Trescientos Veinte y 00/100 Nuevos Soles (S/. 320,00) por día. En el caso de los Ministros de Estado, Viceministros, Jefes de Organismos Constitucionalmente Autónomos, Presidente del Poder Judicial, Jueces Supremos, Fiscales Supremos y Presidentes Regionales, Secretarios Generales, Jefes de Organismos Públicos, Presidentes de Cortes Superiores, Jueces Superiores, Fiscales Superiores y Alcaldes, les corresponderá Trescientos Ochenta y 00/100 Nuevos Soles (S/. 380,00) de viáticos por día.</p> <p>Artículo 2°.- Duración de la Comisión de Servicios Para el otorgamiento de viáticos, se considerará como un día a las comisiones cuya duración sea mayor a cuatro (04) horas y menor o igual a veinticuatro (24) horas. En caso sea menor a dicho periodo, el monto del viático será otorgado de manera proporcional a las horas de la comisión. Los viáticos comprenden los gastos por concepto de alimentación, hospedaje y movilidad (hacia y desde el lugar de embarque), así como la utilizada para el desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión de servicios.</p> <p>Artículo 3, regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional precisando que deberá presentarse la respectiva rendición de cuenta y gastos de viaje debidamente sustentada con los comprobantes de pago por los servicios de movilidad, alimentación y hospedaje obtenidos hasta por un porcentaje no menor al setenta por ciento (70%) del monto otorgado. El saldo resultante, no mayor al treinta por ciento (30%) podrá sustentarse mediante declaración jurada, siempre que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT. La rendición de cuentas deberá presentarse dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la culminación de la comisión de servicios.</p>

o La asignación que se otorga por viáticos tiene como finalidad cubrir (cancelar o pagar) los gastos personales que el trabajador realice durante su estadia en el interior o exterior del país, gastos que están restringidos exclusivamente a la alimentación, hospedaje y movilidad; además, están relacionados con la realización de la actividad oficial. En ese sentido, una vez que el trabajador

público cumpla con su actuación funcional deberá regresar a su centro de labores de origen y sustentar el gasto del dinero que se le entregó; para lo cual, elaborará su rendición de cuentas adjuntando los respectivos documentos que acrediten tales gastos (comprobantes de pago, declaraciones juradas, etc.). En caso que no haya gastado todo el dinero deberá devolver la parte no utilizada²⁵.

22.º Panorama comparativo sobre el tratamiento administrativo en Latinoamérica.
o En Latinoamérica existen disposiciones que reglamentan la materia:

NORMA Y PAÍS	CONTENIDO
Decreto N.º 1343 de 30/04/74 (Argentina)	Los agentes que reciban fondos en concepto de anticipos de viáticos, al finalizar la comisión, y dentro de las 72 horas de regreso, rendirán el saldo pendiente. Las rendiciones serán presentadas por intermedio del jefe de la repartición respectiva a la Dirección General de Administración u oficina que haga sus veces. En las rendiciones constará el tiempo de duración, fechas de salidas y arribos, debiendo ser certificadas estas informaciones en cada caso por la autoridad competente (inc. N.º, art. 3).
Escala de viáticos de 01/07/12 (Uruguay) ²⁶	Deberán rendir cuenta dentro de los 5 días siguientes del regreso del funcionario, para lo cual acompañará la documentación respectiva (art. 14). Mientras que el incumplimiento del funcionario determinará la obligación de retener de sus haberes el importe anticipado, si es que lo hubo, perdiendo el derecho al reintegro que pudiera corresponder, salvo que mediaren circunstancias excepcionales debidamente acreditadas (art. 15).
Reglamento para el pago de viáticos, subsistencias, movilizaciones y alimentación, dentro del país para las y los servidores y los obreros públicos vigente desde el 01/06/13 (Ecuador) ²⁷	Del informe del cumplimiento de los servicios institucionales. Dentro del término de 4 días posteriores al cumplimiento de los servicios institucionales fuera del domicilio y/o lugar habitual de trabajo, las y los servidores y las y los obreros del sector público presentarán a la máxima autoridad o su delegado, con copia al jefe inmediato, un informe de las actividades y productos alcanzados. Se utilizará obligatoriamente para el efecto el formulario disponible en la página web (art. 23).
Decreto con Fuerza de Ley N.º 262 de 12 de diciembre de 2015 (Chile)	No obstante, las funciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República, las autoridades que dispusieren comisiones con derecho a viáticos estarán obligadas a velar por el fiel cumplimiento de las normas contenidas en el presente decreto y, en general, de la adecuada justificación de dichas comisiones o cometidos (artículo 11); en tanto que, el

²⁵ LINARES REBAZA, DYRAN JORGE: *La apropiación de viáticos como delito de peculado*. En: *Gaceta penal: Editorial Gaceta Jurídica*, Lima, 2014, pp. 183-184.

²⁶ A través de esta escala (dictada a escala nacional por el presidente don José Mujica) se buscó adecuar de manera proporcional y equitativa el sistema de la entrega de viático sin que afecte la política de gestión financiera de Uruguay, para ello se modificó el Decreto N.º 67/1999, de 3 de marzo de 1999.

²⁷ Esta norma derogó la Resolución SENRES-2009-000088 publicada en el Registro Oficial 575, de 22 de abril de 2009 mediante el cual se expidió el Reglamento para el pago de viáticos para el cumplimiento de funciones de servicios institucionales.

	trabajador que percibiere viáticos indebidamente, estará obligado a reintegrar de inmediato las sumas así percibidas. Será solidariamente responsable del reintegro la autoridad que dispusiere la comisión. Lo establecido es sin perjuicio de la responsabilidad administrativa del trabajador y de la autoridad respectiva (artículo 12).
Manual de trámite de viáticos y gastos de desplazamiento de 19/03/19 expedido por el Departamento Nacional de Planeación (Colombia) ²⁸	Los viáticos y gastos de desplazamiento pagados y no utilizados deberán reembolsarse, en forma inmediata, al responsable de la caja menor en el grupo central de cuentas o de la Tesorería del Departamento Nacional de Planeación si el trámite se realizó por cadena presupuestal (art. 7). Y, para legalizar la comisión de servicios y gastos de desplazamiento, deberán adjuntar la documentación sustentatoria (art. 8).

23.º El entorno latinoamericano se decanta por el reembolso (devolución) de la parte del total que no fue empleada (no gastada) durante la comisión, del monto recibido por viáticos, o su descuento por planilla.

α Es singular el abordaje de esta materia en Chile, donde no hay ni rendición pormenorizada de gastos de viáticos, ni devolución de lo no gastado (el monto fue entregado para ser utilizado personalmente), ni delito de peculado (o su equivalente en Chile) por viáticos no rendidos total o parcialmente; el funcionario desplazado está obligado bajo responsabilidad a entregar perentoriamente la información documentada de haber realizado la comisión; de no haberla realizado deberá devolver lo indebidamente percibido, todo en el ámbito administrativo; caso contrario podría ser procesado penalmente (una modalidad del delito de malversación de caudales públicos en el Código penal chileno²⁹ equivale al peculado en el Perú).

o La doctrina y la jurisprudencia en el Perú no han sido uniformes en cuando a la naturaleza jurídica de los viáticos, es decir, si conserva su carácter de dinero público y si está o no bajo la administración, percepción o custodia del funcionario o servidor público desplazado; y si la falta de su justificación *per se* devendría en la comisión del ilícito de peculado doloso o de otro hecho delictivo.

§ 6. POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DISCREPANTES SOBRE LA MATERIA

6.1 EN LA DOCTRINA

24.º Dentro de los que consideran posible imputar el delito de peculado por apropiación (viáticos no rendidos o justificados), está REYNA ALFARO, para quien

²⁸ Entidad eminentemente técnica que impulsa la implantación de una visión estratégica del país en los campos social, económico y ambiental, a través del diseño, la orientación y evaluación de las políticas públicas colombianas, el manejo y asignación de la inversión pública.

²⁹ Según el artículo 235, del Código penal chileno, se sanciona "al empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a sí mismo propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo [...]"; mientras que en el artículo 234 se reprime "al empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, recusare hacerlo sin causa bastante [...]; disposición aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, recusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración [...]"

cabe aceptar que los viáticos son dineros públicos asignados al funcionario o servidor estatal con fines de administración en torno a una circunstancia concreta (por ejemplo, la necesidad de viajar para desempeñar las específicas funciones públicas que le han sido encomendadas). Por tanto, que el poder de manejo que el funcionario ostentar sobre dicha asignación está asociada a ese propósito. Por lo que estima posible sostener la existencia de una relación funcional específica entre caudal y la función pública que permitiría reconocer uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal "la infracción del deber"³⁰; admitiendo así su condición de objeto material del delito de peculado.

25.º En esa dirección ARISMENDIZ AMAYA agrega que los viáticos tienen naturaleza pública y no privada, por cuanto provienen de fondos públicos. Gozan de ese status, toda vez que comprenden diversas clases de bienes en general, muebles e inmuebles, dotados de valor patrimonial, como el dinero público de los viáticos, que tiene afinidad conceptual con los caudales públicos. Por tanto, a pesar de trasladarlos a la esfera de dominio personal del sujeto cualificado, dicho acto de liberalidad, en puridad, conlleva una percepción con fines de administración³¹, es decir, el sujeto cualificado recibe los viáticos, ingresándolos a su esfera personal, con la finalidad de cumplir las labores encomendadas en razón del cargo o estatus funcional; situación que le otorga capacidad de disponibilidad de los recursos públicos otorgados, los que, a pesar de ingresar a su esfera personal, continúan teniendo naturaleza pública, por cuanto la actividad para la cual fueron desembolsados aparece vinculada con la administración pública³².

26.º ÁVALOS RODRÍGUEZ considera que a primera vista se podría advertir que la ejecución de los gastos realizados con el dinero de los viáticos tienen la calidad de personales (por estar destinado a la alimentación, hospedaje y movilidad), lo cual podría inducir a error si se considera que por su condición de "personales" tales gastos no tienen ninguna finalidad pública, sino netamente personal o privada. Sin embargo, no se debe analizar aisladamente dicha circunstancia, pues los gastos personales si pueden tener fines públicos cuando se destinan a facilitar el trabajo del sujeto público para que logre los objetivos institucionales ligados a su comisión de servicios³³.

oo Empero, no comparte la tendencia de un sector de la jurisprudencia y doctrina nacionales de identificar la comisión del delito de peculado por apropiación de viáticos con el simple hecho de no rendir cuentas del dinero recibido o hacerlo de

³⁰ REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL: *Los viáticos como objeto material del delito de peculado*. En: Gaceta penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 121.

³¹ La fortaleza de dicha afirmación aparece en la medida que el funcionario o servidor vinculado a los viáticos, tiene la obligación de rendir ante la entidad pública liberadora de los viáticos, detalladamente, sus actividades en las cuales habría utilizado los caudales públicos, situación que confiere a los viáticos una naturaleza pública permanente.

³² ARISMENDIZ AMAYA, ELIU: *Los viáticos como objeto del delito de peculado. A propósito del Pleno Superior Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. En: Gaceta penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 45.

³³ ÁVALOS RODRÍGUEZ, CONSTANCE CARLOS: *El peculado por apropiación de viáticos y el Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. En: Gaceta Penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 24.

modo deficiente. A su entender (que se suma a la postura de Barrios Alvarado) la no rendición de cuentas puede constituir un importante indicio de la apropiación del dinero recibido en calidad de viáticos; pero no más que ello; y debe usarse y valorarse en conjunción con otros indicios o elementos de convicción para determinar si realmente el funcionario o servidor se ha apropiado o no del dinero materia de cuestionamiento³⁴.

∞ Por último, advierte que la efectiva rendición de cuentas tampoco asegura que no se haya cometido un delito de peculado; puesto que puede ocurrir que los comprobantes de pago que se acompañen a la rendición hayan sido dados de favor o a cambio de un pago porque el funcionario o servidor en lugar de aplicar el dinero recibido a la comisión de servicios encomendada decidió apropiarse del mismo³⁵.

27.º LINARES REBAZA refiere que no es correcto afirmar que, a través de los viáticos, se autorizan gastos que repercuten exclusivamente en beneficio personal del agente público, y no en beneficio del Estado. A su entender, los gastos personales que se hacen con el dinero de los viáticos siempre tienen un fin público: facilitar la realización de la comisión de servicios, pues dicho fin es una característica más que confirma su naturaleza de caudales, que pueden ser susceptibles de apropiación, como por ejemplo: i) Cuando el agente los invierte en gastos personales eminentemente privados (cenas románticas, compra de ropa, viajes turísticos, etc.); o ii) Cuando el agente no realiza la comisión de servicios y toma directamente el dinero de los viáticos para incrementar su patrimonio. En este último caso, no sólo se configura el delito de peculado por apropiación, sino también el delito de falsedad documental si el sujeto público rinde cuentas con documentos falsos³⁶.

∞ Ahora, que de la investigación que se realice podría resultar que aunque el imputado no rindió cuentas en la oportunidad debida ni después –por no contar con los comprobantes correspondientes– en la institución a la que fue comisionado para realizar gestiones oficiales fuera de la ciudad se registra su visita; los funcionarios con quienes tenía que interactuar para las gestiones encomendadas reconocen dicha interacción; en el hotel y restaurante donde indicó haber pagado por hospedaje y alimentación figuran los comprobantes de pago a nombre de la institución pública que lo comisionó (incluso podría ser a nombre del propio servidor). Todos estos elementos de convicción están en capacidad de generar certeza de que si bien no se efectuó la rendición de cuentas no por ello se puede

³⁴ BARRIOS ALVARADO, ELVIA: *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*, p. 177, refiere que: "Ni aun a nivel probatorio, está sola infracción puede constituir un indicio de apropiación o desviación privada típica del delito de peculado, cuando la comisión encomendada puede ser acreditada por otros medios (informes de la comisión, actos de asistencia, certificaciones públicas, boletas de traslado, entre otros)".

³⁵ JAVADOS RODRÍGUEZ, CONSTANCE CARLOS: *El peculado por apropiación de viáticos y el Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*, En: *Gaceta Penal*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 16.

³⁶ LINARES REBAZA, DYLAN JORGE: *La apropiación de viáticos como delito de peculado*. En: *Gaceta penal*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 186.

afirmar que necesariamente el imputado se apropió del dinero que le fue entregado en concepto de viáticos³⁷.

28.º Apunta PEÑA CABRERA FREYRE que la perfección delictiva no se alcanza con el mero hecho de no devolver el dinero por concepto de viáticos no gastado, sino que se necesita algo más: "que la Administración requiera por escrito al servidor público la devolución del dinero, otorgándole un término perentorio; luego de vencido el plazo, recién se estará ante una conducta susceptible de ser calificada como apropiación ilícita. Si es que la Administración procede directamente a descontarle el dinero de los haberes del funcionario, sin haber hecho uso del requerimiento formal, no se podrá reputar la omisión como delictiva, sino como una infracción administrativa, pues no se podría advertir aún que el agente tiene la intención de apropiarse del caudal dinerario"³⁸.

29.º Con criterio opuesto SALINAS SICCHA³⁹ y BARRIOS ALVARADO, sostienen que los viáticos constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de las condiciones de trabajo, por resultar necesarias para la prestación de servicios excepcionales realizados fuera del lugar de trabajo. Para el primero, esto significa que el dinero entregado por tal concepto se traslada del ámbito de la administración pública al de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados; mientras que para la segunda ninguno de los elementos normativos de percepción, administración o custodia se evidencian en estos casos, debido a que en los viáticos subsiste la autorización al funcionario o servidor público a disponer del dinero otorgado, con cargo a rendir cuenta⁴⁰.

30.º Para SALINAS SICCHA, "al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fuera su dinero hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado"⁴¹; en razón de que su

³⁷ LINARES REBAZA, DYLAN JORGE: *La apropiación de viáticos como delito de peculado*, p. 186 señala que: "Cuando el empleado público no cumple con rendir cuentas respecto de los gastos realizados con los viáticos, o lo hace pero su rendición es defectuosa, ya sea porque los comprobantes de pago que presenta no son creíbles o no son reconocidos por la SUNAT, el fiscal a cargo del caso deberá iniciar una investigación preliminar dado que tal circunstancia constituye un indicio que hace sospechar razonablemente la posible apropiación de caudales públicos. Sin embargo, posteriormente será necesaria la corroboración de la existencia o no de las comisiones de servicio que habría realizado el sujeto público y contar con elementos de convicción que posibiliten llevar dicho caso a juicio oral".

³⁸ Conforme la línea argumental esbozada, se tiene que en algunas oportunidades se puede presentar un entrecruzamiento entre dos tipos penales, donde la sola identificación de la cualidad de funcionario y/o servidor público -en la persona del autor-, no es suficiente dato a saber, para proceder a una calificación jurídico-penal a título de peculado, en la medida que dicha reputación punitiva se encuentra condicionada a una serie de presupuestos, que en definitiva no se presentan copulativamente en el delito de peculado; donde la infracción del deber no es suficiente para poder fundamentar válidamente la sustantividad material de este injusto funcional, al constituir una categoría dogmática -cuya evidente formalidad- tiende a trastocar el principio de legalidad, elevando a título de autoría cualquier clase de aportación delictiva del *intraneus* por más nimia e insignificante que sea, lo que sin duda vulnera las garantías basilares de un derecho penal democrático.

³⁹ SALINAS SICCHA, RAMIRO: *El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*. En: *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 296.

⁴⁰ BARRIOS ALVARADO, EVELYN: *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*. En: *Gaceta Penal*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 174-175.

⁴¹ SALINAS SICCHA, RAMIRO: *El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*. En: *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 296.

utilización está limitada normativamente en el tiempo, espacio y modo. Aunque para CHANJAN DOCUMENT el funcionario que usa los viáticos para fines privados y no para cumplir los fines propios de la comisión de servicios, se apropia indebidamente de los caudales del Estado lesionando el patrimonio público en sentido funcional; la rendición de cuentas defectuosa o extemporánea, o la no rendición de esta solo constituye un indicio de la comisión del delito materia de análisis, más no un elemento integrante del injusto penal, en consecuencia, tales rendiciones valoradas aisladamente, podrán acarrear una sanción administrativa, pero no penal⁴².

31.º Corresponde señalar que la forma como ingresa el dinero del patrimonio estatal (viáticos), a la esfera de custodia del funcionario y/o servidor público, según PEÑA CABRERA FREYRE *“imposibilita que la conducta omisiva, pueda ser reputada como delito de peculado, debido a que el considerado como intraneus carece de la cualidad funcional de custodio, receptor o administrador; por tanto, no ingresa al ámbito de protección del artículo 387 del CP”*⁴³, puesto que los viáticos son asignaciones de dinero entregados por la administración pública al trabajador previamente autorizado, a quien, a su vez, se le encarga la misión de salir de su lugar de trabajo para realizar una actividad relacionada con sus funciones, y de ese modo, lograr que los objetivos o metas de la institución se materialicen. En ese sentido, BARRIOS ALVARADO precisa que en esta especial circunstancia el servidor público detenta los bienes fuera del marco de control de la entidad pública, adquiriendo frente al traslado del bien la obligación de una rendición de cuentas, de ahí que su omisión da lugar a responsabilidades de orden administrativo y civil. En consecuencia, su naturaleza administrativa se consolida con las directivas que regulan el otorgamiento de los viáticos en cada sector de la administración pública⁴⁴.

6.2. EN LA JURISPRUDENCIA

32.º Conforme se señaló en la parte final del fundamento jurídico 23, la jurisprudencia no ha sido ajena a este debate, y en el Pleno Jurisdiccional Penal Especializado en Delitos de Corrupción realizado el 2017⁴⁵, se consideró que hasta el momento no se ha calificado y encuadrado los hechos correctamente, conforme se aprecia del siguiente cuadro en que se agrupan las decisiones:

⁴² CHANJAN DOCUMENT, RAFAEL: *Los viáticos como objeto material del delito de peculado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. En: Actualidad Penal, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 147.

⁴³ PEÑA CABRERA FREYRE, ALDINSO RAUL: *La no devolución de viáticos. ¿Delito de peculado o la configuración de un delito contra el patrimonio? Delito de infracción de deber vs. Delitos de dominio; en búsqueda de un criterio material*. En: Nuevo proceso penal y Delitos contra la administración pública, Editorial Jurista, Lima, 2014, p. 721.

⁴⁴ BARRIOS ALVARADO, ELVIA: *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*. En: Gaceta Penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 175.

⁴⁵ El Pleno adoptó por mayoría que *“no configura el delito de peculado debido a que la recepción de viáticos por parte del sujeto público tiene naturaleza distinta a la administración, recepción y custodia que exige el delito. En consecuencia, la conducta del agente público deberá dilucidarse en el ámbito administrativo”*.



RECURSO DE NULIDAD Y FECHA DE EXPEDICIÓN	CONTENIDO
<p>GRUPO 1: Recursos de Nulidad número 260-2009-Loreto de 03 de marzo de 2010, 1886-2009-Lima de 15 de setiembre de 2010, 4481-2008-Junín de 11 de marzo de 2010 y 907-2014-Tacna de 26 de marzo de 2015</p> <p>Recurso de Nulidad N°. 4212-2009-Amazonas de 09 de febrero de 2011,</p>	<p>1. Se sostuvo que los viáticos recibidos por el funcionario público para realizar la comisión encomendada tienen naturaleza jurídica distinta a la administración, percepción o custodia que se exige en el delito de peculado, debido a que la entrega del viático es previamente autorizado al agente público para que disponga del dinero, por lo que la falta de rendición de cuentas deberá dilucidarse en un ámbito extrapenal.</p> <p>2. Se resolvió por mayoría declarando la nulidad de la condena y absolvió al procesado, y se reprodujo el argumento referido a la distinta naturaleza de los viáticos y se concluyó que "el rubro de los viáticos no puede constituir objeto del delito de peculado". Para la materialización del delito, el funcionario tiene que tener competencia funcional específica sobre los bienes que administra, posibilidad de libre disposición, que se apropie para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración, entendiéndose por apropiación el apartamiento de dichos bienes de la esfera de la función, colocándolos en una situación tal que permita su disposición por parte del sujeto activo; además, debe acreditarse, a través de una pericia contable, un perjuicio patrimonial al Estado; por lo que en aquella oportunidad los magistrados supremos se decantaron por considerar que dichos casos se deben dilucidar en el ámbito administrativo.</p>
<p>GRUPO 2 Recursos de nulidad número 889-2007-Lima de 23 de setiembre de 2008, 2665-2008-Piura de 21 de enero de 2010, 2938-2013-Lima de 28 de abril de 2015</p> <p>Recurso de Nulidad N°. 3186-2014-Cusco de 13 de julio de 2015.</p>	<p>Se consideró a los viáticos como efectos susceptibles de ser objeto del delito de peculado (se detentó disponibilidad). Es decir se confirmaron las condenas por el delito de peculado, contra quienes no rindieron cuentas, lo hicieron tardíamente o lo hicieron deficientemente de los viáticos que recibieron para realizar una comisión de servicios.</p> <p>Se lo condenó por delito de peculado doloso debido a que aunque devolvió el dinero indebidamente apropiado (otorgado como viático), no justificó haber efectuado la comisión.</p>
<p>GRUPO 3 Recurso de Nulidad 1315-2014-Lima de 14 de marzo de 2016</p>	<p>Se fundamentó la relevancia penal de la conducta en el hecho de que el acusado habría presentado documentos falsos para sustentar los gastos.</p>

33.º Finalmente, en los Recursos de Nulidad 889-2007-Lima de 23 de setiembre de 2008 y 2665-2008-Piura de 21 de enero de 2010, se expidieron resoluciones confirmatorias de condena de los acusados por no haber realizado la comisión del

servicio encargado, mientras que en el Recurso de Nulidad 3186-2014-Cusco⁴⁶, se estableció que en el caso concreto, ante la cobranza coactiva iniciada por la municipalidad afectada, el procesado devolvió lo apropiado pese a que, nunca acreditó haber efectuado las comisiones por las que le entregaron los viáticos.

