

JEFFERSON MORENO NIEVES

La defensa de Nadine Heredia

ASPECTOS PROCESALES



CLIC DERECHO



JEFFERSON MORENO NIEVES

La defensa de Nadine Heredia

ASPECTOS PROCESALES

JEFFERSON MORENO NIEVES

La defensa de Nadine Heredia

ASPECTOS PROCESALES



Título de la obra:

*La defensa de Nadine Heredia.
Aspectos procesales*

© Jefferson Moreno Nieves, 2021

Primera edición, julio 2021

Tiraje: 2000 ejemplares

Editado por:

© Clic Derecho SAC
para su sello editorial LP
Av. Sánchez Carrión 615, oficina 406
Jesús María, Lima
Teléfono: 921 492 114
Correo electrónico: editorial@lpderecho.pe

Diseño y diagramación:

Anyela Carla Aranda Rojas

ISBN: 978-612-48629-1-5

Registro del Proyecto Editorial: 31501132100361

Hecho el depósito legal en la

Biblioteca Nacional del Perú: 2021-07953

Impreso por:

Fast Page SAC
Av. Ancón 1016, Puente Piedra, Lima
Julio 2021

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

CONTENIDO

<i>De maestrías y «cartones» / Prólogo</i>	17
--	----

Capítulo I

<i>La labor de ama de casa como arraigo laboral</i>	23
---	----

I. Introducción a la problemática	25
---	----

II. El peligro procesal	26
-------------------------------	----

1. La relevancia del peligro procesal en la adopción de las medidas de coerción	27
---	----

2. Los pronunciamientos judiciales sobre la relevancia del peligro procesal	32
---	----

3. Los tipos de peligro procesal	38
--	----

III. El peligro de fuga	39
-------------------------------	----

1. ¿Qué se entiende por peligro de fuga?	39
--	----

2. Criterios que determinan la verificación del peligro de fuga.....	41
--	----

2.1. Arraigo	44
--------------------	----

a. El arraigo laboral.....	47
----------------------------	----

b. El derecho al trabajo	49
--------------------------------	----

c. El trabajo productivo y no productivo.....	52
---	----

c.1. El trabajo productivo.....	53
---------------------------------	----

c.2. El trabajo no productivo	57
-------------------------------------	----

d. La labor doméstica como trabajo no productivo	59
--	----

Capítulo II

<i>La tutela de derechos y su no limitación de protección a derechos informativos</i>	65
---	----

I. Introducción a la problemática	67
---	----

II. La incorporación de un mecanismo de defensa en favor de los derechos del investigado	68
III. Requisitos de procedibilidad	70
III.I. Requerimiento previo	71
III.II. La inexistencia de vía específica	73
IV. ¿Qué derechos protege la tutela de derechos?	74
IV.I. La base legal en cuestión. Exposición de motivos y fundamento de existencia	74
IV.II. Análisis jurisprudencial de la procedencia de la tutela de derechos.....	84
IV.III. La tutela de derechos en la legislación comparada.....	91
1. Colombia	92
2. Chile	93
3. España.....	94

Capítulo III

El plazo en las diligencias preliminares.

Uso indebido de la legislación de crimen organizado en aspectos procesales

.....	97
I. Introducción a la problemática	99
II. El contenido protegido de la garantía de plazo razonable.....	99
II.I. El exceso de plazo.....	102
II.II. La reducción de los plazos	104
II.III. La diferencia entre el plazo razonable y el plazo legal	107
III. Los plazos legales en el proceso común del Código Procesal Penal de 2004.....	111
III.I. Los plazos en las diligencias preliminares....	111
III.II. Los plazos en la investigación preparatoria....	114
III.III. Los plazos en la etapa intermedia.....	116
III.IV. Los plazos en la etapa de juzgamiento.....	117

IV. Las diligencias preliminares. Finalidad, imputación y plazo.....	118
IV.I. La garantía de imputación necesaria en la etapa de diligencias preliminares	119
IV.II. La evolución legislativa y jurisprudencial de los plazos de la etapa de diligencias preliminares	124
V. El aspecto problemático del caso Nadine Heredia ...	127
V.I. El trámite procesal	127
1. La inexistencia de una imputación por crimen organizado	128
2. La contradicción fiscal	132
V.II. El error de sostener que, con relación a la Ley 30077, el ámbito procesal puede aplicarse sin necesidad de vinculación con el ámbito sustancial respecto del plazo de las diligencias preliminares para casos de crimen organizado ..	133
1. La Ley 30077 no es una ley especial, sino una de modificación del Código Penal y del Código Procesal Penal	133
2. La necesaria relación entre las partes adjetiva y sustantiva del sistema penal	139
3. La falta de un plazo legal establecido para las diligencias preliminares y su complementación jurisprudencial por parte de la Corte Suprema	146

Capítulo IV

<i>Las notas periodísticas y su valor probatorio en el proceso penal.....</i>	151
I. Introducción a la problemática	153
II. Los medios de comunicación y su relación con el proceso penal	153
III. Documentación periodística.....	154

III.I. La nota periodística.....	154
III.II. El reportaje.....	155
IV. Valor probatorio de las notas periodísticas en la jurisprudencia comparada.....	155
IV.I. México	155
IV.II. Colombia	156
V. Reconocimiento de las notas periodísticas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	157
VI. La libertad de información y la necesidad de su corroboración.....	163

Capítulo V

El uso del testigo protegido y su posibilidad

<i>de reexamen</i>	169
--------------------------	-----

I. Introducción a la problemática	171
II. El uso de testigos sospechosos en el proceso penal ...	172
II.I. Clasificación	172
II.II. Excepcionalidad	182
II.III. Regla de corroboración	183
II.IV. Lógica de compensación	185
III. El testigo protegido	186
III.I. Desarrollo doctrinario.....	188
III.II. Desarrollo jurisprudencial.....	189
III.III. Reglamentación interna en Ministerio Público	194
III.IV. Base legal.....	199
III.IV.I. Desarrollo interno	199
1. Reconocimiento de uso.....	199
2. Medidas de protección específicas	199
3. Regla de corroboración.....	202
III.IV.II. Desarrollo internacional.....	202
1. La Convención de Palermo.....	202
2. Chile	203

3.	España.....	204
4.	Colombia.....	204
5.	Argentina.....	205
IV.	La posibilidad de reexamen al testigo protegido	206
IV.I.	La base legal específica.....	206
1.	Develamiento de identidad.....	207
2.	Posibilidad de reexamen.....	208
IV.II.	Sobre la posibilidad de reexamen.....	210
1.	La existencia de disposición fiscal.....	210
2.	La determinación del afectado.....	211
3.	La acción de reexamen ante el juez de investigación preparatoria.....	219

Capítulo VI

	<i>El proceso especial de colaboración eficaz.....</i>	221
I.	Introducción a la problemática.....	223
II.	El proceso de colaboración eficaz.....	224
III.	Notas esenciales del proceso de colaboración.....	227
III.I.	Características.....	227
1.	Reserva del proceso de colaboración eficaz	227
2.	Autónoma pero con efectos en otros procesos	228
3.	Se enmarca dentro del derecho penal y procesal penal premial.....	230
4.	No contradictorio.....	231
III.II.	El ámbito de acción. Delitos objeto de colaboración.....	232
III.III.	Eficacia de la información.....	233
III.IV.	Las partes procesales.....	234
1.	El colaborador.....	235
2.	El fiscal.....	237
3.	El agraviado.....	238
III.V.	Beneficios.....	240

1.	Beneficios en personas naturales	240
2.	Beneficios en personas jurídicas	241
IV.	Las fases del proceso de colaboración eficaz.....	243
IV.I.	Calificación de la solicitud	243
IV.II.	Corroboración de información	245
1.	La necesidad de corroboración con elementos no sospechosos y externos	247
2.	Frente a testigos doblemente sospechosos se debe requerir un estándar más alto de corroboración.....	253
3.	La exigencia de verificar la ausencia de vicios de legalidad	257
IV.III.	Convenio preparatorio	260
IV.IV.	Control judicial.....	262
V.	El uso de la información generada en el procedimiento de colaboración	264
V.I.	La transcripción de la declaración del colaborador	265
V.II.	El traslado de la declaración del colaborador..	267
1.	Traslado de proceso de colaboración concluido negativamente.....	269
2.	Ante proceso concluido positivamente	269
3.	Ante proceso no concluido	270

Capítulo VII

	<i>El impedimento de salida del país.....</i>	273
I.	Introducción a la problemática	275
II.	Trámite general.....	276
II.I.	Procedimiento	279
II.II.	Duración	282
II.III.	Posibilidad de ampliación.....	284
II.IV.	Modalidades	285
1.	Sobre las personas	285

a. En imputados	286
b. En testigos	288
2. Sobre la forma.....	289
a. Con audiencia	290
b. Sin audiencia	291
3. Sobre la etapa procesal	292
a. En diligencias preliminares.....	292
b. En investigación preparatoria formalizada..	294
III. Presupuestos de aplicación.....	296
III.I. Exigibles como medida de coerción general ...	298
1. <i>Fumus delicti comissi</i>	298
2. Prognosis de pena.....	299
3. Peligro procesal.....	300
III.II. Presupuestos específicos	305
1. La indispensabilidad de la medida.....	305
2. Programación de diligencias establecidas mediante disposiciones fiscales.....	308
3. La necesidad de la presencia del imputado en el país en la diligencia a realizarse	310
4. Señalamiento de domicilio: medida a analizar previo requerimiento de impedimento de salida	313

Capítulo VIII

<i>El funcionario de facto</i>	317
I. Introducción a la problemática	319
II. El funcionario público y los delitos contra la administración pública	320
II.I. Funcionario que cumple exigencias administrativas.....	321
II.II. Extensión de la calidad de funcionario o servidor público.....	323

II.III. El concepto de funcionario anticipado	325
II.IV. Funcionario público extranjero	326
III. El funcionario de facto.....	328
III.I. Reconocimiento administrativo del funcionario de facto	329
1. Teoría de la apariencia de la legitimidad pública o de la doctrina de facto.....	330
2. Teoría del nombramiento nulo o del fundamento procesal	330
3. Teoría de la protección a los terceros.....	330
4. Teoría de la finalidad del ejercicio de hecho de la función pública.....	331
5. Teoría de la buena fe subjetiva	331
III.II. Reconocimiento penal del funcionario de facto	333
1. Requisitos de aplicación.	334
a. El cargo público debe tener existencia <i>de iure</i> o reconocida por la ley	334
b. La persona debe estar en el ejercicio del cargo	335
c. La apariencia de legitimidad del título habilitante ante el público.....	336
2. La diferencia entre el delito de usurpación de funciones y el funcionario de facto.....	338
IV. El caso de la primera dama.....	341
IV.I. Origen del reconocimiento legal de la primera dama	342
IV.II. Reconocimiento legal de la primera dama en el Perú.....	345
IV.III. Primeras damas en el Perú	347
V. Pronunciamientos judiciales	356
VI. Posiciones doctrinarias.....	357

*A Santiago, por enseñarme lo que
significa amar a otro hombre.*

De maestrías y «cartones»

Prólogo

Debe haber sido aproximadamente en el año 2015, cuando empecé a estudiar mi primera maestría en la Universidad de San Martín de Porres. En aquel tiempo, recién había egresado de la carrera de Derecho en la misma casa de estudios, y pretendía iniciar una vida paralela a la profesional, que fuese considerada importante para mí mismo a nivel académico.

Eran casi las cinco de la tarde cuando toqué la puerta del Dr. Nakazaki con la intención de despedirme. En algunos minutos más iniciaría mi primera clase de maestría en la antigua casona de la universidad, y ya había perdido la esperanza de poder hincarle el diente a algo antes entrar al salón. La voz del doctor me llegó desde dentro del despacho:

—Adelante.

—Buenas tardes, doctor —dije, mientras terminaba de ponerme el saco—. Disculpe la interrupción, ya me retiro.

El doctor dejó de teclear y por fin despegó la vista de la pantalla de su computadora: podía haber apostado que el maestro se encontraba inmerso —como casi siempre— en la maratónica e impecable elaboración de un escrito judicial que ya le llevaba días enteros.

—¿A dónde vas? —me preguntó, quizás extrañado de que me retirara cinco o seis horas antes de mi horario de salida habitual, el mismo que voluntariamente me había impuesto con el fin de aprovechar al máximo toda la experiencia y los conocimientos contenidos en aquella oficina. Al fin, lo que me quedaba fuera de allí era la solitaria habitación que por aquel entonces llamaba hogar.

Sin poder evitar la emoción que conlleva todo primer día, respondí:

—Me voy a la maestría, doctor.

—¿Maestría? —me dijo con un tono de fastidio.

—Así es doctor, sí.

El doctor Nakazaki asintió pensativo. Me indicó que me acercara a su escritorio, tomó una gruesa ruma de documentos que descasaban a su izquierda y los dejó caer en mis manos:

—Te presento el caso Accomarca. Esta será tu mejor maestría.

Me desconcertó por algunos instantes. Aunque hoy, sin embargo, puedo decir que entiendo la total dimensión de lo que mi maestro quiso decirme aquella tarde.

Razón no le faltaba. Siempre que él analizaba un caso, lo hacía con tal detalle académico, que de los trabajos que se presentaban en el caso, ya sea a nivel fiscal o judicial, bien podrían haberse escrito infinidad de libros. Pero yo creía que el «cartón» de magíster era importante. No solo se debe ser un buen

abogado en la práctica, sino que esto debe verse reflejado en el papel, y durante algún tiempo creí tener la razón.

No es que la maestría me haya decepcionado; por el contrario, creo que fue muy provechosa en mi formación académica, pero la realidad me iba demostrando que el maestro siempre tuvo razón: «No hay mejor maestría que la defensa en un caso». Incluso dependiendo de la complejidad del caso, este puede llegar a convertirse en tu «doctorado». Así, ya no me sentiría tan sonrojado cuando alguien me dijera «doctor», sin tener el grado necesario.

Sigo creyendo que el «cartón» es importante. Así lo piensa la propia Ley Universitaria, que hace prevalecer los grados obtenidos en papel más que la propia experiencia de litigio, por ejemplo. Fue algo que descubrimos aquellos que, pese a estudiar una maestría, aún no habíamos logrado obtener el grado de magíster y fuimos expectorados de las aulas universitarias con la reciente reforma.

Pero lo cierto es que, desde aquel día, inicié, sin decírselo a nadie, un análisis comparativo entre lo que aprendía del litigio constante y de las clases de maestría interdiarias que recibía en la excasona. Y reitero, razón nunca le faltó a mi maestro. El litigio en los casos siempre terminaba por superar cualquier clase que se podía recibir.

Todo depende del énfasis, de la pasión que se le ponga a los casos que se litigan; de ellos puedes obtener los mejores grados académicos, aunque nadie te otorgue un certificado por ello.

Pero, por ahora, quiero concentrarme en una de las más importantes «maestrías» que he tenido a lo largo de mi carrera

como litigante y, aunque no tenga la certificación que corresponde, espero que esta obra se convierta en la inspiración de seguir ejerciendo defensa apasionada en todo caso que deba realizar.

Siendo muy joven, ya abogado, y aún sin el «cartón» oficial de magíster, fui convocado para ejercer la defensa de la ex primera dama del Perú, la señora Nadine Heredia Alarcón. Sin ninguna duda, un reto para cualquier abogado defensor. No solo por el título que le había correspondido durante el gobierno presidencial de su esposo, el exmandatario peruano Ollanta Humala Tasso, sino también porque el caso para el que había sido convocado era uno de los más complejos que podía conocerse en el litigio. Me refiero al denominado caso Gasoducto.

La defensa realizada en este caso, durante aproximadamente dos años, me permitió desarrollar diversos temas estrictamente académicos que antes en ningún otro caso había desarrollado. Lo que se escribe aquí es producto de aquel trabajo de litigio; por ello, esta obra se debe erigir como la certificación de un desarrollo jurídico realizado a propósito de un caso en concreto.

Debo advertir que en esta obra no se van a encontrar pasajes de conversaciones con mi exdefendida o información sensible, reservada o privada del caso. No podría hacerlo como abogado ético que intento ser. Todo ello forma parte del secreto profesional, inherente a la labor de la abogacía y al respeto de la regla de reserva en las investigaciones fiscales.

Esta obra pretende, más bien, un desarrollo estrictamente académico que, con datos públicos, me permita realizar de determinadas instituciones procesales y un aspecto problemá-

tico sustancial de autoría en delitos contra la administración pública, como el que se le pretende atribuir a la señora Heredia en su supuesta calidad de funcionaria de facto.

La obra se encuentra dividida en ocho capítulos y en cada uno de ellos se desarrolla un tema estrictamente académico. Cada capítulo se inicia con una breve explicación de por qué el tema fue de trascendencia para la defensa de la ex primera dama Nadine Heredia, y luego se procede al desarrollo teórico del tema en concreto. En muchos de estos temas, lo que hoy se presenta en la obra fue expuesto en su momento ante el órgano fiscal o judicial a cargo del caso.

Finalmente, debo advertir la posibilidad de que la visión que aquí se presenta no sea necesariamente objetiva, sino más bien la visión del abogado defensor que, en su momento, luchó por una investigación adecuada y una debida aplicación del derecho al caso. Y aunque pueda ser criticado por falta de objetividad, preferiría recibir algún análisis de calidad académica y no sobre aspectos personales. Y es que si algo he buscado desde siempre es que la aplicación del derecho no responda a nombres en concreto, al análisis de quien es el investigado, del contexto político en que se desarrolla la investigación, o simplemente de las preferencias ideológicas de las partes; sino, por el contrario, que los procesos respondan exclusivamente a la debida aplicación del derecho, algo a lo que todos los ciudadanos deberíamos aspirar: recordemos que el sistema penal es de aplicación universal. Esta es la figura que se me viene a la mente ahora: es como un felino que aguarda en silencio, esperando a la presa que habrá de caer en sus garras para, a partir de ahí, decidir si será protegida o sometida. Todo depende de la visión del proceso, y eso, estimados lectores, le puede pasar a un ser muy querido y cercano. Por ello, no debemos pedir

para otros lo que puede terminar siendo de aplicación incluso a nosotros mismos.

Quiero agradecer a todo mi equipo —esta vez reformado— compuesto por Emerson Campos, Victoria Melgarejo, Ludwig Pulgar, Giuliana Moreno, Ninoschka Morales, Hilary Chauca, Pablo Suárez, Christel Ocaña y Diego Moreno. Por ellos es que puedo encontrar la paz para poder escribir estas páginas.

Al gran Roger Vilca y a todo el equipo de LP Pasión por el Derecho, que esta vez confían en mí como escritor. Mi eterno agradecimiento a todos ellos, por la confianza que siempre me dan, desde el primer evento que organizaron como institución y al que me invitaron gentilmente, día desde el cual no hemos dejado de trabajar juntos, demostrando que, para crecer, solo se necesita humildad y esfuerzo.

Y a todos ustedes, estimados lectores, mi gratitud eterna, por confiar en alguien que solo quiere ofrecer lo poco que tiene, y que pretende ser un modelo, como mínimo, de lo que no se debe hacer.

Jefferson G. Moreno Nieves

Lima, 25 de junio de 2021

CAPÍTULO I

LA LABOR DE AMA DE CASA COMO ARRAIGO LABORAL

I. Introducción a la problemática

En este capítulo debemos desarrollar un hecho público que trae consecuencias jurídicas, no solo para el caso de Nadine Heredia Alarcón, sino también para un gran número de peruanos que, al ser investigados, son requeridos con medidas de coerción personal, ya sea de prisión preventiva o de comparecencia con restricciones. A estos ciudadanos se les reclama no mantener un arraigo en el país de tipo laboral, ya que no forman parte del pequeño grupo productivo de nuestra patria que mantiene un contrato a plazo indeterminado con alguna empresa nacional o internacional, que se encuentre conforme al derecho laboral en la planilla de algún grupo corporativo específico, o que simplemente cumpla con las altas formalidades que no permiten que las empresas suscriban contratos laborales adecuados para el ciudadano.

25

Esta situación, en términos jurídicos, debe ser analizada desde el peligro procesal, de vital presencia en la adopción de medidas de coerción, y, específicamente, analizada en el criterio de arraigo y, con más detalle, en el análisis específico del arraigo laboral.

Sostener que un ciudadano no tiene arraigo laboral por el solo hecho de no recibir una remuneración económica por la actividad que realiza es desconocer las reglas del derecho laboral.

Sucede, por ejemplo, en el caso de los bomberos voluntarios, y, claro, para el análisis que presentamos, ocurre para aquellas personas que se dedican a la tan complicada, esmerada y fatigada labor doméstica.

Aquí intentaremos presentar un desarrollo más amplio de lo que implica el arraigo laboral. Consideramos que no solo debe ser analizado desde la perspectiva del derecho penal, sino que, por su propia naturaleza, merece un análisis extrapeenal, de remisión a las reglas de su materia, esto es, el derecho laboral. Solo así podremos concluir que no se requiere de una remuneración económica para que una persona pueda considerarse vinculada por su labor en el país, y que, por tanto, las amas de casa también tienen arraigo laboral.

II. El peligro procesal

El peligro procesal debe ser el presupuesto más analizado en la imposición de una medida de coerción personal, ya sea prisión preventiva, comparecencia con restricciones o impedimento de salida, y sus respectivas prolongaciones. La limitación cautelar a la libertad no tiene como fundamento la vinculación de la persona con el delito, pues ello implicaría entender que estas medidas constituyen una anticipación de pena, lo que a todas luces es inconcebible. De ahí que el principal sustento de la imposición de la medida sea la presencia del peligro procesal, en cualquiera de sus vertientes.

1. La relevancia del peligro procesal en la adopción de las medidas de coerción

Como la existencia del peligro procesal resulta ser el verdadero fundamento de imposición de las medidas de coerción, sobre todo de la prisión preventiva, esta posición debe ser analizada de cara a cuál es la consideración que se tiene sobre la finalidad del proceso penal.

Entendemos nosotros, siguiendo a Roxin, que el proceso penal tiene cuatro fines específicos: a) condenar al culpable, b) proteger al inocente, c) salvaguardar la forma judicial del proceso y, finalmente, d) la estabilidad jurídica de todas las decisiones¹.

Desde los primeros estudios del derecho procesal —con maestros como Chiovenda, Carnelutti o Calamandrei—, es bien sabido que, para alcanzar la materialización de los fines del proceso, en un estado constitucional de derecho el proceso requiere de un lapso que no necesariamente es corto^{2 3}.

¹ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Dídor, 2000, p. 60.

² REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, año 8, núm. 10/2016, Fondo Editorial del Poder Judicial, CAPONI, Remo, *Piero Calamandrei y la tutela cautelar*, pp. 400-403. Disponible en: <<https://bit.ly/3qUmODv>>

³ DEI VECCHI, Diego. «Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes». En *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVI (2), Chile, 2013, pp. 192-199.

La condena del culpable exige el paso por la etapa de investigación preparatoria, a efectos de recabar los elementos de convicción que generen en el fiscal la necesidad de la presentación de un requerimiento acusatorio. Luego de ello, este podrá ser sometido a un control formal, material y probatorio a lo largo de la etapa intermedia, para que posteriormente pueda llegarse a la etapa de juzgamiento, en la que se arribará a una eventual sentencia condenatoria.

La protección del inocente implica la existencia de un proceso que sirva de escudo a la inminente vigencia y aplicación del derecho penal, que podría constituir la espada. La existencia y posibilidad de presentación de una tutela de derechos, la necesidad de convocar a audiencia previamente a la imposición de una medida de prisión preventiva, o la obligatoriedad de controlar las decisiones fiscales a través de la etapa intermedia, constituyen manifestación de que el proceso penal también tiene como finalidad la protección del inocente.