34.º Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han generado hasta seis criterios respecto a la calificación de la conducta de no rendir cuentas de los viáticos gastados:

- A. El monto por viáticos es entregado al funcionario para su administración en torno a una circunstancia concreta, existiendo relación funcional específica.
- B. Dicho dinero tiene naturaleza pública debido a que proviene de fondos públicos y el fin está vinculado a la administración pública.
- C. El dinero entregado por concepto de viático se traslada del ámbito de la administración pública al de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados; ninguno de los elementos normativos del tipo se presenta, por lo que la falta de rendición deberá dilucidarse en el ámbito extrapenal.
- D. Se configura el delito de peculado dado que los funcionarios disponen de dinero público, y no rinden cuenta o lo hacen tardía o deficientemente.
- E. La relevancia penal de la conducta está en el hecho de haber presentado documentación falsa para sustentar los gastos.
- F. Se configura el delito de peculado cuando el funcionario no realiza la función o servicio encomendado y se queda con el dinero recibido.

§ 7. ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

35.º El dinero entregado a un trabajador que debe desplazarse dentro o fuera del territorio nacional a fin de cumplir un encargo específico se denomina "viático" o "viáticos"⁴⁷ y constituye el caudal del erario público que recibe el funcionario o servidor público para cubrir sus necesidades personales esenciales.

∞ En el Perú se ha establecido en la Ley 27619 (que regula los viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos), como en el Decreto Supremo 007-2013-EF, que a su vez regula el otorgamiento de viáticos para viajes de comisión de servicios en el territorio nacional, la obligación de rendir cuentas de su disposición

⁴⁶ En aquella resolución el señor juez supremo Salas Arenas, emitió fundamentos propios, en los cuales precisó que tales dineros de las arcas públicas para gastos ineludibles adquieren, en poder del comisionado, calidad distinta y su entrega no se hace para un fin público, sino con motivo de la comisión que la motiva, la que ciertamente es de interés público; por tanto, el monto que recibe el servidor para desplazarse no es una suma para administrar el bien o servicio público, sino para atender las necesidades personales del comisionado. Al Estado peruano no le inquieta que el comisionado consuma tal o cual alimentación, o duerma en tal o cual hospedaje; en todo caso, si gastara menos tiene el deber administrativo de devolver, y si gastara más injustificadamente o por su confort extraordinario, no podrá reclamar la diferencia al comisionante; por tanto, la no rendición discutiblemente generará delito de peculado; a lo sumo se da connotar un asunto de orden administrativo y en su caso civil. Si por el contrario la comisión fue inexistente, si se defraudó para aparentar un viaje o el comisionado no se desplazó, o falsificó documentos, habrá varios géneros de responsabilidades penales que dilucidar.

⁴⁷ En la STC 3972-2012-POTC se señala que los viáticos constituyen aquella suma destinada a la atención de gastos de hospedaje, alimentación y otros gastos menores efectivamente realizados que la administración reconoce a sus servidores cuando estos deban desplazarse de forma transitoria de su centro de trabajo con el fin de cumplir con las obligaciones de su cargo.

al término de la comisión. La omisión de aquella obligación ha generado posiciones refractarias respecto a la configuración del delito de peculado.

36.º La línea argumental expuesta define un ámbito muy peculiar, que por su escaso desarrollo dogmático devino en resoluciones disímiles, sea por considerar a la no devolución de los "viáticos" como infracción administrativa o como presunto delito de peculado. Lo primero, en la medida que se observa suficiente disvalor material en dicha conducta, necesitada y mercedora de pena; y lo segundo, al no concurrir los presupuestos de configuración típica propuestos normativamente en el artículo 387º del CP, donde el argumento de la "infracción del deber", resulta insuficiente, para dotar de sustantividad a los injustos funcionariales⁴⁸.

37.º Se ha producido una confusión entre la calidad del dinero estatal entregado propiamente para efectuar el encargo (para pagar el valor de bienes y/o servicios que son el objeto de la comisión o son inherentes a ella, como costos, tasas, derechos de trámite, etcétera, en el lugar de destino) y el dinero (en monto tasado) entregado a quien se desplazará para atender sus necesarios gastos personalísimos en el lugar al que se desplazará (destino provisional).

∞ Aunque probablemente se entreguen simultánea o paralelamente ambos montos, cada uno pertenece a rubros presupuestales distintos y su naturaleza y objeto concreto son también diferentes⁴⁹.

38.º El funcionario o servidor público puede utilizar el dinero otorgado como viáticos para alimentarse, dormir y desplazarse como mejor crea conveniente (se trata de necesidades básicas primarias), puesto que no existe otra limitación para gastar el dinero entregado salvo el monto máximo tasado por día, y la razonable advertencia de que no se cubre con aquella suma el consumo de bebidas de contenido alcohólico, pero con cargo a rendir cuentas del gasto realizado, por lo que no es correcto afirmar que aquel específico monto mantiene la condición de caudal público entregado bajo administración. Corresponde tener en claro que la facultad de la libre disposición de los caudales percibidos es incompatible con el concepto de administrar dinero para fines estatales.

39.º El Estado tiene el deber de garantizar que los funcionarios o servidores comisionados que se desplacen no estén sometidos a la inseguridad o a riesgos que podrían afectarlos personalmente en particular en el ámbito de la salud, todo ello con motivo del desempeño de la comisión, debiendo tenerse en cuenta el sentido del tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú que establece que "ninguna relación laboral puede [...] desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

⁴⁸ La infracción del deber puede ser considerado como un primer escalafón a valorar, para la determinación de la relevancia jurídico-penal de la conducta, mas con ella no basta para afirmar la tipicidad penal.

⁴⁹ MASQUEZ MUÑOZ, MARÍA DEL PILAR. En: *La pirámide de necesidades de Abraham Maslow*, considera que entre las necesidades fisiológicas primarias (esto es, de primer orden) indispensables del ser humano se encuentra el satisfacer el hambre, la sed, el sueño y el cobijo. A estas se les denomina también homeostáticas, porque contribuyen al equilibrio del Estado corporal. La mayoría puede satisfacerse con dinero. Recuperado de: <http://www.infonegociacion.net/pdf/pira-mide-necesidades-maslow.pdf>

40.º No cabe asumir válidamente la presunción de que el comisionado desplazado que no rinde cuentas, pero que realizó cabalmente el encargo del desplazamiento no efectuó gastos personales durante su viaje para llegar a destino y una vez en el destino, que no se alimentó ni se alojó en algún lugar; todo para concluir que debe devolver toda la suma recibida por aquellos conceptos. Esas presunciones devendrían en absurdas y por tanto en ilógicas⁵⁰. Como mínimo se requiere una indagación eficaz y previa en sede administrativa para determinar cuánto gastó y como efecto cuanto debe devolver y luego, requerir formalmente la devolución o disponer el descuento del monto cierto de los haberes del comisionado.

41.º La casuística en relación a la entrega y recibo de dinero por concepto de viáticos por parte de funcionarios o servidores públicos demuestra que tal condición se ha instrumentado en algunas oportunidades como medio para defraudar, ya sea para apropiarse de dinero en caso de una comisión inexistente o para beneficiarse al realizar un desplazamiento para una comisión que carece de interés para el servicio público (pero sí en beneficio propio o de terceros), como para apropiarse del viático por una comisión cancelada es decir dejada total o parcialmente sin efecto o interrumpida, o por percibir dinero que excede el máximo fijado en la norma; casos que corresponden a un conjunto de actos desleales que a su vez configuran otros delitos coexistentes, puesto que no hubo un soporte real o se extinguió total o parcialmente antes de realizarse la comisión, o en el curso de la comisión.

42.º Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad.

43.º Cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar con comprobantes espurios de mancha fraudulenta, gastos que jamás se hicieron, y de ese modo, lograr ilícitamente quedarse con dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo del artículo 427 del Código Penal), uso de documentos falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación.

44.º Como quiera que el comisionado que se desplazará no recibe pagos permanentes sino que corresponden a la atención necesaria de consumos propios del desplazado durante el tiempo de la comisión fuera del lugar de su habitual residencia, vienen a constituir una suerte de condiciones del desempeño de su encargo, fuera del centro laboral pero además, lejos del medio cotidiano de desarrollo ordinario de su vida. El comisionado viaja para cumplir una misión de interés del órgano estatal comisionante.

⁵⁰ El Estado no puede amparar lo absurdo como si fuera razonable.

∞ Por ello vienen a formar parte de las condiciones vitales esenciales temporales del servidor en el tiempo del desplazamiento con la finalidad de que pueda atender sus necesidades básicas inherentes (alimentación, hospedaje) y movilizarse, pero solo durante el lapso que tome el circunstancial y temporal encargo; se configura como un derecho de especial naturaleza para la persona que lo cumple, y al mismo tiempo un deber para el órgano estatal que lo comisionó; distinguiéndose esa asignación de cualquier otra que pudiera percibirse en administración o custodia, directamente destinada propiamente a finalidades de interés público.

∞ En tal virtud, existiendo el deber de rendir cuentas para el funcionario o servidor público y el de devolver lo no gastado, (exigencia legal en el Perú), el incumplimiento total o parcial no habrá de connotar el delito de peculado por apropiación.

∞ En tal supuesto puede configurarse una infracción administrativa (diferente al delito. Véanse los fundamentos jurídicos 9 a 13) y/o laboral; probablemente se podrá procesar administrativamente por no haber rendido o devuelto lo que no se utilizó para gastos personales durante el viaje.

∞ Los presupuestos típico-jurídicos que fundan el peculado son distintos⁵¹. Son técnicamente diferentes.

45.º Analizada la especial naturaleza de los viáticos, se puede concluir que ese dinero entregado a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, lo son en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias, etcétera, en el lugar de destino, que está sujeto en el país al deber administrativo de devolución de lo no gastado.

46.º A mayor abundamiento, el monto previsto y percibido como viáticos para la subsistencia y bienestar del comisionado conforme a la normativa respectiva, está presupuestado⁵² y por tanto preconcebido y destinado a cubrir los gastos personales del comisionado⁵³ (el comisionado es el que se alimenta, se desplaza, se guarece de la intemperie en particular para dormir). Si la asignación económica está prevista implica que el órgano estatal espera razonablemente sea consumida en toda su dimensión durante el tiempo de la comisión (como se ha indicado, en Chile el comisionado ha de justificar que la comisión se efectuó, sin explicar cuanto o cómo realizó el gasto). Es prudente tener en cuenta que la cobertura de las necesidades primarias del comisionado desplazado forma parte del respeto a la dignidad de la persona que debe cumplir la comisión.

∞ Es de anotar que las partidas presupuestales de las que proviene el dinero que se entrega al viajero son distintas porque el destino es diferente.

⁵¹ ROJAS VARGAS, FIDEL: *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Editorial Nomos & Thesis, Lima, 2016, p. 254.

⁵² Se afirma, en abstracto, que se empleará todo el monto entregado para que el comisionado no padezca hambre ni inseguridad durante la permanencia fuera de su medio vital habitual.

⁵³ Que de otro modo tendría que solventar este último con su peculio, esto es, subvencionar al Estado con su patrimonio o simplemente llegar al absurdo supuesto de cumplir la comisión sin alimentarse o dormir a la intemperie y sin guarecerse para descansar de noche, y, no obstante, desempeñar el cometido del encargo.

CLASIFICADOR DE GASTOS	
VIÁTICOS Y ASIGNACIONES POR COMISION DE SERVICIOS	SERVICIOS DOMÉSTICOS (ENCARGOS)
2.3.21.12: Asignación que se concede al personal público para atender gastos que les ocasiona en el desempeño de una comisión de servicio en el exterior (alimentación, hospedaje y movilidad).	2.3.27.11 99: Gastos por otros servicios prestados por personas naturales y jurídicas no contemplados en las partidas anteriores ⁵⁴ .
2.3.21.22: Asignación que se concede al personal público para atender gastos que les ocasiona en el desempeño de una comisión de servicio en el interior (alimentación, hospedaje y movilidad).	

47.º La consecuencia administrativa prevista ante la sola omisión de rendir total o parcialmente cuentas revela en el Perú una posible conducta reacia, tal vez deshonesta, pero sin suficiente entidad como para fundar una imputación penal y menos una condena por delito de peculado, debido a la naturaleza especial de los viáticos, y debe ser separada de la práctica desleal de apropiarse de dinero de las arcas del Estado pretextando una misión irreal o fraguada para tal fin; por tanto, se podrá considerar el dinero entregado y recibido en la auténtica calidad de viáticos cuando: i) La comisión (dentro o fuera del territorio nacional) sea cierta y no una falsa formalidad para encubrir una apropiación. ii) Se cumpla la comisión encargada (independientemente del resultado obtenido). iii) El monto de dinero entregado se ajuste al marco o nivel tope de la cantidad permitida por ley (no se haya inflado o sobredimensionado la suma).

48.º El ámbito penal ha de intervenir ante la ausencia de otros medios menos intensos de reacción estatal que proteja el bien jurídico y reestablezca el derecho afectado, ello constituye la materialización de los principios de mínima intervención y fragmentariedad (que son principios esenciales del Derecho penal), de las que el tratamiento de la no rendición de viáticos no puede ser excluida.

49.º Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo⁵⁵. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extra penal. Peor aun cuando sin la indagación previa y debida se pudiera imputar

⁵⁴ Para el pago de lo que se adquiere o necesita, que puede ser el objeto concreto o el servicio.

⁵⁵ BARRIOS ALVARADO, ELVIA: *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*. En: Gaceta Penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 177.

una apropiación total o parcial del monto que recibió el comisionado como viáticos.

∞ Si lo que se imputa es el incumplimiento de un deber de rendición de cuentas en el más extremo caso debería recaer sobre el monto no gastado y nunca sobre el total si la comisión se realizó⁵⁶.

III. DECISIÓN

50. En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ.

ACORDARON:

51. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios establecidos en los fundamentos jurídicos 35.º al 49.º del presente Acuerdo Plenario.

52. PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocadas por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOP, aplicable extensivamente a los Acuerdo Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

54.º DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

55.º PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en la página Web del Poder Judicial y en el diario oficial El Peruano.

HÁGASE saber.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

⁵⁶ En Chile y Uruguay la "apropiación" del dinero destinado como concepto de viático generaría que se le descuente el sueldo al trabajador con la finalidad de recuperar el dinero y sancione administrativamente (Véase FJ. 16).



BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA

Elvira Flores

Figuerola

Balladares

Príncipe

Núñez

Castañeda

Sequeiros

Chavez



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 08-2019/CIJ-116

BASE LEGAL: Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

ASUNTO: Diferencias hermenéuticas entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial 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.º Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ– y la aprobación de Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas.

oo La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana, para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo.

Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias, respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: A. Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. B. Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos. C. Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. D. Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. E. Prisión Preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. F. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. G. Viáticos y delito de peculado. H. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

o En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a las diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos, los siguientes:

1. Michael Jaime García Coronel – Área de Crimen Organizado del Ministerio del Interior.
2. Taller de Dogmática Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
3. Cristhian Joel Pineda Villanueva – Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra, en cuanto a las diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos: A. Arturo Mosquera Comejo (Fiscal perteneciente a la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa contra la Criminalidad Organizada), B. Irene Mercado Zavala (Fiscal perteneciente a la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa contra la Criminalidad Organizada), y, C. Michael Jaime García Coronel – Área de Crimen Organizado del Ministerio del Interior.

6.º La tercera etapa radicó, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LORJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y

definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Ha sido ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. ANTECEDENTES

8.º La regulación de delitos de organización criminal no ha sido homogénea en el contexto internacional a pesar de que la mayoría de Estados y legislaciones han buscado adaptar sus normas a las propuestas emergentes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [Cfr.: PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO: *Lavado de Activos y Organizaciones Criminales en el Perú*, IDEMSA, Lima, 2019, pp. 275-306]. En el caso peruano la situación normativa no ha sido ajena a todas esas variantes y dilemas técnicos o hermenéuticos. Es así que la legislación penal vigente contiene hasta cuatro clases de preceptos que hacen referencia directa o indirecta a la delincuencia organizada. Sobre todo a la criminalización de delitos de organización criminal y al tratamiento penal que debe aplicarse a los delitos cometidos desde una organización criminal.

∞ En efecto, en primer lugar, está el delito de organización criminal tipificado en el artículo 317 del Código Penal, el cual ha sido construido como un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, que sanciona los actos de constituir, organizar, promover o integrar una organización de tres o más personas destinada a cometer delitos. A esta disposición legal se le agregó, en segundo lugar, con el Decreto Legislativo 1244, de 27 de octubre de 2016, otro tipo penal contenido en el artículo 317-B para reprimir un inédito delito de banda criminal, y que se regula de manera subsidiaria o alterna al delito de organización criminal.

9.º Además, en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno igualmente se incluyeron circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión de diferentes delitos realizados desde una organización criminal. Estas agravantes toman en cuenta, para su configuración y eficacia punitiva, que la realización de tales hechos punibles haya sido ejecutada por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización criminal. Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 186, párrafo segundo, inciso 2 (delitos de hurto); 189, párrafo *in fine* (delitos de robo); 297, inciso 6 (delito de tráfico ilícito de drogas); 10, inciso e, de la Ley 28008 (delitos aduaneros) y 4, inciso 2, del Decreto Legislativo 1106 (delitos de lavado de activos).

∞ Y, finalmente, también se identifica en el artículo 2 de la Ley 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, una noción legal dirigida a caracterizar los componentes normativos que sirven para identificar la existencia de una organización criminal, destacando la necesidad de que ella este compuesta por "tres o más personas". Cabe precisar que se trata estrictamente de un concepto meramente operativo, que no desarrolla un tipo penal, ni integra o limita el tipo penal del artículo 317 del Código

Penal –este último no es una ley penal en blanco–. Es más, la función de la Ley 30077 es (i) delimitar la competencia objetiva de una jurisdicción especializada (Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios) y (ii) establecer un régimen procesal especial para la investigación y el juzgamiento de organizaciones criminales que cometen los delitos a los que alude el artículo 3 de la citada Ley. De igual forma, instituye solo para tales hechos punibles, algunas consecuencias jurídicas, también especiales, que se consignan en los artículos 22 y 23 de esta Ley.

10.º Esta difusa pluralidad de disposiciones legales, dirigidas a regular la relevancia penal de las organizaciones criminales y de su actividad delictiva, ha promovido también un interés criminológico y dogmático dirigido a establecer y explicar las funciones y diferencias que subyacen entre todas ellas. Esto es, delimitar con meridiana precisión cuáles son sus características, sus efectos y sus componentes normativos.

∞ En la doctrina nacional, por ejemplo, se ha intentado establecer algunas distinciones entre los conceptos de organización criminal, banda criminal o concierto criminal. En ese sentido, por ejemplo, CASAS RAMÍREZ ha propuesto algunos criterios de diferenciación bastante confusos y que aluden a la estructura, la permanencia operativa, el número de integrantes e incluso la conexión sistemática del concepto de organización criminal con la parte general o parte especial del Derecho Penal. Según dicho autor: “La diferencia entre la categoría jurídica denominada banda criminal y organización criminal radica en que en la primera no existe la característica de la ‘estructura’; en lo concerniente a la característica de ‘permanencia’, en la banda criminal es sólo parcial, muy débil e incipiente; en cuanto a la característica de ‘número y magnitud del delito’, la banda criminal puede cometer delitos graves y simples, la categoría de la organización criminal mantenga como elemento numérico un mínimo de tres personas, mientras que la categoría de banda criminal acepta la posibilidad de sea desde dos personas; en lo concerniente a la característica de ‘distribución’, esta se presenta en la organización criminal, mientras que en la banda criminal no aparece toda vez que los miembros actúan de manera más espontánea” [CASAS RAMÍREZ, WILFREDO: *Organización Criminal y su Deslinde con Otras Acepciones Semejantes*. En: *Actualidad Penal* 41, Noviembre, 2017, pp.180-181].

11.º Ahora bien, la discusión hermenéutica sobre la presencia e intervención de organizaciones criminales en casos judiciales posee también importantes antecedentes en la construcción y producción de jurisprudencia de eficacia vinculante. Efectivamente, sobre dicha materia se han expedido Acuerdos Plenarios que han abordado diferentes aspectos relacionados con la función y utilidad del artículo 317 del Código Penal, que tipifica el delito de organizaciones criminales, así como de aquellos que regulan la configuración y alcances de las circunstancias agravantes específicas previstas para determinados delitos, cuando estos hayan sido cometidos por quien actuó como “integrante de una organización criminal”.

∞ Pero, también, a través de estos precedentes jurisprudenciales, se ha distinguido y delimitado la operatividad y eficacia de otra circunstancia agravante específica referida a la ejecución de hechos punibles por una pluralidad de agentes que actúan conjuntamente en concierto criminal.



12.º Sobre la línea evolutiva jurisprudencial descrita, cabe mencionar lo establecido en el Acuerdo Plenario 8-2007/CJ-116, de 16 de noviembre de 2007. En dicho precedente de eficacia vinculante se debatieron y resolvieron tres problemas específicos. En primer lugar, se analizaron las diferencias entre las circunstancias agravantes por pluralidad de agentes y por integración en una organización criminal, reguladas en el artículo 189 del Código Penal. En segundo lugar, se examinó la posibilidad de considerar la segunda de estas circunstancias agravantes en concurso ideal con el delito tipificado por el artículo 317 del Código Penal. Y, en tercer lugar, se discutió sobre las opciones del hecho punible tipificado en este último dispositivo legal, para la realización de un concurso real de delitos homogéneo cuando el mismo agente integró varias organizaciones criminales.



13.º Los Acuerdos y criterios hermenéuticos adoptados fueron los siguientes:

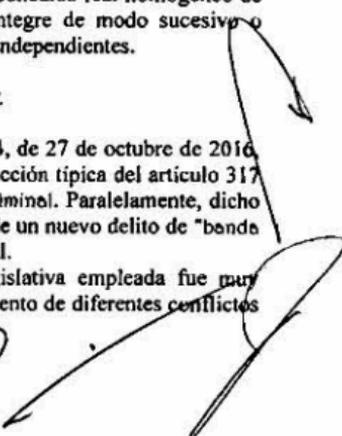
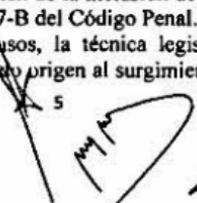
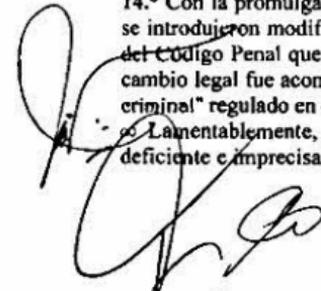
1. Las circunstancias agravantes por pluralidad de agentes y por integración a una organización criminal son incompatibles. La primera se configura sólo a partir de un supuesto de autoría funcional o coautoría, por lo que exige la intervención concertada y con co-dominio del hecho de dos o más agentes en la ejecución del robo. La segunda, en cambio, demanda siempre la actuación del agente como integrante de una organización criminal; esto es, ejecutando, aún de manera individual, los designios de una estructura criminal a la cual pertenece.
2. La realización del robo con el agravante de ser integrante de una organización criminal, excluye la posibilidad de un concurso ideal con el delito de peligro abstracto contemplado en el artículo 317 del Código Penal. Es más, el delito de integración en una organización criminal, que prevé dicho artículo, sólo puede operar como tipo penal subsidiario del delito de robo con agravantes.
3. El artículo 317 del Código Penal permite el concurso real homogéneo de delitos, siempre que una misma persona integre de modo sucesivo o simultáneo varias organizaciones criminales independientes.

§ 2. SOBRE LA PROBLEMÁTICA HERMENÉUTICA ACTUAL



14.º Con la promulgación del Decreto Legislativo 1244, de 27 de octubre de 2016, se introdujeron modificaciones significativas en la redacción típica del artículo 317 del Código Penal que criminalizaba la organización criminal. Paralelamente, dicho cambio legal fue acompañado también de la inclusión de un nuevo delito de "banda criminal" regulado en el artículo 317-B del Código Penal.

∞ Lamentablemente, en ambos casos, la técnica legislativa empleada fue muy deficiente e imprecisa, lo que ha dado origen al surgimiento de diferentes conflictos



y dudas jurisdiccionales sobre sus componentes normativos, su oportunidad y presupuestos de aplicación. En efecto, por ejemplo, no ha quedado claro para los jueces y fiscales nacionales, las diferencias que cabe establecer operativa y legalmente entre la organización eriminal tipificada en el artículo 317 del Código Penal y el innovado delito de banda eriminal que se describe en el artículo 317-B del Código Penal. Fundamentalmente, debido a que este último artículo establece como un presupuesto negativo que otorga tipicidad propia a la banda criminal únicamente cuando ella no reúna "[...] alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317".

15.º No obstante, el delito de organización eriminal regulado por el artículo 317 del Código Penal, al ser objeto de modificaciones en su redacción precedente al Decreto Legislativo 1244, también se ha complejizado con una reformulación legal recargada de elementos normativos e innecesarios que aluden a varios componentes típicos que en realidad constituyen semánticamente sinónimos de una misma conducta o característica típica –sobre características típicas y circunstancias agravantes de este delito [PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Ob. Cit.*, pp. 337-349]–. Por ejemplo, cuando se exige en la norma que se trate de “una organización eriminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos [...]”.

16.º En resumen, los nuevos conflictos hermenéuticos detectados podrían plantearse y debatirse a partir de las siguientes interrogantes:

1. ¿Qué características no deben concurrir en una organización eriminal para que ella no resulte subsumible en los alcances del artículo 317 del Código Penal y pueda ser identificada como una banda eriminal en los términos descritos por el artículo 317-B del citado Código?
2. ¿Qué diferencias cabe establecer entre el delito de banda eriminal y las circunstancias agravantes específicas que la legislación vigente regula para cuando el delito sea ejecutado por quien actúa en calidad de integrante de una organización eriminal; o en concierto criminal o pluralidad de agentes que concurren funcionalmente a la ejecución de un hecho punible?

∞ En torno, pues, al problema planteado corresponde fijar los siguientes criterios de desarrollo jurisprudencial, los cuales se han construido en base a una reflexión hermenéutica que se sustenta en la fuente legal extranjera seguida por el legislador nacional para la redacción del artículo 317-B del Código Penal, así como en las referencias y contenidos afines a dicho precepto que son mencionados para justificar su incorporación al Código Penal en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1244.



§ 3. ACERCA DE LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE BANDA CRIMINAL DEL
ARTÍCULO 317-B DEL CÓDIGO PENAL

17.º El inédito delito de banda criminal fue regulado a partir de una propuesta generada por el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú. Dicha iniciativa legislativa respondía a la frustración institucional generada por el archivamiento de los procesos penales derivados de la detención de personas que habían ejecutado conjuntamente delitos comunes, mayormente violentos, como el robo, la extorsión o el secuestro, y a los cuales el Ministerio Público o los órganos jurisdiccionales no podían vincular típicamente con la realización del delito de organización criminal –mal llamado “asociación ilícita para delinquir”–, previsto por el artículo 317 del Código Penal.

oo Sobre estos aspectos resulta pertinente citar los siguientes pasajes de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1244:

“Dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo 317, del código penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad”

“el 73% de la carga [...] Está conformada por casos donde no existen elementos para poder acreditar la existencia de organizaciones criminales, debido a que el grueso de estos casos son bandas, las cuales no presentan las características de alta complejidad de su composición en el número de sus integrantes, organización, permanencia y estabilidad [...]”

Segundo, que al no existir un tipo penal que sancione a las bandas criminales, los operadores de justicia aplican el tipo penal más cercano que es asociación ilícita para delinquir, trayendo como consecuencia que en el transcurrir del tiempo dichos casos sean archivados en tanto nunca se configuró el citado delito, dejando así impune las conductas criminales o sancionándolas por conductas más leves”

“Asimismo, este estudio nos permitió darnos cuenta que si realmente se quiere luchar contra la criminalidad, debe crearse un tipo penal que sancione a las bandas (delincuencia común), ya que esta figura no necesita estructura tan compleja como el delito de asociación [...]”

Este tipo penal asimismo se presenta como una propuesta normativa novedosa, toda vez que se incorpora un ilícito que no estaba previsto en el código penal cubriendo así un vacío normativo, y no limitándose a aumentar penas de otros delitos ya establecidos. Es decir, este tipo penal no presenta lo que la opinión pública conoce como ‘más de lo mismo’, y por tanto creemos que políticamente será bien tomado por la ciudadanía”

18.º Ahora bien, otro instrumento de doctrina policial sobre organizaciones criminales es el Glosario Policial de la materia, que permite detectar la preocupación de la agencia policial por diferenciar a las organizaciones criminales de las bandas criminales [cfr.: MINISTERIO DEL INTERIOR: *Megaoperativos contra el Crimen Organizado* – Primer Año de Gestión, MININTER, Lima, 2017, pp.183-186]. En dicho documento se alude a las organizaciones criminales a partir de su mayor capacidad operativa y complejidad organizacional, lo que les permite activar economías ilegales o procesos de producción de bienes y servicios ilegales propios del crimen organizado. La existencia, pues, de un proyecto criminal de tales características, determina, además, la necesaria continuidad operativa de esta modalidad de organizaciones criminales y su permanencia en el tiempo. En ese sentido, por ejemplo, el concepto policial de crimen organizado es el siguiente:

“Crimen organizado: conjunto de actividades delictivas que son: i) cometidas por una organización criminal (con un nivel de estructuración de mediana complejidad, no necesariamente jerárquico, con diversos roles y funciones así como estabilidad en el tiempo); ii) que controlan un determinado territorio o un eslabón de la cadena de valor de un mercado ilegal; iii) que penetran en los circuitos económicos formales para insertar sus ganancias y burlar el control estatal; iv) que diversifican sus delitos o se especializan en mayor grado a fin de aumentar la rentabilidad de sus actividades; y v) que usan la violencia (directa e indirecta) y la corrupción (en diferentes niveles como medios de operación, no solo en las altas esferas del poder, sino también en aquellas esferas burocráticas necesarias para sus actividades delictivas)”

19.º En el mismo documento citado, se busca, igualmente, relacionar a las organizaciones criminales del artículo 317 del Código Penal con la realización de los “Megaoperativos” y con la ejecución de delitos graves propios del crimen organizado a los que se refiere la Ley 30077. En torno a estas categorías criminalísticas y criminológicas, el aludido Glosario Policial desarrolla las siguientes nociones:

“Megaoperativo una operación policial que: i) involucra la acción de un mínimo de dos unidades policiales; ii) que supone la participación de unidades de inteligencia, que suministraron la información necesaria para la planificación de la operación; iii) que cuenta con la participación del Ministerio Público, para garantizar el respeto de la ley y los derechos fundamentales de las personas durante la operación; iv) que tenga por objetivo la persecución de delitos vinculados al crimen organizado (Ley 30077) o terrorismo y que, por lo tanto, permita desbaratar en parte o completamente a una organización criminal.”

Organización criminal: cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada con

la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3, de la Ley 30077"

20.º Por consiguiente, es de destacar y precisar que la banda criminal es igualmente una estructura criminal pero de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal (artículo 317 del Código Penal) y que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la "delincuencia común urbana". La banda criminal, por tanto, no se dedica a activar y mantener negocios o economías ilegales; no es, pues, una organización criminal "productiva" sino simplemente "de despojo mayormente artesanal y violenta". Esto es, de aquellas que producen inseguridad ciudadana a través de su actuación en la comisión reiterada de robos, secuestros, extorsiones o actos de marcaje y sicariato. De allí que su número de integrantes puede ser reducido y su *modus operandi* suele ser rutinario y pasado mayormente en la sorpresa y el asalto o en el empleo de medios violentos como la agresión física o la amenaza.

21.º En lo que concierne a la fuente legal extranjera que siguió el legislador nacional para introducir un delito de banda criminal en el artículo 317-B del Código Penal, ella se detecta en el artículo 570 ter del Código Penal español vigente, que tipifica el delito de "grupo criminal". En efecto, en el párrafo final de dicha disposición legal el legislador hispano se preocupó también en distinguir al grupo criminal de la organización criminal, por lo que precisó lo siguiente: "A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos".

∞ A ello hay que agregar que el artículo 570 bis del Código Penal Ibérico, había colocado también como una nota distintiva de la organización criminal, el que se trate de una "agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos". Esto es, los mismos rasgos de caracterización que asimiló el legislador peruano para reformar el texto legal del artículo 317 de nuestro Código Penal nacional.

22.º Por lo demás, en torno a la aludida fuente legal, utilizada para construir el artículo 317-B de nuestro Código Penal y la tipicidad de la banda criminal, en España se ha cuestionado y criticado lo poco trascendente y residual del delito de grupo criminal y de sus semejanzas con la codelinuencia o concierto criminal. En torno a ello, por ejemplo, LLOBET ANGLÍ ha señalado que "es realmente difícil diferenciarlo de la mera codelinuencia" [LLOBET ANGLÍ, MARIONA: *Delitos Contra el Orden Público*. En: SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (Dir.) - RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Quinta Edición, -Atelier, Barcelona, 2018, p. 443].

∞ Por su parte MUÑOZ CONDE ha destacado que "menos prolija es la descripción de la conducta típica en el art. 570 ter.1 que sólo recoge las conductas de constitución, financiamiento o

integración en el grupo criminal. Pero dada la estrecha relación del grupo con la organización criminal, es probable que los casos más relevantes de constitución o financiación del grupo sean reconducibles a la organización criminal, mientras que, si no llega al nivel de concertación y coordinación que exige esta ni tiene una cierta permanencia en el tiempo, no tiene por qué ser tratado de forma diferente a las distintas formas de codeincuencia, sean estas constitutivas de coautoría, cooperación necesaria o complicidad, o la preparatoria de conspiración" [MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal - Parte Especial*, 21ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 773].

∞ Ahora bien, en lo que concierne al ámbito de la jurisprudencia española también se han sugerido algunas alternativas hermenéuticas para marcar las diferencias del grupo criminal con la organización criminal. Es así que en la Sentencia del Tribunal Supremo 134/2018, se ha llegado a sostener que "mientras que la organización criminal requiere necesariamente la concurrencia de ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas, el grupo criminal puede apreciarse cuando no concorra ninguno de ellos, o cuando concorra uno solo" (citado por LLOBET ANGLI, MARIONA: *Obra citada*, p. 443).

∞ Atendiendo, pues, a lo antes expuesto, cabe señalar que la figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, sólo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de delitos comunes de despojo y mayormente violentos como el robo, la extorsión, el secuestro, el marcaje o el sicariato, entre otros.

§ 4. BANDA CRIMINAL Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS

23.º En torno a la eficacia de la conducta delictiva establecida por el artículo 317-B del Código Penal como banda criminal, es de precisar que se trata, al igual que el artículo 317 del referido Código, sobre el delito de organización criminal, de un tipo penal de peligro abstracto y de operatividad estrictamente residual frente a aquellos delitos comunes que sean ejecutados por sus integrantes. Esto significa que si quienes componen la banda criminal cometen un delito de hurto, de robo o de marcaje-reglaje en calidad de integrantes de esta modalidad de organización criminal, se deberá tipificar dicha conducta como delito de hurto, robo o marcaje-reglaje pero, además, con la concurrencia de la circunstancia agravante específica que regula la legislación vigente para tales casos (confróntese: artículos 186, 189 y 317-B del Código Penal).

24.º Ahora bien, en aquellos delitos comunes que ejecute la banda criminal y en los cuales no exista la agravante específica por organización criminal, en los términos antes referidos, se podrá calificar a tales conductas punibles como constitutivas de un concurso real de delitos y aplicarse las reglas y efectos que el artículo 50 del Código Penal establece para tales casos. Dicha situación puede ocurrir, por ejemplo, en el delito de secuestro que no contempla tal circunstancia calificante (confróntese artículo 152 del Código Penal).

25.º No obstante, cuando hechos punibles como el hurto, robo o similares, hayan sido ejecutados por una pluralidad de agentes que actúan en concierto criminal, pero entre los cuales no existe adscripción o dependencia alguna a una banda criminal, tales actos ilícitos serán reprimidos únicamente como delitos de hurto o robo, etcétera, respectivamente, con la concurrencia de la agravante específica o genérica (artículo 46, numeral 2, literal 'i', del Código Penal), que también para esos supuestos de coautoría funcional ha consignado el legislador nacional como "pluralidad de agentes" para ejecutar conjuntamente el delito cometido.

III. DECISIÓN

26.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

27.º ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 17.º al 26.º del presente Acuerdo Plenario.

28.º PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos, que contiene la doctrina legal antes mencionada, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdo Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

29.º DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

30.º PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

HÁGASE SABER.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO



Handwritten signatures of the judges: San Martín Castro, Prado Saldarriga, Salas Arenas, and Barrios Alvarado. A large signature of Elin Barrios Quispe is also present at the bottom.



FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MEJLA

**FUNDAMENTOS ADICIONALES A LOS TÉRMINOS DEL ACUERDO
PLENARIO POR EL SEÑOR FIGUEROA NAVARRO:**

FUNDAMENTOS ADICIONALES

No obstante concordar en la existencia de diferencias típicas entre banda y organización criminal, estimo pertinente expresar los siguientes fundamentos adicionales:

§ 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DIFERENCIA CONCEPTUAL



1º Las diferencias conceptuales entre organización criminal y banda criminal no responden a una mera disquisición académica –de orden criminológico o político criminal- o a la necesidad de delimitar la política de Estado para combatir la criminalidad organizada. Se trata, a efectos hermenéuticos, de una cuestión dogmático penal. La importancia de tal delimitación conceptual radica en las consecuencias jurídicas de carácter penal, procesal penal y penitenciario. En el ámbito penal sustantivo, la diferencia entre banda y organización criminal tiene implicancias en el plazo de prescripción; en las consecuencias accesorias, en el grado de exigencias típicas, en las circunstancias agravantes y en la penalidad. En el ámbito procesal, las diferencias inciden en los plazos procesales, en las medidas cautelares, en las técnicas especiales de investigación y en la valoración de la prueba. Finalmente, en el ámbito de la ejecución penal, la declaración de responsabilidad en determinados supuestos considerados graves, en el contexto de una organización criminal, implica la restricción absoluta de beneficios penitenciarios.

§ 2. BANDA Y ORGANIZACIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

2º Los términos de banda y organización criminal no aparecieron en la legislación en los mismos periodos, ni fueron utilizados con similar significado. Su uso ha ido variando a lo largo de la historia legislativa. Sus antecedentes se remontan al Código Penal español de 1822, cuyo origen en la materia tiene como referente el Código Penal napoleónico de 1810, a través de la denominada “asociación de malhechores” (*association de malfaiteurs* – artículo 265), cuya versión hispánica se encontraba en el artículo 338. El término cuadrilla –usado en la legislación española– tiene su equivalente al término “*bande*” en francés. La descripción de la asociación de malhechores de la legislación española fue acogida en el Código Penal de Santa Cruz de 1834, de vigencia efímera en nuestro país durante el periodo de existencia de la Confederación Peruano-Boliviana. En el artículo 237 de dicho Código se reprodujo literalmente la fórmula típica del Código Penal Español. En el Código Penal de 1863 no hubo una norma autónoma, fuera de la previsión general, como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal (artículo 10.10). En el Código Penal de 1924 se restringió el concepto de delincuencia grupal o corporativa para determinados delitos, como el robo (artículo 238). Luego, esta técnica de

tipificación no autónoma se aplicaría al tráfico ilícito de drogas. En el Decreto Legislativo 122, de 12 de junio de 1982, se considera como circunstancia agravante “[...] cuando el delincuente: 1°. Cometiere el hecho en banda o en calidad de afiliado a una banda destinada al tráfico ilícito de drogas [...]” (artículo 55-A). En los supuestos simples, el delito se cometía individual -como integrante- o colectivamente -en banda-. En materia de terrorismo, en el Decreto Legislativo N° 046, se ratifica el criterio de agravar la pena “[...] si el agente perteneciera a una organización o banda que para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utilice como medio el delito de terrorismo tipificado en el artículo 1°” (artículo 2.a).

§ 3. DIFERENCIA CONCEPTUAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

3.º La determinación de los alcances de las disposiciones legales y, en particular, de las que describen conductas típicas está sujeta a determinadas exigencias propias del principio de legalidad. Una primera dificultad es la forma en que es redactado el tipo penal de banda criminal. La diferencia radicaría en que la banda no reúne “alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317”. No se pueden describir conductas mediante un criterio residual o imperfecto -si faltase alguna o algunas de las características típicas de otro tipo penal-. Por otro lado, la mención a la inexistencia alternativa de más de un elemento típico de la organización criminal es superflua y abona más a la confusión, pues debe entenderse que el o los elementos faltantes deben ser los que son propios de la organización criminal y no de la banda criminal.

§ 4. ELEMENTOS TÍPICOS COMUNES

4.º Los tipos penales concernidos presentan los siguientes elementos similares. Primero. En ambos supuestos típicos se describen formas de delincuencia colectiva. La diferencia en cuanto al número mínimo de participantes es mínima: dos personas en el caso de la banda criminal y tres en el caso de la organización criminal. Esta diferencia cuantitativa es tan banal que no constituye un criterio decisivo para diferenciar ambos tipos de conducta. Segundo. La finalidad típica de ambas figuras delictivas es la cometer delitos. No puede sostenerse que exista diferencia entre una y otra forma de delincuencia corporativa por el tipo de delitos que están destinadas a cometer. Si bien en la Convención de Palermo se dice que “los grupos delictivos organizados” deben tener como propósito la comisión de “[...]uno o más delitos graves [...]” y que estos son los que tienen una pena conminada mínima de cuatro años o más, sus efectos solo se aplican a la criminalidad organizada transnacional. Asimismo, en la Ley 30077 se establece el ámbito de aplicación de las instituciones procesales y penales allí reguladas. En el artículo 3 se asume una lista de delitos que pudieran relacionarse con el accionar de las organizaciones criminales. En su mayoría se trata de delitos con una pena conminada mínima de 4 años o más. Sin embargo, aparecen otros que no superan este baremo como el hurto agravado (artículo 186); defraudaciones (artículo 197); usurpación simple (artículo 202); entre otros. El hecho que en la

descripción típica de la conducta prevista en el artículo 317 no se exija que la finalidad mediata o última de la organización sea la de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, como se establece en la Convención de Palermo (artículo 2 a), coincide con la finalidad de la banda criminal: la de cometer delitos. Abona a la irrelevancia típica de la finalidad lucrativa de las organizaciones criminales el que, en su accionar delictivo, puedan cometer delitos que no generen o consoliden ganancias, pero que sirven para el mantenimiento de su operatividad (delitos instrumentales como el homicidio, la falsificación, el cohecho activo).

Tercero. Las organizaciones y bandas criminales deben tener cierta la estabilidad temporal. Dicha estabilidad es consustancial a su finalidad: la de cometer delitos. Es ilógico considerar la existencia de una banda, cuya existencia esté orientada a cometer indeterminadamente delitos, que no funcione con cierta estabilidad en el tiempo. Si la finalidad concertada fuera la de cometer esporádicamente determinado delito no se diferenciaría del acuerdo criminal, pues en estos casos dos o más personas se ponen de acuerdo para realizar un delito concreto. Por otro lado, cuando en la descripción típica de la banda criminal se alude al hecho de "integrar una unión", el contenido semántico va más allá de un acuerdo circunstancial o esporádico, para cometer un delito concreto –circunstanciado en tiempo, lugar, modo, medio–.

Cuarto. Se presenta una coincidencia parcial en el ámbito de los sujetos que pueden ser considerados como autores. En ambos tipos penales pueden ser autores tanto los que constituyan la unión u organización, como los que la integren. De este modo también hay coincidencia en cuanto a los verbos típicos de constituir o integrar, según el caso, la banda o la organización criminal. No es aceptable la idea que considera como criterio diferenciador de la banda respecto a la organización, el que la primera constituya una modalidad de la conspiración –como en los delitos de conspiración para el sicariato o el tráfico ilícito de drogas–. Por exigencia insuperable del principio de legalidad, no se puede crear una modalidad típica no establecida en el artículo 317-B, como sucede en los delitos antes mencionados.

Quinto. Ambas conductas son de carácter doloso. Para su configuración se requiere del conocimiento potencial de los alcances de la conducta realizada, en el contexto de las características del funcionamiento presente o futuro de una banda u organización destinada a la comisión indeterminada de delitos.

§ 6. ELEMENTOS TÍPICOS RELATIVAMENTE DIFERENCIADOS

5.º Sin embargo, las diferencias entre ambos supuestos típicos serían las siguientes:
A. En el delito de organización criminal el círculo de autores es más amplio que en el delito de banda criminal. Tienen esta calidad además de los fundadores o integrantes, en la modalidad básica, los promotores u organizadores de la organización criminal. Estos sujetos no aparecen calificados como tales en el supuesto típico de banda criminal. De igual modo, las modalidades típicas propias del delito de organización criminal son las de promover u organizar el grupo criminal.