28

Este tipo de controles, acciones o actos procesales en general pasan, en el caso peruano y el proceso penal común, por diferentes etapas, como son la investigación preparatoria con sus dos subetapas como las diligencias preliminares y la investigación preparatoria formalizada, para posteriormente pasar por la etapa intermedia y finalmente, la etapa de juzgamiento. Hasta aquí, por lo menos, para un debido proceso de primera instancia. Esto, sin duda, no se realiza en un tiempo breve, sino más bien en uno considerado hasta excesivo, dependiendo del tipo de caso del que se trate.

Este es el fundamento para la llamada tutela cautelar: con la intención de que el tiempo no perjudique la ulterior reali-

zación de los fines del proceso, se activan ciertos mecanismos para protegerlos (cautelarlos), asegurando la futura condena y sus efectos^{4 5}.

La prisión preventiva es una medida cautelar (manifestación de la tutela cautelar)⁶ y, como tal, exige que su fundamento principal sea siempre esa protección a las finalidades del proceso^{7 8}.

Para toda medida cautelar se exigen dos requisitos (presupuestos): la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, que, trasladados al proceso penal, y específicamente a la prisión preventiva, se convierten en *fumus comissi delicti* y *periculum libertatis*, respectivamente^{9 10}.

Las medidas de coerción tienen como finalidad impedir la eliminación de las huellas del delito (un correcto desarrollo de

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: INPECCP, 2015, p. 437.

⁵ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal*. Ciudad de México: Oxford, 2003, p. 483.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1091-2002-HC, caso Vicente Ignacio Silva Checa, del 12 de agosto de 2002, fundamento jurídico octavo.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes, Transitorias y Especiales. Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, del 10 de setiembre de 2019, fundamentos jurídicos 7, 8 y 39.

⁸ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal, op. cit.*, pp. 359-360.

⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, pp. 437-440.

¹⁰ DEI VECCHI, Diego. «Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes», *op. cit.*, p. 198.

la investigación y/o del proceso) y la desaparición del investigado (asegurar su presencia)^{11 12 13 14}.

De los dos requisitos, el *periculum libertatis* es el más importante, pues sirve para sostener si se debe imponer o no esta medida de coerción (cautelar) y evitar así que las finalidades del proceso no sean logradas^{15 16 17 18}.

Esto tiene que ser así porque, de lo contrario, la medida —que debe ser cautelar— se convierte en una sentencia anticipada o en un adelanto de pena, lo que es inconcebible en un estado de derecho.

El latinismo *periculum libertatis* se puede traducir como «peligro por libertad» e implica todos los riesgos que puedan nacer o generarse de mantener en libertad al investigado¹⁹. También se entiende como el «daño marginal» que el inves-

¹¹ LEVENE, Ricardo. *Manual de derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993, p. 439.

¹² SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 493.

¹³ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 373.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico primero.

¹⁵ DEI VECCHI, Diego, op. cit., 2013, p. 197.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019-CIJ-116, op. cit., fundamentos jurídicos 3, 39 y 40.

¹⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*, op. cit., p. 455.

¹⁸ MORAS MOM, Jorge R., *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 255.

¹⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa, 2009, p. 329.

tigado podría generar como adicional al ya producido por el hecho materia del proceso principal, por lo que al neutralizar ese *periculum libertatis* se evita que el daño se agrave²⁰.

En nuestra legislación nacional, el Código Procesal Penal de 2004 recoge dos manifestaciones del *periculum libertatis* —teoría de los dos peligros o intermedia²¹—, que se encuentran en los artículos 296 y 270: peligro de fuga y peligro de obstaculización.

La existencia de las manifestaciones del peligro procesal, fuga y obstaculización, y la verificación de su presencia en el caso concreto, o al menos uno de ellos, es una cuestión fundamental en el análisis de la imposición de cualquier medida de coerción.

Es tan relevante este aspecto que la importancia del peligro procesal en la adopción de las medidas de coerción se verifica constantemente en la realidad legal peruana. Ello a través de la existencia de abundantes pronunciamientos judiciales, penales y constitucionales, que destacan esta importancia.

²⁰ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 485.

²¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*, op. cit., 2015, p. 459.

2. Los pronunciamientos judiciales sobre la relevancia del peligro procesal

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el peligro procesal como el presupuesto más importante a revisar en la adopción de medidas de coerción, sentando como base para futuras resoluciones los siguientes pronunciamientos: Exp. 500-2000-HC/TC²²; Exp. 2268-2002-HC/TC²³; Exp. 1091-2002-HC/TC²⁴; Exp. 1565-2002-HC/TC²⁵; Exp. 2712-2002-HC/TC²⁶ ²⁷; Exp. 289-2002-HC/TC²⁸; Exp. 0376-2003-HC/TC²⁹;

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 500-2000-HC/TC, caso Gregorio Martín Velarde Queirolo, del 25 de agosto de 2000, fundamento jurídico tercero.

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2268-2002-HC/TC, caso Moisés Wolfenson Woloch, del 26 de enero de 2004, fundamento jurídico segundo.

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1091-2002-HC/TC, caso Vicente Ignacio Silva Checa, del 12 de agosto de 2002, fundamentos jurídicos 8-11.

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1565-2002-HC/TC, caso Héctor Chumpitaz Gonzales, del 5 de agosto de 2002, fundamentos jurídicos 2-4.

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2712-2002-HC/TC, caso Alex Wolfenson Woloch, del 16 de mayo de 2003, fundamentos jurídicos 4-5.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2712-2002-HC/TC, caso Alex Wolfenson Woloch, del 26 de enero de 2004, fundamento jurídico segundo.

²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 289-2002-HC/TC, caso Liliana Pizarro de la Cruz, del 17 de marzo de 2003, fundamentos jurídicos 3-5.

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0376-2003-HC/TC, caso Laura Cecilia Bozzo Rotondo, del 7 de abril de 2003, fundamento jurídico cuarto.

Exp. 1753-2003-HC/TC³⁰; Exp. 0298-2003-HC/TC³¹ y Exp. 3357-2003-HC/TC³².

Más adelante, ha revelado su importancia en los expedientes 5852-2007-HC/TC³³; 1097-2007-HC/TC³⁴ y 2357-2008-HC/TC³⁵ y, recientemente, también se ha pronunciado en los expedientes 4780-2017-HC/TC y 0502-2018-HC/TC (acumulado)³⁶ y 2534-2019-HC/TC³⁷.

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1753-2003-HC/TC, caso José Julio Dellepiani Massa, del 11 de setiembre de 2003, fundamento jurídico quinto.

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0298-2003-HC/TC, caso Thayron Arturo Loza Munárriz, del 17 de marzo de 2003, fundamentos jurídicos 3-7.

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 3357-2003-HC/TC, caso Lorenza Diacona Huamán Córdova y otro, del 2 de julio de 2004, fundamento jurídico sétimo.

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 5852-2007-HC/TC, caso Diogildo Carlos Moya de la Cruz, del 9 de junio de 2008, fundamento jurídico quinto.

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1097-2007-HC/TC, caso Mauricio Alejandro Abad Salas, del 5 de noviembre de 2007, fundamentos jurídicos 3-4.

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2357-2008-HC/TC, caso Abel Antonio Sánchez Chacón, del 16 de noviembre de 2009, fundamentos jurídicos 6-7.

³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 4780-2017-HC/TC y 0502-2018-HC/TC (acumulado), caso Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, del 26 de abril de 2018, fundamentos jurídicos 29-39.

³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2534-2019-HC/TC, caso Keiko Sofia Fujimori Higuchi, del 28 de noviembre de 2019, fundamentos jurídicos 6-24.

A nivel de Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado sobre el presupuesto más importante al momento de analizar la prisión preventiva, el peligro procesal, en los siguientes recursos: Casación 01-2007, Huaura³⁸; Casación 626-2013, Moquegua³⁹; Casación 631-2015, Arequipa⁴⁰; Casación 778-2015, Puno⁴¹; Casación 119-2016, Áncash⁴²; Casación 147-2016, Lima⁴³; Casación 1445-2018, Nacional⁴⁴; Casación 353-2019, Lima⁴⁵ y Casación 1640-2019, Nacional⁴⁶.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 01-2007, Huaura, del 26 de julio de 2007, fundamento jurídico quinto.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 626-2013, Moquegua, del 30 de junio de 2015, fundamento jurídico trigésimo tercero.

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 631-2015, Arequipa, del 21 de diciembre de 2015, fundamento jurídico cuarto.

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 778-2015, Puno, del 12 de abril de 2017, fundamento jurídico noveno.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Primera Sala Penal Transitoria, Casación 119-2016, Áncash, del 6 de abril de 2018, fundamento jurídico 2.3.

⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 147-2016, Lima, del 6 de julio de 2016, fundamento jurídico 2.3.7.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1445-2018, Nacional, del 11 de abril de 2019, fundamento jurídico tercero.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 353-2019, Lima, del 19 de diciembre de 2019, fundamentos jurídicos segundo y tercero.

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1640-2019, Nacional, del 5 de febrero de 2020, fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

A nivel de Sala Superior de Apelaciones, encontramos en el Sub Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Delitos de Crimen Organizado. Respecto al primero —el Sub Sistema Nacional Anticorrupción— encontramos la importancia del peligro procesal en los siguientes pronunciamientos: Exp. 32-2017-4⁴⁷; Exp. 04-2015-45⁴⁸; Exp. 129-2016-4⁴⁹; Exp. 33-2018-6⁵⁰; Exp. 25-2017-33⁵¹; Exp. 47-2018-3⁵²;

⁴⁷ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 32-2017-4, Resolución 4, del 18 de enero de 2018.

⁴⁸ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ, Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 04-2015-45, Resolución 3, del 26 de diciembre de 2017.

⁴⁹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 129-2016-4, Resolución 2, del 20 de marzo de 2018.

⁵⁰ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 33-2018-6, Resolución 2, del 5 de setiembre de 2018.

⁵¹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 25-2017-33, Resolución 3, del 22 de agosto de 2018.

⁵² CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 47-2018-3, Resolución 8, del 16 de enero de 2019.

Exp. 215-2015-19⁵³; Exp. 17-2017-9⁵⁴; Exp. 43-2018-7⁵⁵; Exp. 19-2018-13⁵⁶; Exp. 46-2017-80⁵⁷; Exp. 36-2017-16⁵⁸; Exp. 27-2019-4⁵⁹; Exp. 35-2017-32⁶⁰; Exp. 10-2017-5⁶¹; Exp. 27-2019-

⁵³ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 215-2015-19, Resolución 5, del 18 de enero de 2019.

⁵⁴ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 17-2017-9, Resolución 3, del 27 de marzo de 2019.

⁵⁵ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 43-2018-7, Resolución 2, del 17 de mayo de 2019.

⁵⁶ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 19-2018-13, Resolución 3, del 27 de abril de 2019.

⁵⁷ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 46-2017-80, Resolución 2, del 3 de julio de 2019.

⁵⁸ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 36-2017-16, Resolución 3, del 29 de mayo de 2019.

⁵⁹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 27-2019-4, Resolución 2, del 21 de agosto de 2019.

⁶⁰ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 35-2017-32, Resolución 6, del 5 de agosto de 2019.

⁶¹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de

8⁶²; Exp. 29-2017-33⁶³; Exp. 52-2018-10⁶⁴; Exp. 45-2019-1⁶⁵; Exp. 28-2017-16⁶⁶ y Exp. 19-2018-37⁶⁷.

Respecto al segundo —el Sub Sistema Nacional Contra el Crimen Organizado—, también existen pronunciamientos so-

Apelaciones, Expediente 10-2017-5, Resolución 2, del 4 de setiembre de 2019.

⁶² CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 27-2019-8, Resolución 2, del 13 de setiembre de 2019.

⁶³ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 29-2017-33, Resolución 6, del 25 de noviembre de 2019.

⁶⁴ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 52-2018-10, Resolución 2, del 23 de diciembre de 2019.

⁶⁵ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 45-2019-1, Resolución 3, del 27 de diciembre de 2019.

⁶⁶ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 28-2017-16, Resolución 2, del 24 de febrero de 2020.

⁶⁷ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 19-2018-37, Resolución 3, del 12 de junio de 2020.

bre la relevancia del peligro procesal: Exp. 299-2017-36⁶⁸ ⁶⁹ 70
71; Exp. 75-2017-23⁷²; Exp. 196-2017-10⁷³ y Exp. 128-2015-42⁷⁴.

3. Los tipos de peligro procesal

Nuestro Código Procesal Penal recoge dos manifestaciones del *periculum libertatis*; esto es conocido como la teoría de los dos peligros o intermedia⁷⁵.

⁶⁸ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 299-2017-36, Resolución 27, del 3 de enero de 2019.

⁶⁹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 299-2017-36, Resolución 28, del 3 de enero de 2019.

⁷⁰ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 299-2017-36, Resolución 33, del 14 de febrero de 2019.

⁷¹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 299-2017-36, Resolución 81, del 30 de abril de 2020.

⁷² CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 75-2017-23, Resolución 14, del 30 de enero de 2019.

⁷³ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 196-2017-10, Resolución 24, del 14 de junio de 2019.

⁷⁴ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 128-2015-42, Resolución 24, del 9 de enero de 2020.

⁷⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, p. 459.

Tanto el peligro procesal de fuga como el de obstaculización cuentan con un reconocimiento legal expreso en nuestro ordenamiento. Se encuentran en los artículos 296 y 270, peligro de fuga y peligro de obstaculización, respectivamente.

La legislación peruana establece de manera genérica, abstracta y no taxativa, una serie de criterios que ayudan al juez de investigación preparatoria a analizar de mejor manera la existencia o no del peligrosismo procesal.

Por ejemplo, en el caso del peligro procesal de fuga, el legislador ofrece al juez la opción, a través de la vinculación del imputado con cosas o personas —es decir, el arraigo—, de analizar mejor si la persona, frente a la existencia del proceso, puede o no fugar. Una situación similar se presenta con la regulación del peligro de obstaculización.

39

Solo el análisis de estos criterios y los que adicionalmente puedan manifestarse en el caso van a permitir concluir si existe o no un peligro procesal.

III. El peligro de fuga

1. ¿Qué se entiende por peligro de fuga?

Se trata de la posibilidad que tiene el investigado, estando en libertad, de ocultarse o fugar⁷⁶; la factibilidad de que el investigado no desee someterse al proceso o que, al ausentarse,

⁷⁶ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*, op. cit., p. 338.

impedirá la consecución del mismo⁷⁷; es decir, el momento que tiene para huir, impidiendo así el cumplimiento de una eventual condena⁷⁸.

Al estar en libertad, se puede entender que el investigado tiene la posibilidad de realizar actuaciones que generen su escape u ocultamiento y, con ello, imposibilitar la continuidad del proceso ⁷⁹. No tiene sentido la continuación del proceso que busca la condena del culpable, si este nunca va a ser encontrado.

De ahí que se sostenga que el peligro de fuga termina siendo el poder real que tiene el imputado para fugar, dejando al Estado en la imposibilidad de realizar juicios en su ausencia, obstaculizando la continuación del proceso e impidiendo la imposición de una pena⁸⁰.

40

Esta posibilidad que tendría el imputado debe ser analizada en concreto y en cada caso que se presente a consideración. Ello debido a que cada caso puede tener sus propias consideraciones; sin embargo, ello no obsta a que se puedan regular determinados criterios que coadyuven al análisis que realice el juez de investigación preparatoria. De ahí a que nuestro Código Procesal Penal, en su artículo 269, haya regulado criterios

⁷⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Parte general*. Tomo III. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011, p. 382.

⁷⁸ MORAS MOM, Jorge R. *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 255.

⁷⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal y litigación oral*. Lima: Idemsa, 2010, p. 488.

⁸⁰ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 200.

que, sin ser los únicos, pueden determinar la existencia del peligro de fuga.

2. Criterios que determinan la verificación del peligro de fuga

El Código Procesal Penal recoge, en el artículo 269, los criterios que se deberán evaluar para calificar la existencia del peligro de fuga. A estos criterios, la Corte Suprema los ha denominado «situaciones constitutivas del riesgo»⁸¹ y, además, ha señalado que las «situaciones» reguladas en el artículo 269 no deben ser interpretadas de una manera cerrada^{82 83 84}.

Es válido sostener que estos criterios pueden constituir, por una parte, situaciones constitutivas de riesgo. Por ejemplo, el hecho de no contar con un domicilio, familia o no mantener productividad o participación relevante en la sociedad, puede constituir una posibilidad de que el investigado pueda fugar. Un comportamiento inadecuado de rechazo a los actos de investigación, de ausencia de colaboración a lo largo del proceso, puede hacer notar una posibilidad de fuga permanente.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico 39.

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, *op. cit.*, fundamento jurídico 41.

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 626-2013, Moquegua, del 30 de junio de 2015, fundamento jurídico 35.

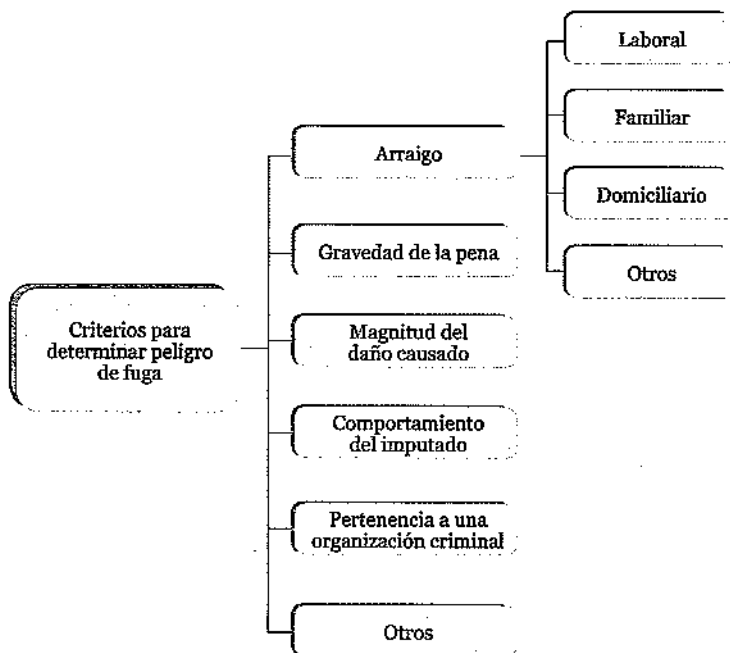
⁸⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1640-2019, Nacional, del 5 de febrero de 2020, fundamento jurídico cuarto.

Exactamente lo mismo sucede con el hecho de pertenecer a una organización criminal que aún se encuentra operativa: la ayuda, las redes, los medios económicos, contactos y capacidad organizativa de la organización hacen patente un posible riesgo de fuga.

Por otro lado, estas situaciones no pueden ser taxativas o cerradas, es decir, no son las únicas que el juez debe analizar al momento de verificar la concurrencia del peligro procesal. Cada caso puede presentar diferentes situaciones que deben ser analizadas; por ejemplo, quizá en un caso concreto no se verifique una pertenencia directa a una organización criminal, pero el hecho de estar vinculado a ella puede hacer concluir que el apoyo de la organización puede brindarse para la ayuda de la fuga. Es decir, el criterio regulado legalmente es el de pertenencia a la organización, pero la realidad puede presentar un caso de «vinculación» a la organización criminal; sin embargo, pese a la ausencia de regulación legal, este puede ser analizado como situación constitutiva de riesgo para verificar la existencia del peligro procesal.

42

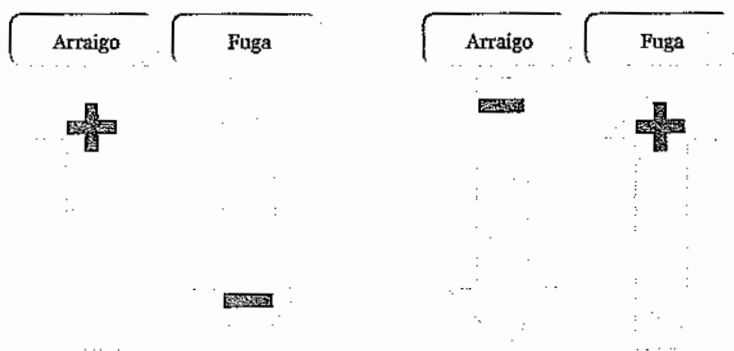
Los criterios que legalmente regula el Código Procesal Penal son:



La existencia de estos criterios no necesariamente es copulativa. Es decir, puede darse el caso en el que solo se presente el criterio de pertenencia a una organización criminal que, junto a la gravedad de la pena y las facilidades, medios o contactos probados que permitan mantenerse fuera del país, sustente la existencia del peligro procesal.

Tampoco es posible sostener que, con la verificación del arraigo, por ejemplo, el peligro procesal necesariamente se desvanece. El análisis debe realizarse de manera inversamente proporcional, esto es, que mientras mayor sea la presencia de una, menor será la existencia de la otra. Explicado en términos procesales penales: mientras mayor arraigo presente la persona, menor posibilidad de fuga se verificará en el caso. Ello no

determina necesariamente su inexistencia, debido a que pueden concurrir elementos adicionales que inclinen la balanza.



2.1. Arraigo

El arraigo lo constituyen aquellas situaciones relacionadas al ámbito interno del investigado. Se analiza su calidad y si este puede o no —atendiendo a una ponderación de intereses— disminuir el riesgo de fuga⁸⁵. Son todas aquellas situaciones que harán posible que el imputado «no se ausente del lugar del juicio»⁸⁶.

Con el arraigo se va a poder estimar si el investigado cuenta con los medios y condiciones para evadir la acción de la justicia⁸⁷. Toda circunstancia personal del imputado que permitirá al juez determinar o al menos colegir que aquel no esquivará

⁸⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, p. 460.

⁸⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal, op. cit.*, p. 528.

⁸⁷ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal, op. cit.*, p. 338.

la justicia y acudirá a los llamados que se hagan⁸⁸. Debe entenderse como una forma de «echar raíces» o de la existencia de vínculos a personas y/o cosas⁸⁹.

Lo que se pretende con el análisis del arraigo es profundizar sobre los aspectos de vida del imputado, su relación con otras personas o su relación con algunas cosas. Es decir, el hecho de que se encuentre vinculado de alguna manera al lugar en el que es o será procesado.

Mientras más vinculada se encuentre una persona a su lugar de procesamiento, menor será la posibilidad de que esta pueda fugar o sustraerse del proceso, y así convertir en ineficaz una futura sentencia condenatoria.

El hecho de que un imputado no cuente con personas que dependan de él, sin la existencia de bienes propios, sin un trabajo o actividad laboral que le genere ingresos aumentan la posibilidad de desaparecer, «hacer» una nueva vida en otro lugar. De ahí que el análisis de qué tan arraigada se encuentra una persona es fundamental.

Jurisprudencialmente, se ha entendido al arraigo como «el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con las personas o las cosas»⁹⁰ y de manera perma-

⁸⁸ GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. La Cuzco: Colex, 2010, p. 353.

⁸⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal y litigación oral*, op. cit., p. 516.

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 631-2015, Arequipa, del 21 de diciembre de 2015, fundamento jurídico cuarto.

nente⁹¹. Se trata de un criterio no taxativo, es decir, *numerus apertus*⁹². Es considerado de naturaleza concreta u objetiva, lo que significa que será parte de los más óptimos para determinar, de manera razonable, el peligro de fuga^{93 94}.

Este orden en la vida de la persona, su vinculación en sociedad con otras personas o su relación con las cosas pueden presentarse de diferentes maneras. Por ejemplo, su interrelación con otras personas puede darse a través del matrimonio, la presencia de hijos, o simplemente la presencia de personas que dependan de él. También puede presentarse el caso de que la vinculación del imputado con otras personas se manifieste a través de un contrato de trabajo de plazo indeterminado o su pertenencia a la planilla de una empresa.

46

Es decir, el arraigo puede manifestarse de diferentes maneras, que es necesario analizar. Entre estas tenemos el arraigo laboral, el arraigo domiciliario, el arraigo familiar, el arraigo personal, entre otras. De ahí que nuestro Código Procesal Penal reconozca, en el artículo 269, inciso 1, que el arraigo se analiza en razón del país del imputado, y se manifiesta con el

⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 626-2013, Moquegua, del 30 de junio de 2015, fundamento jurídico trigésimo sexto.

⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 626-2013, Moquegua, *op. cit.*, fundamento jurídico trigésimo séptimo.

⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico 43.

⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1445-2018, Nacional, del 11 de abril de 2019, fundamento jurídico tercero.

trabajo, el domicilio, la familia y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto⁹⁵ ⁹⁶.

El arraigo, como se puede deducir, tendrá diferentes manifestaciones. La vinculación de una persona puede realizarse de diferentes maneras: se puede presentar a través de la familia, a través del domicilio, sus ingresos y deudas, y, por supuesto, mediante su vinculación con algún trabajo o actividad laboral.

Para lo que nos convoca en este análisis, debemos desarrollar más ampliamente, y desde una visión complementaria con el derecho laboral, lo que implica la vinculación de una persona por la labor que realiza, para poder concluir si se requiere o no de una remuneración o subordinación, y solo así pasar a analizar si una ama de casa puede acreditar arraigo laboral.

a. El arraigo laboral

En el arraigo laboral lo que se debe verificar es la existencia de un puesto u ocupación en un trabajo o negocio dentro de la localidad o el país que demuestre la capacidad de subsistencia⁹⁷ ⁹⁸.

⁹⁵ Código Procesal Penal, art. 269: «Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: 1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto».

⁹⁶ Como ya hemos mencionado, las manifestaciones del arraigo no se limitan solo a lo establecido por el Código Procesal Penal.

⁹⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*, op. cit., p. 460.

⁹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 631-2015, Arequipa, del 21 de diciembre de 2015, fundamento jurídico cuarto.

Todo ciudadano productivo mantiene en la sociedad alguna actividad que representa un aporte que luego implica una retribución económica o personal; denota que esta persona aporta a la sociedad y, por ello, obtiene un beneficio directo, que puede ser o no económico.

En este título queremos presentar al lector un desarrollo mínimo de las implicancias de relacionar el criterio legal de arraigo en su manifestación de arraigo laboral, y su relación con las reglas del derecho laboral propiamente dicho, para que, a partir de este análisis, mejoren los debates sobre este aspecto que tanto se tiene en consideración en las diferentes audiencias de medidas de coerción.

48 Por la sola denominación de esta manifestación de arraigo, es decir, «laboral», es necesario acudir a un análisis extrapenal, para que ramas auxiliares nos ayuden a sostener que hemos verificado correctamente la presencia de actividad laboral o trabajo. Esto se debe a que el derecho penal, por obvias razones, nunca nos va a dar la definición, características, elementos o requisitos que nos permitan comprobar cuándo existe un «trabajo».

Así las cosas, la disposición contenida en el artículo 269.1 —en lo referido al negocio o trabajo— nos da la tarea de necesariamente recurrir a una disposición o enunciado (ley) extra procesal penal que haya desarrollado este tópico: el derecho laboral.

Hay normas, e interpretación de las disposiciones, que tienen proyecciones hacia un objeto accesorio: regulan conductas o actos procesales penales, pero que se encuentran enca-

minados hacia la actuación de otra rama del derecho. Es una remisión interna (conexión de cuerpos legales)⁹⁹. Por esto, la rama del derecho adecuada para delimitar cuándo estamos ante un trabajo —y, por tanto, existe arraigo en este extremo— es el derecho laboral.

b. El derecho al trabajo

El derecho al trabajo como tal posee como manifestación la figura de la libertad de trabajo, que se encuentra reconocida por la Constitución Política del Perú en su artículo 2, inciso 15.

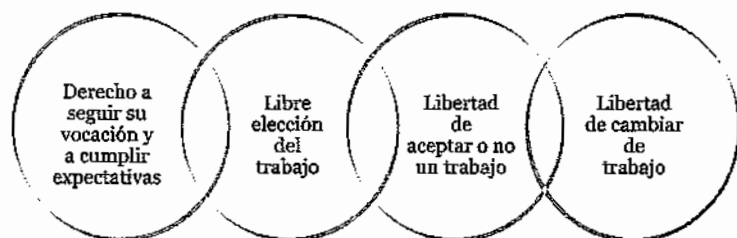
Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú, en el expediente 2802- 2005-PA/TC, del 14 de noviembre de 2005, la reconoce y además establece que la libertad de trabajo es una manifestación del derecho al trabajo¹⁰⁰.

49

El Tribunal Constitucional en el expediente 661-04-AA/TC, fundamento jurídico quinto, del 16 de agosto de 2004, señala que la libertad del derecho al trabajo posee las siguientes manifestaciones:

⁹⁹ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 96, 97, 114 y 115.

¹⁰⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2802- 2005-PA/TC, del 14 de noviembre de 2005, fundamento jurídico 2.



El derecho a seguir su vocación y a cumplir expectativas se orienta a la visión que tiene cada ser humano de sí mismo en el ámbito laboral; a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas¹⁰¹.

La libre elección del trabajo, libertad de aceptar o no un trabajo y libertad de cambiar de trabajo. Estas manifestaciones se enmarcan en el poder de decisión que tiene cada persona con respecto a su ámbito laboral.

Según el Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 4, el trabajo como tal requiere de tres elementos específicos: «En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado».

Por su parte, debe recordarse que el derecho laboral es el grupo de normas jurídicas cuyo ámbito de aplicación es el trabajo en las relaciones de los sujetos que intervienen en este, de manera individual y colectiva, y el mantenimiento, mejoramiento y fortalecimiento de dichas relaciones¹⁰².

¹⁰¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 661-04-AA/TC, del 16 de agosto de 2004, La Merced, Junín, fundamento jurídico quinto.

¹⁰² MARC, Jorge Enrique. *Introducción al derecho laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 80.

De esta definición se puede elaborar la estructura clásica del derecho laboral en tres partes: derecho individual, derecho colectivo y seguridad social¹⁰³. La que nos va a dar guía en la definición y delimitación del trabajo es la primera, la cual es entendida como el estudio de las relaciones laborales individuales¹⁰⁴.

Desde una perspectiva general, el trabajo es cualquier ocupación en que se desarrolle una actividad con un determinado fin. En el derecho laboral, la definición de trabajo es más limitada, pues debe presentar ciertas características: a) prestación personal, b) subordinación y c) remuneración. Estas van a formar lo que conoce como relación laboral y por tanto solamente este tipo de relaciones será objeto del derecho laboral ¹⁰⁵.

Ahora, el hecho de que el derecho laboral individual tenga por objeto a las relaciones laborales —lo que incluye a la definición limitada de trabajo y sus tres características— no significa que aquellas actividades que no tengan una de las características y que no forman parte del objeto del derecho laboral dejarán de ser consideradas trabajo; por ejemplo, el trabajo independiente donde no hay subordinación¹⁰⁶.

¹⁰³ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Introducción al derecho del trabajo*. Santiago: ConoSur, 1998, pp. 22-23.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹⁰⁵ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018, p. 9.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 9.

Entonces, tenemos que encontrar un punto de partida para definir el trabajo. Esta acepción debe tener en cuenta el ámbito del derecho laboral y el ámbito general o común.

Ese inicio está dado por algo que ambos planos tienen en común: el ser humano. Tanto para uno como para el otro, solamente será trabajo (o por lo menos tendrá relevancia) el que realicen las personas humanas o naturales¹⁰⁷, ya que se trata necesariamente de una actividad física, una forma de manifestación o exteriorización de la voluntad de realizar una acción.

Llegados a este punto, no cualquier actividad o esfuerzo físico que realice el ser humano será considerado trabajo. Se requiere de otro elemento también en común en ambos planos: una finalidad¹⁰⁸.

52

c. El trabajo productivo y no productivo

Dependiendo de la finalidad, el trabajo se va a dividir entre productivo y no productivo (el Tribunal Constitucional lo llama también actividad laboral)¹⁰⁹.

Será no productivo cuando la finalidad principal (o única) no sea obtener solamente un beneficio económico, es decir, se tiene una finalidad adicional de mayor peso o no se tiene finalidad económica. Por otro lado, será productivo cuando

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 11-12.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 008-2005-PI9/TC, caso Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28175, del 12 de agosto de 2005, fundamento jurídico 18.

tenga como finalidad generar (o esperar) un beneficio económico¹¹⁰.

El beneficio económico que diferenciará a ambos tipos de trabajo es, en la mayoría de los casos, de carácter pecuniario, pero no se limita a este, ya que se incluye también cualquier cosa que sea susceptible de valoración económica. Debe ser personalísimo y directo. Las acciones que tengan como fin la satisfacción personal (y obtenible de manera inmediata al ejecutar la acción) no serán beneficio económico¹¹¹; de ahí que las acciones comunes, como servirse un vaso de agua, pese a tener una finalidad, al ser autosatisfactivas no son trabajo.

c.1. El trabajo productivo

Pasando al trabajo productivo, es decir, el que tiene el beneficio económico como única finalidad o es la de mayor peso, vamos a encontrar dos tipos: por cuenta propia o por cuenta ajena¹¹².

El trabajo por cuenta propia es aquel que se realiza por incentivo o iniciativa propia. La titularidad de los servicios o bienes producidos son exclusivamente del trabajador, que luego son transados comúnmente por bienes fungibles¹¹³.

¹¹⁰ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*, op. cit., p. 12.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 13.

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Idem.*

Por el contrario, el trabajo por cuenta ajena será aquel que se realiza por iniciativa o mandato de un tercero, donde todos los bienes o servicios que se produzcan serán de titularidad de este tercero y se recibirá una compensación económica por la producción. Es esta parte la que le interesa al derecho laboral, aunque no en su totalidad¹¹⁴.

Para que el trabajo por cuenta ajena sea materia de regulación por el derecho laboral se necesita de tres elementos (relación laboral): a) prestación personal, b) subordinación y c) remuneración¹¹⁵. Además, aquí es donde se presentan las figuras del trabajador y el empleador¹¹⁶.

La prestación personal es el factor humano que hemos mencionado líneas arriba. Aquí también se considera como trabajo productivo a las actividades que realiza solamente el ser humano.

La subordinación es aquella relación de dependencia vertical entre el empleador y el trabajador, en la que este último debe seguir las órdenes y someterse al control del primero.

La remuneración va a ser la contraprestación monetaria que reciba el trabajador por las actividades que realice en cumplimiento de las tareas asignadas en el trabajo por su empleador.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 35-50.

La manifestación de la relación laboral por excelencia es el contrato¹¹⁷; sin embargo, en un país como el nuestro donde prima la informalidad, este requisito formal en la mayoría de casos no se presenta. Nuestra Corte Suprema no es ajena a esta realidad, por lo que ha señalado que no se requiere de la existencia de un contrato laboral para dar por acreditada la existencia de un arraigo laboral, bastando solamente que se realicen labores concretas y exista una remuneración¹¹⁸.

Finalmente, habrá casos en los que hay trabajo por cuenta ajena o dependiente, pero no existe uno de los tres elementos de la relación laboral que le interesan al derecho laboral: la subordinación. En este escenario hay una prestación personal y una remuneración, pero el trabajo se realiza con autonomía (sin órdenes ni control)¹¹⁹. Este es clásico supuesto del contrato civil por locación de servicios que realiza un abogado con un cliente. La Corte Suprema también ha reconocido que no es exigible que el trabajo sea subordinado (pudiendo ser autónomo) para acreditar la existencia de arraigo laboral¹²⁰.

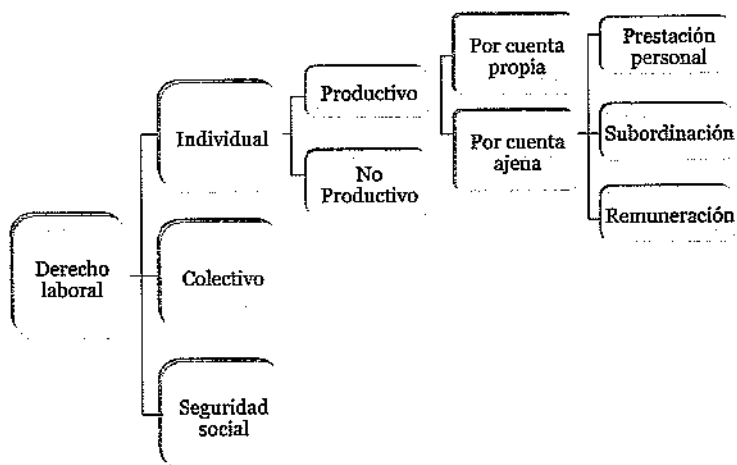
¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 65-67.

¹¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1445-2018, Nacional, del 11 de abril de 2019, fundamento jurídico quinto.

¹¹⁹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 25.

¹²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1445-2018, Nacional, *op. cit.*, fundamento jurídico quinto.

Es decir, el análisis que debe realizarse respecto del arraigo debe abarcar cada una de las posibilidades aquí delimitadas.



56

En un país como el nuestro, no es válido exigir un contrato a plazo indeterminado en una empresa transnacional para solo entonces sostener que sí existe un arraigo laboral del imputado.

Incluso una actividad no remunerada bien puede constituir una manifestación de arraigo laboral, la propia actividad política, el voluntariado o la actividad que realiza el ama de casa.

Estas situaciones tienen que ser analizadas en cada caso concreto, sin dejar de lado la propia realidad peruana, pero tampoco las reglas que se han analizado conforme a lo establecido por el propio derecho laboral.

La presentación de recibos por honorarios puede ser reforzada con la existencia de un contrato que justifique la prestación del servicio. La presentación de boletas de pago puede ser reforzada con la presentación de las planillas de trabajadores

con las que cuenta la empresa, en la que se consigna al propio imputado. La presentación de constancias de trabajo, debidamente suscritas por el representante de la empresa a la que se pertenece, puede ser reforzada con el anexo de la partida registral de la empresa y la inscripción del poder del suscribiente de la constancia. En el caso de trabajadores independientes, como los abogados, no solo los recibos por honorarios pueden ayudar a la acreditación, sino que pueden ser reforzados con la debida acreditación del pago de impuestos a raíz de los servicios profesionales brindados.

Cada situación, con sus peculiaridades, exigirá diferentes acreditaciones. Cualquier aspecto laboral bien podría ser solucionado, en su acreditación, con lo que aquí hemos desarrollado.

c.2. El trabajo no productivo

El trabajo no productivo o actividad laboral puede presentarse, por ejemplo, cuando se realizan «tareas de organización en un partido político, desarrolladas por un militante de este como parte de sus responsabilidades»¹²¹. Puede o no que reciba una remuneración, pero el vínculo y la finalidad están dominados por compartir la ideología del partido.

Otro caso del trabajo no productivo, y es el clásico¹²², es la labor de voluntariado. Su propia ley señala que se trata de toda labor que se realiza sin fines de lucro, sin vínculos, sin respon-

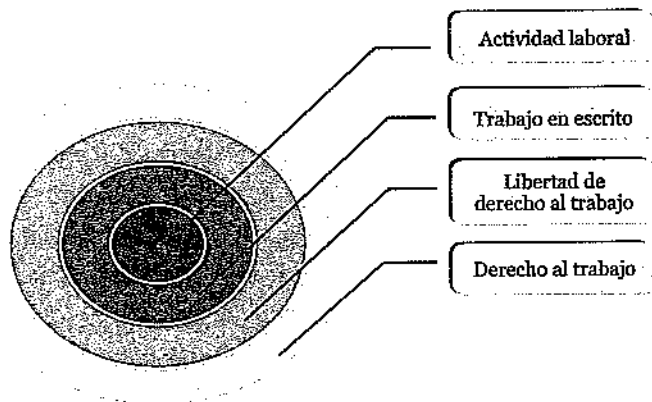
¹²¹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo. op. cit.*, p. 12.

¹²² *Idem.*

sabilidades contractuales y sin sustituir al trabajo que se realiza de forma remunerada (productivo)¹²³; y es que, pese a que se pueden recibir capacitaciones, alimentación, ayuda médica, infraestructura, entre otros¹²⁴ (beneficio valorizable económicamente), no son estos últimos los que motivan el trabajo de voluntariado, sino la disposición de querer ayudar y contribuir en diversas causas.

Hasta este punto, debe recordarse que el derecho al trabajo contiene a la libertad laboral, que a su vez abarca la figura en estricto del acceso al trabajo, y este finalmente contiene a la actividad laboral; ello en virtud de que la actividad laboral es en esencia un elemento personal o de prestación de servicios, requisito indispensable para determinar una relación de trabajo.

58



¹²³ Ley 28238, Ley General del Voluntariado, del 1 de julio de 2004, Título I, Capítulo I, Disposiciones generales, artículo 2.

¹²⁴ Ley 28238, *op. cit.*, Título I, Capítulo IV, Capacitación, facilidades y recompensas, artículo 12.

La actividad laboral constituye un elemento personal según el Tribunal Constitucional; en consecuencia, forma parte de la figura del trabajo en estricto, puesto que la prestación personal es uno de los elementos que se requieren para que se configure una relación laboral.

A primera impresión, se puede pensar que, al ser un elemento del trabajo, necesariamente se requiere del elemento remuneración; no obstante, si bien forma parte del mismo, no logra ser igual, ya que requeriría del otro elemento: la subordinación.

Finalmente, al no ser igual que la figura del trabajo, no requiere necesariamente de una remuneración.

d. La labor doméstica como trabajo no productivo

59

Un tercer caso de trabajo no productivo o actividad laboral se da en caso de la labor doméstica que realizan los padres en favor de sus hijos¹²⁵. La labor doméstica o «producción en el hogar» es definida por Reid como «esas actividades no remuneradas que son llevadas a cabo por y para sus miembros»¹²⁶. Aquí no existe finalidad económica, se tiene una finalidad distinta a la autosatisfacción, como pueden ser sentar las bases para una correcta formación y buen futuro para los hijos, así como atender sus necesidades básicas.

¹²⁵ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*, op. cit., 2018, p. 13.

¹²⁶ Margaret Reid citada en CAMPILLO FABIOLA. «El trabajo doméstico remunerado en la economía». En *Nómadas*, núm 12 (2000), p. 100.

La Clasificación de Actividades de Uso del Tiempo para América Latina (Cautal), elaborada para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), divide el trabajo doméstico no remunerado en dos clases: para el propio hogar y para miembros del hogar¹²⁷.

Dentro de las actividades consideradas como trabajo doméstico no remunerado para el propio hogar tenemos las siguientes: preparar y servir comida, limpieza de la vivienda, limpieza y cuidado de ropa y calzado, mantenimiento y reparaciones menores para el propio hogar, administración del hogar, compras para el hogar y el cuidado de mascotas y plantas¹²⁸.

Dentro de las actividades consideradas como trabajo doméstico no remunerado para miembros del hogar encontramos: cuidados a miembros del hogar de 0 a 14 años de edad, cuidados a miembros del hogar de 15 a 59 años de edad, cuidados a miembros del hogar de 60 años de edad y más, y cuidados a miembros del hogar con discapacidad o dependencia permanente de todas las edades. El cuidado incluye cuidado de salud, supervisión de actividades, alimentación, aseo, apoyo y aprendizaje en general, compañía, etcétera¹²⁹.

¹²⁷ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Clasificación de Actividades de Uso del Tiempo para América Latina y el Caribe*. Santiago: Cepal, 2016, p. 15.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 23-25.

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 26-27.

La clasificación elaborada por la Cepal ha sido utilizada (y aceptada) en el Perú; por ejemplo, por instituciones como la Defensoría del Pueblo¹³⁰ y el Instituto Nacional de Estadística e Información¹³¹.

En nuestro ordenamiento jurídico también se ha reconocido la importancia del trabajo doméstico no remunerado realizado por uno de los padres para el hogar y los hijos. Así, nuestro Código Civil, modificado por la Ley 30550, reconoce como aporte económico a este tipo de trabajo desarrollado por uno de los padres (obligados) en favor del hijo (alimentista) para ser utilizado como criterio para fijar alimentos¹³². Mediante la citada ley, promulgada el 14 de marzo de 2017, se dispuso la modificación del artículo 481 del Código Civil, con la finalidad de que se incluya en las resoluciones judiciales el criterio de aportes por trabajo doméstico no remunerado como concepto de alimentos.

¹³⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Autonomía económica*. Documento de Trabajo 004-2019-DP/ADM, «El impacto económico del trabajo doméstico no remunerado y de cuidados en el desarrollo de las mujeres», setiembre de 2019.

¹³¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Cuenta Satélite del trabajo doméstico no remunerado*, Lima, 2016. Disponible en: <<https://bit.ly/2TOTMsM>>

¹³² Código Civil, art. 481: «Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones que se halle sujeto el deudor. El juez considera como un aporte económico el trabajo doméstico no remunerado realizado por alguno de los obligados para el cuidado y desarrollo del alimentista, de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos».

El artículo antes mencionado contempla que el trabajo doméstico se considera como aporte económico para el alimentista, siendo entonces que esta es una actividad laboral.

Cabe destacar que la labor doméstica desempeñada, además de constituir un aporte económico, también forma parte de la libertad del derecho al trabajo en su manifestación de derecho a seguir su vocación y a cumplir expectativas. Cabe recordar que esto se refiere a la visión que tiene cada ser humano para sí mismo en el ámbito laboral, a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas.

Se sostiene que la actividad doméstica es una manifestación del derecho a seguir su vocación y cumplir sus expectativas, ya que es decisión de la propia persona y de lo que considera mejor para ella y su entorno.

62

Es necesario añadir que la Constitución Política, en su artículo 23, señala: «El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan».

Siguiendo lo mencionado anteriormente, podemos decir que la Constitución protege las diversas modalidades de trabajo y, al no ser suficiente con ello, protege especialmente las modalidades de trabajo que desempeñe la madre.

Por tanto, la actividad doméstica sí se considera como una actividad laboral, la cual debe ser considerada de manera positiva para el análisis de verificación de concurrencia o no de

arraigo laboral a efectos de determinar la existencia de peligro procesal.

CAPÍTULO II

LA TUTELA DE DERECHOS Y SU NO LIMITACIÓN DE PROTECCIÓN A DERECHOS INFORMATIVOS

I. Introducción a la problemática

Este es un tema que también requiere un análisis general, ya que, así como Nadine Heredia en su momento, lo sufren los investigados a diario en el litigio peruano.

¿Qué sucede si el mecanismo creado para la protección de derechos del investigado termina limitando su ámbito de aplicación a derechos meramente informativos? La respuesta parece bastante obvia: se convierte en un mecanismo de defensa absolutamente infructuoso.

67

Es necesario impulsar un cambio en la interpretación que se realiza sobre el mecanismo de la tutela de derechos, a fin de poder dejar en claro que su ámbito de protección no se encuentra limitado al artículo 71.2 del Código Procesal Penal, sino que se encuentra destinado a proteger todos los derechos reconocidos legal, constitucional y convencionalmente al investigado en un proceso penal.

No entender de esta forma a la tutela de derechos la convierte en un mecanismo infructuoso, tendiente a devolver al litigante al punto de inicio, esto es, colapsar la justicia constitucional con reclamos derivados del proceso penal, evitando así el uso del juez de investigación preparatoria, que debería convertirse en un «juez constitucional» al interior del proceso penal.

II. La incorporación de un mecanismo de defensa en favor de los derechos del investigado

Si participaran en la defensa de un investigado que enfrenta un proceso ordinario o sumario, bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 o el Decreto Legislativo 124 respectivamente, y en la etapa de investigación o instrucción verificaran la lesión de un derecho del investigado, no contarían con un mecanismo de control o defensa al interior del proceso penal.

Supuestos tan simples como la no entrega de copias de carpeta fiscal, el hecho de no permitir participar al abogado defensor en los actos de investigación, la denegatoria del fiscal a realizar actos de investigación solicitados por la defensa del investigado, la exclusión de prueba ilícita, el incumplimiento de legalidad en el levantamiento de actas, etc., no encuentran en aquella legislación un mecanismo de control o de defensa.

Legislativamente, lo único que podría realizar una defensa sería interponer una queja ante los órganos de control interno, ya sea del Ministerio Público, Policía Nacional o Poder Judicial, dependiendo de la autoría de la lesión al derecho. Por lo menos, sería la acción más directa que se podría ejercer.