B. El artículo 317 presenta dos tipos de circunstancias agravantes: a. por la calidad del sujeto activo; b. por el resultado. En el primer tipo de agravación se considera a los financistas, jefes, cabecillas o dirigentes; condiciones personales que no son señaladas en el tipo penal de banda criminal. Relacionada con estas diferencias, en cuanto al sujeto activo, se encuentra la diferencia por las modalidades típicas implícitas realizables por dichos sujetos: financiar, liderar o dirigir la organización criminal.

C. Con relación a la estructura es de señalar que la banda criminal puede formarse mediante un proceso simple. Implica ciertamente un acuerdo para formar la unión de dos o más personas, con la finalidad de cometer delitos "de mancha concertada". Distinto es el nivel de estructuración de una organización criminal. Primero, los actos previos a la existencia de la organización denotan un proceso de mayor complejidad que la mera constitución: pueden implicar actos de promoción o ayuda para la conformación del grupo delictivo. Comprende también actos de organización, entendido como el proceso de acopiamiento, gestión y distribución de recursos; actividades que son propias de colectivos estructurados. Por la envergadura de las actividades puede requerir la financiación para su funcionamiento. Segundo, el funcionamiento de la organización criminal implica la distribución de tareas o funciones, como han sido definidas precedentemente. No se requiere, como se señala en la Convención de Palermo, que las funciones asignadas a sus miembros estén formalmente definidas. La organización criminal puede montarse en una organización lícita, pero funcionar con encargos ilícitos. Tercero, una organización criminal puede tener jefes, cabecillas y dirigentes al interior de la organización. Cuarto, la condición de integrantes y el cumplimiento de las tareas o funciones no deben necesariamente ser rígidas. Al respecto se señala en la Convención de Palermo que no es requisito esencial en el grupo estructurado que haya continuidad en la condición de miembro. Lo permanente o indefinido es la organización criminal, pero no sus integrantes, pues estos pueden ser fungibles o sustituibles -reemplazables por otros- y también polifuncionales -cumplir diversas tareas o funciones-. Quinto, finalmente, en las organizaciones criminales se requiere, por exigencia típica, de la organización o coordinación; interacciones más sofisticadas que en la concertación -elemento común de la banda y organización criminal-.

Sr.

FIGUEROA NAVARRO





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 09-2019/CIJ-116

BASE LEGAL: Artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley
Orgánica del Poder Judicial

ASUNTO: Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo
familiar. Principio de oportunidad, acuerdo
reparatorio y problemática de su punición

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

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.º Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, a fin de dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida



armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: A. Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. B. Diferencias hermenéuticas y técnicas especiales de investigación en los delitos de organización criminal y banda criminal. C. Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. D. Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. E. Prisión preventiva: presupuestos, así como Vigilancia electrónica personal. F. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. G. Viáticos y delito de peculado. H. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

En la sesión del 28 de mayo de 2019 se seleccionaron a las personas y representantes de instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación al tema: Principio de Oportunidad y Acuerdo Reparatorio y pena efectiva en relación al delito de lesiones leves y agresiones en contra de la Mujer e integrantes del grupo familiar, los siguientes:

- a) El señor Fiscal Octavio Omar Tello Rosales.
- b) La señora Fiscal Sofia Rivas La Madrid, Fiscal Adjunta Provincial Penal de Lima.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hizo uso de la palabra, en cuanto a este tema la señora fiscal Sofia Rivas La Madrid.

6.º La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Han sido ponentes las señoras BARRIOS ALVARADO y CASTAÑEDA OTSU.



II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.º La violencia contra la mujer constituye una grave afectación a los derechos humanos y es una expresión de discriminación que se agrava cuando hay limitantes al acceso a la justicia. En nuestro país desde la puesta en vigencia de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, de 23 de noviembre de 2015, el número de denuncias en materia de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar ha crecido exponencialmente. Así registramos:

En el año 2016: 124 583 denuncias con 109,370 medidas de protección impuestas.

En el año 2017: 218 123 denuncias con 187,888 medidas de protección impuestas.

En el año 2018: 288 369 denuncias con 245,624 medidas de protección impuestas.

De enero a junio de 2019: 173,765 denuncias con 148,509 medidas de protección impuestas¹.

∞ Ello advierte un mapa de significativa violencia en el país, en el que la mayoría de las denuncias recibidas en dicha materia derivan en el inicio de un número igualmente importante de procesos que el sistema penal debe afrontar.

2.º Asimismo, con motivo de las recientes modificaciones legislativas en materia de violencia hacia la mujer y los integrantes del grupo familiar, se advierte que la agresión, entendida como daño físico o psíquico ocasionada a otra persona en una gravedad inferior al de una lesión leve, clásicamente tipificada como falta, fue elevada a la categoría de delito mediante la inclusión del artículo 122-B del Código Penal por el Decreto Legislativo 1323, de 6 de enero de 2017, modificado por el artículo 1 de la Ley 30819, de 13 de julio de 2018.

∞ Igualmente, la modificación del artículo 57 del Código Penal, dispuesta en el artículo único de la Ley 30710, de 29 de diciembre de 2017, prohibió la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a las personas que fueren condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, materia del artículo 122-B del Código Penal, y por el delito de lesiones leves, previsto en los literales c), d) y e), del ordinal tres, del artículo 122 del citado Código.

3.º Estas circunstancias han conllevado a que los jueces a nivel nacional adopten— a través de plenos jurisdiccionales distritales y de resoluciones judiciales— diferentes caminos interpretativos con relación a la aplicación de estas recientes modificaciones legislativas, en conjunto con las demás normas vigentes en el ordenamiento jurídico penal, especialmente en el ámbito de los mecanismos de negociación en el conflicto penal y en la clase o tipo de pena que ha de imponerse.

¹ Según la Subgerencia de Estadística del Poder Judicial.



te. Una corriente orienta su postura, por ejemplo, en caso de sentencias condenatorias, a imponer penas privativas de libertad efectivas que, dada la estadística en referencia, conllevaría a un hacinamiento carcelario imposible de sostener por el sistema penitenciario. Igualmente, con relación a las medidas alternativas a la preclusión del proceso, consideradas como formas anticipadas de solución del proceso penal, entre los que se encuentran el principio de oportunidad y el acuerdo preparatorio, existe una posición disímil pues su habilitación normativa a través del artículo 2, incisos 6 y 7, del Código Procesal Penal, es aplicada sin observar lo previsto en la Ley 30364.

4.º En este sentido se evidencia como problema la falta de una respuesta uniforme que el Derecho debe brindar a la sociedad ante situaciones complejas y que en este ámbito específico afectan directamente a las mujeres que son víctimas de múltiple discriminación y a los miembros integrantes del grupo familiar víctimas de violencia. Por lo demás, se tiene posturas interpretativas que obvian el enfoque de género inherente a la naturaleza del conflicto penal que se judicializa y los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte. Así también se privilegia la imposición de penas privativas de libertad soslayando la imposición de otras clases de pena establecidas en el Código Penal.

§ 2. PROBLEMAS PROCESALES Y MATERIALES ESPECÍFICAMENTE SUSCITADOS

5.º Conforme el planteamiento expuesto en relación a los delitos de lesiones leves y agresión –aplicación de los artículos 122, inciso 3, literales c), d) y e), y 122-B del Código Penal–, será materia de análisis:

A. La aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio en los delitos de lesiones leves y agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, previstos en el inciso 3, literales c), d) y e) del artículo 122 y artículo 122-B del Código Penal.

B. El juicio de determinación judicial de la pena para dichos delitos, luego de la dación de la Ley 30710, de 29 de diciembre de 2017, que modificó el artículo 57 del Código Penal, y prohibió la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena.

§ 3. CONCEPTOS BÁSICOS

6.º GÉNERO. Hace referencia a los roles, conductas y expectativas socialmente construidas relacionadas con el ser masculino o femenina y basadas en la diferencia sexual con la que se nace. Se refiere a un proceso de construcción social que se aprende en el entorno social y familiar desde nuestra infancia y que puede modificarse con el paso del tiempo. El término género, en concordancia con la Recomendación General N° 28 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –en adelante CEDAW– (2010), consiste en un conjunto de creencias, atribuciones y prescripciones culturales que establecen “lo



propio" de los hombres y "lo propio" de las mujeres en cada cultura, y que sea una para comprender conductas individuales y procesos sociales, así como para diseñar políticas públicas.

∞ Es una construcción social mediante la cual los seres humanos buscan distinguir patrones o conductas que están enraizadas en los valores culturales que cada sociedad considera apropiado para los hombres y las mujeres dado su arraigo histórico, y que inciden en la generación de desigualdades en diversos ámbitos de actuación tales como la vida laboral, política, militar, entre otros. Este constructo social contrasta dos categorías irreconciliables en cuanto a los roles que cada uno de ellos desempeña. Este fenómeno genera estereotipos que alimentan a su vez relaciones de poder dentro de las cuales la ventaja la obtiene quien se encuentra en la posición de dominación (generalmente el hombre respecto de la mujer).

7.º VIOLENCIA. Importa la noción de lo que son comportamientos aceptables e inaceptables, o de lo que constituye un daño. Está influida por la cultura y sometida a una continua revisión a medida que los valores y las normas sociales evolucionan. La violencia puede definirse de muchas maneras, según quién lo haga y con qué propósito. Así la violencia se define como "el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones².

∞ La Ley 30364 conceptualiza la violencia en su artículo 8 y describe los tres tipos de violencia contra la mujer: (i) física, (ii) psicológica y (iii) económica o patrimonial. Éstas han sido precisadas y, hasta cierto punto, ampliadas por el Decreto Legislativo 1323, de 6 de enero de 2017, en el ámbito de la violencia psicológica al excluir el daño síquico como resultado necesario de la violencia psicológica, y al introducir expresamente la conducta omisiva, así como al comprender las acciones u omisiones que tienden a humillar, estigmatizar y estereotipar a la víctima³.

8.º VIOLENCIA DE GÉNERO. Debe ser entendida como toda forma de discriminación que ejerce el hombre contra la mujer dentro de su entorno privado o público con la finalidad de someter o dominar ya sea de manera física, sexual, psicológica, entre otras. Esta violencia es la expresión de una relación asimétrica de poder que deviene de prácticas históricas en las que el hombre ejercía su dominio sobre la sociedad y que creó en él una conciencia de superioridad con los alcances de autoridad en todos los ámbitos de interacción social. Esta falsa legitimidad de poder creó y crea aún una suerte de regla erróneamente considerada justificativa de la violencia contra la mujer.

∞ El Estado peruano ratificó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará" y con ello asumió

² Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. Informe mundial sobre la violencia y la salud (Resumen). Washington, 2002, pp. 4-5.

³ Véase también el Acuerdo Plenario 05-2016/CJ-116, fundamento jurídico séptimo.



El concepto de violencia contra la mujer como violencia basada en el género. La Convención señala que la violencia contra la mujer es *“una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”* y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.

∞ El concepto de “violencia contra la mujer”, tal como se define en la Recomendación general N° 35 (2017) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y en otros instrumentos y documentos internacionales, hace hincapié en el hecho de que dicha violencia está basada en el género. En consecuencia, en la Recomendación, la expresión “violencia por razón de género contra la mujer” se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes⁴. El Comité CEDAW considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. En toda su labor, el Comité ha dejado claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertad⁵.

∞ La violencia por razón de género afecta a las mujeres a lo largo de todo su ciclo de vida y, en consecuencia, las referencias a las mujeres en este documento incluyen a las niñas. Dicha violencia adopta múltiples formas, a saber: actos u omisiones destinados a, o que puedan causar o provocar la muerte o un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico para las mujeres, amenazas de tales actos, acoso, coacción y privación arbitraria de la libertad⁶.

∞ El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculinos, imponer los papeles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres. Esos factores también contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por razón de género contra la mujer, que a menudo aún se considera un asunto privado, y a la impunidad generalizada a ese respecto⁷.

⁴ Recomendación General N° 35 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Párrafo 9. En: Naciones Unidas. CEDAW/C/GC/35.

⁵ Recomendación General N° 35 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Párrafo 10. En: Naciones Unidas. CEDAW/C/GC/35.

⁶ Recomendación General N° 35 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Párrafo 14. En: Naciones Unidas. CEDAW/C/GC/35.

⁷ Recomendación General N° 35 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Párrafo 19. EN: Naciones Unidas. CEDAW/C/GC/35.



9.º VIOLENCIA CONTRA LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR. Se erige como cualquier acción o conducta que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar⁸ 9.

10.º PERSPECTIVA O ENFOQUE DE GÉNERO. Es la metodología y mecanismos que permiten mirar la realidad identificando los roles y tareas que asumen los hombres y las mujeres en una sociedad, así como las relaciones de asimetrías de poder e inequidades que se producen entre ellos, a fin de explicar las causas y consecuencias que generan estas desigualdades, y formular medidas que contribuyan a superarlas.

∞ Así el enfoque o perspectiva de género "[...] se entiende como una mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional [...], ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres, y porque también constituye un instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tomen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria"¹⁰.

∞ La incorporación del enfoque de género abona en la facultad de administrar justicia con igualdad, y se articula con el objetivo de la política general del Poder Judicial orientado a garantizar la protección de los derechos fundamentales, igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sin discriminación; toda vez que el enfoque de género nos permite evidenciar cómo es que determinados hechos o situaciones afectan de manera distinta a los hombres y a las mujeres se explica por sí misma la necesidad de su incorporación¹¹. Por lo que, constituye una prioridad optimizar la calidad de servicios y acceso a la justicia con perspectiva de género y énfasis en las poblaciones vulnerables¹² con arreglos a los principios democráticos reconocidos en nuestro país.

11.º JUSTICIA DE PAZ. Es un sistema especial dentro del sistema de justicia, cuyos operadores solucionan conflictos y controversias preferentemente mediante la conciliación, y también a través de decisiones de carácter jurisdiccional, conforme a los criterios propios de la comunidad y en el marco de la Constitución Política del Perú. La justicia de paz puede aplicar el derecho consuetudinario existente en diversas comunidades del país, siempre que las conductas que resuelva no configuren delito y que se respeten los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Los juzgados de paz tienen presencia en muchas zonas rurales y alejadas del territorio

⁸ Conforme se señala en el artículo 6 de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Ley 30364.

⁹ Se utiliza esta definición que es más precisa que el término violencia familiar o violencia doméstica, siendo una característica de la primera la alusión a la relación filial y jurídica que existe entre las partes, en tanto; la segunda pone énfasis en el lugar donde se produce dicha violencia (unidad doméstica) siempre que no medie relación laboral y/o contractual.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 01479-2018-1/TC, párrafo 9.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 01479-2018-1/TC, párrafo 10.

¹² Plan Operativo Institucional 2019-2022. Objetivos de la Política General del Poder Judicial, literal d), p. 3.



nacional donde existen también comunidades campesinas, rondas campesinas y comunidades nativas, por ello la ley de Justicia de Paz incluye disposiciones sobre la relación entre la justicia de paz y la justicia comunitaria. Para la atención de la problemática de la violencia contra las mujeres, la Ley 30364 dispone que en las zonas donde no existan juzgados de familia o jueces de paz letrados, los juzgados de paz son los competentes para recibir denuncias por violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar y para dictar las medidas de protección o medidas cautelares a favor de las víctimas.

12.º JUSTICIA COMUNITARIA O JURISDICCIÓN ESPECIAL. Es la facultad constitucional de impartir justicia que poseen las autoridades de instituciones como las comunidades campesinas o comunidades nativas o rondas campesinas, dentro del ámbito de su territorio y en todas las ramas del derecho, en forma autónoma, integral e independiente según su derecho consuetudinario y la legislación especial vigente, siempre que no vulnere los derechos fundamentales de las personas. Si el conflicto a atender está referido a casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, y en la zona es competente el juzgado de paz (porque no hay juzgados de familia ni juzgados de paz letrado), la Ley 30364 dispone que el juzgado de paz coordine con las autoridades de justicia comunitaria a fin de garantizar la ejecución de las medidas que dicte. Asimismo, en zonas donde coexiste la justicia ordinaria o la justicia de paz con la justicia comunitaria, corresponde establecer formas de coordinación funcional y operativa para la investigación y sanción de la violencia contra las mujeres, de conformidad con el artículo 149 de la Constitución Política del Estado.

§ 4.º EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE LESIONES LEVES Y AGRESIONES EN CONTRA DE LAS MUJERES O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR – ARTÍCULOS 122, INCISO 3, LITERALES C, D Y E; Y, 122-B, DEL CÓDIGO PENAL

13.º La fórmula original prevista en el artículo 122 del Código Penal (lesiones leves) fue modificada por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30364, de 23 de noviembre de 2015. Posteriormente, mediante el artículo 1 del Decreto Legislativo 1323, de 6 de enero de 2017, fue nuevamente modificada al adicionársele ciertas circunstancias agravantes. Finalmente, el artículo 1 de la Ley 30819, de 13 de julio de 2018, consagró la última modificación.

14.º El texto actual del artículo 122, inciso 3, literal c), d) y e), estipula:

“1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o salud física o mental que requiera más de diez y menos de veinte días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa o nivel moderado de daño psíquico, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. [...]

3. La pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda, cuando: [...]

c. La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.

d. La víctima se encontraba en estado de gestación.

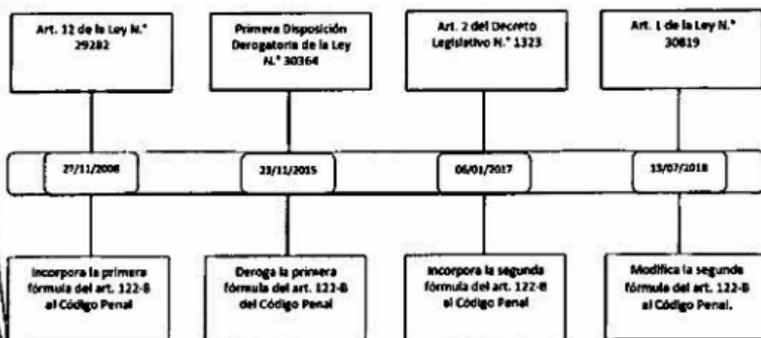
e. La víctima es el cónyuge; ex cónyuge; conviviente; ex conviviente; padrastro; madrastra; ascendiente o descendente por consanguinidad, adopción o afinidad; pariente colateral del cónyuge y conviviente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; o es con quien se ha procreado hijos en común, independientemente de que se conviva o no al momento de producirse actos de violencia, o la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B [...].

15.º El artículo 122-B del Código Penal fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante el artículo 12 de la Ley 29282, de 27 de noviembre de 2008, y derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 30364 "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar", de 23 de noviembre de 2015.

∞ Con posterioridad, por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1323, Ley que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género, de 6 de enero de 2017, se incorporó nuevamente –aunque con un contenido totalmente modificado–, bajo el epígrafe de "agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar". Finalmente, fue modificado por el artículo 1 de la Ley 30819 "Ley que modifica el Código Penal y el Código de los Niños y Adolescentes", de 13 de julio de 2018.

∞ Así se tiene:

MODIFICACIONES DEL ARTÍCULO 122B DEL CÓDIGO PENAL



16.º El texto actual del artículo 122-B del Código Penal estipula:

"El que de cualquier modo cause lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.

La pena será no menor de dos ni mayor de tres años, cuando en los supuestos del primer párrafo se presenten las siguientes agravantes:

- 1. Se utiliza cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima.*
- 2. El hecho se comete con ensañamiento o alevosía.*
- 3. La víctima se encuentra en estado de gestación.*
- 4. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad o si padeciera de enfermedad en estado terminal y el agente se aprovecha de dicha condición.*
- 5. Si en la agresión participan dos o más personas.*
- 6. Si se contraviene una medida de protección emitida por la autoridad competente.*
- 7. Si los actos se realizan en presencia de cualquier niña, niño o adolescente."*



5. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y ACUERDO REPARATORIO EN LOS DELITOS DE LESIONES LEVES Y AGRESIONES CONTRA LAS MUJERES E INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR

17.º El principio de oportunidad es un mecanismo de simplificación procesal reglado, gobernado por el principio de consenso, que como excepción a los principios de legalidad u obligatoriedad y de oficialidad de la persecución penal, privilegia el interés de la víctima sobre el interés público de persecución del delito y se sustenta, procesalmente, en la noción de simplificación procesal. En su mérito el Ministerio Público, discrecionalmente, bajo determinados supuestos y contornos normativos y con el consentimiento del imputado, pese a la presencia de sospecha inicial simple del hecho, puede abstenerse de ejercitar la acción penal, garantizando la satisfacción íntegra de los intereses del agraviado. Dicha facultad se plasma en criterios de selección en base a determinados presupuestos previstos por la ley. En tal sentido, constituye una excepción al principio de legalidad u obligatoriedad y se ampara en el principio de proporcionalidad¹³—en buena cuenta, su aplicación está condicionada no solo al respecto al principio de proporcionalidad, sino también al principio-derecho de igualdad—. Empero, al constituir una regla de excepción al principio de legalidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, el artículo 2 del Código Procesal Penal establece supuestos específicos para su aplicación. El previsto en su literal a)¹⁴, conforme a la tipología de casos que este delito presenta, se vislumbra claramente su inaplicabilidad. Mientras que en los supuestos recogidos en los literales b) y c) se exige en común que no exista ningún interés público gravemente comprometido en su persecución.

18.º Para determinar la existencia de un interés público gravemente comprometido se debe analizar el ámbito de protección y función del tipo penal concreto, con principal incidencia (i) en el bien jurídico que se pretende tutelar, (ii) en el interés del legislador en la problemática social de la que deriva el tipo penal, (iii) en las exigencias de

¹³ Peña Cabrera, Alfonso Raúl – Frisancho Aparicio, Manual: *Terminación anticipada del proceso*. Juristas Editores, Lima, 2003, p. 132.

¹⁴ "Artículo 2. Principio de oportunidad

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) 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 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierte que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito cometido con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo."



prevención general y (iv) en la relevancia de la problemática desde una perspectiva internacional.

19.º En cuanto al ámbito de protección del tipo penal regulado en el artículo 122-B del Código Penal, éste se desprende de la interpretación de los elementos objetivos del tipo penal –con inclusión, por cierto, de sus elementos de contexto–, que incluyen, por un lado, todo clase de agresiones de menor entidad –o levisimas– cometidas contra una mujer por su condición de tal –violencia de género– y, por otro, las agresiones levisimas cometidas entre integrantes del grupo familiar –violencia doméstica–.

20.º La agresión contra una mujer por su condición de tal, es la perpetrada por el agente contra la mujer a causa del incumplimiento o imposición de estereotipos de género, entendidos éstos como el conjunto de reglas culturales que prescriben determinados comportamientos y conductas a las mujeres, que las discriminan y subordinan socialmente¹⁵. El numeral 3 del artículo 4 del Reglamento de la Ley 30364 define la violencia contra la mujer por su condición de tal, “como una manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, a través de relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres”.