Aunque también existiría vigente la posibilidad de una acción constitucional que se presenta quizá con un amparo o un *habeas corpus* de tipo conexo, pero al interior del proceso no existiría algún mecanismo tendiente a reestablecer la vigencia del derecho lesionado.

Al ser los únicos mecanismos con los que cuenta un abogado defensor, los problemas generados al interior de un proce-

so penal normalmente eran trasladados a vías extrapenales como la constitucional y, por supuesto, la vía administrativa, ya sea por la interposición de un *habeas corpus* o un amparo, en el primer supuesto, o a través de la interposición de quejas ante los órganos de control, en el segundo supuesto.

Esta emigración a campos ajenos al derecho penal hizo reflexionar al legislador sobre la posibilidad de que la lesión de derechos surgida al interior del proceso penal sea resuelta en el mismo proceso. Así, se evita cuestiones de carga procesal en el sistema de administración de justicia constitucional, resolviendo las cuestiones surgidas en el proceso penal, en su propia matriz.

Hoy, el Código Procesal Penal de 2004, al menos en la parte vigente, reconoce un mecanismo de defensa que permite cautelar o reestablecer la lesión de un derecho fundamental al interior de un proceso penal, siempre y cuando se encuentre en etapa de investigación.

69

Si, con la vigencia del ordenamiento procesal anterior, los investigados no podían realizar reclamos sobre la lesión de sus derechos, y recurrían a vías extraprocesales como la vía constitucional, lo que ha hecho el legislador peruano, entendemos, es trasladar al juez constitucional al interior del proceso penal, a fin de evitar esa recurrencia fuera del ámbito donde debe resolverse si finalmente se lesionó o no un derecho.

El juez de investigación preparatoria cumple para ello con la función de «mini juez» constitucional al interior del proceso penal, evitando así que los litigantes recurran a vías extraprocesales y cumplan con resolver controversias de lesión a derechos al interior del proceso penal en cuestión.

Bajo esa idea, sería ilógico que un mecanismo de defensa que nació para evitar la recurrencia a vías extraprocesales limite al máximo sus supuestos de procedencia u objeto de protección para finalmente «obligar» al investigado a recurrir a los mecanismos que anteriormente motivaron la reforma procesal penal y la introducción de medios de defensa, como la tutela de derechos al interior del proceso penal.

Aquí lo que pretendemos es presentar un desarrollo teórico de los requisitos de procedencia establecidos por la legislación procesal y ampliados por la jurisprudencia nacional, y junto a ellos presentar un análisis de cuál debería ser el objeto de protección del mecanismo de tutela de derechos. En el caso de Nadine Heredia Alarcón, como es de conocimiento público, se nos limitó la posibilidad de reclamar, vía tutela de derechos, el acceso a información de la carpeta fiscal, ya que alegábamos la lesión de la garantía de tutela jurisdiccional efectiva, así como de legalidad procesal penal, lo que fue rechazado, debido a que tales derechos no se encontraban en el catálogo reconocido por el artículo 71, inciso 2, del Código Procesal Penal.

III. Requisitos de procedibilidad

Si bien es cierto, conforme hemos explicado ahora, que la tutela de derechos se convierte en un mecanismo efectivo de protección de derechos del investigado, o al menos eso debería ser, lo cierto es que, previamente a su análisis de fundabilidad, el reclamo también debe cumplir con el respeto de las formalidades no establecidas en la norma procesal, pero sí desarrolladas a nivel jurisprudencial por la Corte Suprema.

III.I. Requerimiento previo

La lesión de un derecho que pretenda ser reclamado en etapa de investigación preparatoria normalmente proviene de quien dirige dicha etapa o de su órgano colaborador más cercano; es decir, el acto lesivo normalmente proviene del Ministerio Público o de la Policía Nacional que coadyuva a la labor fiscal.

Esto es así porque la labor de investigación y el desarrollo de la etapa que produce la información se encuentran a cargo del órgano fiscal, con el apoyo de la Policía Nacional del Perú.

Por ello, la Corte Suprema ha desarrollado, vía jurisprudencia, que, antes de interponer una tutela de derechos ante el juez de investigación preparatoria, la lesión de un derecho del investigado deba reclamarse ante el mismo que generó la lesión, es decir, al Ministerio Público. Esto como una especie de «oportunidad» para recapacitar y remediar la lesión que el investigado considera se ha realizado sobre sus derechos.

Así, la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 02-2012/CJ-116, del 26 de marzo de 2012, ha señalado que:

[...] Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos [...].

11. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquel que se erige en requisito de admisibilidad, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser califi-

cados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.

Y aunque este requisito de procedibilidad se haya considerado que solo aplicaría para la tutela en casos donde se reclame aspectos de imputación necesaria, lo cierto es que su exigencia es de ámbito genérico a toda tutela interpuesta. Así, por ejemplo, lo reconoce la Corte Superior de Justicia de Áncash, a través de la Segunda Sala Penal de Apelaciones, en el Expediente 00393-2020-1-0201-sp-pe-02, mediante resolución 8, del 19 de mayo de 2021, cuando en su fundamento 13 señala:

72 [...] Convenimos con la defensa que el considerando 11 del Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-11 se refiere al pedido específico de una tutela de derechos para casos de imputación insuficiente en la que según jurisprudencia es obligatorio solicitar primero el pedido previo a fiscalía para recién, ante su negativa, acudir a la vía judicial. Sin embargo, consideramos que la A-quo no sustenta su decisión en este argumento sino copia su texto para postular que se debe tener en cuenta que para aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela y, ello se debe a su naturaleza residual [...].

13. Si para los casos de tutela de derechos por imputación suficiente se exige el pedido previo al fiscal; estimamos que para los otros casos como se refiere a la presente, sobre exclusión de fuentes de prueba o fuentes de información; también debe preferirse o procurarse este pedido previo, ya que encontrándose la causa en fase de investigación preparatoria: debe siempre privilegiarse

y priorizarse la condición de director del proceso que el fiscal ostenta [...].

III.II. La inexistencia de vía específica

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que la tutela de derechos tiene la característica de residual, es decir, que, para su procedencia, no debe existir ninguna vía específica a través de la cual pueda reclamarse la lesión del derecho alegado. Este criterio ha sido reafirmado en diferentes pronunciamientos no solo de la Corte Suprema, sino también de órganos inferiores jerárquicos.

Así, se tiene el Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, que en su fundamento 13 señala:

[...] ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334.1, 343.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [...].

IV. ¿Qué derechos protege la tutela de derechos?

IV.I. La base legal en cuestión. Exposición de motivos y fundamento de existencia

El Código Procesal Penal, en su artículo 71, señala:

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

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 los cargos formulados 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 es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

Esta sería la base legal para el reconocimiento, invocación y aplicación del novedoso mecanismo de defensa llamado «tutela de derechos».

Este mecanismo es una de las implementaciones que trajo consigo el Código Procesal Penal de 2004 en su visión garantista con rasgos adversariales.

La implementación de este mecanismo responde a problemas generados con la aplicación del Código de Procedimientos Penales de 1940 y del Decreto Legislativo 124. Recuérdese, por ejemplo, que aquellos debates sobre lesión al interior del pro-

ceso penal de algún derecho constitucionalmente reconocido, no encontraban un mecanismo de protección intraprocesal, por lo que aquellos que consideraban lesionado un derecho no contaban con un mecanismo de defensa que permitiera corregir la lesión.

Así, se tiene casos como los de Chacón Málaga¹³³ o Salazar Monroe¹³⁴, solo por poner algunos ejemplos. En estos casos, al no encontrar solución intraprocesal sobre el exceso de plazo de la investigación, los investigados tuvieron que recurrir a la garantía de *habeas corpus*, que, pasando por la instancia de juez constitucional y sala constitucional, finalmente pudieron ser conocidas por el Tribunal Constitucional. Ambas acciones fueron declaradas fundadas, procediéndose a corregir la lesión al derecho reclamado¹³⁵.

Situaciones como la señalada generaron en el legislador la necesidad de implementar un mecanismo intraprocesal que evite acciones extraproceso como el *habeas corpus* o el am-

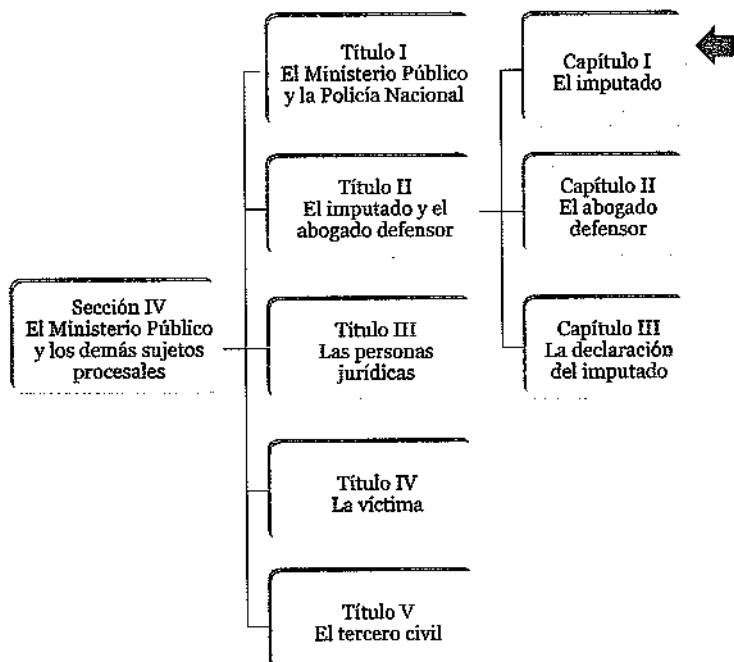
¹³³ El caso Chacón Málaga estableció que la verificación de la violación del derecho al plazo razonable supone la exclusión del proceso de la persona que ha sufrido la violación a este derecho fundamental.

¹³⁴ El caso Salazar Monroe siguió con una línea argumentativa similar, pues señalaba que la verificación de la violación al plazo razonable implicaba el otorgamiento de un plazo al órgano jurisdiccional para decidir acerca de la situación del procesado; además de ello, desarrolló dos criterios que permiten calificar como plazo razonable el tiempo de duración de la investigación: criterio subjetivo (actuación fiscal, actuación del investigado) y criterio objetivo (la naturaleza de los hechos).

¹³⁵ Con diferentes consecuencias debemos precisar que en el caso Chacón Málaga el Tribunal Constitucional optó por la exclusión del investigado del proceso; mientras que en el caso Salazar Monroe optó por otorgar diez días adicionales a la Fiscalía para la toma de decisión final.

paro. Las partes deben resolver sus controversias en el propio proceso penal, y no generar en el Estado un accionar innecesario si la omisión o lesión pueden ser solucionadas en el ámbito natural a la acción, es decir, en el proceso penal.

La sección IV del Código Procesal Penal, titulada «El Ministerio Público y los demás sujetos procesales», contiene cinco títulos. El Título II se encuentra referido a «El imputado y el abogado defensor». Ahí se desarrollan tres capítulos referidos al imputado, al abogado defensor y a la declaración del imputado.



El artículo 71 del Código Procesal Penal, contenido en el capítulo I, «El imputado», está referido a los «derechos del imputado». Se encuentra dividido en cuatro incisos.

El inciso 1 señala:

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

Al tratarse de la única base normativa que se refiere al reconocimiento y ejercicio de derechos del imputado, el inciso 1 no hace referencia a ninguna limitación; por el contrario, señala que los derechos que pueden ser ejercidos en el proceso penal, ya sea por el imputado directamente o a través de su abogado, serían «los que la Constitución y las leyes le conceden».

El inciso 2, sin referencia alguna o vinculación directa con el inciso 1, reconoce lo que en doctrina se conoce como los derechos informativos:

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 los cargos formulados 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.

No tendría sentido que en el inciso 1 se haga referencia a «los derechos que la constitución y las leyes reconocen», para luego referir que la protección que se busca solo sería de los «derechos informativos».

Obviamente, la gama de derechos constitucional y legalmente reconocidos son mayores a estos. De ahí que se pueda sostener que el inciso 2 no necesariamente se encuentra vinculado con el 1, sino que este hace referencia a la conocida «cláusula Miranda»¹³⁶ o «derechos informativos». Es decir, aquellos que son puestos en conocimiento del imputado cuando este es detenido. Así, se le informa que tiene derecho a contar con un abogado defensor, a cuáles serían los cargos que se

¹³⁶ En Estados Unidos, Ernesto Arturo Miranda fue detenido por la Policía en el año 1966. Producto de ello, la Policía logra que el detenido confiese su culpabilidad en los delitos que se le imputaban, sin que de por medio haya tenido acceso a un abogado defensor y, además, sin habersele señalado que tenía derecho a guardar silencio, motivo por el cual resulta sentenciado. Al respecto, la Corte Suprema resuelve que, a partir de ello, cada vez que se detenga a una persona, se le pondrá en conocimiento los siguientes derechos: 1. Tiene derecho a guardar silencio, 2. Todo lo que diga puede ser usado en su contra en un tribunal, 3. Tiene derecho a ser asistido por un abogado, el Estado designará y pagará a uno si así lo requiere, 4. Puede hacer uso de estos derechos y no responder preguntas o puede no declarar.

le imputan, abstenerse a declarar si así lo considera, e incluso a ser examinado por un médico legista.

Por su parte, el inciso 3 señala la formalidad que debe cumplirse cuando se trate de los derechos informativos del inciso 2, estableciendo una relación directa:

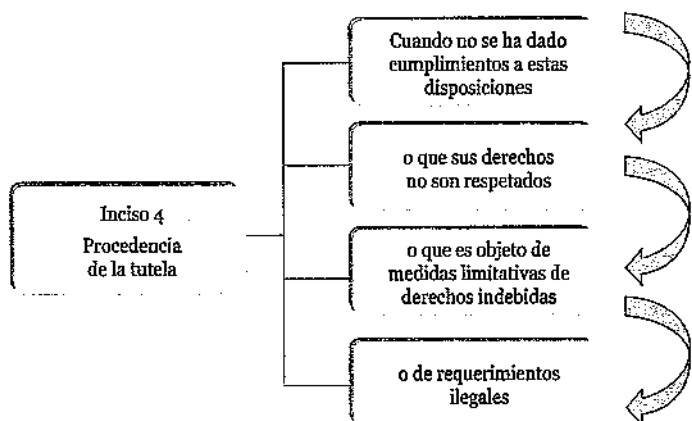
3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras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

El inciso 3 no tiene independencia legislativa ni teleológica, pues responde a la información previa y obligatoria expresada por el inciso 2. En este caso, si se verifica una relación directa, esta no podría considerarse una limitante de la gama de derechos reconocidos al imputado, sino solo una reglamentación de forma o regulación de constancia de la lectura de los derechos informativos.

Por su parte, el inciso 4 señala:

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 es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

Nótese que el inciso 4 abarca no solo lo señalado en el inciso 1, sino también lo previsto en el inciso 2. El inciso 4 regula diferentes supuestos alternativos en los que se podría acudir vía tutela.

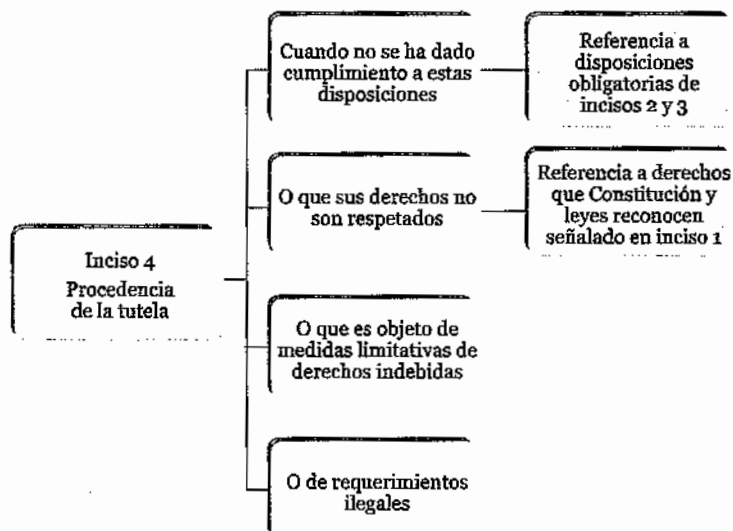


El inciso 4 hace uso del disyuntivo «o» para enumerar diferentes supuestos de procedencia de tutela de derechos, señalando que la tutela procedería «cuando no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones», o «que sus derechos no son respetados», o «que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas», o «de requerimientos ilegales».

Cuando el inciso 4 hace referencia al supuesto «cuando no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones», obviamente alude al trámite regulado los incisos 2 y 3, referido a la obligatoriedad de lectura de derechos y su constancia en el acta respectiva. El incumplimiento de estas disposiciones abre la puerta a la procedencia de la tutela de derechos.

Sin embargo, cuando el inciso 4 se refiere al supuesto «o que sus derechos no son respetados», no alude a los derechos

informativos del inciso 2 o al trámite de formalización de la lectura de esos derechos en acta que regula el inciso 3, sino a lo que en el inciso 1 ya había señalado previamente, es decir, a «los derechos que la Constitución y las leyes reconocen al imputado».



Entender que vía tutela de derechos solo se protegen los derechos informativos enumerados en el artículo 71, inciso 2, significaría realizar no solo una indebida interpretación de la norma, sino que además limitaría la capacidad de reclamo con la que cuenta el investigado a lo largo de la investigación preparatoria.

Si al investigado se le negara la oportunidad de acceder al juez de investigación preparatoria, denominado de «garantías», so pretexto de que la enumeración de derechos de la tutela sería una cláusula cerrada. Esto convertiría a un mecanismo (que se originó para protegerlo) en una nueva forma

de limitar sus derechos. Así, el proceso penal no cumpliría su función de garantía.

El objeto de la audiencia de tutela, la protección de las garantías procesales constitucionales del investigado o del imputado, permiten, afirmar que se trata de una acción de garantía constitucional dentro del proceso penal y, por extensión, dentro de la investigación preliminar. Un *habeas corpus* al interior del proceso penal.

Cuando se implementó la vía de tutela de derecho y se creó la institución del juez de garantías, ambas situaciones se hicieron pensando en que los justiciables necesiten cada vez menos acudir a procesos extrapenales para la protección de la libertad y derechos conexos vinculados al debido proceso.

Además, siendo así, debemos afirmar que, teniendo el mismo objeto de protección, la tutela de derechos debe ser tramitada aplicando los principios del proceso de *habeas corpus*: antiformalismo, celeridad y eficacia¹³⁷.

Así como el *habeas corpus*, como regla, debe ser admitido por el principio *pro actione*, igual la tutela de derechos. El rechazo liminar no existe o debe ser excepcional, así como

¹³⁷ Para garantizar la máxima eficiencia del proceso de *habeas corpus*, este tiene las siguientes características: es un proceso sencillo, rápido y antiformalista. En la STC del 17 de enero de 2008, expedida en el proceso de *habeas corpus* por el caso Víctor Esteban Camarena, fundamento jurídico noveno, el Tribunal Constitucional señala que el carácter sencillo y rápido de los actos procesales que se realizan en el proceso de *habeas corpus* es una exigencia de su finalidad, esto es, la tutela del derecho a la libertad y derechos conexos a ellas.

la reducción del ámbito de acción de este mecanismo de defensa.

IV.II. Análisis jurisprudencial de la procedencia de la tutela de derechos

En algún momento, la Corte Suprema en la Casación 136-2013, Tacna, del 11 de junio de 2014, entendió que la tutela de derechos sí constituiría una lista cerrada y que no cualquier derecho podría ser objeto de tutela:

[...] el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal, el legislador y la jurisprudencia han establecido mecanismos específicos para determinados actos [...]

Esta Corte Suprema, a través de los acuerdos plenarios 04-2010-CJ-116 y 02-2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal del 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos [...].

3.6. Siendo que con anterioridad ya se ha determinado que derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional

un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público [...].

Pese a su obvio razonamiento limitador de la acción de tutela, la Corte Suprema, citando el Acuerdo Plenario en la propia Casación sostiene que:

3.3. La audiencia de tutela de derechos tiene por finalidad: «[...] la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el juez de la investigación preparatoria se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del NCPP, responsabilizando al fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva —que ponga fin al agravio—, reparadora —que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión— o protectora».

85

Todo ello, citando el Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, fundamento jurídico undécimo.

Como se puede verificar de la propia cita, la Corte Suprema empieza señalando que el ámbito de protección está referido a los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes, pero termina limitando su radio de acción a los derechos informativos. Una incongruencia procesal en la fundamentación de la casación mencionada, en la que se señala:

3.7. En ese sentido, el recurso debe ser declarado fundado, por cuanto el derecho que se ha pretendido tutelar no se encuentra dentro de los previstos para la procedencia de esta institución jurídica, debiéndose reiterar que solo pueden ser objeto de tutela las afectaciones a los derechos comprendidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

En esa explicación, parece que la Corte Suprema confunde el artículo 71 del Código Procesal Penal con los derechos informativos. Lo que no necesariamente es así, ya que el artículo 71 solo regula, en los incisos 2 y 3, lo referido a los derechos informativos, mientras que los incisos 1 y 4 hacen referencia a «los derechos que la Constitución y las leyes reconocen al imputado».

86 No se ha conocido hasta el día de hoy de alguna tutela de derechos relevante que solo reclame el incumplimiento de la formalidad o la lesión de algunos de los derechos informativos del inciso 2:

- a. Entrega de la orden de detención girada en su contra.
- b. Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención.
- c. Ser asistido por un abogado defensor desde los actos iniciales.
- d. Abstenerse a declarar, y que su abogado esté presente en su declaración.
- e. Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contradictorios a su dignidad.

- f. No se ha sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o sufrir restricción no permitida por la ley.

De ahí que, entendemos, esta interpretación limitante de la Corte Suprema ha ido flexibilizándose con el tiempo, debido a un análisis más constitucional y en beneficio de la protección de derechos y garantías de los investigados.

Así, por ejemplo, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, conociendo en vía apelación de tutela de derechos la alegación de lesión del derecho al fiscal y juez predeterminado por la ley, señaló que sí podría ser objeto de tutela de derechos. Obviamente, pese a no tratarse de alguno de los derechos informativos del artículo 71, inciso 2.

El derecho al fiscal y juez predeterminado por la ley no se encuentra dentro del listado cerrado que implicaría el artículo 71 inciso 2; sin embargo, la Corte Suprema permitió su análisis vía tutela:

El señor juez supremo de investigación preparatoria señaló que el interesado no especificó cuál de los derechos descritos en el artículo 71 del NCPP sustentó su pedido. Asimismo, expresó que la competencia no puede cuestionarse en vía de tutela de derechos debido a que existe mecanismo de cuestionamiento propio; sin embargo, no especificó a cuál.

Una interpretación extensiva y cabal del inciso 1 y 4 del artículo 71 del NCPP, de conformidad con el apartado 1.10 del SN, lleva a que durante las diligencias preliminares los derechos fundamentales de los imputados que fueran transgredidos pueden ser revisados en vía audiencia de tutela de derechos. En consecuencia, resulta incorrecto afirmar que la tutela de derechos

únicamente se puede plantear cuando se afecta los derechos señalados en el inciso 2 de la citada norma.³⁸

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el auto de apelación del 21 de agosto de 2018, emitido en el procedimiento de tutela de derechos AV 05-2018-«1», afirmó que una interpretación extensiva y cabal del artículo 71 del NCPP, de conformidad con la Norma VII de su Título Preliminar, permite identificar con todos los derechos del investigado como objeto de tutela por el juez de garantía.

Como se puede verificar, la Corte Suprema, a través de la Sala Penal Especial, presidida por el juez supremo doctor Salas Arenas, varía su interpretación sobre el objeto de protección en cuanto a la tutela de derechos.

88

Y es que una interpretación constitucional del artículo 71, concordante con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, nos da a entender que son objeto de protección vía tutela de derechos todos los derechos constitucionalmente reconocidos al investigado.

Esto puede ser entendido también cuando la Corte Suprema, en la Casación 168-2016, Huancavelica, ha señalado:

Cuando se trate de actos administrativos, estos no pueden ser cuestionados vía tutela de derechos, de conformidad con lo establecido en el inciso cuatro, del artículo setenta y uno, del Código

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal Especial, Auto de apelación A.V. 05-2018-«1», resolución del 21 de agosto de 2018, fundamento jurídico 2.3

Procesal Penal. Por lo que el presente recurso extraordinario debe ser declarado infundado.

Es decir, mientras se trate de un derecho con reconocimiento constitucional, este debe ser objeto de protección por parte de la tutela de derechos.

Es más, la propia Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios ha reconocido que la interpretación que se debe realizar sobre el objeto de protección de la tutela de derechos debe ser amplia y constitucional, que permita al investigado acudir al juez de garantías cuando este considere que se le haya afectado cualquier derecho y no solo los informativos del artículo 71 inciso 2.

NOVENO: En esa misma línea, la Corte Suprema de la República ha señalado que debe realizarse el control de los derechos que el imputado alega, siempre que no exista vía procedimental determinada para salvaguardar un derecho fundamental, como sucede en el presente caso. Es más, se establece que una interpretación extensiva y cabal de los incisos 1 y 4, artículo 71 del CPP, resulta razonable si se quiere respetar el debido proceso penal. Incluso es el sentido que orienta el Acuerdo Plenario 04-2010/CJ-116 sobre el extremo de tutela de derechos.¹³⁹

En el caso citado, la defensa reclamaba la protección de la garantía de cosa decidida, ya que la Fiscalía habría dispuesto

¹³⁹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADO Y DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Expediente 00039-2018-4-5201-JR-PE-02, resolución 3, del 3 de junio de 2019, fundamento jurídico noveno.

el reexamen de una investigación archivada en contra de su defendido.

Obviamente, esta garantía no forma parte de los derechos enunciativos que contempla el artículo 71, inciso 2. Por ello, la Sala de Apelaciones realiza una interpretación constitucional del artículo 4 que permitiría el debate de cualquier derecho consagrado constitucionalmente en beneficio del investigado.

Por su parte, la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional ha expresado lo mismo, aunque de manera menos explícita, cuando señala que:

La acción de tutela de derechos contemplada en el numeral 4 del artículo 61 del CPP, al establecer que el imputado puede acudir ante el juez de investigación preparatoria, cuando considere que sus derechos no son respetados o cuando es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, establece que la finalidad de esta acción es lograr que el juez dicte las medidas correctivas, de protección o disponga subsanar las omisiones que estén dando lugar a la vulneración de sus derechos.¹⁴⁰

Nótese que la Sala Penal de Apelaciones Nacional, presidida por el doctor Sahuanay Calsín, no realiza limitaciones al objeto de protección de la tutela de derechos; por el contrario, parte de la idea de que es el artículo 71, inciso 4, y no el inciso 2, el que delimita cuáles serían los derechos que pueden ser reclamados vía tutela de derechos.

¹⁴⁰ SALA PENAL NACIONAL. Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 249-2015-19-5001-JR-PE-01, resolución 9, del 23 de junio de 2017, fundamento jurídico 7.3.2.

Asimismo, se tiene el caso que fue denominado en su momento «Los gánsters de la política», que dio origen a la interposición de una tutela de derechos. En este caso, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el Exp. 00011-2020-9-5002-JR-PE-03, mediante resolución 4, del 19 de enero de 2021, acogió el reclamo de la defensa respecto de la estigmatización que generaba un título de tal naturaleza, y permitió (declarándose fundado), el reclamo por lesión de los derechos de dignidad, presunción de inocencia y buen nombre, derechos que, como es obvio, no se encuentran en el catálogo de derechos informativos del artículo 71.2 del Código Procesal Penal.

Es más, el Juzgado, expresamente en el caso referenciado, para poder proteger los derechos alegados, señaló, en su fundamento 4, que:

91

Es más de una interpretación extensiva y cabal de los incisos 1 y 4 del artículo 71 del CPP, resulta razonable si se quiere respetar el debido proceso penal del que incluso lo sostiene el Acuerdo Plenario 04- 2010/CJ-116 [...]; sin perjuicio de la jurisprudencia invocada, este mismo trato se acoge en aplicación de lo establecido en el artículo 71 del Código Procesal Penal en una interpretación amplia conforme al dispositivo rector del artículo VII y X del Título Preliminar del mismo cuerpo de ley, que prevalecen sobre los demás dispositivos legales.

IV.III. La tutela de derechos en la legislación comparada

Consideramos que lo pretendido por el legislador peruano con la implementación de la tutela de derechos en el Código

Procesal Penal es la protección de una persona que está inmersa en un proceso penal, con respeto de todas las garantías constitucionales y procesales que ampara la normativa, desde el inicio de una investigación hasta la culminación del proceso penal. Ello está consignado implícitamente en nuestra máxima norma, que establece en su artículo 139, inciso 3, «La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional».

Es por ello que en la protección de estos derechos se debe tener una visión amplia y no restrictiva. La idea de la tutela de derechos se ha consagrado a nivel internacional con distintas denominaciones, pero con el mismo fondo, que es garantizar la protección jurisdiccional de las partes en un proceso. Así, tenemos:

1. Colombia

Como país acogido al sistema penal acusatorio, desarrolla la protección de las garantías constitucionales de una persona dentro en un proceso, bajo el nombre de «acción de tutela», que se ampara y desarrolla bajo la siguiente legislación:

Constitución Política de la República de Colombia

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. [...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. [...]. (El subrayado es nuestro).

La Constitución Política colombiana mantiene la postura amplia de la tutela de derechos. La acción de tutela protege derechos fundamentales de la persona (imputado), en la cual se le da la oportunidad de que, en cualquier etapa del proceso, pueda accionar con este recurso de acción inmediata.

Asimismo, en el Código de Procedimientos Penal colombiano se verifica la concepción amplia de la acción de tutela

Código de Procedimiento Penal colombiano

Artículo 8. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

[...]

j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas.

93

La acción de tutela, de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimientos Penal, implica solicitar, conocer y controvertir las pruebas. No solo es poner a conocimiento y el respeto de los derechos informativos, sino que permite ampliar la protección de los derechos de un imputado, permite el cumplimiento de las garantías procesales y que este sea resuelto con *inmediación*.

2. Chile

En el mismo sentido, nuestro país vecino, mediante su Código Procesal Penal de 2000, estableció el recurso de cautela de garantías, que puede ser interpuesto en cualquier etapa del proceso similar a la tutela de derechos en nuestro país.

Código Procesal Penal de Chile

Artículo 10. Cautela de garantía. En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.

94

Lo que se infiere de esta normativa es que la procedencia de la cautela de garantías puede ser de oficio o de parte, ante un juez de garantía, en caso exista una grave vulneración de derechos del imputado, respetando *in situ* su derecho a la defensa. Así, la vulneración podrá ser fácilmente corregida por el juez ante el cual se interpone la cautela de garantía.

3. España

Ya desde 1882, España contaba con una legislación que protegía ampliamente la garantía de todo imputado, es decir, el respeto irrestricto de las garantías procesales en una investigación. La Ley de Enjuiciamiento, que fue expedida por Real Decreto, contempla en su artículo 118 lo siguiente:

Artículo 118

1. Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:

- a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.
- b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.
- c) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

En el mismo sentido, la ampliación de derechos que se otorga a un imputado en la legislación española no es limitativa solo a los derechos informativos.

CAPÍTULO III

EL PLAZO EN LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. USO INDEBIDO DE LA LEGISLACIÓN DE CRIMEN ORGANIZADO EN ASPECTOS PROCESALES



I. Introducción a la problemática

En este tema, resultó especialmente problemático el hecho de que la Fiscalía realizara diligencias preliminares por un plazo de tres años, pese a que consideraba que en el caso no existía un caso de organización criminal. Ante lo cual, entendíamos, el plazo de investigación a nivel de diligencias preliminares solo podría ser de ocho meses. Toda esta información es pública.

Esto conllevó a un debate a nivel fiscal primero, y, posteriormente, a un debate judicial a través de la interposición de una tutela de derechos.

99

Lo que desarrollamos a continuación es producto de aquel debate, que implica la necesidad de diferenciar los plazos de investigación en la etapa de diligencias preliminares en casos simples, complejos y de crimen organizado.

II. El contenido protegido de la garantía de plazo razonable

El derecho al plazo razonable ha sido analizado por el Tribunal Constitucional en los siguientes pronunciamientos: Exp. 7624-2005-PHC/TC, Lima⁴¹; Exp. 5228-2006-PHC/

⁴¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 7624-2005-PHC/TC, Lima, del 27 de julio de 2006, caso Hernán Ronald Buitrón Rodríguez, fundamento jurídico primero.

TC, Lima¹⁴²; Exp. 06079-2008-PHC/TC, Lima¹⁴³; Exp. 04116-2008-PH/TC, Lima¹⁴⁴; Exp. 00295-2012-PHC/TC, Lima¹⁴⁵; Exp. 02495-2010-PHC/TC, Lima¹⁴⁶; Exp. 02736-2014-PHC/TC, Santa¹⁴⁷; Exp. 01535-2015-PH/TC, Piura¹⁴⁸, y Exp. 00499-2014-PHC/TC, La Libertad; Exp. 01006-2016-PHC/TC, Amazonas¹⁴⁹.

Asimismo, el plazo razonable ha sido analizado por la Corte Suprema en los siguientes pronunciamientos: Casación 309-

¹⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. 5228-2006-PHC/TC, Lima, del 15 de febrero de 2017, caso Samuel Gleiser Katz, fundamento jurídico undécimo.

¹⁴³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. 06079-2008-PHC/TC, Lima, del 6 de noviembre de 2009, caso José Humberto Abanto Verástegui, fundamento jurídico quinto.

¹⁴⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. 04116-2008-PHC/TC, Lima, del 13 de abril de 2009, caso Benedictino Nemesio Jiménez Baca, fundamento jurídico sexto.

¹⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. 00295-2012-PHC/TC, Lima, del 14 de mayo de 2015, caso Aristóteles Román Arce Paucar, fundamento jurídico tercero.

¹⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. 02495-2010-PHC/TC, Lima, del 13 de mayo de 2011, caso Blanca Edith Villavicencio Corvacho de Indacocha y otros, fundamento jurídico quinto.

¹⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. 02736-2014-PHC/TC, Santa, del 29 de setiembre de 2015, caso Iván Aníbal Huaranga Díaz, fundamento jurídico 3.3

¹⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. 01535-2015-PHC/TC, Piura, del 25 de abril de 2018, Caso Manuel Helmer Garrido Castro, fundamento jurídico tercero.

¹⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. 01006-2016-PHC/TC, Amazonas, del 24 de enero de 2018, caso Jorge Washington Vásquez Pérez y otros, fundamento jurídico noveno.

2015, Lima¹⁵⁰; Recurso de Nulidad 1561-2017, Lima¹⁵¹; Casación 599-2018, Lima¹⁵²; Casación 648-2018, La Libertad¹⁵³, y Recurso de Nulidad 2089-2017, Lima¹⁵⁴.

En los análisis jurisprudenciales citados se puede verificar que el derecho al plazo razonable no cuenta con un reconocimiento constitucional expreso; sin embargo, forma parte del contenido implícito del debido proceso. Para el caso del derecho al plazo razonable, el intérprete constitucional no recurrió al *numerus apertus* del inciso 3 de la Constitución, sino que analizó la derivación de este derecho de otro con reconocimiento constitucional expreso.

Que el derecho al plazo razonable sea considerado como un «contenido implícito» del derecho al debido proceso trae como consecuencia que aquel pueda ser identificado como un derecho fundamental de configuración autónoma. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, agregando que no deben confundir-

¹⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Casación 309-2015, Lima, del 29 de marzo de 2016, fundamento jurídico 14.

¹⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Primera Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 1561-2017, Lima, del 9 de mayo de 2018, fundamento jurídico sétimo.

¹⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Casación 599-2018, Lima, del 11 de octubre de 2018, fundamento jurídico 2.1.5.

¹⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Casación 648-2018, La Libertad, del 19 de marzo de 2019, fundamento jurídico 14.

¹⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 2089-2017, Lima, del 28 de febrero de 2018, fundamento jurídico 2.17.

se tales contenidos implícitos de los «derechos viejos» con los derechos no enumerados, es decir, aquellos no mencionados en el texto constitucional, pero que derivan de su artículo.

II.1. El exceso de plazo

En principio, quedaría claro que el derecho al plazo razonable se lesiona cuando se verifica un exceso en la duración del proceso. Para el tema que nos atañe, frente a una decisión de mantener en el tiempo una investigación, pese a que el plazo ya habría vencido.

Cuando se trata del plazo estrictamente legal, no surgen problemas para el análisis. Este se limita a la revisión de la norma procesal: si se han establecido límites temporales legales, estos han sido excedidos, se tiene un exceso en el plazo. Sin embargo, cuando el plazo legal aún no ha sido excedido, cabe analizar la razonabilidad del plazo antes de su vencimiento.

Puede presentarse un supuesto en el cual el plazo de treinta y seis meses de investigación preparatoria ya no sea razonable para la investigación. De ahí que pueda recurrirse a los criterios que determinan la verificación de un plazo razonable. Estos son: a) los criterios subjetivos, y b) los criterios objetivos.

La Corte Suprema, en el caso de Elidio Espinoza Quispe, ha evidenciado el exceso del plazo más allá de lo razonable, por lo que señala lo siguiente:

Respecto a la prolongación de la resolución de la presente causa, aunque debe entenderse como una de naturaleza compleja (por la cantidad de procesados, agraviados y pruebas a analizar), se constata su extensión más allá de lo razonable por estricta discrepancia en la valoración de pruebas, lo que definitivamente es ajeno a cualquier conducta de los procesados.¹⁵⁵

Así también, el Supremo Tribunal peruano, en el caso José Luis Ramírez Távara y Gladys Rosario Luna Salas, ha evidenciado el sometimiento excesivo al proceso judicial a los investigados:

Nótese que el presente proceso se inició el cinco de enero de dos mil cuatro, y hasta la fecha en que se expidió la sentencia materia de evaluación transcurrieron catorce años. Ciertamente, por la cantidad de personas o de delitos no se trata de un proceso complejo, y de las copias anexadas, por lo exiguas que son, no se puede concluir que la dilación del proceso haya sido causada por la conducta procesal de los encausados. Por el contrario, se evidencia que parte del retraso se debió a las omisiones incurridas en la calificación jurídica, circunstancia ajena a los procesados.¹⁵⁶

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional, en el caso Jorge Camet Dickmann, evidenció un retraso injustificado en el trámite del proceso judicial, por lo que mantuvieron al sujeto en una situación jurídica indeterminada, señalando lo siguiente:

¹⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Casación 648-2018, La Libertad, del 19 de marzo de 2019, fundamento jurídico 14.

¹⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 2089-2017, Lima, del 28 de febrero de 2018, fundamento jurídico 2.22.

18. De todo ello se advierte que ha habido una demora de aproximadamente cinco años entre el final de la instrucción y el inicio del juicio oral, la misma que ha sido causada no por cuestiones de complejidad probatoria sino únicamente con el fin de aclarar el sentido del dictamen acusatorio, además de la demora que ha supuesto la emisión de algunos de los dictámenes y resoluciones que ha llegado hasta el extremo de 15 meses.

19. Consecuentemente, el Tribunal considera que debe estimarse la presente demanda, porque se encuentra probado que se ha vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable del favorecido con la demanda.¹⁵⁷

II.II. La reducción de los plazos

104 Así como la garantía del plazo razonable puede analizarse por un exceso en el proceso, también puede verificarse cuando el plazo de investigación es demasiado corto, pero siempre desde la visión del propio investigado. No es válido un reclamo del órgano investigador por lo reducido de los plazos, debido a que estos responden al razonamiento del legislador en su momento, y, en la actualidad, al respeto de la legalidad procesal penal.

Puede presentarse un supuesto en el cual el investigado no ha formado parte de la etapa de diligencias preliminares, no se le ha permitido el ejercicio de defensa en esta etapa; sin embargo, al ser formalizada la investigación preparatoria es recién incorporado, pero a los días de hacerlo, esta es concluida. Puesto que tampoco se le permite la preparación de su defensa

¹⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 04144-2011-PHC/TC, Lima, del 17 de enero de 2012, caso Jorge Camet Dickmann, fundamentos jurídicos 18 y 19.

en etapa de investigación, esta situación presenta sin duda una reducción irrazonable en la duración del proceso.

Si bien el plazo razonable se entiende comúnmente como una garantía ante las dilaciones indebidas, también garantiza que las controversias no sean resueltas en plazos excesivamente breves que tornen ilusorias las etapas procesales y el derecho de defensa de las partes¹⁵⁸.

De ahí que la adopción de la medida de prolongación de prisión preventiva deba ser analizada con mayor cuidado, cuando nos encontremos frente a supuestos en los cuales el investigado ha sido lesionado en su garantía de plazo razonable por una reducción en el tiempo.

Si bien el plazo razonable se entiende comúnmente como una garantía ante las dilaciones indebidas, también garantiza que las controversias no sean resueltas en plazos excesivamente breves que tornen ilusorias las etapas procesales y el derecho de defensa de las partes¹⁵⁹.

Así, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 1 del Decreto Ley 25708, por establecer un plazo excesivamente breve para el procesamiento por delito de traición a la patria¹⁶⁰.

¹⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 01006-2016-PHC/TC, Amazonas, del 24 de enero de 2018, caso Jorge Washington Vásquez Pérez y otros, fundamento jurídico noveno.

¹⁵⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 01006-2016-PHC/TC, Amazonas, *op. cit.*, fundamento jurídico décimo.

¹⁶⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 03987-2010-PHC/TC, Lima, caso Alfredo Alexander Sánchez Miranda y otros, del 2 de diciembre de 2010, fundamento jurídico quinto.

El proceso debe tener una duración que, como mínimo —para resultar razonable—, debe permitir el desarrollo de los principios de igualdad y bilateralidad en un grado acorde con las cuestiones en disputa¹⁶¹.

El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable solo si aquel comprende un lapso que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes¹⁶².

El Tribunal Constitucional ha evidenciado la excesiva brevedad en el caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, cuando señaló lo siguiente:

106

166. En efecto, aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho también garantiza al justiciable frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Y es que, como expresa Nicolo Trocker, en afirmación válida, *mutatis mutandis*, «razonable es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria» (Trocker Nicolo: «Il nuovo arti-

¹⁶¹ GRILLO CICCHINI, Pablo Agustín. *Debido proceso, plazo razonable y otras declamaciones*. La Plata: Siglo Veintiuno Editores, 2009, p. 69.

¹⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 01006-2016-PHC/TC, Amazonas, *op. cit.*, fundamento jurídico noveno.

colo 111 della Costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali». En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 2, 2001 citado, p. 407).

167. El Tribunal Constitucional considera que un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la litis se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación «de cualquier acusación penal», vulnera el derecho a un proceso «con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable». El factor razonabilidad aquí no está destinado a garantizar la duración excesiva del proceso, sino a cuestionar la desproporcionada perentoriedad con que este ha sido configurado por el legislador. Tales alcances del derecho, por lo demás, se derivan directamente del artículo 25, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención [...]».¹⁶³

107

II.III. La diferencia entre el plazo razonable y el plazo legal

Prima facie, el plazo razonable no se encuentra establecido, pues si lo estuviera se convertiría en un plazo legal. En este último, si el plazo se agota y no se ha dado respuesta al justiciable, se vulnera automáticamente este derecho. El plazo legal constituye una figura distinta a la del plazo razonable.

¹⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 010-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003, caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, fundamentos jurídicos 165-167.

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter¹⁶⁴.

En doctrina, se hace alusión a tres clases de plazos: a) el plazo legal (establecido por la ley); b) el plazo convencional (establecido por acuerdo de las partes); c) el plazo judicial (señalado por el juez en uso de sus facultades discrecionales).

De otro lado, en rigor técnico, conforme se destaca en el *Diccionario enciclopédico de derecho usual*¹⁶⁵, la doctrina y la legislación se sirven como sinónimos, soslayando sutilezas técnicas en los vocablos *plazo* y *término*; sin embargo, discrepan en esencia, por cuanto el *plazo* es comprensivo de todo lapso para actuar, en tanto que *término* integra tan solo su vencimiento o final. En ese contexto, se trata de analizar el plazo de carácter legal, vale decir, el que es señalado por la ley durante el desenvolvimiento del proceso. Ello dentro del marco de referencia del sistema de orientación acusatorio adversarial que regula el Código Procesal Penal, de aplicación gradual en el Perú¹⁶⁶.

¹⁶⁴ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ). San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 8.1.

¹⁶⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo VI. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 271.

¹⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 02-2008, La Libertad, del 3 de junio de 2018, fundamento jurídico sexto.

La doctrina del plazo estima que un plazo será razonable siempre y cuando cumpla ese lapso establecido en la ley. Por ejemplo, si la duración de las diligencias preliminares es de 20 días será razonable la investigación que no excede del límite.¹⁶⁷ Aunque también podríamos considerar que se trata de un plazo razonable cuando, sin necesidad de excederse en el plazo, este ya no es el necesario para el caso concreto.

Así, el derecho al plazo razonable vendría, a presentar una doble vertiente¹⁶⁸:

- **Faceta prestacional.** Derecho a que los jueces resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, esto es, cumplan su función jurisdiccional con la rapidez que posibilita una duración normal del proceso.
- **Faceta reaccional.** Derecho a que se ordene la reparación cuando se constate la vulneración de este derecho.

109

Tal como lo señala el profesor Mesía, el derecho a que todo proceso tenga un límite temporal entre su inicio y su fin, me refiero al derecho a ser juzgado en un plazo oportuno, es parte esencial de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos¹⁶⁹.

¹⁶⁷ NEYRA FLORES, Jose Antonio. «Garantías en el nuevo proceso penal peruano». *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 2010. Disponible en: <<https://bit.ly/3wpjiouZ>>

¹⁶⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 120.

¹⁶⁹ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. «El proceso de *habeas corpus* desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, 2007, p. 129.

En la misma línea se ha expresado Castañeda:

[...] el plazo razonable del proceso penal se regula en la disposición del debido proceso, mientras que el plazo razonable de la prisión preventiva se establece en la disposición relativa a la libertad y seguridad personales [...].¹⁷⁰

Así también, el Tribunal Constitucional ha señalado, respecto al plazo razonable, que la naturaleza y características propias del Estado constitucional, así como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, exigen la necesidad insoslayable de que la justicia sea impartida dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas o demoras injustificadas¹⁷¹.

En conclusión, normalmente los plazos son legales, es decir, se encuentran regulados en la norma procesal. Sin perjuicio de ello, se entiende que el legislador consideró que estos plazos legales eran los razonables, dependiendo de la naturaleza del caso. Aunados a este plazo legal, existen determinados criterios, objetivos y subjetivos que permiten saber, ante la ausencia de un plazo legal o, aun existiendo, cuando una duración es razonable o no.

¹⁷⁰ CASTEÑADA OTSU, Susana, «El plazo razonable de la investigación preliminar y del proceso penal». En su *En defensa de la libertad personal. Estudios sobre el habeas corpus*. Lima: Palestra, 2008, p. 137.

¹⁷¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 05350-2009-PHC/TC, Lima, del 10 de agosto de 2010, caso Julio Rolando Salazar Monroe, fundamento jurídico décimo.

III. Los plazos legales en el proceso común del Código Procesal Penal de 2004

En este capítulo recopilaremos los plazos legales que ha establecido el ordenamiento procesal vigente.

III.I. Los plazos en las diligencias preliminares

El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 334, inciso 2, es de sesenta días¹⁷², salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación¹⁷³.