21.º El Comité CEDAW aclaró que la discriminación contra la mujer, tal como se define en el artículo 1 de la Convención, incluía la violencia por razón de género, que es “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que constituía una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

22.º Respecto a esto último la señora fiscal Rivas La Madrid apuntó correctamente que, en este contexto, el empleo de la fuerza física o psicológica es solo un medio para la consecución del fin último que es el “sometimiento de la víctima y con ello se afecta la salud, la igualdad, el derecho a no ser discriminado y la motivación destructiva afecta el libre desarrollo de la personalidad”.

23.º A partir de lo expuesto es de identificar que el bien jurídico tutelado en el delito previsto en el artículo 122-B del Código Penal es pluriofensivo pero con matices distintos para cada uno de los supuestos citados. En el primer supuesto (violencia de género) se protege la integridad física y la salud de la mujer, concretamente, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, contenido en la Convención Belém do Pará, Ley y su reglamento; pero, principalmente, por su inescindible unidad con los bienes jurídicos, la igualdad material y libre desarrollo de la personalidad de la mujer el artículo 9 de la Ley 30364 resalta el derecho a la mujer a estar libre de toda forma

¹⁵ DIAZ CASTILLO, INGRID y OTROS: *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*, Fondo Editorial PUCC, Lima, 2019, p. 69.



de discriminación, estigmatización y de patrones estereotipados de comportamientos, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación.

24.º Por tanto, es de anotar que la violencia de género puede presentarse tanto fuera como dentro de la convivencia familiar; muestra móviles específicos que lo diferencian de la violencia ejercida entre otros miembros del grupo familiar (entre hermanos, primos, cuñados, padres/hijos, suegros/yernos, etcétera). Así, por ejemplo, una mujer puede ser agredida en el ámbito familiar por su conviviente, pero sin que la agresión se haya ejecutado por su condición de tal; no obstante lo cual dicha conducta estaría abarcada por el injusto penal, en tanto se produjo en el ámbito doméstico, como integrante del grupo familiar.

25.º La violencia contra la mujer se distingue de la que comete un integrante del grupo familiar contra otro, ya sea porque no tenga el mismo móvil o porque la víctima no tenga la condición de mujer. El numeral 4 del artículo 4, del Reglamento de la Ley 30634 entiende que violencia hacia un o una integrante del grupo familiar es la acción u omisión identificada como violencia según los artículos 6 y 8 de la Ley que se realiza en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder de parte de un o una integrante del grupo familiar hacia otro u otra.

∞ Consecuentemente, en el segundo supuesto, lo que respecta a la violencia de una persona contra otro miembro del grupo familiar, que no califique como violencia de género, se protege el derecho de éstos a la integridad física, psíquica y salud, así como al derecho a una vida sin violencia.

26.º En lo concerniente al interés del legislador en el problema social de la que deriva el tipo penal, cabe destacar las reiteradas modificaciones realizadas al artículo 122 del Código Penal, que evidencian el interés del legislador nacional en afrontar el problema social de la violencia de género y violencia doméstica.

∞ De modo particular, las agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar que no calificaban como delito de lesiones leves –previsto en el artículo 122 del Código Penal– y que, por tanto, solo eran constitutivas de faltas, fueron incorporadas como delito mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo 1323¹⁶, precisamente por comprometer gravemente un interés público.

27.º Mediante el Decreto Legislativo 1323 se efectuó una multiplicidad de modificaciones al Código Penal, entre ellas, dentro de los móviles que agravan un delito a la orientación sexual e identidad de género, (i) se modificó el conjunto de las circunstancias agravantes de los delitos de feminicidio, lesiones graves y lesiones leves; (ii) se amplió la protección contra la violencia psicológica; (iii) se descartó la

¹⁶ Para los detalles acerca de las modificaciones efectuadas al artículo 122 del Código Penal véase lo precisado en el apartado referido a la evolución legislativa del delito de lesiones leves y agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del presente Acuerdo Plenario.



excusa absolutoria cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar; (iv) se reguló el atentado contra la libertad de trabajo; (v) se incluyó dentro de los motivos de discriminación a la orientación sexual e identidad de género; y, (vi) se reguló el maltrato. Asimismo, (vii) se creó un delito específico para sancionar las agresiones en contra de mujeres o integrantes del grupo familiar, explotación sexual, esclavitud y otras formas de discriminación y trabajo forzoso; (viii) se modificó los tipos de violencia, ampliando el concepto de violencia psicológica penada.

En la escueta Exposición de Motivos se expresa que esta disposición con rango de ley tiene como fin fortalecer, entre otros, la lucha contra la violencia familiar y violencia de género, así como proteger de modo efectivo a los grupos vulnerables de mujeres, niñas, niños y adolescentes de la violencia familiar y cualquier otra forma de violencia y discriminación. Esta Exposición de Motivos a su vez debe ser complementada con lo establecido en el artículo 6-B del Decreto Supremo 004-2019-MIMP - Reglamento de la Ley 30364-, modificado por el Decreto Supremo 004-2019-MIMP, que especifica textualmente que todos los hechos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar constituyen una grave afectación al interés público.

28.º En lo atinente a la relevancia de la problemática desde la perspectiva internacional, el Estado peruano asumió compromisos jurídicos orientados a la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, a través de la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁷ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará)¹⁸.

Así se encuentra consignado de modo expreso en los siguientes términos:

CEDAW	CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ
<p>Artículo 2 Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, (...) y con tal objetivo se compromete a:</p> <p>a) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de igualdad con los derechos del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer (...).</p>	<p>Artículo 7 Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:</p> <p>a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comprometen de conformidad con esta obligación;</p>

¹⁷ Suscrita por el Estado peruano el 23 de julio de 1981. Promulgada a través de la Resolución Legislativa 23432, de 5 de junio de 1982. El documento de ratificación fue entregado a las Naciones Unidas el 13 septiembre de 1982.

¹⁸ Aprobada mediante Resolución Legislativa 383, de 25 de marzo de 1996.



Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

(...)

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

(...)

Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

Las normas mencionadas dan cuenta de la obligación del Estado peruano –que incluye, definitivamente, al Poder Judicial– en materia de los derechos humanos de las mujeres, y de su compromiso de garantizar su cumplimiento efectivo.

29.º Conforme al artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho interno; y, en cumplimiento de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución, las normas relativas a los derechos y a las libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia. En consecuencia, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) forman parte de nuestra legislación interna y se erigen en fuentes válidas de interpretación obligatoria y valoración en casos de violencia contra las mujeres.

30.º La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres entró en vigor en 1995. La Convención afirma que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y que limita de forma parcial o total, el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos para las mujeres (artículos 4 y 5). La Convención, además, define la violencia como cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (artículo 1).

31.º Es de mencionar que los avances en materia de protección y garantía de los derechos de la mujer a vivir una vida libre de violencia alcanzados en el ámbito jurídico internacional ha tenido un impacto positivo en nuestro marco jurídico nacional. En ese



sentido, ha irradiado en nuestra normativa interna tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro comparativo:

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ)	LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR LEY N° 30364
<p>Artículo 1 (...) debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.</p> <p>Artículo 2 Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:</p> <ol style="list-style-type: none">que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, yque sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.	<p>Artículo 5 La violencia contra las mujeres es cualquier acción o conducta que les cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado.</p> <p>Se entiende por violencia contra las mujeres:</p> <ol style="list-style-type: none">La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.La que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.La que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

∞ Tal es así que, respecto de la violencia que sea perpetrada o tolerada por el Estado, la Ley 30862¹⁹, Ley que fortalece diversas normas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, efectuó una modificación del artículo 18 de la Ley 30364. Estatuyó que: "En la actuación de los operadores de justicia, originada por hechos que constituyen actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar [...] deben seguir pautas concretas de actuación que eviten procedimientos discriminatorios hacia las personas involucradas en situación de víctimas. Esto

¹⁹ Esta ley, publicada el 25 de octubre de 2018, modifica algunos artículos de la Ley 30364.



Implica no emitir juicios de valor ni realizar referencias innecesarias a la vida íntima, conducta, apariencia, relacionada, entre otros aspectos. Se debe evitar, en todo momento, la aplicación de criterios basados en estereotipos que generen discriminación”.

32.º En lo que concierne al supuesto de violencia de un miembro del grupo familiar contra otro que no califique como violencia de género, el espacio familiar en la que tiene lugar tiende a generar, en la totalidad del núcleo familiar que la percibe, tolerancia a los actos de violencia y, peor aún, la repetición futura de dichas prácticas, infririéndose razonablemente su repercusión en la violencia de género del mañana, por lo que se busca prevenir las raíces de la violencia. Así ha sido denotado en la Asamblea Mundial de la Salud, en su reunión de 1996, en Ginebra, donde se aprobó la Resolución WHA49.25, que declaró a la violencia como uno de los principales problemas de salud pública en todo el mundo.

33.º La naturaleza del delito, los bienes jurídicos comprometidos, los motivos de su incorporación como delito, los tratados internacionales y la innegable realidad de su presencia en la sociedad como acto precedente a resultados más lesivos, especialmente, en lo que atañe a la mujer, hace sumamente evidente el interés público gravemente comprometido que está detrás de la investigación, procesamiento y efectiva sanción de los perpetradores de este delito. Este contexto hace inviable la aplicación del principio de oportunidad según los supuestos contemplados en los literales b y c, del inciso 2, del artículo 2 del Código Procesal Penal.

B. DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO REPARATORIO

34.º Acerca del Acuerdo Reparatorio existen planteamientos teóricos que afirman que tal figura jurídica es independiente y diferente al principio de oportunidad. Ambas figuras tendrían, por tanto y desde esa perspectiva, supuestos de aplicación diferentes²⁰. Esta postura sería compartida por el Ministerio Público conforme se puede apreciar en el Reglamento de aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio (2018)²¹.

35.º Por lo demás, el Acuerdo Reparatorio, estipulado en el artículo 2, inciso 6, del Código Procesal Penal, es un criterio adicional de oportunidad, distinto del previsto en los incisos anteriores –que tienen como fuente la legislación germana–. Tiene dos características centrales que habilitan su aplicación –siempre que no se den los supuestos de inaplicación expresamente establecidos–. Primero, a diferencia del anterior criterio de oportunidad, requiere necesariamente un acuerdo entre el imputado

²⁰ Ambos figuras tienen supuestos de aplicación diferentes; es facultativo el principio de oportunidad ya que se valora conceptos indeterminados como por ejemplo el interés público y es obligatorio aceptar la aplicación de un acuerdo reparatorio respecto solo de un grupo limitado y preciso de delitos.

²¹ Aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación 1245-2018-MP-FN, de 20 de abril de 2018.



y la parte agraviada. Segundo, comprende supuestos taxativos, procede para un número de delitos determinados.

∞ La viabilidad de su aplicación en los delitos que son materia de análisis será analizada desde la perspectiva de ambas características.

36.º En los delitos que procede un acuerdo reparatorio –supuesto taxativo de aplicación– el precepto procesal consideraba el delito previsto en el artículo 122 del Código Penal (lesiones leves). Sin embargo, es de aclarar que este dispositivo legal hizo referencia al texto legal del artículo 122 del Código Penal vigente en el año 2004, esto es, antes de las reiteradas modificaciones legislativas que le fueron realizadas. En consecuencia, los artículos 122, inciso 3, literal d), y 122-B del Código Penal, hoy vigentes, tienen elementos contextuales y tutelan bienes jurídicos –detallados en los apartados previos– que los diferencian sustancialmente del primigenio artículo 122 del Código Penal sobre el cual se estructuró la posible aplicación de un acuerdo reparatorio.

37.º En lo referido a la posibilidad de que exista un acuerdo entre el imputado y la parte agraviada –como presupuesto para la aplicación del acuerdo reparatorio– corresponde realizar una interpretación que guarde coherencia con la normativa, tanto nacional como la consagrada en los instrumentos internacionales.

38.º En el marco de las modificaciones legislativas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, que reconocen la posición de desventaja estructural de la víctima en estos casos de violencia, se estableció expresamente en el artículo 25 de la Ley 30364 la prohibición de confrontación –o, mejor dicho, careo– y conciliación entre la víctima y el agresor. Igualmente, el artículo 32 del Reglamento de la Ley 30364, modificado por el Decreto Supremo 004-2019-MIMP, prescribió que no procede el archivo de la denuncia a pedido de la persona denunciante; y, su artículo 6-B, estatuyó que es improcedente la aplicación o promoción de cualquier mecanismo de negociación y conciliación entre la víctima y la persona agresora que impida la investigación y sanción de los hechos de violencia, bajo responsabilidad del servidor o funcionario a cargo.

∞ El fundamento de esta disposición legal es diverso. Por un lado, los derechos vulnerados por la violencia de género o por la violencia intrafamiliar, por su categoría de fundamentales, son indisponibles, aún para la víctima. Por otro lado, procura evitar la revictimización o victimización secundaria, en tanto el contacto con el agresor tiende a incrementar el daño sufrido por la víctima. Una perspectiva de interpretación integral del ordenamiento jurídico que pretenda ser coherente, anuncia tempranamente el sentido interpretativo de que no se debe aplicar la institución del acuerdo reparatorio en delitos de violencia de género y violencia doméstica.



39.º A mayor detalle, la referida disposición no es exclusiva de nuestra legislación nacional, sino que se encuentra en coherencia con los dispositivos internacionales de los cuales el Estado forma parte. En efecto, el Comité CEDAW, a través de su Recomendación General 33, párrafo 58 c), señaló que respecto al enjuiciamiento y el castigo de la violencia por razón de género contra la mujer, debe velarse para que no sea remitida a ningún tipo de procedimiento alternativo de arreglo de controversias, como la mediación o la conciliación, y que el uso de procedimientos alternativos debe regularse estrictamente, y permitirse únicamente cuando una evaluación anterior por parte de un equipo especializado garantice el consentimiento libre e informado de las víctimas y supervivientes, siempre que no existan indicadores de nuevos riesgos para las víctimas y supervivientes o sus familiares.

40.º En el mismo sentido, desde una perspectiva convencional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso SCoIDH Espinoza González vs. Perú, párrafo 280, precisó que la ineficacia judicial frente a casos singulares de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia. Este ámbito ha sido reconocido expresamente también en el inciso c, del artículo 5, de la Ley 30364, al considerar que la violencia contra la mujer, tolerada por el Estado o sus agentes constituye, en sí misma, una manifestación específica de violencia contra la mujer.

41.º Igualmente, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belem do Pará (MESECVI), a través de su Recomendación N° 1 sobre "Legítima defensa y violencia contra las mujeres" recuerda que en contextos de violencia contra las mujeres, tal violencia es constante ya que la conducta del agresor en situación de convivencia puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia; consecuentemente, la mujer víctima tiene temor, preocupación y tensión "constantes", forma parte de un continuum de violencia donde se podría precisar el inicio pero no el fin de la situación. Y el carácter cíclico de la violencia en la vida cotidiana familiar, determinan el deber estatal, conforme señala la Convención Belem do Pará (artículo 7), de tomar todas las medidas apropiadas para modificar prácticas jurídicas que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra las mujeres.

42.º Es decir, en la interpretación y aplicación de las normas nacionales se debe identificar las desigualdades estructurales existentes para las mujeres, así como las dinámicas particulares de la violencia contra ellas, especialmente en el ámbito



doméstico o de relaciones interpersonales. Por consiguiente, es fundamental incorporar un análisis contextual que permita comprender que la violencia a la que se ven sometidas las mujeres en razón de su género, tiene características específicas que deben permeiar todo el razonamiento judicial. El que los casos de violencia no se comprendan como situaciones de riesgo permanente para las mujeres y se recurra a medidas que conlleven a tolerar dichos actos de violencia, implica hacer caso omiso a las dimensiones y repercusiones de la problemática y enviar el mensaje de que se trata de actos no punibles.

43.º Cabe indicar que existe una implicancia directa entre la falta de comprensión de la violencia hacia las mujeres, el acceso a la justicia de las víctimas y el combate a la impunidad en estos casos. En tal virtud, la falta de sanción, la impunidad y las decisiones en la administración de justicia que no garanticen la no repetición de las diferentes formas de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, contraviene las obligaciones de protección, garantía y no repetición de la violencia conforme con los acuerdos asumidos en el ámbito internacional.

44.º Por consiguiente, la aplicación del principio de oportunidad y/o acuerdo reparatorio en casos de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar desnaturaliza el objetivo mismo de la Ley 30364, por lo que la interpretación y aplicación que se realice del artículo 2, inciso 6, del Código Procesal Penal debe encontrarse necesariamente en coherencia con las demás normas del ordenamiento jurídico y, principalmente, con los dispositivos internacionales a los que el Perú está obligado. Desde esa perspectiva, resulta como única interpretación posible que las modalidades establecidas en los artículos 122, inciso 3, literales c), d) y e); y 122-B del Código Penal, circunscriptas a lesiones y agresiones en contextos de violencia de género y violencia intrafamiliar, no son susceptibles de ningún tipo de conciliación y, consecuentemente, de ningún acuerdo reparatorio. Amerita precisar que, por los mismos fundamentos, no es posible que los jueces de paz, que intervienen por mandato de la Ley 30364²², realicen acuerdos conciliatorios en las denuncias por violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

45.º En suma, todo acto que califique como delito de agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar viene gobernado por un actual e intenso interés público. Asimismo, en virtud de una interpretación coherente con las demás normas en la materia, hacen inaplicable el principio de oportunidad y, dentro de él, asimismo, el acuerdo reparatorio, ya sea extra o intraproceso.

46.º Cabe precisar que esta salvedad no alcanza al proceso especial de terminación anticipada y el instituto de la conformidad procesal, en tanto no implican una negociación con la víctima en sentido fuerte ni están dirigidos a evitar la sanción penal.

²² En virtud de la modificatoria del artículo 47 de la Ley 30364 realizada mediante Ley 30862, de 3 de octubre de 2018.

La presencia de la parte agraviada en el proceso permite la defensa de sus derechos y su prisión resarcitoria²³.

§ 4. LA PUNIBILIDAD EN LOS REFERIDOS DELITOS

47.º El artículo 28 del Código Penal regula las penas aplicables en: (i) privativa de libertad; (ii) restrictiva de la libertad; (iii) limitativa de derechos; y, (iv) multa.

∞ A su vez, el artículo 31 del Código Penal establece tres clases de penas limitativas de derecho: (i) prestación de servicios a la comunidad; (ii) limitación de días libres; y, (iii) inhabilitación. Las dos primeras pueden ser aplicadas como autónomas pero también como sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad cuando la sanción sustituida, a criterio del juez, no sea superior a cuatro años²⁴. Adicionalmente, como pena limitativa de derechos, también es de aplicación la vigilancia electrónica personal²⁵.

∞ Las alternativas punitivas que el Código Penal reconoce al juez, asimismo, comprenden la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 57 del Código Penal) o imposición de la reserva del fallo condenatorio (artículo 62 del Código Penal), claro está en tanto se cumplan los supuestos que lo habilitan.

48.º La Ley 30710, publicada el 29 de diciembre de 2017, modificó el último párrafo del artículo 57 del Código Penal y eliminó la posibilidad de aplicar, como medida alternativa a la pena privativa de libertad, la suspensión de la ejecución de la pena. A tenor del mismo, "[...] la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable [...] para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e), del numeral 3 del artículo 122 del Código Penal". Es de precisar que cuando el dispositivo legal señala su inaplicabilidad a las personas condenadas, no implica que se exija una condena previa para su aplicación, como erradamente se ha llegado a interpretar.

∞ Ante esta prohibición expresa del legislador no concurre una interpretación posible bajo la cual, en dichos delitos, se pretenda aplicar la suspensión de la ejecución de la pena. Sin embargo, el juez está habilitado a aplicar las penas sustitutivas previstas en el precepto legal cuando concurren los supuestos previstos por ley.

²³ "La garantía de tutela jurisdiccional de la víctima debe ser respetada en el proceso penal, bajo un sistema como el francés -que sigue nuestro Código Procesal Penal- que prevé el proceso civil acumulado al penal". Acuerdo Plenario 04-2019/CJ-116. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. Fundamento jurídico vigésimo noveno.

²⁴ Decreto Legislativo 1322, en su artículo 1, establece que tiene como objeto regular la vigilancia electrónica personal como alternativa de restricción en las medidas coerción procesal, como un tipo de pena aplicable por conversión o su imposición en el otorgamiento de un beneficio penitenciario.

²⁵ Se trata de una medida (pena convertida -sustitutivo penal- o subrogado penal- o restricción específica de la comparecencia, según el caso) que se articula como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado o imputado una limitada libertad de desplazamiento espacial. Acuerdo Plenario 02-2019/CJ-116. Asunto: Vigilancia electrónica personal. Fundamento jurídico sexto.



49.º Ahora bien, la reserva del fallo condenatorio, estipulado en el artículo 62 del Código Penal, procede: (i) cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa; (ii) cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; y, (iii) cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

∞ Respecto de su aplicación al delito de lesiones leves, contemplado en el artículo 122, inciso 3, literales c, d, y e, del Código Penal, ésta no procede en cuanto se sanciona con una pena no menor de tres ni mayor de seis años de privación de libertad, por lo que excede lo estipulado en el primer supuesto para la aplicación de reserva del fallo condenatorio. En lo referido a su aplicación al delito previsto en el artículo 122-B del Código Penal, si bien el marco legal de la pena privativa de libertad cumple con el primer supuesto enunciado; este delito también conmina una pena de suspensión de la patria potestad según el artículo 36 del Código Penal, como pena principal, por lo que no satisface el tercer supuesto necesario para su aplicación.

50.º Asimismo, aun cuando expresamente no se estipuló, es evidente que el juez, obligado a interpretar las normas de acuerdo a la Constitución y los tratados internacionales –entre los que se encuentran la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, además de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la SCoIDH Campo Algodonero vs. México–, debe limitar –que no impedir– la aplicación de instituciones sustantivas alternativas de menor rango en tanto no impliquen efectividad de la sanción, como la reserva de fallo condenatorio, prevista en el artículo 62 del Código Penal.

51.º El Código Penal prevé otras medidas alternativas a la pena privativa de libertad que el juez puede imponer, detalladas en el fundamento jurídico 47 del presente Acuerdo Plenario, entre ellas, la conversión de pena privativa de libertad a pena limitativa de derechos: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres y vigilancia electrónica personal, conforme lo estipulado en el artículo 32, en concordancia con el artículo 52, ambos del Código Penal. Esta posibilidad, a diferencia de la suspensión de la ejecución de la pena, conlleva a la imposición y cumplimiento efectivo de una sanción penal.

52.º En estos casos la viabilidad de la conversión de la pena privativa de libertad en penas limitativas de derechos o de multa está condicionada al cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad, adecuada a los fines preventivos especial y general que se esperan de la pena. El Juez debe efectuar, motivadamente, un juicio de pronóstico futuro que le permita inferir que el sentenciado no cometerá un nuevo delito de la misma naturaleza, a cuyo efecto deberá atender a los antecedentes del imputado –aun cuando se encuentren cancelados– por delitos de similar naturaleza u otro de carácter



violento, la naturaleza y número de agravantes infringidas, la personalidad del agente, la ficha de valoración de riesgo, las relaciones con la víctima, entre otros.

53.º De cualquier forma, cuando se estime alguna circunstancia relevante que amerite una respuesta punitiva de mayor intervención en el derecho a la libertad del condenado, el juez debe considerar, antes de imponer una pena privativa de libertad efectiva, la aplicación de la vigilancia electrónica personal, en la medida que se haya dado cumplimiento al procedimiento respectivo, según lo circunscrito en las normas que regulan su aplicabilidad -Ley 29499, Decreto Legislativo 1322, su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 004-2017-JUS, Decreto 006-2018-JUS y los protocolos específicos de actuación interinstitucional aprobados mediante el Decreto Supremo 008-2016-JUS y por la Resolución Suprema 0163-2016-JUS- y lo desarrollado en el Acuerdo Plenario 02-2019/CIJ-116²⁶.

54.º Finalmente, en caso de sentencia condenatoria, se debe disponer la continuidad y modificación de las medidas de protección, el tratamiento terapéutico a favor de la víctima, el tratamiento especializado al condenado, la continuidad o modificación de las medidas coercitivas civiles, la emisión de providencias de implementación del cumplimiento de las medias de protección y de cualquier otra a favor de las víctimas o sus deudos (artículo 20 de la Ley 30364).

55.º De estimar una gravedad manifiesta en el delito cometido se podrá, desde luego motivadamente, imponer la pena privativa de libertad efectiva.

IV. DECISIÓN

57.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

²⁶ Las notas más características de la vigilancia electrónica personal, desde el procedimiento respectivo, son las siguientes: Primera, solo procede a petición de parte, del propio interesado (penado o imputado), aunque también pueda proponerla el fiscal, en cuyo caso debe ser irremediamente aceptada por el imputado. Segunda, para su adopción se requiere de una preceptiva audiencia de vigilancia electrónica personal-o, en todo caso, que esta medida hubiese sido materia de una dialéctica contradictoria en la audiencia correspondiente, sea principal (propia del enjuiciamiento) o preparatoria (propia de la investigación preparatoria) o postulada, en vía de una moción de parte en la audiencia preliminar (propia de la etapa preliminar). Por consiguiente, el juez puede imponerla de oficio o sorpresivamente, tanto más si se requiere que la solicitud se escote de varios anexos, fijados en el artículo 5-A del Reglamento. Acuerdo Plenario 02-2019/CIJ-116. Asunto: Vigilancia electrónica personal. Fundamento jurídico octavo.



ACORDARON

58.º ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 19, 20, 23 al 25, 33, 42, 44 al 46, 49, 51 y 52 al 54 del presente Acuerdo Plenario.

59.º PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, 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.

60.º DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

61.º PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano* y en la Página Web del Poder Judicial.
HÁGASE saber.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA



BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 10-2019/CIJ-116

BASE LEGAL: Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley
Orgánica del Poder Judicial
ASUNTO: Organización criminal y técnicas especiales de
investigación

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial 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.º Las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– 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 y definir la doctrina legal correspondiente.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas.

o La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación



ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: A. Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. B. Diferencias hermenéuticas y técnicas especiales de investigación en los delitos de organización criminal y banda criminal. C. Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. D. Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. E. Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. F. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. G. Viáticos y peculado. H. Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

o En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a las diferencias hermenéuticas entre organización criminal y banda criminal, las siguientes personas:

1. Michael García Coronel – abogado.
2. Arturo Mosqueira Comejo – Fiscal Provincial
3. Irene Mercado Zavala – Fiscal Provincial.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra: A. Michael García Coronel. B. Irene Mercado Zavala. C. Arturo Mosqueira Comejo.

6.º La tercera etapa radicó, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Ha sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO y NEYRA FLORES.



II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA: LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

1.º El 20 de agosto de 2013, se promulgó la Ley 30077 – 184 contra el Crimen Organizado, en su Exposición de Motivos mencionó que el artículo 44 de la Constitución estatuye como un deber primordial del Estado, entre otros: “[...] proteger la población frente a las amenazas contra su seguridad [...]”. Sobre esta base el Estado elaboró diversas medidas punitivas frente a los hechos antisociales, a la vez que las concretó a través de preceptos legales, de carácter material y procesal, para garantizar su eficacia, asumiendo como límite el respeto de los derechos fundamentales y los valores, directivas y principios constitucionales. En esta perspectiva, añadió el legislador, que para poder enfrentar ciertas clases especiales de delitos –cuyas características dificultan su persecución e, incluso, en el caso del crimen organizado pueden socavar los cimientos de economía legal de cualquier Estado– es menester contar con instrumentos legales y operativos que permitan recabar adecuadamente las fuentes de investigación o de prueba.

∞ Es de tener presente, desde luego, que en materia de crimen organizado –en tanto, genéricamente, es de concebirlo como un “[...] entramado que dispone de gran cantidad de medios personales y materiales que le facilita su actividad delictiva” [CALDERÓN ARIAS, EMMA/LARA HECHEVARRÍA, LESLY: *La cualificación de los métodos especiales de investigación en América Latina y el Caribe*, Cali, Octubre 2016, p. 9]– las intervenciones normativas son aspectos importantes de un conjunto de factores, entre los que se encuentran, adicionalmente, no solo los desarrollos jurisprudenciales, sino también el compromiso institucional y político –de todos los poderes públicos– y los comportamientos de la sociedad civil. El control del crimen organizado y la reducción al mínimo su capacidad de dañar a la sociedad depende no solo del aparato del Estado: leyes, policías, fiscales y jueces, sino también de la movilización de la ciudadanía en contra de esta amenaza, debiéndose exigir públicamente la aplicación estricta de la ley y de la fuerza coercitiva y coactiva del Estado en contra de esta amenaza [NOGUEIRA D’ARGENIO, MARÍA LUCÍA: *Las especiales técnicas de investigación de los delitos de lavado de activos*. En: *Revista Pensamiento Penal*, Montevideo, 2014, pp. 1-2].

∞ La combinación conjunta de todos ellos es la clave para combatir con eficacia este grave problema, en el entendido de que la peligrosidad de la criminalidad organizada no sólo está conectada a (i) su brazo violento (eliminación física de adversarios y de víctimas, así como sosteniendo un clima de intimidación y alarma social) o (ii) su masiva presencia en los más variados mercados ilícitos (drogas, armas y explosivos, trata de personas, etcétera), sino también se deriva de (iii) su capacidad de infiltración en la política, en la economía, en la sociedad [Confróntese: MILITELLO, VINCENZO: *Lucha contra la criminalidad organizada de tipo mafioso y el sistema penal italiano*. En: *Problemas actuales de la justicia penal*, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO NICOLÁS (Director), Editorial Colex, Madrid, 2013, pp.119-120].



2.º En el articulado de la Ley 30077 –en adelante, la Ley– se incorporaron disposiciones generales para todas las técnicas especiales de investigación. La regulación de las mismas se consolidó porque se asumió, con razón, que las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes, carecen de efectividad frente a este tipo de delincuencia, y se consideró que las técnicas especiales de investigación están perfiladas con el propósito de interceptar tanto carga, como información acerca de cualquier operación sospechosa dentro de una organización criminal, antes de que esta sea completada exitosamente, justificadas por la necesidad de llevar a cabo investigaciones en el seno de agrupaciones criminales para desentrañarlas [CALDERÓN ARIAS, EMMA/LARA HECHEVARRÍA, LESLY: *Ob. Cit.*, pp. 10-11]-.

∞ Es de destacar, respecto de las técnicas especiales de investigación:

- A. Su aplicación, según las exigencias del caso concreto.
- B. Su empleo, con el escrupuloso respeto de dos principios claves. 1. De razonabilidad –entendido como no arbitrariedad– y 2. De Proporcionalidad –la necesidad, es un sub-principio del género que es el principio de proporcionalidad–, entre otros.
- C. Asimismo, en el artículo 15, inciso 1, de la Ley se estableció la obligatoriedad de colaboración por todas las instituciones y organismos del Estado, funcionarios y servidores públicos para la oportuna y eficaz realización de estas técnicas especiales de investigación.

3.º En el artículo 3 de la Ley se precisó su aplicación, de un lado, (i) a más de 50 tipos penales, entre los cuales destacan: trata de personas, extorsión, marcaje o reglaje, secuestro, tráfico ilícito de drogas en sus diversas modalidades, contra la salud pública, ambientales, tráfico ilícito de armas, pornografía infantil, contra la Humanidad, contra la Administración Pública, lavado de activos, entre otros; y, de otro lado, (ii) a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante específica su comisión mediante una organización criminal, y a cualquier otro delito cometido en concurso con los delitos antes citados.

∞ Es de tener en cuenta, por lo demás, que el artículo 2 de la Ley solo introdujo un criterio operativo para definir el ámbito objetivo o los alcances del proceso con especialidades procedimentales en materia de crimen organizado a los efectos de la aplicación de sus preceptos. El citado artículo 2 de la Ley no se erige, por tanto, en un tipo penal, sino consagra la institucionalización de un verdadero proceso con especialidades procedimentales.

∞ El nombrado artículo 2, en su inciso 2, definió el conjunto de individuos a los que se aplica las disposiciones que contiene. En efecto, la Ley comprendió: “La intervención de los (i) integrantes de una organización criminal, (ii) personas vinculadas a ella, o que (iii) actúan por encargo de la misma [...] que puede ser [en todos los casos] temporal, ocasional o aislada [pero] debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal”.

∞ Por último, según ya se aclaró en el Acuerdo Plenario 8-2019/CLJ-116, de la fecha, que el género del injusto de organización es la organización criminal, mientras que son



especies de ella (i) la organización criminal propiamente dicha y (ii) la banda criminal –en razón a su diferenciación por las notas características de su estructura interna, menos compleja en la segunda, y por la naturaleza de los delitos que integran su plan criminal sustantivo–. A ambas figuras típicas se extiende, por razones obvias, los alcances de la Ley 30077.

4.º Cabe agregar que, mediante el Decreto Legislativo 1244, de 29 de octubre de 2016, se establecieron diversas modificaciones a la Ley 30077. Por tanto, entre la lista de delitos comprendidos en el artículo 3 de la citada Ley se agregaron los delitos tipificados en los artículos 108-C, 108-D, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B y 310-C del CP.

∞ Dicho Decreto Legislativo, igualmente, modificó el artículo 24 la Ley, para que las personas condenadas como líderes y financistas de organizaciones criminales, así como los agentes que atenten contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables, no puedan obtener los beneficios penitenciarios referentes a la redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional. De igual manera, esta prohibición se extendió a los que desde esa integración o vinculación cometan los delitos de homicidio calificado, sicariato, trata de personas, trata de personas con agravantes, robo con agravantes y secuestro.

5.º Ahora bien, en la lucha contra la criminalidad organizada se han regulado diversas técnicas especiales de investigación para hacerle frente por sus altos índices de impacto negativo que produce en el colectivo social. En función a la evolución que ha tenido la criminalidad organizada, como consecuencia de la globalización de la economía, es que, en su nivel más sofisticado, le permitió “[...] actuar de forma directa o indirecta, en un radio de acción global y a tiempo real, cerradas, o atomizadas, y con un funcionamiento en red, y la difícil identificación tanto de sus componentes como de la forma en la que se articulan sus actividades criminales [...], lo que forzó a los gobiernos que desarrollen instrumentos de todo orden para que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad comenzaron a explorar técnicas de investigación propias de los servicios secretos” [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: *Estrategias Multidisciplinarias de seguridad para prevenir el crimen organizado*. Tesis doctoral. Barcelona, 2015, pp. 55-56].

∞ No obstante, pese a lo consignado en el último párrafo del fundamento jurídico precedente, un sector de la judicatura, lamentablemente, ha venido pronunciándose en el sentido de que no es posible investigar a una banda criminal empleando estas técnicas especiales de investigación –aun cuando se trata de injustos de organización y que, incluso, existen figuras procesales vigentes con anterioridad a la Ley, como es el caso del agente encubierto y especial, y de circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, con una aplicación obviamente expansiva–.

∞ Cabe reiterar que el artículo 2, apartado 1, de la Ley, no es un tipo penal, sino una mera definición operativa, muy amplia de organización criminal –solo para garantizar la eficacia de su persecución procesal– y, como tal, en su comprensible amplitud,



abarca lo que el Código Penal, en sus últimas reformas, denominó organización eriminal y banda eriminal (artículos 317 y 317-B, según el Decreto Legislativo 1244, de 29 de octubre de 2016). Las explicaciones pertinentes constan en el aludido Acuerdo Plenario 8-2019/CJ-116, de la fecha.

§ 2. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

6.º El armazón de las técnicas especiales de investigación está constituido por la normativa internacional. El 20 de diciembre de 1988, a partir de la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, también conocida como Convención de Viena, se realizó el primer intento serio para unificar los desiguales y variados mecanismos de investigación, que inclusive eran de aplicación informal.

o El artículo 11 de dicha Convención instituyó, en sede internacional y de cooperación judicial internacional, el procedimiento de “entrega vigilada”, con el fin de descubrir a las personas implicadas en los delitos tipificados conforme al párrafo 1 del artículo 3 de la Convención.

7.º Posteriormente, mediante la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, también conocida como Convención de Palermo (2000), que entró en vigencia en el 29 de septiembre de 2003, se logró especificar mucho más los procedimientos de investigación. En su artículo 20 reguló expresamente las denominadas “Técnicas Especiales de Investigación”, en cuyo inciso 1 se prevén los controles para la utilización de la entrega vigilada, y otras técnicas, como la vigilancia electrónica o, de otra índole, en este caso las operaciones encubiertas.

8.º Finalmente, con la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, también conocida como Convención de Mérida (2003), también se hace mención a las “Técnicas Especiales de Investigación”, “[...] en aras de combatir eficazmente la corrupción...” –artículo 50–, para que las Partes conforme a las condiciones prescritas en su derecho interno adopten las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso a “[...] la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica (es lo que se denomina “tecnovigilancia”) o de otra índole y las operaciones encubiertas (con la actuación del agente encubierto y con la configuración de operaciones trampa de creación de personas jurídicas ficticias), así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales”. Asimismo, desde la perspectiva de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, en su artículo 40, estableció que: “Cada Estado Parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados en la presente Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos



apropiados para salvar todo obstáculo que puede surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario”.

9.º Es relevante, desde la legislación internacional –esta vez de carácter regional, europea– la Recomendación Rec (2005) 10 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre “técnicas especiales de investigación” en relación a delitos graves, incluidos los actos de terrorismo, de 20 de abril de 2006 [CONSEJO DE EUROPA, Comité de Ministros].

∞ En los “Principios Generales” señaló (2) que los Estados miembros deben adoptar las medidas legislativas apropiadas para el uso de técnicas especiales de investigación con el fin de ponerlas a disposición de las autoridades competentes en la medida en que esto es necesario en una sociedad democrática y se considere adecuado para una eficiente investigación y persecución penal. Asimismo, (3) que los Estados miembros deben adoptar las medidas legislativas apropiadas para garantizar un control adecuado de la aplicación de técnicas especiales de investigación por parte de las autoridades judiciales u otros organismos independientes a través de una autorización previa, la supervisión durante la investigación o revisión *ex post facto*. El acento está, pues, de un lado, en el uso adecuado y necesario, en una sociedad democrática, de las mismas y, de otro lado, en el control adecuado de su aplicación.

∞ Frente a este último punto es de tener presente que el medio de investigación que se acuerda en la investigación está llamado a lograr resultados que puedan utilizarse como prueba en la causa penal, por lo que para su calificación como medio de prueba han de incorporarse al juicio oral bajo los principios de contradicción, igualdad de armas, intermediación, publicidad, y demás principios propios del proceso penal acusatorio. Adicionalmente, el respeto de la (i) cadena de custodia (artículo 220, apartado 5, del Código Procesal Penal) –cuando se trate de pruebas materiales–, además de la propia (ii) licitud en su obtención y actuación, otorgará eficacia procesal al elemento probatorio que resulte de las “Técnicas Especiales de Investigación” y podrá valorarse por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica judicial.

§ 3. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – LEGISLACIÓN INTERNA

10.º El Decreto Legislativo 824, de 24 de abril de 1996, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, en su artículo 28, introdujo las figuras del “agente encubierto” y de la “remesa controlada” como técnicas especiales de investigación de carácter secreto, las cuales tenían el propósito de obtención de la prueba –en pureza, fuentes de prueba– necesaria para la acusación penal.

∞ A continuación, la Ley 27697, de 12 de abril de 2002, incluyó como técnica especial de investigación la intervención de las comunicaciones, en su artículo 2 estatuyó el carácter secreto de esta técnica de investigación. En su consecuencia, fijó las fases en las que se desarrolla el proceso de intervención de las comunicaciones, designó a los funcionarios legitimados para solicitar al juez la intervención de las

Postquida



comunicaciones, así como también al encargado del desarrollo de las fases de esta (el fiscal) y a su personal de apoyo. Señaló, además, los presupuestos del requerimiento de intervención de las comunicaciones, y estableció medidas de control sobre estas actuaciones que podrá ejercer el afectado.

11.º El Código Procesal Penal –en adelante, CPP– aprobado por el Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004, a diferencia de la Ley 27967, de 12 de abril 2002:

A. Instituyó como presupuesto para el conocimiento y control de comunicaciones, no un listado de delitos, sino un criterio objetivo basado en la pena del delito: que corresponda a privación de libertad superior a cuatro años (artículo 230, apartado 1). Asimismo, el citado Código otorgó responsabilidad a los terceros que tengan en su poder correspondencia relacionada a la investigación y se nieguen a entregarla (existen excepciones, claro está). La intervención de las comunicaciones comprendía las comunicaciones telefónicas, radiales “...o de otras formas de comunicación”, a cuyo efecto el fiscal debía indicar al juez tanto la identidad del medio de comunicación o telecomunicación cuando la forma de la interceptación, su alcance y su duración (artículo 230, apartado 3, del CPP).

B. El control de comunicaciones escaló un nivel superior con el Decreto Legislativo 1182, de 27 de julio de 2015, que incorporó el uso de tecnologías de la información y comunicaciones por la Policía Nacional. Se trató de la localización o geolocalización de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar, cuando el acceso a los datos respectivos “[...] constituya un medio necesario para la investigación” (artículo 3, literal c). A estos efectos es imprescindible, para su debida ponderación, tomar en consideración la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014 –su regulación por el legislador, así como su interpretación y aplicación por el juez, no puede asumirse sin la referencia que impone el principio de proporcionalidad [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 177]–.

C. En cuanto al tópico de la “remesa controlada”, el CPP cambió su *nomen iuris* por el de “entrega circulación o entrega vigilada de bienes delictivos”. Impuso que la utilización de esta técnica corresponde al fiscal; y, la autorización judicial cuando se trate de interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos (artículo 340, apartado 3). Asimismo, previa orden judicial, incorporó la posibilidad de apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos, y en caso los tengan, poder sustituirlos, así como integró el listado de los bienes delictivos que pueden ser sustituidos.

D. En lo referente al agente encubierto (artículo 341 del CPP) facultó su introducción a cualquier organización criminal –no solo las que se dediquen al tráfico ilícito de drogas– y reguló de forma más específica su ámbito y límites de actuación dentro de la organización criminal en la cual se infiltra, así como también instauró de forma expresa la posibilidad de cambiar los documentos de identidad de estos agentes. Igualmente, dispuso la obligación de consignar en la Disposición Fiscal de



designación de agentes encubiertos tanto el nombre verdadero del miembro de la policía como el supuesto que utilizara en el caso concreto.

o El CPP, además, ordenó que la información que obtenga el agente encubierto ha de ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento del fiscal y sus superiores. También permitió el uso de esta información en otros procesos si es que tales conocimientos son necesarios para el esclarecimiento de un delito. De igual manera, impuso la obligación de ocultar su identidad si es necesario para su seguridad. Por último, instruyó al fiscal la obligación de solicitar autorización al juez de la investigación preparatoria para la ejecución de actuaciones que puedan afectar derechos fundamentales.

D. El 15 de junio de 2006, por Resolución 729-2006-MP-FN, la Fiscalía de la Nación aprobó el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto, que fijó los lineamientos generales que deberán observar los Fiscales para la utilización de estas técnicas de investigación secretas.

E. El artículo 207 del CPP incorporó al elenco de técnicas de investigación la denominada "videovigilancia", "tecnovigilancia" o "vigilancia electrónica", que igualmente la radicó en los delitos graves y contra organizaciones delictivas, siempre sin conocimiento del afectado. A la tradicional vigilancia directa –personal, por los propios agentes policiales–, se autorizó –en lo que ya se denomina "tecnovigilancia"–:

1. Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes.
2. Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado.

El último párrafo del citado artículo 207, apartado 1, del CPP, estableció: "Estos medios técnicos de investigación se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultado menos provechoso o se verta seriamente dificultada por otros medios".

o Es de puntualizar, desde ya, que la vigilancia es una observación secreta, continua y a veces periódica de personas, vehículos, lugares u objetos para obtener información sobre las actividades e identidad de individuos. Ésta, como tal, no representa una intromisión a los derechos fundamentales de los ciudadanos investigados. En ella, (i) la vigilancia directa, se pueden utilizar prismáticos, cámaras fotográficas o video gráficas con zoom, así como disfraces, coches disimulados o incluso que se aposten en ventanas o azoteas; y, puede comprender lugares abiertos y lugares cerrados pero de pública concurrencia o abiertos al público (bares, discotecas, cines, tiendas, etcétera), así como también en lugares privados, aunque en este último caso se requiere de una previa orden judicial por afectarse la libertad domiciliaria. Y, para minimizar los riesgos de los agentes policiales y alcanzar un grado de eficacia aceptable contra las organizaciones del crimen organizado, se permitió utilizar elementos electrónicos en la vigilancia, que por ello se denomina (ii) vigilancia electrónica o tecnovigilancia (microsistemas de seguimiento y grabación de imágenes –es lo que se denomina vigilancia electrónica o tecnovigilancia–). Esta última se define como "[...] todo tipo de control telemático de la actividad personal del individuo o de cuando sucede en un espacio, lugar u objeto, referido a un momento determinado, sirviéndose para

Costa Rica

ello de algún instrumento de base científica". Los instrumentos de base científica más utilizados son los sistemas de seguimiento: (i) vía satélite, (ii) por teléfono móvil, (iii) por computadora, (iv) por movimientos bancarios –pagos con tarjeta de crédito o realización de movimientos bancarios por vía telemática–, entre otros que dicten los avances de la tecnología [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: *Ob. Cit.*, pp. 279-284].

∞ Es claro, por lo demás, que el CPP utilizó una redacción amplia o flexible para comprender los avances de la tecnología en la investigación del delito en reconocimiento a la continua evolución de la ciencia aplicada a la criminalística. En esta perspectiva estipuló lo siguiente: "Utilizar otros medios de investigación especiales [...]": éstos "...se dispondrán cuando resulten indispensables [...]".