111

El derecho al plazo razonable de la investigación preliminar, en tanto manifestación del derecho al debido proceso, alude a un lapso suficiente para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación y la emisión de la decisión respectiva. Si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para que ello ocurra debe existir la concurrencia de una causa probable y la *búsqueda* de la comisión de un ilícito penal en un plazo que sea razonable¹⁷⁴.

¹⁷² Este plazo fue modificado mediante Ley 30076, ya que, en su promulgación inicial, el Código Procesal Penal establecía que el plazo de diligencias preliminares sería el de 20 días.

¹⁷³ Código Procesal Penal, Libro III, Capítulo II, Sección I, artículo 334, inciso 2.

¹⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 02748-2010-PHC/TC, Lima, del 11 de agosto de 2010, caso Alexander Mosquera Izquierdo, fundamento jurídico quinto.

No es objeto de análisis la etapa de diligencias preliminares en sí misma, ya habrá oportunidad de ello; sin embargo, nótese que, cuando el Código Procesal Penal señala que el plazo de las diligencias preliminares es de sesenta días, añade a este plazo la posibilidad de que se fije una ampliación por parte del director de la investigación.

De este hecho resultaría una posibilidad abierta y sin límite, si no fuera por los pronunciamientos en los que la Corte Suprema ha establecido máximos plazos, a fin de que se respete la garantía del plazo razonable.

Este análisis de limitación temporal por parte de la Corte Suprema ha venido evolucionando conforme a la realidad, fáctica y legal, y en tanto estas presentaban nuevas circunstancias.

112

Así, en un primer momento, la Corte Suprema se pronunció vía Casación 02-2008, La Libertad, estableciendo que la limitación temporal a la etapa de diligencias preliminares debía ser la misma que se encontraba regulada para la etapa de investigación preparatoria formalizada¹⁷⁵.

¹⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Casación 02-2008, La Libertad, del 3 de junio de 2008.

Luego, mediante Casación 144-2012, Áncash, la Corte Suprema diferenció entre casos «simples» y casos «complejos», estableciendo que la limitación de cada uno de ellos era la misma para la etapa de diligencias preliminares, solo que, a diferencia de la etapa de investigación formalizada, estos no permitirían una ampliación¹⁷⁶.

Finalmente, mediante Casación 599-2018, Lima, la Corte Suprema añadió la posibilidad de que un caso de crimen organizado a nivel de diligencias preliminares pueda durar hasta un máximo de treinta y seis meses sin posibilidad de un plazo adicional a este¹⁷⁷.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el plazo de las diligencias preliminares sosteniendo que forman parte de la investigación preparatoria, pero tienen un plazo distinto, debido a las finalidades que persiguen¹⁷⁸.

Siguiendo las líneas interpretativas en la sentencia casatoria 2-2008, La Libertad; la Casación 144-2012, Áncash, y la Casación 599-2018, Lima; los plazos en la etapa de diligencias preliminares no encontrarían regulación legal expresa, pero sí limitaciones jurisprudenciales, por lo que se encontrarían delimitados de la siguiente manera:

¹⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Casación 144-2012, Áncash, del 11 de julio de 2013.

¹⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Casación 599-2018, Lima, del 11 de octubre de 2018.

¹⁷⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Casación 309-2015, Lima, del 29 de marzo de 2016, fundamento jurídico 13.

Tipo de caso	Plazo legal	Plazo jurisprudencial	Prórroga
Simple	El plazo de las diligencias preliminares es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante, el fiscal podrá fijar un plazo distinto [...].	Máximo 120 días	No se permite en ningún caso.
Complejo		Máximo 8 meses	
Crimen organizado		Máximo 36 meses	

En todo caso, podríamos estar frente a un plazo legal interpretado por la Corte Suprema. Es decir, el artículo 334, inciso 2, del Código Procesal Penal es el que delimita el plazo legal de la etapa de diligencias preliminares, sin embargo, ante su insuficiencia de límite, ha sido interpretado por la Corte Suprema a través de los pronunciamientos judiciales reseñados.

114

III.II. Los plazos en la investigación preparatoria

En el caso de la investigación preparatoria formalizada no se tiene el problema de imprecisión legal, como sí en el caso de las diligencias preliminares.

El Código Procesal Penal ha establecido de manera directa, concreta, precisa y limitada cuáles son los plazos legales máximos que se deben respetar para esta etapa. Así, el artículo 342, inciso 1, del código adjetivo señala:

El plazo de la investigación preparatoria es ciento veinte días naturales. Solo por causas justificadas, dictando la disposición

correspondiente, fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta un máximo de sesenta días naturales.¹⁷⁹

Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la investigación preparatoria.¹⁸⁰

De este desarrollo legal es posible concluir que esta etapa sí cuenta con una limitación temporal estricta, como se puede apreciar en el siguiente esquema:

Tipo de caso	Investigación preparatoria formalizada	Prórroga	Total de días	Total de años
Simple	120	60	180	x
Complejo	8	8	480	1 año y 4 meses
Organización criminal	36	36	2160	6

A estos plazos habría que añadir los plazos ya transcurridos de la etapa de diligencias preliminares que, como se explicó en

¹⁷⁹ Código Procesal Penal, Libro II, Capítulo V, Sección I, artículo 342, inciso 1.

¹⁸⁰ Código Procesal Penal, Libro III, Título V, Sección I, artículo 342, incisos 1 y 2.

el título anterior, cuentan con plazos independientes y delimitados de manera jurisprudencial.

III.III. Los plazos en la etapa intermedia

La demora en la tramitación de esta etapa, realidad que presentaba la práctica peruana, determinó que el legislador precise límites temporales a duración específica dependiendo del tipo de decisión que haya tomado la Fiscalía, ya sea de acusación o de sobreseimiento.

Así, tenemos que los artículos 344, 345, 346, 349 y 351 fueron modificados recientemente mediante Decreto Legislativo 1307, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y criminalidad Organizada.

116

Los plazos en la etapa intermedia dependen de la decisión que la Fiscalía adopte ante la conclusión de la investigación preparatoria formalizada, esto es, si se adopta una decisión de acusación o una de sobreseimiento.

La fijación de estos plazos entre notificaciones, toma de decisiones, observaciones y actos procesales especificados en la ley procesal han obedecido a que las duraciones de las etapas intermedias en el Perú eran demasiado largas, frente a lo cual se ha optado, bajo responsabilidad, imponer al juez de investigación preparatoria la obligación de respeto a estos plazos que son considerados razonables y convertidos hoy en plazos legales.

III.IV. Los plazos en la etapa de juzgamiento

Ciertamente, no existe un límite temporal a la duración de la etapa de juzgamiento, es decir, el legislador no ha establecido cuánto debe durar una etapa de juicio como máximo, de ahí que tengamos en vigencia, como muestra la realidad, muchos juicios que superan hasta el año de duración.

Sin embargo, entendiendo que se trata de un respeto al principio de inmediación y concentración, el legislador ha impuesto un límite al tiempo que pueda existir entre sesión y sesión; esto, cuando el juicio no termine en una sola.

Así, el artículo 360 del código adjetivo señala:

La suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles. Superando el impedimento, la audiencia continuara, previa citación por el medio más rápido, al día siguiente, siempre que este no dure más del plazo fijado inicialmente. Cuando la suspensión dure más de ese plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.¹⁸¹

117

Se entiende, en principio, que el exceso de este plazo máximo de ocho días entre sesión y sesión acarrea la nulidad de lo actuado y el reinicio de la etapa de juzgamiento, aunque la Corte Suprema recientemente ha establecido límites a esta posibilidad:

[...] La continuación del juicio, pese a su interrupción, solo sería irremediablemente nulo si al proseguir con la audiencia se afectó

¹⁸¹ Código Procesal Penal, Libro III, Sección III, Título I, artículo 360, inciso 3.

el derecho de defensa u otro derecho concurrente o específico — ese plus ni siquiera ha sido alegado por los casacionistas— o se consolidó una actuación previa lesiva para el entorno jurídico de una de las partes [...].¹⁸²

IV. Las diligencias preliminares. Finalidad, imputación y plazo

El proceso penal común, según el Nuevo Código Procesal Penal, tiene tres etapas: investigación preparatoria, etapa intermedia y de juzgamiento. La etapa de investigación preparatoria, a su vez, encuentra subdivisión en dos etapas, que son la etapa de diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha.

118

Una de las cuestiones más relevantes de este —ya no tan nuevo— sistema procesal en el Perú es que cada una de estas etapas tiene una finalidad previamente delimitada, y que no debe repetirse en una etapa posterior. De ahí la relevancia del principio de preclusión procesal en la aplicación del NCPP.

La etapa de diligencias preliminares, por ejemplo, tendría como finalidad la realización de actos urgentes e inaplazables; mientras que la etapa de investigación preparatoria formalizada tendría por finalidad la recabación de elementos de convicción que permitan al fiscal arribar a una decisión, ya sea de acusación o de sobreseimiento.

¹⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Transitoria, Casación 59-2016, San Martín, del 22 de junio de 2016.

En un primer momento, entendía, por lo menos quien escribe estas líneas, que la exclusiva finalidad de la etapa de diligencias preliminares era la realización de actos urgentes e inaplazables, hasta que la Casación 599-2018, Lima estableció que no era exclusiva dicha finalidad y que cualquier otro acto de investigación destinado a verificar las condiciones de la acción penal podían también sostener su existencia.

Esta etapa, por tratarse de una preprocesal, mantiene problemas, como se puede verificar no solo en cuanto a la ausencia de una regulación legal específica sobre el plazo, sino también por el hecho de que algunos operadores consideran que, por su característica de etapa inicial, pueden relajar algunos otros aspectos como el de la imputación concreta.

IV.I. La garantía de imputación necesaria en etapa de diligencias preliminares

119

Desde el plano semántico, «imputar» significa atribuir la realización de una conducta (comisiva u omisiva) a una persona. En otras palabras, imputar es dar sentido o significado al comportamiento realizado por un sujeto.

Mendoza Ayma¹⁸³ define la imputación como la relación entre un hecho y una persona, enmarcada en el ámbito de una norma específica. Este no debe ceñirse a la mera enunciación de causalidad ni a la simple justificación de finalidad de la relación entre el hecho y la persona.

¹⁸³ MENDOZA AYMA, FRANCISCO. *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*. Lima: Idemsa, 2015, p. 100.

Si bien la garantía de imputación necesaria no tiene una plasmación expresa en la Constitución Política del Estado¹⁸⁴, se puede extraer, en concreto, del principio de legalidad, del derecho de defensa, del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la motivación de las resoluciones, además de la normativa internacional¹⁸⁵.

Posee tres elementos configuradores: i) la existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC 8125-2005-PHC/TC); ii) la calificación jurídica (STC 06079-2008-PHC/TC); y iii) la existencia de evidencia o de medios de convicción (STC 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC).

Eduardo M. Jauchen¹⁸⁶ señala que la imputación necesaria se debe presentar a lo largo de todo el proceso, como por ejemplo al momento de la detención, al inicio del proceso, de la declaración del imputado y al presentarse una acusación.

Ahora bien, el Acuerdo Plenario 2-2012¹⁸⁷ define como imputación o cargos penales a:

¹⁸⁴ Artículo 2, inciso 24, literal d; artículo 139, inciso 14; artículo 24, inciso 2, literal d; y artículo 139, inciso 3.

¹⁸⁵ Artículo 11, inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14, inciso 3, parágrafo d, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8, inciso 2, parágrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política de 1993.

¹⁸⁶ JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Ciudad de Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 360 y 361.

¹⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. I Pleno Jurisdiccional Penal Extraordinario, Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-116, del 26 de marzo de 2012, fundamento jurídico sexto.

Aquella relación o cuadro de hechos-acontecimiento histórico de relevancia penal que se atribuye al imputado y que, *prima facie*, justifican la inculpación formal del Ministerio Público.

El acuerdo también señala que la imputación se construye desde un inicio, pues para la apertura de un proceso se requiere de una sospecha inicial simple, la cual debe estar fundamentada en hechos objetivos y en la experiencia criminalística que efectivamente configuren una apariencia delictiva perseguible¹⁸⁸.

En concordancia con esto, y con un mayor desarrollo, la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017¹⁸⁹, respecto a la sospecha inicial con la que se inicia una investigación, señala:

El grado menos intensivo de la sospecha requiere, por parte del fiscal, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos —solo con cierto nivel de delimitación— y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito [...].

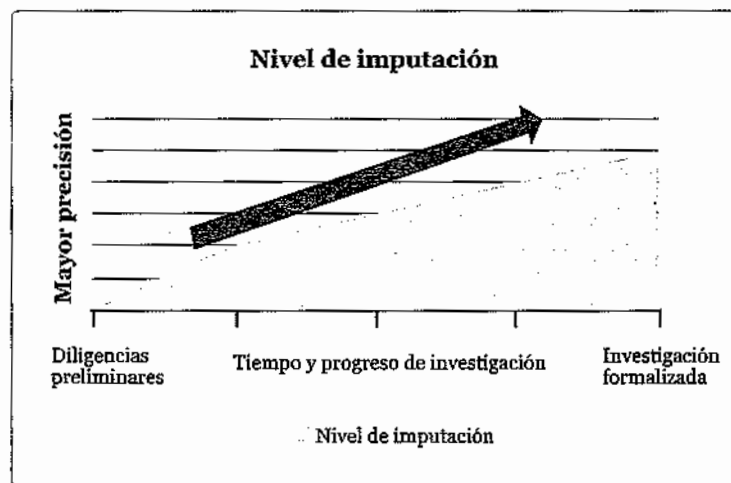
Se requiere de indicios procedimentales o fácticos relativos —aunque con cierto nivel de delimitación—, sin los cuales no puede fundarse sospecha alguna. Esto último, por cierto, no es lo mismo que prueba indiciaria o por indicios, objeto de la sentencia.

¹⁸⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-116, *op. cit.*, fundamento jurídico sétimo.

¹⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, del 11 de octubre de 2017, fundamento jurídico 24, literal A.

Hay que entender y dejar en claro que estos fácticos relativos o hechos que configuren una aparente actividad delictiva perseguible deben estar presentes solo al momento de apertura de la investigación y diligencias preliminares.

La propia finalidad de las diligencias preliminares enmarcadas en el artículo 330, inciso 2, hace posible que con el paso del tiempo la investigación vaya creciendo y, por lo tanto, la imputación irá mejorando. De tal forma que, llegado el momento, el fiscal decidirá si decide formalizar la investigación o, de lo contrario, archivar el caso.



Esta idea es recogida en un primer momento por la Casación 326-2016, Lambayeque¹⁹⁰, del 23 de noviembre de 2016, la cual señala:

¹⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 326-2016, Lambayeque, del 23 de noviembre de 2016, fundamento jurídico 3.5.12.

El inicio de una investigación penal necesita una simple sospecha y que, conforme el proceso penal avance [desde los actos de investigación preliminar, pasando por la investigación preparatoria, la acusación, la etapa intermedia y la sentencia], el hecho materia de imputación penal deberá ser más preciso cada vez; no obstante, cabe resaltar que ello no es óbice que los pronunciamientos emitidos por los representantes del Ministerio Público en sus disposiciones fiscales y por el juez, al emitir sus resoluciones judiciales, guarden correlación y congruencia en el avance de las investigaciones.

Finalmente, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el caso Chinchero, mediante la resolución 2¹⁹¹, cita de manera textual lo mencionado por la Casación 326-2016 y el Acuerdo Plenario 2-2012 para sostener la presencia de la garantía de imputación necesaria en diligencias preliminares confirmando íntegramente lo expuesto anteriormente.

123

Esta garantía debe abarcar todos los extremos de la imputación, es decir, la imputación fáctica como la calificación jurídica de los tipos penales que se imputen.

No conocer con exactitud la imputación de un tipo penal irrespeta la garantía de defensa, al no permitir acciones de defensa concretas sobre ello.

¹⁹¹ Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente 46-2017-7, Resolución 2, del 27 de febrero de 2018, fundamentos jurídicos 16-19.

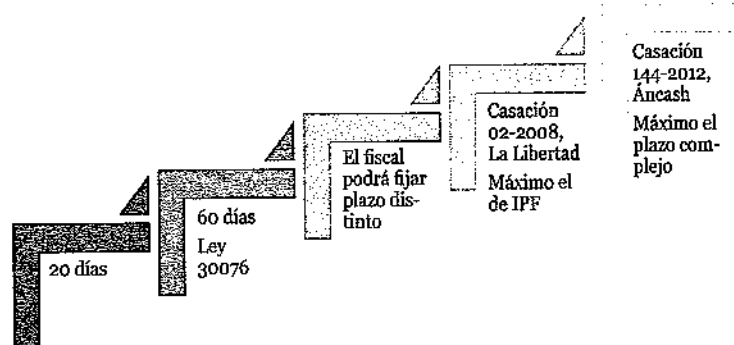
IV.II. La evolución legislativa y jurisprudencial de los plazos de la etapa de diligencias preliminares

El plazo de la etapa de diligencias preliminares ha tenido diferentes cambios procesales, iniciándose en un primer momento con un plazo máximo de veinte días; sin embargo, con la posibilidad de que el fiscal pueda prorrogar su plazo, y luego gracias a la modificación legislativa realizada por la Ley 30076, el plazo varió a una duración máxima de sesenta días. No obstante, se seguía manteniendo la posibilidad de una prórroga a discreción fiscal:

El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

124

Es decir, la Fiscalía, más allá de su propio criterio, no encontraba un límite temporal exacto en la norma para la duración de las diligencias preliminares. De ahí que vía jurisprudencial se tuvo que imponer límites a la duración indefinida de esta etapa.



Esta posibilidad de prórroga por parte del fiscal finalmente conllevó la emisión de las casaciones 2-2008, La Libertad, y Casación 144-2012, Áncash, que, vía complemento jurisprudencial de la ley procesal, establecieron que el plazo máximo de la etapa de diligencias preliminares dependía del tipo de caso, esto es, si se trataba de un caso simple o de un caso complejo.

Como siempre, la realidad supera a la ficción, el caso Keiko Fujimori superó este análisis y marcó un nuevo debate: ¿cuál es el plazo de diligencias preliminares para casos de crimen organizado? Nótese que, hasta la emisión de la Casación 144-2012, Áncash, solo se habría analizado el plazo de casos simples y complejos, mas no en los casos de crimen organizado. Esta falta de análisis jurisprudencial respondía a que, a la fecha de emisión de estas casaciones, aún no se había emitido la Ley 30077, Ley Contra el Crimen Organizado.

125

A partir del caso Keiko Fujimori surgieron dos posiciones antagónicas: por un lado, la Fiscalía sostenía que el plazo de las diligencias preliminares debía ser treinta y seis meses, ya que cuando la Corte Suprema estableció que el plazo de las diligencias preliminares no debería superar el plazo de la investigación preparatoria formalizada, esta última etapa aún no modificaba sus plazos, y que recién con la Ley 30077 se modifica el plazo de investigación formalizada para casos de crimen organizado a treinta y seis meses; así que, por analogía, el mismo plazo debía aplicarse a diligencias preliminares en casos de crimen organizado.

En el otro frente, la defensa técnica sostenía que no podía realizarse una interpretación de tal naturaleza al ser lesiva a los intereses del investigado, además de que los casos de cri-

men organizado eran considerados casos complejos; por lo tanto, el plazo máximo de la etapa de diligencias preliminares en estos supuestos debía ser de ocho meses, plazo que, además, en el caso de la investigada Fujimori, ya se había vencido. Adicionalmente a ello, la defensa sustentaba que un plazo de tres años de diligencias preliminares no era coherente con la propia finalidad de dichas diligencias, esto es, la realización de actos urgentes e inaplazables.

Finalmente, al ser declarado fundado el control de plazo de la defensa en primera instancia y revocado en segunda instancia, la Corte Suprema emitió la Casación 599-2018, Lima, en la cual se sentenció finalmente que el plazo de las diligencias preliminares en casos de crimen organizado sí podría durar tres años, es decir, treinta y seis meses.

126

La Corte Suprema, para esquivar los argumentos de la defensa, sostuvo que la finalidad de las diligencias preliminares no es exclusivamente la realización de actos urgentes e inaplazables, y que estos no necesariamente están vinculados al factor temporal. Además, una interpretación coherente de la norma procesal hace sostener que el plazo de treinta y seis meses también debe aplicarse a la etapa de diligencias preliminares, por la modificación legislativa de la Ley 30077.

Finalmente, los plazos de la etapa de diligencias preliminares, en la actualidad, —y no porque así se encuentre establecido en el Código Procesal Penal, sino que vía jurisprudencial, así han sido delimitados— son los siguientes:

V. El aspecto problemático del caso Nadine Heredia

V.I. El trámite procesal

Aproximadamente en febrero de 2017, la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima abre una investigación preliminar en contra de Nadine Heredia y otros por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión agravada y negociación incompatible, en agravio del Estado.

Posteriormente, dispone adecuar el plazo de la investigación preliminar al plazo señalado en la Ley 30077, Ley Contra el Crimen Organizado, bajo los siguientes argumentos:

127

Siendo así, la empresa Odebrecht constituye una organización criminal, tal como se desprende de los párrafos precedentes, ajustados a los presupuestos de la Ley 30077 que, en su artículo 2.1, establece las características que deben ocurrir, esto es:

- Agrupación de 3 o más personas
- Reparto de tareas o funciones
- Estructura rígida o flexible
- Carácter establece o por tiempo indefinido
- Existencia o funcionamiento inequívoco, directo, concertado y coordinado
- Finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la ley

Sin embargo, en agosto de 2018, precisa que la referencia a la Ley contra el Crimen Organizado solo tenía incidencia procesal, mas no material, pues no contiene imputación penal contra persona alguna.

1. La inexistencia de una imputación por crimen organizado

Como ya se mencionó, en el caso de Nadine Heredia, la Fiscalía adecúa su investigación a la Ley 30077, Ley Contra el Crimen Organizado, aunque luego solo precise que se trata de aspectos procesales, mas no materiales. Por ello, es indispensable referirnos a aquella para explicar las consecuencias materiales y procesales que acarrea esta adecuación.

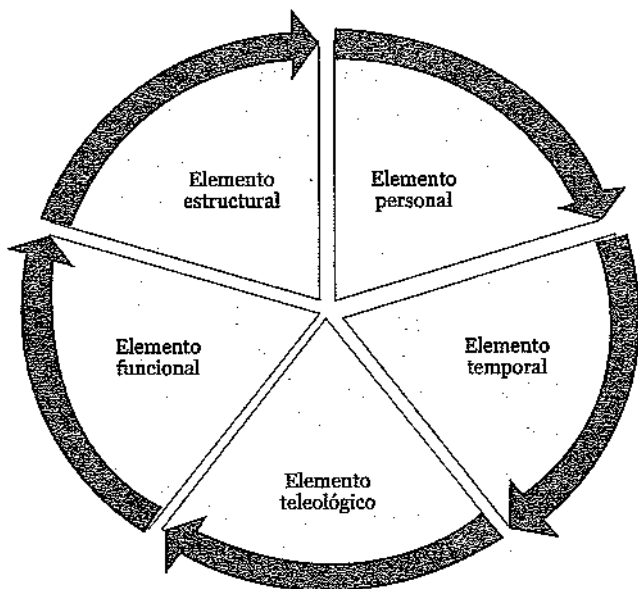
128 Según la ley, una organización criminal es cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la misma.

Dentro de las principales características sustantivas que podemos encontrar en una organización criminal, según César San Martín, tenemos:

- a) La fundación y vigencia operativa de los grupos criminales;
- b) La estructura permite ordenar las actividades y mantiene la cohesión;
- c) Los negocios ilícitos;

- d) La planificación;
- e) Las redes de protección;
- f) Las fuentes de apoyo requieren un eficiente sistema de soporte técnico;
- g) El fin lucrativo; y
- h) La alianza estratégica o táctica.

Siguiendo esta línea, y ahondando en este punto, tenemos que el Acuerdo Plenario 01-2017-SPN detalla los cinco elementos que componen a una organización criminal:



- a) **Elemento personal:** esto es, que la organización esté integrada por tres o más personas.
- b) **Elemento temporal:** el carácter estable o permanente de la organización criminal.