∞ En tal virtud, como señaló la STCE 49/1999, de 5 de abril, aun cuando se presenten supuestos de una insuficiente adecuación al ordenamiento que las nuevas tecnologías pueden generar –aunque comprendidas en una lógica normativa global o genérica–, ello "[...] no implica por sí misma necesariamente la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales, siempre que éstos hubieran actuado en el caso concreto respetando las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad"; aunque, como apuntó la STCE 145/2014, de 22 de septiembre: "el legislador ha de hacer el 'máximo esfuerzo posible' para garantizar la seguridad jurídica [de suerte que...] la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad par aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad". Es imprescindible, por consiguiente, que la ley señale en qué tipo de delitos y en qué clase de circunstancias las técnicas especiales de investigación pueden estar justificadas. En el caso nacional, desde luego, existe suficiente base legislativa para estimar que cumple con el presupuesto de tipicidad procesal, que integra el principio de proporcionalidad.

12.º La Ley 28950, de 16 de enero de 2007, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, modificó parcialmente la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación, pero fue la Ley 30077, de 1 de julio de 2014, la que incorporó la figura del agente especial, entendiéndolo por tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal. Se le otorgó una protección igual que al agente encubierto, en lo que se refiere a la protección de su identidad.

13.º En cuanto al agente encubierto –que se extiende, como es obvio, al agente especial– se estipula que estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que son consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito.

∞ Cabe puntualizar que el artículo 341 del CPP ha sufrido varias modificaciones. La última se produjo por la examinada Ley 30077, de 20 de agosto de 2013, de suerte que colocó en igualdad de condiciones al agente encubierto y al agente especial,



aunque incorporó el principio de subsidiaridad para la aplicación de éste último, al prever que tal figura legal solo se utilizará “[...] cuando las circunstancias así lo requieran, [el cual solo podrá ser el] ciudadano que por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal [mejor dicho, desde nuestro sistema eurocontinental, ‘pruebas de cargo’]” (artículo 341, apartado 1, última oración, del CPP).

14.º La Ley 29733 – Ley de Protección de Datos Personales, de 3 de julio de 2011, en su artículo 13, inciso 4, sancionó que la incautación, interceptación o intervención de las comunicaciones, telecomunicaciones, sistemas informáticos o sus instrumentos de carácter privado o uso privado sin mandato motivado del juez o autorización de su titular carecerán de efecto legal. Esta ley, sin duda, previó lo que se denomina el “registro de dispositivos masivos de información”, en cuanto vigilancia electrónica, siempre bajo autorización judicial –al poder resultar afectado el derecho a la intimidad– salvo razones de urgencia, que luego exigirá la ratificación judicial, en la medida en que la información buscada esté contenida en dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos: discos duros de computadora, correos electrónicos o en los teléfonos móviles.

15.º El artículo 7 de la Ley 30077, titulado “Disposiciones Generales”, respecto de las técnicas especiales de investigación –Capítulo II de la Ley–, autorizó la utilización de estas últimas siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables, en función al caso concreto, es decir, caso por caso. Introdujo como presupuestos de legitimidad de estas técnicas especiales de investigación el debido cumplimiento de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Afirmó, además, y cuando corresponda, que el requerimiento fiscal y la resolución judicial deben (i) estar debida y suficientemente motivados, bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de (ii) cumplir los demás requisitos legalmente previstos, así como (iii) señaló la forma de ejecución de la medida, su alcance y su duración. En estos casos, (iv) la resolución judicial se emite de plano, sin trámite alguno y en el plazo de veinticuatro horas.

o Asimismo, el artículo 9 de la Ley, para la interceptación postal e intervención de las comunicaciones, determinó que toda correspondencia que no tenga relación con los hechos investigados es devuelta a menos que revele la presunta comisión de otros hechos punibles. Igualmente, el artículo 10 de la Ley, respecto del registro de la intervención de las comunicaciones, estipuló que las comunicaciones irrelevantes deben ser destruidas a menos que revele una presunta comisión de otro hecho punible. En cuanto a la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, el artículo 12 estableció que las personas naturales que colaboren, con autorización o por encargo de la autoridad competente, en la ejecución de esta diligencia, se encuentran exentas de responsabilidad penal, siempre que su actuación se haya ceñido estrictamente al ámbito, finalidad, límites y características del acto de investigación. El artículo 13, en lo concerniente a los agentes encubiertos, los facultó para intervenir en toda actividad



útil y necesaria para la investigación del delito que motivó la diligencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 341 del CPP. Finalmente, el artículo 14 reconoció la realización de acciones de seguimiento y vigilancia para los sospechosos o de terceras personas con las que guarda conexión, bajo los lineamientos del artículo 207 del CPP.

16.º El Decreto Legislativo 1307, de 30 de diciembre de 2016, modificó el artículo 341 del CPP correspondiente al agente encubierto y al agente especial. (i) Amplió su ámbito de actuación a los delitos de trata de persona y contra la Administración Pública. Y, respecto de los que pueden ser agentes especiales, en el apartado 7, (ii) facultó la intervención como tales de funcionarios, servidores y particulares como agentes especiales y el tratamiento que merecerán estos.

17.º El citado Decreto Legislativo también añadió el artículo 341-A CPP, con el objeto de establecer la regulación de las operaciones encubiertas que puede realizar la Policía Nacional del Perú para poder proteger legalmente personas jurídicas y bienes en general. El citado artículo otorgó al Fiscal la facultad de (i) crear, para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar las ya existentes; así como, de (ii) autorizar la participación de personas naturales encubiertas, quienes podrán participar de procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado.

∞ Del mismo modo, el Decreto Legislativo 1307 incorporó al CPP el artículo 68-A, denominado "Operativo de revelación del delito". Es, desde luego, una técnica especial de investigación -técnica que en sí misma no importa una restricción de derecho fundamental alguno-, circunscripta, desde una perspectiva interinstitucional, a la formación de grupos de investigación integrados del Ministerio Público, la Policía Nacional u otra institución pública -siempre que no genere riesgos relevantes de frustración- (verbigracia: SUNAT, organismos de seguridad pública, Unidad de Inteligencia Financiera, Contraloría General de la República, etcétera), para el descubrimiento y esclarecimiento de un delito -obviamente complejo- para (i) identificar (lógicas de individualización, reconocimiento y determinación) y, de ser el caso, (ii) detener a sus autores, que en todo caso debe ser perennizado a través del medio idóneo.

∞ La Ley no solo incorporó, como técnicas especiales de investigación, las medidas instrumentales de derechos o "medios de búsqueda de pruebas y restricción de derechos" de interceptación postal, intervención de comunicaciones y acciones de seguimiento y vigilancia, también hizo lo propio, conforme a su artículo 16, aunque bajo la denominación de "Medidas limitativas de derechos", al levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, que ya estaba previsto en los artículos 235 y 236 del CPP -solo agregó expresamente la reserva bursátil-, bajo criterios más flexibles.

18.º Desde esta perspectiva, ha de entenderse por técnicas especiales de investigación aquellos métodos de esclarecimiento o averiguación utilizados para reunir



información aplicados por la autoridad penal con el objetivo de detectar e investigar delitos y sospechosos sin alertar a la persona o personas a la(s) que esta acción va dirigida. Son especialmente convenientes frente a actividades delictivas complejas para hacer frente a las organizaciones criminales y bandas criminales debido a los peligros y dificultades inherentes al logro del acceso a sus operaciones y a la reunión de información y fuentes de prueba para su utilización en los procesos penales [confróntese: UNODC: *Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada: instrucción de evaluación de necesidades*, Nueva York, 2016, p. 58].

∞ La técnica de investigación, como se sabe, es la aplicación práctica de un método concreto de investigación, en tanto camino o medio para llegar a un fin basada en herramientas para la investigación y sanción de delinquentes. Se la clasifica en técnicas tradicionales de investigación y técnicas especiales de investigación. Las primeras son aquellas que se visualizan hacia atrás, reconstruyen hechos del pasado y ofrecen al investigador los móviles y circunstancias en que se cometió el delito, así como la determinación de las personas que participaron en su comisión. Las segundas, visualizan el presente y hacia adelante, a modo de extraer elementos de una organización criminal en plena operación; y, comprende toda información relacionada a la agrupación criminal, como el tipo de estructura que presenta, modo de operar, identificación de miembros y colaboradores de la organización, forma de reclutamiento de nuevos miembros, forma menos peligrosa para infiltrar la organización, forma de relacionarse con otros grupos criminales, examen de toma de decisiones y grado de agresividad de la organización [RIVAS GUERRA, ALEJANDRO: *Análisis sistemático de los métodos especiales de investigación en el régimen jurídico guatemalteco*, Tesis de Licenciatura, Asunción de Guatemala, noviembre 2014, pp. 90-91]. Las técnicas especiales de investigación, por lo demás, permiten obtener pruebas directas e indiciarias más certeras para comprobar los delitos de realización compleja o de alta profesionalidad delictiva; y, tienen lugar cuando las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes [DIBAN, MICHEL: *Técnicas Especiales de Investigación*. OAS/SMS/CICAD y Comisión Nacional Antidrogas de El Salvador. Seminario Taller sobre Lavado de Activos para Jueces, Fiscales y Funcionarios encargados del Cumplimiento de la Ley. San Salvador – El Salvador, octubre 2013, p. 2].

∞ Es de concebir que la criminalidad organizada, especializada, utiliza unos medios de actuación que se encuentran totalmente cerrados al exterior, por lo que la intervención de la autoridad penal exige, a menudo, trasladarse a la investigación de ese ambiente [MOLINA PÉREZ, TERESA: *Técnicas Especiales de Investigación*. En: *Revista Anuario Jurídico Económico*, Real Centro Universitario "Escorial María Cristina", N° 41, Enero 2006, pp. 185]. También es de tener en consideración que uno de los objetivos fundamentales de la Ley, a través de las técnicas especiales de investigación, es, desde luego, abarcar el conocimiento de las estructuras de la organización, formas de operación y ámbitos de actuación e identidad de los integrantes del grupo delictivo, así como investigar y procesar no solo a las personas



físicas que pertenezcan a la organización criminal, sino las personas jurídicas de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos [confróntese: artículo 11 de la Ley Federal contra la delincuencia organizada de México, de 7 de noviembre de 1996, modificada el 7 de abril de 2017].

o Por lo general las técnicas o actos especiales de investigación (i) se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación, así como (ii) entrañan una limitación de derechos fundamentales. En algunos casos, la autorización, por ser de baja o de mediana intensidad, corre a cargo del Ministerio Público, y cuando se trata de una intervención intensa o grave en los derechos constitucionales requiere autorización judicial expresa (es el caso, por ejemplo, de la protección del domicilio, del secreto postal y del secreto de las comunicaciones, de la reserva tributario y del secreto bancario). De igual manera, estas técnicas especiales tienen como nota característica que, en su mayor parte, incorporan las tecnologías de la información y la comunicación, bajo el entendido que "[...] resulta posible afirmar que, bien la mayoría de los delitos dejan rastros en formato digital que pueden ser utilizados posteriormente en la investigación criminal para la averiguación de hechos y el descubrimiento de sus responsables, bien cualquier hecho delictivo puede ser investigado a través de múltiples instrumentos tecnológicos que facilitan las labores de investigación" [ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: *El Impacto de la tecnología en la investigación penal y en los derechos fundamentales*. En: AA. VV. (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS (DIRECTOR): *Problemas actuales de la justicia penal*, Editorial Colex, Madrid, 2013, p. 317].

o El derecho comparado reconoció no solo las técnicas especiales de investigación, referidas a la (i) "entrega circulación o entrega vigilada de bienes delictivos" y al (ii) "agente encubierto y especial", aparte de la (iii) "vigilancia y observación físicas", que consiste —esta última— en someter al sospechoso a supervisión física, o seguimiento y filmaciones —incluso puede comprender la supervisión de sus cuentas bancarias o el uso de sofisticados métodos de control de las operaciones—, también configuró la (iv) vigilancia electrónica, que sirve para captar las conversaciones de particulares, algunos de los cuales podrían no estar implicados en la investigación, y puede ampliarse a la utilización de dispositivos de escucha, interceptación telefónica o de correo electrónico, y a la utilización de dispositivos de rastreo; las (v) "operaciones encubiertas y el recurso a las operaciones 'trampa'", que es un procedimiento planeado y ejecutado, siguiendo diversas tácticas, para ocultar la identidad de su autor [RIVAS GUERRA, ALEJANDRO: *Ob. Cit.*, p. 110], cuya utilidad se expresa cuando es muy difícil acceder por medios convencionales a una conspiración delictiva, mientras que su objetivo es entrar en contacto con los sospechosos, de manera que los agentes de la ley puedan ser testigos de prácticas delictivas y exponerlas, y desde una perspectiva más compleja crear de una entidad societaria con estos fines; y, (vi) la "supervisión de transacciones financieras" que permita identificar los movimientos de fondos ilícitos a través de instituciones financieras desde un control administrativo idóneo para tener acceso a las informaciones correspondientes para determinar el movimiento de fondos y las relaciones entre los involucrados, y de esta forma permitir que los



investigadores vigilan las cuentas para localizar y determinar los movimientos y la forma en que se han dispersado los beneficios financieros de delitos complejos, entre ellos el de corrupción [confróntese: UNODC: *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Nueva York, 2010, pp.201-203].

§ 4. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – PRINCIPIOS REGULATORIOS

19.º Con la instauración del Estado de Derecho, se incorporó una serie de principios, derechos y garantías que intentan proteger a los individuos contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado. Ellos conforman la base política de orientación para la regulación del Derecho penal de un Estado, el marco político dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal. Tienen la máxima jerarquía, de carácter constitucional, de suerte que emanan de la ley suprema que otorga fundamento de validez [MAIER, JULIO: *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, 1996, pp. 473-474].

∞ Pero no solo se encuentran en la legislación nacional, sino también en la legislación internacional, en los tratados suscritos y ratificados por el Estado peruano. En materia penal, aquellos principios que tienen incidencia en el proceso penal, en general, y en las técnicas especiales de investigación, en específico, cumplen la función de orientar a las entidades que intervienen, tanto particulares como públicas, a actuar dentro del marco de legalidad, y así luchar contra el crimen organizado de una manera más efectiva, habida cuenta de que los mecanismos tradicionales de persecución penal se muestran deficientes ante estas nuevas modalidades de criminalidad moderna.

20.º Los principios que rigen las técnicas especiales de investigación son ocho [confróntese: UNODC: *Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada*, Septiembre 2005, Bolivia, pp. 13-14]. El entendido básico es que estas técnicas deben ser utilizadas con especial ponderación y teniendo presente que revisten un carácter subsidiario y excepcional, debiendo ser sometidas a estrictos y rigurosos controles legales y judiciales [NOGUERA D'ARGENIO, MARÍA LUCÍA: *Ob. Cit.*, p. 27].

1. Principio de legalidad. En materia procesal penal, conforme al artículo IV del Título Preliminar del CPP, “*Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada [...]*”. Sin embargo, la mera existencia de una autorización legal no implica necesariamente que no esté vacía de contenido, lo que originaría que, en el caso concreto, se “legitimen” medidas de investigación desproporcionadas.

2. Principio de excepcionalidad o de subsidiaridad. Ante la insuficiencia de los métodos tradicionales de investigación del hecho punible, se erigen las técnicas especiales de investigación como la última salida para no dejar impune el delito; por consiguiente, se aplican en caso de ausencia o insuficiencia de fuentes de

investigación o de prueba –la medida intrusiva se adopta cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos fundamentales que inciden primordialmente en el derecho a la intimidad [NOGUEIRA D'ARGENIO, MARÍA LUCÍA: *Ob. Cit.*, p. 17. STC 4750-2007/PHC-TC, de 9 de enero de 2009]–. Sin embargo, ello no implica agotar previamente todas las medidas de investigación, para que frente a la insuficiencia de sus resultados recién se proceda a utilizarlas. En el caso concreto, ha de analizarse si efectivamente, por la naturaleza, complejidad y características de la infracción delictiva, se requieren este tipo de técnicas de investigación. Esta labor exige un juicio de comparación entre las medidas disponibles y escoger entre aquellas que tengan la misma eficacia, la menos dañina desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

Principio de proporcionalidad. Es el más característico en cualquier diligencia que vulnera los derechos fundamentales, e importa una ponderación, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, entre dos intereses en conflicto: el sacrificio de los derechos e intereses afectados y el beneficio que resulte para el interés público y de terceros –prohibición del exceso–, de modo que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adaptación resulte para el interés público y de terceros [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Ob. Cit.*, p. 215]. Se ha de tomar en cuenta la gravedad del hecho –el más relevante–, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes en el caso concreto –aunque, más bien, este criterio objetivo está vinculado al principio de intervención indiciaria–, la vulnerabilidad de la víctima o la alarma social, y la relevancia del resultado perseguido con la restricción de derechos, siempre desde una valoración ex ante (STSE de 24 de mayo de 2017).

∞ El Tribunal Constitucional Español ha manifestado que el principio de proporcionalidad *“exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el artículo 9 de nuestra Constitución”* (STCE 66/1985).

∞ Dentro de los presupuestos del principio de proporcionalidad se encuentran, como presupuesto formal el principio de legalidad y como presupuesto material el principio de justificación teleológica. Este último introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan de gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos –analizándose el fin en sí mismo considerado y que tienda a la consecución de fines legítimos– [GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Editorial INPECCP-UCLM-CENALES, Lima, 2018, p. 81).

∞ Asimismo, el principio de proporcionalidad, además, requiere el cumplimiento de requisitos extrínsecos e intrínsecos. Son dos los requisitos extrínsecos: jurisdiccionalidad de la medida en tanto se afecta de modo grave los derechos fundamentales, y motivación de las resoluciones judiciales [GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Ob. Cit.*, p. 127].

∞ Dentro de los requisitos intrínsecos se encuentran una serie de sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad es un juicio de valor de objetivos de la decisión jurídica que dispone medidas frente a los derechos fundamentales, teniendo presentes los propósitos contenidos en la determinación de la decisión para confrontarlos con los objetivos preestablecidos en el sistema jurídico-constitucional y así concluir si son legítimos frente a este; el resultado del juicio de idoneidad, además, determinará la duración de la medida [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Ob. Cit.*, p. 214]. El segundo componente es el juicio de necesidad, también denominado de intervención mínima, o de subsidiariedad, que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones –incluso protecciones y promociones que pueden tener efectos colaterales sobre otros derechos– que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos –como dice la STSE de 27 de septiembre de 2016: “la valoración de la necesidad dependerá fundamentalmente de las circunstancias de cada caso, y entre ellas de los cauces por los que haya discurrido la investigación, de los que se pretende seguir y de las posibilidades racionales de continuar exitosamente aquella”–; en buena cuenta, a los efectos de estas técnicas, solo cabe acudir a ellas “[...] si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque ni no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención” (STSE 844/2002, de 13 de mayo). Finalmente, el último componente es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, determina si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá declararse inadmisibles [LONDOÑO AYALA, CÉSAR: *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2009, pp. 386-387].

∞ En esta perspectiva, para dictar una tal medida resulta imprescindible: A. Con carácter genérico, los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad. B. Los datos objetivos que pueden considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave [del previsto por la Ley], que deben ser accesibles a terceros. C. Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afecta por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de

la persona. D. Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva. E. La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que se ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cuál ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado (confróntese: STSE de 18 de abril de 2013).

4. Principio de celeridad. La aplicación de las técnicas especiales de investigación debe darse con prontitud y diligencia, por la finalidad de las mismas, y dentro del marco de la oportunidad de sus actuaciones. Incluso es posible que puedan otorgarse prórrogas, siempre que no vicie de ineficacia las fuentes de investigación o de prueba que puedan recabarse.
5. Principio de reserva. Las técnicas especiales de investigación se dictarán y ejecutarán dentro de la más estricta reserva o sigilo –una de las características más importantes es no ser detectado y por ello siempre se debe procurar realizarla de forma disimulada o no detectable, pues de otra forma, de advertirlo el sospechoso, reduciría drásticamente sus actividades ilícitas [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: *Ob. Cit.*, p. 279]–. Ha de velar por seguridad de los agentes oficiales que las ejecutan, requerirá un férreo control y supervisión por el Ministerio Público y sus actuaciones, en aras de garantizar la confiabilidad de lo obtenido, deberán ser protocolizadas con el más estricto apego a las reglas correspondientes –la existencia de salvaguardas en defensa de los derechos de los afectados es fundamental–.
6. Principio de pertinencia. Autorizada la técnica especial de investigación, su ejecución ha de tener en cuenta la relación costo-beneficio y la complejidad de la investigación. Solo se recabarán aquellas informaciones relevantes para el debido esclarecimiento de los hechos investigados. Este principio sirve para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida; y, además, para la elección de la medida pertinente –ésta es la que requiere una justificación desde el punto de vista de este principio–.
7. Principio de especialidad. Las técnicas especiales tienen que estar relacionadas con la investigación de un hecho delictivo concreto, las personas, el objeto de la medida planteada y los datos previos con que se cuenta en el momento en que se acuerde utilizarlas. No se pueden utilizar para investigaciones prospectivas [GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA: *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 233-34]. Los agentes oficiales –policías, fiscales y otros intervinientes legalmente autorizados– deberán ser idóneos, es decir, aptos o capaces, así como especializados o cualificados para lograr los objetivos de estas técnicas especiales, de suyo complejas y peligrosas.
8. Principio de jurisdiccionalidad. El CPP optó por establecer que las autorizaciones para las técnicas especiales de investigación deben provenir del Ministerio Público, al entender implícitamente que el nivel de afectación a los derechos fundamentales –es especial a la intimidad y autodeterminación informativa– es de débil o mediana intensidad. Pero, en caso puedan configurar una intensidad fuerte

en el núcleo esencial de los derechos fundamentales se requerirá, siempre, orden de juez competente mediante una resolución fundada.

∞ La incidencia más numerosa de las técnicas especiales de investigación en cuanto a la utilización de la tecnología incide en el derecho a la vida privada. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concebido este derecho de una manera muy amplia, de suerte que abarca múltiples aspectos de la identidad física y social de la persona. Cubre la integridad física y psicológica de una persona, la identificación del género, el nombre y la orientación sexual, así como la información sobre su salud, e incluso la identidad étnica. Protege, además, el derecho al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior [ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: *Ob. Cit.*, p. 320].

∞ De otro lado, para ponderar la compatibilidad de las medidas dispuestas por la autoridad pública, las SSTEDH *Friedl vs. Austria*, de 31 de enero de 1995, y *Peck vs. Reino Unido*, de 28 de enero de 2003, precisado que ha de considerarse, entre otros parámetros, el contexto específico en que la información en cuestión ha sido recopilada y conservada, la naturaleza de los registros, la forma en que se utilizarían posteriormente esos registros procesados informáticamente, así como los resultados que pueden obtenerse y su grado de afectación sobre la intimidad del individuo.

§ 5. UTILIZACIÓN DE DRONES Y SATÉLITES EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

5.1 LOS DRONES

21.º Dentro de la legislación internacional, la Convención de Chicago sobre Aviación Civil Internacional de 1944 ya regulaba en su artículo 8 las aeronaves sin piloto: “Ninguna aeronave capaz de volar sin piloto volará sin él sobre el territorio de un Estado contratante, a menos que se cuente con autorización especial de tal Estado y de conformidad con los términos de dicha autorización”. Asimismo, en el ámbito europeo, por ejemplo, se cuenta con: (i) la Ley 18/2014 de España, que posibilita operaciones civiles con aeronaves a control remoto; (ii) el Real Decreto 1036/2017, que regula la utilización civil de aeronaves a control remoto; (iii) el Reglamento (UE) 2018/1139, que armoniza la regulación de los drones que tengan los países miembros, entre otras normativas. Esto demuestra la concientización respecto al uso de las nuevas tecnologías y la necesidad de regularlas positivamente dentro del ordenamiento jurídico.