- c) **Elemento teleológico:** corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal.
- d) **Elemento funcional:** la designación o reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.
- e) **Elemento estructural:** como elemento normativo que engarza y articula todos los componentes.

Este acuerdo hace hincapié en precisar que, para la construcción de una imputación por criminalidad organizada, es necesario que el titular de la acción penal postule elementos fácticos vinculados a la estructura que tiene que probar.

Los argumentos anteriores nos permiten concluir que no es posible que el representante del Ministerio Público solo esboce someramente los elementos de la estructura de una organización, o, peor aún, omita precisar esta parte material para imputar a una persona la pertenencia a una organización criminal.

Otro cambio que incorporó la Ley 30077 es respecto al aspecto procesal, pues tenemos que, por tratarse de un proceso con «especialidades procedimentales», puede fijarse un plazo mayor en la investigación.

En ese sentido, la Corte Suprema ha señalado que el plazo de diligencias preliminares en casos de crimen organizado sería de treinta y seis meses; por tanto, han quedado delimitados los plazos de una investigación de la siguiente manera:

El plazo varía con relación al tipo de caso del que se trate	Etapa de investigación preparatoria			Pese a que la Corte Suprema reconoce que ambas subetapas pertenecen a una sola, que es la investigación preparatoria, culminada una subetapa los plazos se contabilizan desde 0; por ello, es válido señalar que, realizada la sumatoria, en total, el plazo sería de:
	Etapa de diligencias preliminares	Etapa de investigación preparatoria formalizada		
Caso simple	Hasta 60 días	Hasta 120 días	Prorrogables por 60 días	= 240 días
Caso complejo	Hasta 8 meses	Hasta 8 meses	Prorrogables por 8 meses	= 24 meses
Crimen organizado	Hasta 36 meses	Hasta 36 meses	Prorrogables por 36 meses	= 9 años

En conclusión, el fiscal puede fijar un plazo distinto en diligencias preliminares si argumenta debidamente las características, los elementos estructurales, el grado de complejidad y las circunstancias de los hechos objeto de imputación que vinculan a una organización criminal. Es decir, tiene que fundamentar la parte sustantiva que corrobore la adecuación del plazo a un caso de crimen organizado.

2. La contradicción fiscal

Después de haber desarrollado todos estos conceptos emanados de la Ley 30077, en concordancia con los acuerdos plenarios pertinentes con el caso, sostenemos que el actuar de la Fiscalía no cumple con la garantía de imputación necesaria, debido a sus contradicciones, y, por tanto, también lesiona la garantía del plazo razonable.

La Fiscalía, como es de público conocimiento, en febrero de 2018 establece que el caso contra Nadine Heredia Alarcón sería uno de crimen organizado. En su disposición supuestamente se desarrollaría la explicación de cada uno de los elementos que vincularían a la investigada con el tipo penal de crimen organizado.

132

Sin embargo, mediante una posterior disposición fiscal, ya en agosto de 2018, la Fiscalía señala expresamente que:

Esta disposición (haciendo referencia a la disposición mediante la cual adecuaba el caso a la ley de crimen organizado) solo tiene incidencia procesal, mas no material, pues no contiene ninguna imputación penal contra persona alguna.

Si solo tiene efectos procesales —lo señalado por la Fiscalía cuando desarrolló que el caso era uno de organización criminal—, y no tiene efectos materiales, quiere decir que solo se utilizó el *nomen iuris* «crimen organizado», sin ningún desarrollo material y con la única finalidad de obtener el plazo de tres años que la jurisprudencia permite para diligencias preliminares de esta naturaleza.

Nadine Heredia Alarcón no conocía entonces el desarrollo material de por qué la investigación que se le sigue trata de una organización criminal, ya que, como ha señalado la Fiscalía, la disposición que debería contener tal explicación solo tiene efectos procesales y no materiales.

V.II. El error de sostener que, con relación a la Ley 30077, el ámbito procesal puede aplicarse sin necesidad de vinculación con el ámbito sustancial respecto del plazo de las diligencias preliminares para casos de crimen organizado

1. La Ley 30077 no es una ley especial, sino una de modificación del Código Penal y del Código Procesal Penal

133

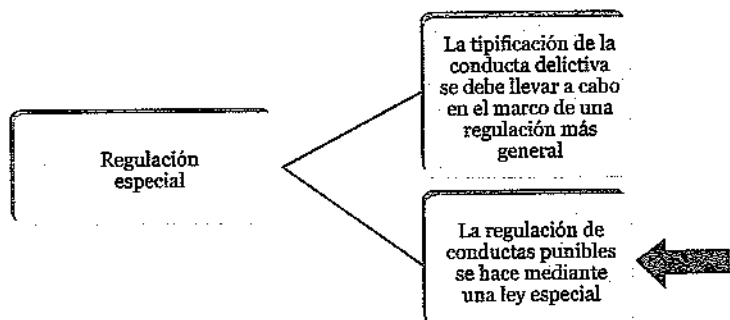
El derecho penal en sentido formal puede ser definido como el conjunto de disposiciones jurídicas que establecen qué conductas constituyen delito y cuáles son las penas aplicadas a dichos delitos.

Hay que tener en cuenta que en nuestro sistema penal no todas las conductas delictivas se regulan exclusivamente en el Código Penal, ya que existen ciertos hechos delictivos que están incorporados en leyes independientes por razones de especialidad.

Es decir, tenemos conductas delictivas que están tipificadas en el Código Penal y otras que están inmersas en leyes autónomas.

Ya el Tribunal Constitucional ha establecido que las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, amparan

características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos específicos¹⁹².



Las leyes especiales, a su vez, pueden darse de dos formas¹⁹³:

134 Un ejemplo del primer tipo de regulación especial sería la Ley 26496, que regula el régimen de la propiedad, comercialización y sanciones por la caza de las especies de vicuña, guanaco y sus híbridos, que en su séptimo artículo tipifica como delito la caza de camélidos. En este caso estamos ante una legislación administrativa y el derecho penal es accesorio a ella.

Para el presente caso, vamos a otorgar mayor énfasis a la segunda regulación especial que, a pesar de compartir la misma materia con el derecho penal, es autónoma al código; para ello es necesario traer a colación los siguientes ejemplos:

¹⁹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 018-2003-AI/TC, del 26 de abril de 2004, fundamento jurídico segundo.

¹⁹³ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones del derecho penal. Parte general* Lima: Grijley, 2008, p. 34.

<p>Delito de lavado de activos</p>	<p>Decreto Legislativo 1106</p>	<p>El Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, entre las que figuran la modificación de la legislación sustantiva y procesal que regula la investigación, procesamiento y sanción de personas, naturales y jurídicas, vinculadas con el lavado de activos y otros delitos relacionados al crimen organizado con particular énfasis en la minería ilegal.</p>
<p>Ilícitos tributarios</p>	<p>Decreto Legislativo 813</p>	<p>Las materias jurídicas que confluyen, derecho tributario y derecho penal, así como la vinculación del citado ilícito con la actuación de las respectivas administraciones tributarias, resulta necesario que en una ley penal especial se legisle sobre esta materia.</p>
<p>Minería ilegal</p>	<p>Decreto Legislativo 1102</p>	<p>El Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas vinculadas a la minería ilegal y particularmente a la lucha contra la criminalidad asociada a la minería ilegal, entre las que figuran la modificación de la normatividad tanto sustantiva como procesal para la persecución penal de las personas que realizan actividades de minería al margen de la ley.</p>

En los tres ejemplos, los hechos punibles se encuentran tipificados, pero no forman parte del articulado penal, sino que se mantienen como regulación independiente. Por ende, contienen normas de carácter sustantivo y procesal propias.

Así como se promulgan leyes especiales que regulan nuevos delitos, que van apareciendo debido a que la sociedad es cambiante y siempre se están creando nuevas formas de atentar contra esta. El Código Penal necesita estar al a par con esta evolución.

Es por eso que también existen leyes modificatorias que son expedidas con la intención de ir variando los delitos ya tipificados, tratando de brindar una mayor seguridad a los bienes jurídicos tutelados que se ven vulnerados.

136

Pero estas leyes no son especiales, porque se encuentran dentro del Código Penal: solo incorporan, quitan, sustraen, agregan respecto de los artículos que se encuentran dentro del Código, con la finalidad de buscar una mejor protección del bien jurídico.

El Código Penal contiene 452 artículos. Específicamente, en este caso, nos vamos a referir al artículo 317, que desde su entrada en vigencia ha sufrido cinco modificaciones:

Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 28355

Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 982

Artículo modificado por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley 30077, publicada el 20 de agosto de 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014.



Artículo modificado por la única disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo 1181

Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1244, publicado el 29 de octubre de 2016

Actualmente, se encuentra establecido de la siguiente manera:

Artículo 317. Organización criminal: El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal 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 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8). La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos: Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando, producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

137

Hacemos referencia a este artículo porque una de sus leyes modificatorias es la Ley 30077, Ley Contra el Crimen Organizado. Como bien dice su nombre, esta norma tiene como objetivo combatir los delitos cometidos por una persona perteneciente a una organización criminal.

De los nuevos alcances y requisitos que esta ley añade al delito, se fijan reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción debido a que aquel se vuelve más complejo.

En ese sentido, estos aportes han sido incorporados al Código Penal y al Código Procesal Penal, como lo ordenan sus disposiciones complementarias modificadoras:

Primera. Modificación de los artículos 80, 152, 179, 181, 186, 189, 225, 257-A, 272, 297, 310-C, 317 y 318-A del Código Penal.

Segunda. Incorporación del artículo 105-A al Código Penal.

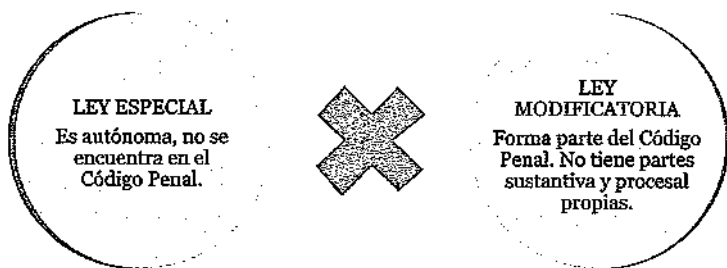
Tercera. Modificación de los artículos 227, 230, 231, 249, 340, 341, 342 y 473 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

Cuarta. Incorporación del inciso 5 al artículo 231, del literal h) al inciso 2 del artículo 248 y del artículo 341-A del Código Procesal Penal.

Quinta. Modificación de los artículos 1 y 2 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional.

Sexta. Modificación del artículo 1 de la Ley 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares.

Por todo lo desarrollado, debe quedar claro que la Ley 30077 no introduce un nuevo delito, puesto que solo modifica un tipo penal ya establecido, ni mucho menos es una ley especial.



2. La necesaria relación entre las partes adjetiva y sustantiva del sistema penal

El derecho sustantivo (derecho material) tiene estrecha vinculación con el derecho adjetivo (derecho procesal); al conceptualizarlos, Cabanellas¹⁹⁴ señala que:

El derecho sustantivo es el que establece derechos u obligaciones, a diferencia del derecho adjetivo que regula el ejercicio de esos derechos y obligaciones, castiga la infracción a los mismos o determina la efectividad de esos derechos y obligaciones.

En ese mismo sentido, Alsina¹⁹⁵, cuando define el derecho adjetivo, indica que:

El derecho procesal es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los Funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso.

¹⁹⁴ Citado por ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Las grandes divisiones del derecho*, p. 19. Disponible en: <www.juridicas.unam.mx>

¹⁹⁵ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo 1, 2.ª edición. Buenos Aires: Ediar, p. 35.

Es así que, reforzando el concepto de derecho adjetivo, Devis Echandía¹⁹⁶ refiere que:

El derecho procesal puede definirse como la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla.

Entonces, llegamos a la conclusión de que el derecho procesal, como sistema de normas jurídicas, es instrumento y garantía de otro derecho; por ejemplo, del derecho penal, regulando su aplicación jurisdiccional¹⁹⁷.

140

Es por ello que, en materia penal, el juez supremo C. San Martín¹⁹⁸, desarrollando específicamente el concepto del derecho procesal penal, manifiesta que:

El derecho procesal penal se concreta a regular la actividad tutelar del derecho penal (justicia penal e impartición de justicia penal). Ello permite tener presente, en primer lugar, que el derecho penal por sí solo y aislado no tendría ejecución en la realidad de la vida, requiere de una actividad humana supletoria, del proceso, que deje sentado en cada caso el «sí» y el «cómo» de la pena,

¹⁹⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*. 2.ª edición. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 41.

¹⁹⁷ VALENCIA, ANTONIO. *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 28.

¹⁹⁸ SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal*. 2.ª edición. Lima: Grifley, p. 6.

ejecutando el acto punitivo; y, en segundo lugar, que también se ocupa de la organización de los tribunales —y en general de todo el servicio de impartición de justicia penal— que es una condición previa del primero.

Dicho análisis es reafirmado por el profesor Devis Echandía¹⁹⁹, cuando desarrolla la importancia del derecho procesal, indicando que:

El derecho sustancial sería inocuo sin el procedimiento legal para su tutela y restablecimiento, y no se concibe un derecho subjetivo sin la acción para originar el proceso mediante el cual se pueda conseguir su amparo y su satisfacción.

Aparece así claramente que el derecho procesal es el instrumento jurídico para la defensa de la vida, la libertad, la dignidad y los derechos subjetivos individuales y sociales, como también de los derechos del Estado y de las entidades en que este se divide frente a los particulares y a las personas jurídicas de derecho privado. Es casi lo mismo no tener derechos sustanciales que no poder obtener su tutela y su satisfacción mediante el proceso, puesto que aquellos son por esencia violables.

Siguiendo al mencionado autor, el fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y, por tanto, la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de los funcionarios públicos especializados²⁰⁰.

¹⁹⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, pp. 42-43.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 43.

Siendo así, la función del derecho procesal penal, según el juez supremo César San Martín²⁰¹, se enmarca de la siguiente manera:

Si el derecho penal regula el nacimiento, la modificación y el fin de las relaciones jurídicas (sobre todo de pretensiones), el derecho procesal penal se ocupa de la realización de esta situación jurídica, normada por el derecho material, en un procedimiento especial. De ahí que se le configure como *derecho auxiliar*. El derecho penal material requiere para su realización del concurso de los órganos estatales y ello solo puede ocurrir a través de un procedimiento reglado.

Por ello, existe necesariamente una vinculación entre la parte sustantiva y la parte procesal, que no permite que la primera se aplique indiferentemente de la última, porque resultaría infructuoso.

142

Para el profesor Devis Echandía²⁰², la vinculación entre las normas objetivas y normas procesales se configura de la siguiente manera:

Las normas procesales son normas medias, porque sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos.

²⁰¹ SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 9.

²⁰² ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso: Aplicable a toda clase de procesos*. 2.^a edición. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1977, pp. 40-41.

El doctor César San Martín²⁰³, citando a Andrés de la Oliva Santos, ha señalado que:

El derecho procesal, como disciplina jurídica tiene un carácter siempre instrumental respecto de otros «derechos» y, como tal, recalcando el carácter dual del derecho objetivo, existe un derecho *para tutelar*, que es el derecho procesal, y un Derecho *tutelado o tutelable*, que explica [...] el empleo de las enveteradas terminologías de «derecho material» y de «derecho formal».

Para Hugo Alsina²⁰⁴, citando a Stammler, hasta el mismo derecho penal, que es material respecto del procesal penal, es formal respecto del derecho material porque constituye uno de los modos de su realización.

Existe vinculación entre el derecho sustantivo y el derecho procesal, lo cual permite que el derecho procesal materialice el derecho sustantivo.

143

Es por ello que la parte sustantiva no puede aplicarse de modo indiferente de la parte procesal, dado que, como mencionamos, sería infructuosa una parte sustantiva sin una parte procesal que regule su aplicación. No se puede concebir un proceso penal sin que exista una parte sustantiva.

Por ello, concluimos que la parte sustantiva no se puede aplicar indiferentemente de la parte procesal, dado que la parte sustantiva es infructuosa sin el aspecto procesal.

²⁰³ SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 9.

²⁰⁴ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, op. cit., p. 44.

En el caso de Nadine Heredia Alarcón, el juez, cuando emite la resolución que declara infundada la tutela derechos, que luego fuera materia de apelación, en su fundamento 23 señala que:

En este orden de ideas, realizando una interpretación de la ley en comento, a criterio del suscrito, resulta perfectamente posible aplicar la mencionada ley solo en su vertiente procesal, es decir, para investigaciones que guarden relación a organizaciones criminales, sin la necesidad de imputar de manera concreta el referido tipo penal a los investigados —tal como reclama la defensa—. Ello se desprende de la interpretación del artículo 4, el cual habilita el procesamiento y juzgamiento y eventual sanción, bajo el amparo de esta ley, no solo de los integrantes, sino también de aquellas personas vinculadas a la organización o que actúan por encargo de la misma; por tanto, no se erige como un requisito indispensable que se les atribuya la presunta comisión del delito de organización criminal para la aplicación de la ley, pues, se debe poner atención a la naturaleza que importa investigar casos bajo estas circunstancias, las cuales revisten una especial complejidad, conforme lo señala el artículo 6 de la ley; siendo perfectamente posible que ante el desarrollo de las investigaciones, el Ministerio Público pueda decidir una eventual imputación por el referido delito. Sin embargo, lo que sí debe existir es una mínima referencia, por lo menos, de que se trata de una organización criminal o que la investigación se encuentra vinculada a una de ellas.

De acuerdo con criterio del juzgador, la Ley 30077 tiene dos vertientes: un aspecto procesal y un aspecto sustantivo, con lo que efectivamente concordamos.

No obstante, el juzgador incurre en error al sostener que, con relación a la Ley 30077, el ámbito procesal puede aplicarse sin necesidad de vinculación con el ámbito sustancial, respecto del plazo de las diligencias preliminares para casos de crimen organizado.

Sustentamos dicho error sobre la base de autorizada doctrina mencionada en los párrafos precedentes, que coinciden en señalar que la parte sustantiva, como la adjetiva, no puede aplicarse indistintamente, puesto que las normas procesales (normas adjetivas) sirven de medio para la aplicación o realización de las normas sustantivas (normas objetivas materiales); es decir, no puede ser posible que la parte sustantiva se aplique indistintamente de la parte procesal, como pretende que se comporte el juzgador.

145

Este criterio es amparado por el juez supremo César San Martín²⁰⁵, quien coincide con nuestro análisis, al señalar que el derecho procesal penal (derecho adjetivo) se ocupa de la realización de la situación jurídica normada por el derecho material (derecho sustantivo).

Por ello, para la defensa era inconcebible que la Fiscalía señalase expresamente que:

Esta disposición solo tiene incidencia procesal, mas no material, pues no contiene ninguna imputación penal contra persona alguna.

²⁰⁵ SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 9.

Si la disposición en mención solo tiene efectos procesales, lo señalado por la Fiscalía cuando desarrolló que el caso era uno de organización criminal y que, por lo tanto, no tenía efectos materiales, eso quiere decir que solo se utilizó el *nomen iuris* «crimen organizado» sin ningún desarrollo material, y con la única finalidad de obtener el plazo de tres años que la jurisprudencia permite para diligencias preliminares. Esto significaba desnaturalizar completamente la finalidad tanto del derecho sustantivo como del derecho adjetivo, toda vez que el segundo requiere necesariamente que exista el primero, porque lo que regula es su aplicación.

3. La falta de un plazo legal establecido para las diligencias preliminares y su complementación jurisprudencial por parte de la Corte Suprema

146

Si bien es válido que, ante la sospecha de la comisión de un hecho delictivo, el Ministerio Público inicie el proceso de investigación para el deslinde de responsabilidad, la propia garantía de la presunción de inocencia establece que «resulta irrazonable el hecho [de] que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación»²⁰⁶.

Es por eso que el Estado debe probar la culpa dentro de un plazo legal razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema^{207 208}.

²⁰⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 02748-2010-PHC/TC, Lima, del 11 de agosto de 2010.

²⁰⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe 12/96, del 17 de noviembre de 1993, fundamento jurídico 77.

²⁰⁸ CÁCERES JULCA, Roberto. *Comentarios al título preliminar del Código Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2009, p. 50.

Sin embargo, pese a la exigencia convencional de un plazo legal o razonable para determinar la responsabilidad penal de un investigado, una de las «lamentables» características del Código de Procedimientos Penales (CPP) de 1940 era que la etapa de investigación preliminar no tenía un límite específico establecido en su texto normativo. Esta situación se la debemos, claro está, a la estructura inquisitiva del proceso.

Aquellos investigados bajo las reglas del CPP de 1940 debían soportar la eternidad de las investigaciones preliminares ante la ausencia de un plazo legal para la duración de esta etapa. Así, se tiene gran variedad de casos, en los cuales el tiempo de duración de la etapa preliminar era de entre tres y nueve años.

Por ejemplo:

147

Caso	Tiempo de duración de la investigación
Caso Walter Málaga Chacón (STC 3509-2009-PHC/TC)	8 años, 10 meses y 20 días
Caso Julio Salazar Monroe (STC 5350-2009-PHC/TC)	7 años y 6 meses
Caso Camet Dickmann (STC 04144-2011-PHC/TC)	3 años y 2 meses sin actividad procesal
Caso Samuel Gleiser Katz (STC 5228-2006-PHC/TC)	3 años aproximadamente

Es más, tal cual estaba redactado el CPP de 1940, tampoco existía un mecanismo de control dirigido a tutelar el derecho de los investigados a un plazo legal, para que así, indirectamente, no se generase una lesión a su presunción de inocencia.

Ante la ausencia de un plazo legal para la etapa de investigación preliminar, pero sobre todo ante la ausencia de un mecanismo de control de esta inquisitiva situación, se conocen casos en los cuales los investigados tuvieron que recurrir a la vía constitucional (*habeas corpus*, amparo, etc.) y a la vía administrativa (órgano de control interno), a fin de reclamar por la inexistencia de un plazo legal.

Los casos citados anteriormente (Chacón Málaga²⁰⁹, Salazar Monroe, Gleiser Katz, etc.), al ser conocidos por el Tribunal Constitucional, en sus respectivos expedientes, generaron el desarrollo de la doctrina del plazo razonable.

148

El cambio legislativo, se suponía, generaría un cambio en esta problemática, al implementar para el proceso penal plazos limitantes previamente establecidos. Sin embargo, el escenario no cambió mucho.

El artículo 334, inciso 2, del Código Procesal Penal, que define cuál sería el plazo máximo de las diligencias preliminares, señala que:

²⁰⁹ En mérito a esta grave lesión y a raíz del caso Málaga Chacón, el Tribunal Constitucional se pronunció y fue firme al establecer que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la presunción de inocencia.

El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá, previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante.

Si se entendiera que el concepto «el fiscal podrá fijar un plazo distinto» es absoluto e ilimitado, regresaríamos al absurdo en el cual la etapa de investigación preliminar no tendría un plazo fijo máximo.

149

Sin embargo, este problema ya ha sido resuelto por la Corte Suprema, según lo explicado en párrafos anteriores. Por ello, esta situación no puede ser aprovechada para convertir un defecto legislativo en una ventaja de investigación fiscal.

CAPÍTULO IV

LAS NOTAS PERIODÍSTICAS Y SU VALOR PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL

I. Introducción a la problemática

Como es sabido, casos como el de la ex primera dama Nadi-ne Heredia Alarcón mantienen un interés público permanente. Esto ocasiona que los medios de comunicación no solo se conviertan en un espectador permanente que transmite información a la población, sino que su rol traspasa la frontera de tercero ajeno al proceso, convirtiéndose, muchas veces, casi en una fuente de información para quien persigue los hechos.

Consideramos que la información periodística, cuando se pretenda utilizar en el proceso penal, debe respetar los estándares probatorios exigidos a cualquier otro medio de prueba, y, para el caso específico, necesitamos un desarrollo teórico dirigido a mejorar su valoración probatoria.

153

II. Los medios de comunicación y su relación con el proceso penal

En la actualidad, los medios de comunicación se han convertido en una herramienta fundamental de difusión de información, no solo por la emergencia sanitaria en la que se encuentra sumergido el mundo, sino porque cada día se incide más en temas políticos o en casos comúnmente llamados emblemáticos, que, por su presión mediática, ameritan mayor atención.

En los casos emblemáticos es cuando lo mencionado e informado por la prensa se torna elemental, pues en muchas ocasiones se utiliza la información difundida como elemento para sustentar medidas de coerción, entre ellas, es la prisión preventiva.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que el valor que se le puede dar a un reportaje o nota periodística no es comúnmente desarrollado en el plano nacional, corresponde realizar un análisis a fin de determinar si es factible o no considerar como elemento probatorio esa información.

III. Documentación periodística

Es común ver que los medios de comunicación difunden información sobre la coyuntura nacional, desde noticias criminales hasta políticas; sin embargo, antes de analizar si estos pueden ser utilizados como elementos probatorios, es necesario conocer y delimitar algunos conceptos.

III.I. La nota periodística

La noticia informativa o nota periodística consiste en la información sobre sucesos, objetos o personas, como un programa tipo (de televisión o radio) en el cual se presentan ítems periodísticos²¹⁰. La finalidad de una nota informativa es que los lectores, televidentes y radioescuchas conozcan qué, quién, cuándo, cómo, dónde e incluso el porqué de un determinado

²¹⁰ YANES MESA, Rafael. «La noticia y la entrevista. Una aproximación a su concepto y estructura». En *Ámbitos*, núms. 9-10, (2003), p. 4. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/11441/67501>>

hecho. Por ello, el balance informativo resulta indispensable para evitar la difusión de un solo punto de vista que conduzca a una lectura parcializada o interesada. La información debería limitarse a los hechos, evitando comentarios particulares y opiniones directas de quien escribe²¹¹.

III.II. El reportaje

El reportaje es una información con carácter profundo; divulga un acontecimiento de actualidad, pero amplía e investiga mucho más que la noticia. El género reportaje se basa en la mayor extensión de un tema, se profundiza mucho más, es una investigación más abarcadora que depende de la capacidad de análisis que tenga el reportero, sin caer en la parcialidad de opinión²¹².

155

IV. Valor probatorio de las notas periodísticas en la jurisprudencia comparada

IV.I. México

Respecto a la valoración de las notas periodísticas existía una suerte de ineficacia probatoria, por lo siguiente:

²¹¹ QUIROZ VELAZCO, María. «Periodismo, ética y autoregulación». *Derecho y Sociedad* 36. Lima, pp. 317-321. Disponible en: <<https://bit.ly/3kn3RI6>>

²¹² AMAYA, Rigoberto. «¿Qué es el reportaje?» Las tablas, República de Panamá (mayo, 2003).

Las publicaciones en los periódicos únicamente acreditan que tuvieron realización en el modo, tiempo y lugar que de las mismas aparezca, más en forma alguna son aptas para demostrar los hechos que en tales publicaciones se contengan, pues no reúnen las características de documento público a que se refiere el artículo 795 de la Ley Federal del Trabajo, ni tampoco puede ser considerado como documental privada conforme a los artículos 796 y 797 del propio ordenamiento legal, en cuyo caso surge la posibilidad de formular las objeciones respectivas; consecuentemente, el contenido de una nota periodística —generalmente redactada y dada a conocer por profesionales de la materia, cuyas fuentes no son necesariamente confiables, amén de que cabe la posibilidad de que sean producto de la interpretación e investigación personal de su autor— no puede convertirse en un hecho público y notorio, pues aunque aquella no sea desmentida por quien puede resultar afectado, el contenido de la nota solamente le es imputable al autor de la misma, mas no así a quienes se ven involucrados en la noticia correspondiente.²¹³

IV.II. Colombia

En ese sentido, también Colombia emitió un pronunciamiento respecto del valor probatorio de las publicaciones periodísticas, indicando que:

Se ha estimado que las publicaciones periodísticas «[...] son indicadores solo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia», y que si bien «[...] son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de

²¹³ INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL DE MÉXICO. Expediente R. R. 570/2008. Distrito Federal de México, del 26 de noviembre de 2008. Disponible en: <<https://bit.ly/3kh8Dae>>.

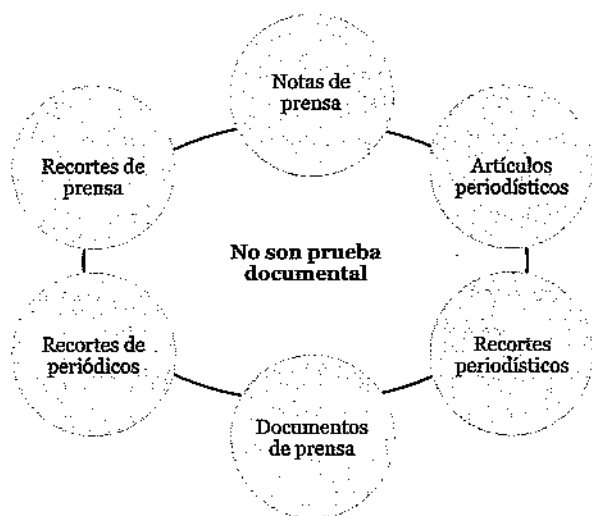
la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, internet, etc.), no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen». Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien, a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos. Consecuentemente, a las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso.²⁴⁴

V. Reconocimiento de las notas periodísticas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

157

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la valoración de recortes, notas y artículos periodísticos, y ha sido clara en señalar a lo largo de los años que dichos documentos no constituyen prueba documental.

²⁴⁴ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Sentencia 00942-2018, del 22 de febrero de 2018. Disponible en: <<https://bit.ly/3dXUbQv>>



El desarrollo se realizó debido a que, en los primeros años de creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llegaron casos a efectos de analizar el valor probatorio de aquellos en ese momento denominado *recortes de prensa*.

Así en los años 1988 y 1989, la Corte Interamericana se refiere al valor probatorio de los recortes de prensa, señalando que:

A un gran número de recortes de prensa aportados por la Comisión no puede dárseles el carácter de prueba documental propiamente dicha. Muchos de ellos, sin embargo, constituyen la manifestación de hechos públicos y notorios que, como tales, no requieren en sí mismos de prueba; otros tienen valor, como ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, supra* 127, párrs. 62-64) en cuanto reproducen textualmente declaraciones públicas, especialmente de altos funcionarios de las Fuerzas Armadas, del Gobierno o de la propia Corte Suprema de Justicia de Hondu-

ras, como algunas emanadas del presidente de esta última; finalmente, otros tienen importancia en su conjunto en la medida en que corroboran los testimonios recibidos en el proceso respecto de las desapariciones y la atribución de esos hechos a las autoridades militares o policiales de este país.²⁴⁵

En ese sentido, el criterio para el valor probatorio de los recortes de prensa se divide en tres aspectos:

Regla general	Los recortes de prensa no son prueba documental
Excepcionalmente tienen valor	Si reproduce textualmente declaraciones públicas, especialmente de altos funcionarios.
Excepcionalmente tienen importancia:	En su conjunto en la medida en que corroboran los testimonios recibidos en el proceso respecto de las desapariciones y la atribución de esos hechos a las autoridades militares o policiales de este país

159

Luego de aproximadamente diez años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos modifica el criterio primigenio respecto del valor probatorio de los documentos de prensa, señalando que: «En relación con los documentos de prensa, si bien no tienen el carácter de prueba documental, tienen importancia en cuanto sean la manifestación de hechos públicos y notorios, y en la medida que corroboren los testimonios reci-

²⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, del 29 de julio de 1988, fundamento jurídico 146; caso Godínez Cruz *vs.* Honduras, sentencia del 20 de enero de 1989, fundamento jurídico 152; caso Fairén Garbí y Solís Corrales *vs.* Honduras, del 15 de marzo de 1989, fundamento jurídico 145.

bidos en el proceso respecto de las circunstancias de las detenciones y muertes de las víctimas»²¹⁶.

Es importante señalar que, para el año 1998, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien mantenía el criterio de no dar carácter de prueba documental a los documentos de prensa, ya no se consideraba para darle valor a dichos documentos si reproducían textualmente declaraciones públicas, especialmente de altos funcionarios.

En ese sentido, solo de manera excepcional se dio alguna importancia a dichos documentos en determinados aspectos, como señalaremos a continuación:

Regla general	Los documentos de prensa no son prueba documental.
Tiene importancia	Cuando sean la manifestación de hechos públicos y notorios.
	En la medida que corroboren los testimonios recibidos en el proceso respecto de las circunstancias de las detenciones y muertes de las víctimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también conoció un caso peruano, en el año 2001, en el cual hubo pronunciamiento respecto del valor probatorio de los recortes periodísticos, estableciendo que:

²¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala, del 8 de marzo de 1998, fundamento jurídico 75.

[...] en cuanto a los recortes de periódicos aportados por la Comisión [...], este Tribunal ha considerado que, aun cuando los mismos no tienen carácter de prueba documental propiamente dicha, éstos podrán ser apreciados cuando recojan hechos públicos o notorios, declaraciones de funcionarios del Estado o cuando corroboren lo establecido en otros documentos o testimonios recibidos en el proceso.²¹⁷

En consecuencia, tenemos que se mantiene el criterio de no otorgarles carácter de prueba documental a los recortes periodísticos; excepcionalmente, solo se podrá apreciar dichos recortes en determinados supuestos:

Regla general	Los documentos de prensa no son prueba documental
Podrán ser apreciados cuando:	• recojan hechos públicos o notorios
	• recojan declaraciones de funcionarios del Estado
	• corroboren lo establecido en otros documentos o testimonios recibidos en el proceso

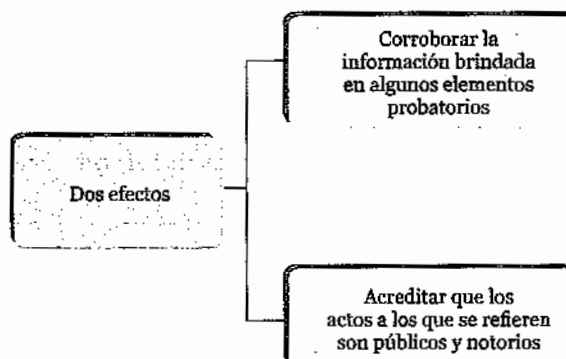
161

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ese mismo año 2001, conoció otro caso peruano, en el cual hubo pronunciamiento respecto de la importancia de los artículos periodísticos, señalando que:

²¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Tribunal Constitucional *vs.* Perú, del 31 de enero de 2001, fundamento 53, criterio recogido del caso *Bámaca Velásquez vs.* Guatemala, del 25 de noviembre de 2000, fundamento jurídico 107.

En lo que se refiere, particularmente, a los diversos artículos periodísticos aportados por la Comisión, la Corte reitera que, si bien no se consideran prueba documental, son importantes para dos efectos: corroborar la información brindada en algunos elementos probatorios y acreditar que los actos a los que se refieren son públicos y notorios.²¹⁸

En consecuencia, la importancia probatoria de los artículos radica en dos vertientes:



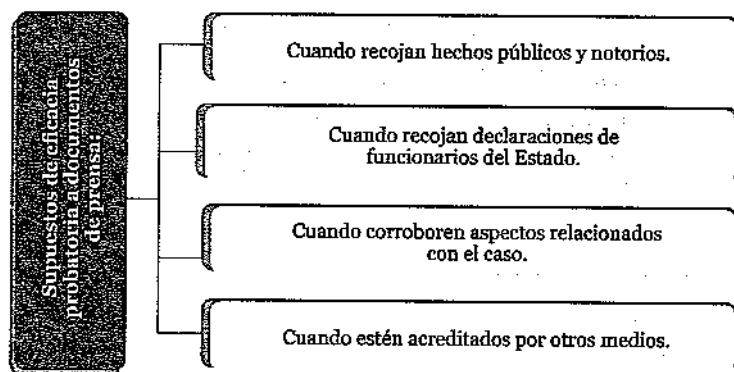
El criterio utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos varió en el año 2009, debido al caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, del 22 de setiembre de 2009, puesto que se da la posibilidad de que los documentos de prensa tengan eficacia probatoria; de acuerdo a ello, establece que:

En relación con los documentos de prensa remitidos por las partes en la debida oportunidad procesal, este Tribunal considera que pueden tener eficacia probatoria únicamente cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del

²¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6 de febrero de 2001, fundamento jurídico 70.

Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso y acreditados por otros medios.²¹⁹

En otras palabras, van a ser cuatro los criterios que se consideren para que un documento de prensa pueda tener eficacia probatoria:



En ese sentido, si bien es cierto que los documentos de prensa, notas periodísticas, artículos periodísticos, entre otros, no pueden tener carácter de prueba documental, en la actualidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le puede otorgar eficacia probatoria, pero excepcionalmente y solo cuando cumpla los requisitos antes señalados.

VI. La libertad de información y la necesidad de su corroboración

La libertad de información se encuentra reconocida por la Constitución, en el capítulo de Derechos Fundamentales e

²¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Anzualdo Castro vs. Perú, del 22 de setiembre de 2009, fundamento jurídico 25.

involucra dos dimensiones: comunicar y recibir información. En ese sentido, para su ejercicio, existe una protección cuando se comunica información, como en el caso de los periodistas, referida al derecho que se tiene de guardar el secreto profesional.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

[...] el artículo 2, inciso 4, de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de información mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social. Esta libertad tiene una doble dimensión: por un lado, comunicar y, por otro, recibir información. Para el adecuado ejercicio de esta libertad, en su dimensión de comunicar información por cualquier medio de comunicación, los periodistas están protegidos por el artículo 2, inciso 18, de la Constitución, que reconoce el derecho de guardar el secreto profesional. El Tribunal Constitucional estima que este derecho protege a los titulares de la libertad de comunicar información, en especial a los periodistas de cualquier medio de comunicación social; por ello, no pueden ser obligados a revelar sus fuentes informativas.²²⁰

Respecto del derecho de guardar el secreto profesional, este se reconoce tanto al titular de los secretos como a los profesionales que los conservan. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado refiriendo que:

[...], dos son los ámbitos de actuación de la garantía-derecho al secreto profesional que reconoce la Constitución. En cuanto derecho, reconoce al titular de tales secretos la exigencia de que estos

²²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0134-2003-HD/TC, Lima, del 20 de setiembre de 2004, fundamento jurídico 2.

sean celosamente guardados por los profesionales a quienes se les confía de modo directo, o que tuvieran acceso a información confidencial en razón de su ejercicio profesional; del mismo modo, el secreto profesional también protege a los propios profesionales, quienes podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia en que los poderes públicos o cualquier persona o autoridad pretendan desconocerlo de cualquier forma, sea obligando a confesar dichos secretos o poniendo en riesgo su preservación en el ejercicio de su profesión.²²¹

Si bien los periodistas, como otros profesionales, tienen el derecho de guardar el secreto profesional, en principio debemos tomar conocimiento de qué se entiende por secreto en ese ámbito. Dicha conceptualización ha sido delimitada por el Tribunal Constitucional:

En cuanto al contenido de lo que debe considerarse secreto para los fines de su protección, el Tribunal opina que aunque resulta difícil determinarlo en abstracto, de modo general puede establecerse que, se trata de toda noticia, información, situación fáctica o incluso proyecciones o deducciones que puedan hacerse en base a la pericia o conocimientos del profesional y que hayan sido obtenidas o conocidas a consecuencia del ejercicio de una determinada profesión, arte, ciencia o técnica en general.²²²

El ejercicio del derecho de guardar el secreto profesional que tiene el periodista, esto es, el derecho de no revelar sus fuentes, es reconocido incluso a través del proceso constitucio-

²²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 7811-2005-PA/TC, del 22 de noviembre de 2005, fundamento jurídico sétimo.

²²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 7811-2005-PA/TC, Cañete, del 22 de noviembre de 2005, fundamento jurídico octavo.

nal de *habeas data*, que ha sido ya materia de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, el cual indica que:

El Hábeas Data no es un proceso destinado a obligar a los periodistas o empresas periodísticas a revelar sus fuentes de información, que, por lo demás, se encuentran protegidas por el artículo 2, inciso 18, de la Constitución, y menos a impedir el libre ejercicio de la libertad de comunicar.²²³

No obstante de que el periodista tenga el derecho de guardar el secreto, ello no impide ni exime a dicho profesional que corrobore la información o documentación antes de utilizarla, exponiéndola al público.

Siendo así, el Código de Ética Periodística del Colegio de Periodistas del Perú establece respecto de los deberes del periodista que:

Los deberes esenciales del periodista en la búsqueda, redacción, producción, narración y comentario de la noticia, son: 4) Ubicar informaciones y documentos cuyo origen haya sido plenamente verificado, sin suprimir, desnaturalizar, ni añadir hechos que puedan tergiversar la información. [...] 7) Guardar el secreto profesional sobre las fuentes de información.

Los periodistas están obligados a contrastar la información antes de publicarla. El Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana, en un pronunciamiento del 13 de abril de 2016, señaló que:

²²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0134-2003-HD/TC, Lima, del 20 setiembre de 2004, fundamento jurídico tercero.

A propósito de algunas quejas presentadas recientemente al Tribunal de Ética, es necesario señalar a la ciudadanía y a los directivos y periodistas de los medios asociados al Consejo de la Prensa Peruana, así como a los medios que aceptan la competencia del Tribunal. 1) Cuando se difunda información de interés público en el libre ejercicio de la libertad de prensa, esta deberá ser contrastada, antes de su publicación, con la versión de aquellos mencionados o vinculados como responsables de los hechos materia de cuestionamiento, salvo casos excepcionales debidamente justificados. Esto comprende denuncias e imputaciones tanto dentro como fuera de procesos judiciales o del Ministerio Público, incluyendo aquellas investigaciones que se encuentran en la etapa preliminar.²²⁴

Así, si bien los periodistas poseen el derecho de libertad de información y se encuentran restringidos por el secreto profesional, así también es obligación de los mismos que, cuando se difunda esa información, sea contrastada con otros elementos para determinar si es veraz o no. Ello, claro está, a fin de no perjudicar a los involucrados. No obstante, cabe decir que, de lo que se ha podido ver, no son fuente probatoria; por lo tanto, no pueden ser objeto o elemento de corroboración en una determinada investigación o sentencia.

²²⁴ TRIBUNAL DE ÉTICA. Consejo de la Prensa Peruana. Disponible en: <<https://bit.ly/3dVM3jo>>

CAPÍTULO V

EL USO DEL TESTIGO PROTEGIDO Y SU POSIBILIDAD DE REEXAMEN

I. Introducción a la problemática

En más de una oportunidad hemos tenido que enfrentar la supuesta existencia de un testigo protegido. Es decir, un ciudadano que conoce de un hecho delictivo sin haber participado en él, pero a quien por cuestiones de seguridad se le otorga protección.

No es mi intención negar la existencia de situaciones que ameriten la seguridad de un testigo por parte de la Fiscalía. Sin embargo, la experiencia en el litigio me ha demostrado que la institución del testigo protegido, en algunas ocasiones, resulta siendo un abuso en contra del imputado. Desde adiestrar al testigo en sus dichos, considerarlo como testigo protegido y colaborador eficaz al mismo tiempo, —hasta lo que es más grave aún—, su no existencia física.

Con estos problemas prácticos y aunados al hecho de que ninguna acción fiscal puede estar exenta de control de la defensa, y menos de control jurisdiccional, es importante delimitar la institución del testigo protegido, para que su uso no se convierta en un abuso, y legitimar así la adopción de medidas de protección en un caso concreto.

En el caso de Nadine Heredia, esta situación no fue la excepción, como es de conocimiento público. Fue interpuesta una tutela de derechos que pretendía cuestionar la adopción de esta medida. El presente desarrollo es producto de aquel trabajo.

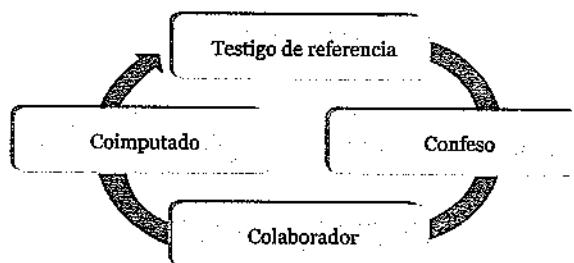
II. El uso de testigos sospechosos en el proceso penal

II.I. Clasificación

El testimonio tiene puntos débiles que pueden resumirse en que el recuerdo puede no corresponderse con la realidad y en que la narración puede no corresponderse con el recuerdo.

El sistema procesal es consciente de que se pueden presentar situaciones en las cuales la declaración no solo no se mantiene en la misma línea del recuerdo, sino que, además, se encuentra viciada de algún elemento externo; por ejemplo, el hecho de no conocer la información de manera directa a través de los sentidos, sino a través del dicho de otra persona, o el hecho de que la declaración la realice quien sostiene haber cometido el delito, eximiendo o culpando a otra persona con él. Estos dichos no pueden ser fiables en principio y requieren de un acto adicional para su verificación.

En ese sentido, a continuación presentaremos distintos medios de prueba que necesitarán más que su solo dicho para corroborar los hechos y reconocer la credibilidad de los mismos, esto es, aquellos que pueden ser considerados como testigos sospechosos:



1. Testigo de referencia

Nuestro ordenamiento procesal le otorga eficacia al testimonio de referencia a través de lo establecido en el Código Procesal Penal en el artículo 176, inciso 2, que recoge la figura del testigo de referencia demarcando el contenido de su declaración:

Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado.

Diversos pronunciamientos en la jurisprudencia, así como en la doctrina, le disminuyen valor a la declaración del testimonio de referencia, conocido como «testimonio de oídas». Ello, por cuanto siempre se preferirá un testimonio directo o que existan medios de prueba adicionales que corroboren la versión de este.

De ahí que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante el Recurso de Nulidad 173-2012, Cajamarca, señala en su fundamento jurídico tercero, que:

Es necesaria la corroboración o confirmación del relato inculpativo del testigo de referencia, por lo menos, de ciertos aspectos del mismo, por medios objetivos de prueba, no es posible otorgarle mérito y considerarla prueba suficiente para enervar la garantía de presunción de inocencia. El valor probatorio del testimonio de referencia se robustece al abrigo de otros elementos que se incorporen al proceso, auxilio sin el cual su peso es prácticamente nulo,

por consiguiente, no es admisible como medio de prueba único para desvirtuar la presunción de inocencia.

En la misma línea de interpretación, el Tribunal Constitucional español, que mediante sentencia 171(2)/2016, del 3 de octubre de 2016, sostuvo:

Este Tribunal ha reiterado, en cuanto a la aptitud constitucional de los testigos de referencia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, que es una prueba poco recomendable y debe asumirse con recelo, por lo que «puede ser uno de los elementos de prueba, condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibile, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de intermediación y contradicción en la práctica de la prueba».

Dicha postura jurisprudencial también ha sido sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que solo ha reconocido el testimonio de referencia en los casos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que se ha apreciado en aquellos supuestos en los que el testigo directo se encuentra en un paradero desconocido, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente dificultosa.

Por ello, ante la carencia del testimonio directo, las declaraciones de los testigos de referencia se constituyen como una prueba excepcional. Ello significa que, de presentarse en el proceso, no gozarán de valor de prueba suficiente para emitir un fallo condenatorio si no se encuentran corroboradas con

otros medios de prueba que confirmen la versión incriminatoria; por ende, si esta declaración es la única que se tiene en contra del acusado, no será capaz por sí misma de desvirtuar la presunción de inocencia.

Es decir, que cuando los testigos son todos de oídas —que afirman haber oído decir o que «les dijeron», sin ninguna otra prueba en que sostenerse o corroborarse, sin nada serio que justifique frente a ellos el relato—, no se les puede dar credibilidad