22.º En la legislación nacional se tiene la Ley 30740, Ley que regula el uso y las operaciones de los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (RPAS), de 22 de marzo de 2018. En otro nivel normativo, se cuenta con la Resolución Directoral 501-2015-MTC/12, Norma Técnica Complementaria “Requisitos para las Operaciones de Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia”, de 3 de noviembre de 2015; así como diversas ordenanzas municipales, como la Ordenanza 405-MSI, de veintiocho de octubre de 2015, que regula el uso de aeronaves no tripuladas pilotadas a distancia



por control remoto que circulan en la jurisdicción del distrito de San Isidro, al igual que su Reglamento, aprobado por Decreto de Alcaldía 021-2015-ALC/MSI, de 11 de diciembre de 2015), que restringe la circulación de drones en el Bosque El Olivar, dada su condición de Zona Monumental, pero pueden operar en áreas libres del distrito que tengan las características de malecones, acantilados y/o parques (artículo 5). Ello debido a la posible injerencia de los drones a derechos como la intimidad y en resguardo de la tranquilidad pública.

23.º De acuerdo a la Real Academia española de la Lengua, el término "dron" es un anglicismo que proviene del término "drone", que significa "avión no tripulado". Existen comúnmente dos tipos de drones: aquellos que operan de forma autónoma, o sea que no requieren la intervención de un operador humano durante la mayor parte de su funcionamiento (debido a que previamente requieren una configuración por parte del usuario); y aquellos drones a control remoto, que están permanentemente siendo manipulados por un piloto. Estos drones pueden incorporar diferentes dispositivos dentro de su estructura, lo que facilita la obtención de tomas de fotografías o filmaciones en video, así como el acceso a zonas que un humano comúnmente no podría llegar por sus propios medios.

24.º En esta perspectiva, es evidente que los drones, en cuanto instrumentos tecnológicos, están en condiciones de facilitar la obtención de fuentes de investigación o de prueba. A través de distintos dispositivos incorporados dentro del dron es posible obtener información penalmente relevante para el posterior enjuiciamiento de organizaciones y bandas criminales, como la toma de fotografías, videograbaciones, etcétera.

25.º Dentro del ordenamiento procesal penal está regulada, como una medida de búsqueda de prueba, la Vidzovigilancia, según el Capítulo I, Título III del Libro Segundo del CPP, específicamente en el artículo 207¹. Esta técnica especial de

¹ Artículo 207. Presupuestos y Ejecución

1. En las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas, el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar:

- a) Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y,
- b) Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado.

Estos medios técnicos de investigación se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultare menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios.

2. Estas medidas podrán dirigirse contra otras personas si, en el supuesto del literal a) del numeral anterior, la averiguación de las circunstancias del hecho investigado se vieran, de otra forma, esencialmente dificultadas o, de no hacerlo, resultaren irrelevantemente menos provechosas. En el supuesto del literal b) del numeral anterior, se podrá dirigir contra otras personas cuando, en base a determinados hechos, se debe considerar que están en conexión con el investigado o cuando resulte indispensable para cumplir la finalidad de la investigación, sin cuya realización se podría frustrar dicha diligencia o su esclarecimiento pueda verse esencialmente agravado.

3. Se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados.

4. Las medidas previstas en el presente artículo también se pueden llevar a cabo si, por la naturaleza y ámbito de la investigación, se ven irremediamente afectadas terceras personas.



investigación -naturaleza derivada del artículo 14 de la Ley 30077²- tiene como objetivo obtener fuentes de investigación o de prueba que permitan sustentar un eventual requerimiento fiscal, como la prisión preventiva o alguna otra medida de coerción, así como la propia acusación y, en su caso, la sentencia si se incorpora al juicio oral como medio de prueba.

o Los drones son un instrumento tecnológico mediante el cual se puede obtener fuentes de prueba por hechos penalmente relevantes. Se erige en una técnica especial denominada "videovigilancia", que tiene (i) la capacidad de incorporar dentro de sí dispositivos digitales destinados a realizar tomas fotográficas y registro de imágenes (artículo 207, apartado 1, literal 'a', del CPP); y, de la misma manera, (ii) puede ser utilizado para cumplir labores de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado (artículo 207, apartado 1, literal 'b', del CPP).

26.º En orden a lograr su eficacia procesal o probatoria, las grabaciones obtenidas por los drones deben superar un filtro de constitucionalidad. Por tanto, es imperativo el cumplimiento de los siguientes cuatro requisitos:

A. Principio de legalidad. Esta modalidad de videovigilancia debe tener una previa previsión legal, puesto que de lo contrario toda la información recabada se tomará ilícita.

B. Principio de proporcionalidad. Ante la eventual afectación de derechos fundamentales, como en su caso los derechos a la imagen (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), a la inviolabilidad de domicilio (artículo 2, inciso 9, de la Constitución), a la intimidad personal y familiar (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), entre otros, es necesario que su utilización superen el test de proporcionalidad.

C. Autenticidad e inmediatez temporal. Una vez grabada la información que contiene medios de investigación o de prueba inculpativos, siempre por mandato del Fiscal debe seguirse el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones (concordancia, en lo pertinente, de los artículos 207, apartado 5, y 231 del CPP). Recuérdese que la orden de videovigilancia es una atribución del Ministerio Público -salvo cuando se afecte la libertad domiciliaria (artículo 207, apartado 3, del CPP)- y el procedimiento de ejecución es el contemplado para la intervención de comunicaciones con arreglo a las reglas del artículo 231 del CPP.

o Es importante garantizar la fiabilidad de lo obtenido, lo cual se logrará con la aportación original del soporte físico donde se encuentra almacenada, lo que se justifica en la necesidad de evitar reproducciones irregulares y manipulaciones indebidas que el contenido esencial de la información obtenida -videograbación y/o

5. Para su utilización como prueba en el juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones.

² Artículo 14. Acciones de seguimiento y vigilancia

El fiscal, de oficio o a instancia de la autoridad policial, y sin conocimiento del investigado, puede disponer que este o terceras personas con las que guarda conexión sean sometidos a seguimiento y vigilancia por parte de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

Patricia de O.



imagen-, con el riesgo fundado de una malinterpretación del contexto en que fue tomada [QUISPE FARFÁN, FANY: *Uso de la videovigilancia en la investigación del delito*. En: *Los actos de investigación contra el crimen organizado*. AAVV. CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR - GIRAO, MIGUEL (COORDINADORES), 2016, Instituto Pacífico, pp. 574-575].

∞ Lo expuesto no debe llevar a la errónea interpretación de que solo los archivos originales tienen capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia. En caso se pretenda utilizar una copia, debe seguirse la protocolización correspondiente por quien tiene la fe pública judicial notarial.

∞ El requisito de la inmediatez, en los casos de utilización de drones utilizados por particulares no implica necesariamente que si el material obtenido no es puesto a disposición del Ministerio Público en un lapso relativamente corto, este se torne ineficaz. La inmediatez busca garantizar que los riesgos de manipulación sean disminuidos considerablemente (ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ: *Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español*. En: AAVV. CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR - GIRAO, MIGUEL (COORDINADORES), *Los actos de investigación contra el crimen organizado*, 2016, Instituto Pacífico, p. 481). En estos casos, como su aporte se hace a través del medio de prueba documental, siempre, será necesario, realizar pericias para determinar alteraciones significativas en su contenido (artículo 186, apartado 2, del CPP).

∞ En consonancia con lo anotado, ante los posibles sesgos cognitivos y la desconfianza de las imágenes y filmaciones -falta de perseguidor probatoria-, deberán emplearse los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario 4-2015/CJ-116, de 21 de junio de 2016, a través de la concreción de lo comúnmente denominado "prueba sobre prueba". Siempre es de cuidar que no se considere incontestable los productos derivados de tal práctica probatoria; los jueces deben estar preparados para detectar con ayuda de peritos, salvo que la manipulación sea tan burda y fácilmente identificable, alteraciones de las pruebas videográficas.

D. Integridad. El contenido total de la videograbación o de la imagen captada a través de la videovigilancia ha de ser resguardada por el Ministerio Público, y al finalizar la medida puesta en conocimiento del juez -si la orden tuvo origen judicial- y al afectado, quien puede instar su reexamen judicial en los términos del artículo 231, apartado 3, del CPP, sin perjuicio de solicitar la realización de las pericias de autenticación correspondientes. El afectado debe conocer el conjunto de las actas levantadas, la totalidad de las grabaciones, videograbaciones o fotografías obtenidas, y de las relevantes. Esto garantiza la vigencia de los principios de igualdad de armas y contradicción.

27.º Es de enfatizar que el uso de drones puede implicar una vulneración del derecho a la libre personalidad y al proyecto de vida de cada individuo en específico. La potencial injerencia tendrá diferente repercusión tratándose de investigaciones en lugares públicos o en lugares privados. Por lugar público debe entenderse aquel espacio abierto al público al que, en principio, cualquiera podría acceder libremente



y sin ningún tipo de autorización específica. Éste posee la peculiar característica de estar supervisado por las autoridades públicas, motivo por el cual sus facultades de intervención son mucho mayores que en el caso de las propiedades privadas. Se trata, por ejemplo, de los parques, calles peatonales, aparcamientos al aire libre, estadios deportivos, etcétera [GORDILLO PÉREZ, LUIS: *Videovigilancia y derechos fundamentales: los estándares del Consejo de Europa*. En: AA.VV. ABEL LLUCH, XAVIER - PICO Y JUNOY, JOAN - RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL (DIRECTORES), *La prueba judicial - Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, Tomo II, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 1568). No obstante, dependiendo de las circunstancias, es de advertir que un espacio privado puede convertirse en público, por ejemplo, cuando se realiza una videollamada a través de la Red Social Facebook y cientos de personas observan la transmisión, conociendo a través de la cámara web el interior del cuarto donde se realiza el intercambio de información. Es por eso que caso por caso se han de analizar las circunstancias fácticas en orden a determinar si se está en un espacio público o íntimo.

28.º Lo que ocurre en el espacio público no va a requerir autorización judicial para la utilización de la videovigilancia, porque implica la ausencia de manifestaciones de la intimidad o de otros derechos fundamentales conexos en espacio público. Sin embargo, la utilización de la técnica de videovigilancia o, incluso, de vigilancia directa, requerirá autorización judicial en aquellos supuestos en que exista "[...] una zona de interacción entre el individuo y los otros que puede revelar la vida privada, incluso en un contexto público" (STEDH Peck vs. Reino Unido, de 28 de enero de 2003). Entonces ha de verificarse la "expectativa razonable de la persona que está siendo investigada", y es que si bien es cierto las personas participan conscientemente en actividades cotidianas en lugares públicos que pueden ser registrados, la creación de una grabación permanente de tal material perteneciente al dominio público puede dar lugar a consideraciones vinculadas a la vida privada (STEDH P.G. et. J.H. vs. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001).

29.º Para calificar de grave la afectación, *ex ante* quien busque con el dron la obtención de información en espacios públicos ha de considerar una serie de variables al momento de utilizarlo. En este sentido, cuando se pretenda grabar conversaciones en espacios públicos, el carácter de privado o no de estas marca una línea de divergencia en orden a determinar si se requiere autorización judicial o no. El problema radica en la dificultad para reconocer si efectivamente las conversaciones son privadas o no, y ello se determinaría *a posteriori*. Sin embargo, al margen de entrar a considerar el contenido de las conversaciones, el carácter privado o no de las mismas en realidad estaría determinado por el comportamiento de los propios interlocutores que reflejarían su voluntad de mantener fuera de las intromisiones ajenas dicho contenido. Así pues, es distinta la actitud de dos personas que hablan en voz alta rodeados de varias personas, que el contexto en el cual hay dos personas que hablan en una zona



apartada, pese a tratarse de un lugar público, en voz baja, etcétera [ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ: *Ob. Cit.* p. 476].

30.º En lo que respecta al espacio privado, no siempre lo que se desarrolle en el interior de una vivienda gozará la protección del derecho a la inviolabilidad de domicilio. La STSE 453/1997, de 15 de abril de 1997, es ilustrativa al respecto. Expresó que "[...] la autorización judicial será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya predispuesto [el titular del inmueble] para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio, no es necesaria una autorización judicial". Asimismo, la STS 620/1997, de 5 de mayo, homologa espacios que pueden conciliar con la idea de domicilio, aunque no estén destinados a tal uso. Por ejemplo, los baños públicos. Así pues, se ha diferenciado la "zona común de lo que es propiamente el retrete donde se realizan las necesidades fisiológicas". En el caso del primero no será necesaria una autorización judicial, sin embargo para el segundo caso sí es necesaria por la afectación al núcleo más estricto de la intimidad. Como conclusión, los datos penalmente relevantes que se obtengan de la "zona común" de los baños públicos solo requerirán autorización fiscal. Otro ejemplo de homologación lo constituyen los vestidores de centros comerciales.

31.º No solo podrán ser introducidas al proceso las videograbaciones o toma de imágenes que provengan de una estricta diligencia de búsqueda de pruebas como la videovigilancia, sino también aquellos otros datos que provengan del uso de civiles que operan drones de forma recreativa. Tanto en el primer como segundo caso, la información entrará al proceso penal a través de la prueba documental.

∞ Las grabaciones efectuadas por civiles mediante drones de uso recreativo tendrán eficacia probatoria siempre y cuando se haya respetado los derechos fundamentales implicados. Ello supone la realización de un test de proporcionalidad al momento de admitirlos como medios de prueba en la etapa intermedia. Además, como son drones operados a control remoto (necesaria manipulación por parte de un ser humano), en un eventual juicio oral debe reforzarse este medio de prueba con la declaración testimonial del piloto del dron (artículo 186, apartado 1, del CPP), contextualizando el modo de obtención de la información en espacio, tiempo, modo, etcétera.

∞ Del mismo modo, la videofilmación obtenida por un dron operado a control remoto por un funcionario policial requiere necesariamente, además de su incorporación al proceso penal en la etapa intermedia, la declaración testimonial del policía en un eventual juicio oral. Dependiendo del sujeto (civil/policial) que haya obtenido la información, la valoración tendrá diferentes niveles y exigencias. Ha de extremarse con cautela los requisitos que implican la obtención de fuentes de información por parte de la Policía Nacional, pues como son funcionarios públicos que tienen la obligación de conocer sus funciones y la forma de realizarlas, el filtro de admisibilidad debe ser mayor que en el caso de civiles que captan videos o imágenes a través de sus



drones recreativos que eventualmente puedan registrar la comisión de un hecho punible [ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ: *Ob. Cit.*, p. 480].

32.º La realidad existencial es infinita y la capacidad del ser humano para percibirla a través de los sentidos es limitada por su propia naturaleza humana. Cuando se presenta ante el juzgador una imagen o videofilmación, no se debe caer en el error de considerar que aquello que se le muestra constituye prueba invencible. En estos casos la inmediación se erige sobretudo en una garantía que contribuye a la formación de un discurso racional y justificado sobre los medios de prueba que el órgano jurisdiccional deberá objetivar y verter en la motivación de su resolución. Una imagen transmite hechos que van a ser objeto de prueba, por lo tanto, el juez no debe prejuzgar su contenido. Los hechos no están sucediendo, sino que se están reproduciendo en la Sala de Audiencias través de una filmación realizada de un modo determinado. Ninguna prueba muestra los hechos como tales hechos punibles, sino como narraciones que los reproducen. Está clara la fuerza probatoria de la filmación de la imagen y del sonido, la cuestión fundamental es el grado de credibilidad que se le puede dar [BUJOSA VADELL, LORENZO: *Tecnologías de imagen y valoración de la prueba*. En: AA.VV. ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA (DIRECTOR), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, pp. 219-229].

33.º En conclusión, el rendimiento probatorio se vincula a la calidad técnica de lo filmado, la concreción espacio-temporal de la imagen y sonido captado por la grabación, la sugestividad del fragmento social captado, así como, en su caso, a la especificidad de la narración respecto al segmento factual fijado por la cámara ofrecida por las personas que aparecen en la imagen y, de haber, vertida también por el operador que captó las mismas [SUBUANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO: *La videovigilancia como fuente de prueba en el proceso penal*. En: AAVV. CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR – GIRAQ, MIGUEL (COORDINADORES), *Los actos de investigación contra el crimen organizado*, 2016, Instituto Pacifico, p. 528].

3.2 LOS SATÉLITES

34.º El satélite, de acuerdo a la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia española, es un vehículo espacial, tripulado o no, que se coloca en órbita alrededor de la tierra o de otro astro, y que lleva aparatos apropiados para recoger información y transmitirla. Los satélites captan la luz que se refleja desde la superficie de la tierra, para luego procesarla y digitalizarla en una imagen. Vale decir, obtiene una imagen de tal grado de complejidad que solo puede ser producida por una computadora usando las tomas de los satélites, usualmente de superficies a gran distancia y de conocimiento complejo. Ejemplos de estas imágenes satelitales se encuentran en Google Earth, que son de mucha utilidad en el proceso penal, sobre todo para verificar recorridos o ubicaciones en determinado momento. En esta línea, los satélites producen información que eventualmente podrá ser utilizada en el marco de un



proceso penal contra la delincuencia. Asimismo, tiene un gran impacto en la investigación de delitos ambientales, sobre todo para conocer los daños de la minería ilegal, la deforestación de los bosques de la Amazonía, e inclusive detectar concentraciones móviles de personas vinculadas a la trata de personas.

Los satélites también son instrumentos tecnológicos a través de los cuales se facilita la obtención de fuentes de prueba en la lucha contra la criminalidad organizada. Asimismo, pueden ser utilizados mediante la videovigilancia para realizar tomas fotográficas y hacer seguimiento a puntos específicos del globo terrestre que tengan vinculación con la comisión de un hecho punible.

36.º El Perú cuenta con 5 satélites que orbitan la Tierra. El PUCP SAT-1 y el Pocket PUCP, ambos pertenecientes a la Pontificia Universidad Católica del Perú; el Chasqui 1, desarrollado por la Universidad Nacional de Ingeniería; el UAPSAT 1, que pertenece a la Universidad Alas Peruanas; y el PeruSat-1³. Este último es un satélite de observación terrestre que es operado por la Agencia Espacial del Perú – CONIDA (Comisión Nacional de Investigación y Desarrollo Aeroespacial), que es una entidad adscrita al Ministerio de Defensa. Constituye el satélite más potente de su clase en la región, puesto que genera imágenes con una resolución de 70 centímetros. Dicho satélite cuenta con un telescopio que capta imágenes a medida que orbita el planeta, cuando pasa sobre zonas iluminadas por el sol. Envía diariamente imágenes del territorio peruano y de todo el mundo, las cuales son programadas desde el Centro Nacional de Operaciones de Imágenes Satelitales – CNOIS para cubrir las necesidades de los diversos usuarios del país⁴.

37.º La particularidad del PeruSat-1 radica en que todas las entidades públicas tienen acceso al servicio de imágenes satelitales de forma gratuita, mediante la entrega de una contraseña por parte del CONIDA. Cuando no se encuentra en el banco del CNOIS las imágenes requeridas, entra en funcionamiento el PeruSat-1, para el procesamiento de estas en formato digital⁵. El Ministerio Público hace uso del PeruSat-1 para combatir diferentes ilícitos penales y, sobre todo, la criminalidad organizada que busca nuevas formas de expansión y desarrollo en la actualidad. Por ejemplo, para detectar rutas de narcotráfico en la sierra y selva peruana u organizaciones criminales dedicadas al tráfico de terrenos. Al contar con la información proporcionada por el PeruSat-1, generada en tiempo real y de manera gratuita, permitirá tomar acciones inmediatas y pertinentes. Ello debido a que puede utilizarse para comparar imágenes de manera periódica.

38.º No obstante las bondades que pueden ofrecer las imágenes satelitales en la persecución del delito, los jueces están poco familiarizados con esta tecnología

³ Recuperado de: <https://rpp.pe/peru/actualidad/peru-sat-1-los-otros-cuatro-satelites-peruanos-que-tambien-orbitan-la-tierra-noticia-1171287> Consultado el 14.09.2019.

⁴ Recuperado de: <http://www.conida.gob.pe/index.php/noticias/perusat-1-satelite-de-observacion-de-la-tierra> Consultado el 14.09.2019.

⁵ Recuperado de: <https://peru.landina.pe/edp/especiales/2018/satelite/index.html> Consultado el 15.09.2019.



compleja. A ello se aúna la falta de precedentes judiciales que orienten la admisión y valoración de este medio probatorio sofisticado. Para superar estos problemas, se plantean los siguientes criterios de admisibilidad y valoración probatoria:

A. Las imágenes satelitales deben ser recopiladas con respeto irrestricto del núcleo intangible de los derechos fundamentales, debiendo realizarse un test de proporcionalidad con el fin de determinar si la injerencia dentro del derecho fundamental conculcado resulta legítima y proporcional. Las imágenes satelitales poseen capacidad técnica de vulnerar, al menos potencialmente, la vida privada de las personas.

B. El Satélite PeruSat-1 puede ser utilizado en la investigación de delitos vinculados con la criminalidad organizada, a través de la videovigilancia (artículo 207, apartado 1, literales 'a' y 'b' del CPP). Las imágenes satelitales se introducirán al proceso penal a través de la prueba documental, cumpliéndose además los requisitos de autenticidad, integridad, inmediatez, objetividad y exactitud.

C. Las imágenes satelitales, cumplidos los requisitos antes indicados, tienen entidad para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados. Desde la perspectiva de la exigencia de corroboración será del caso, en función al contexto del caso, contar –si correspondiera– con prueba testifical, prueba documental de informes, otras imágenes y/o grabaciones, prueba pericial, etcétera.

D. Necesariamente el procesamiento de las imágenes satelitales implica la manipulación por una serie de personas en orden a obtener la decodificación de estas. Por lo tanto, ha de seguirse con sumo cuidado el procedimiento de cadena de custodia, conforme a los parámetros establecidos en el Acuerdo Plenario 06-2012/CJ-116, para su almacenamiento, conservación y ulterior utilización en el proceso penal. Deberá certificarse las circunstancias en que fueron tomadas las imágenes satelitales y el trayecto que recorrieron, dada la alta complejidad en su procesamiento. Si, razonablemente, se desconfia de la autenticidad de la imagen satelital, será del caso acudir a los medios de prueba denominados "prueba sobre prueba".

III. DECISIÓN

26.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

27.º ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 18º, 20º, 25º-32º, 34º y 38º del presente Acuerdo Plenario.

28.º PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin

[Handwritten signatures and initials are present throughout the page, including a large signature on the left side and several smaller ones at the bottom.]



perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdo Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

29°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

30°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.
HÁGASE saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA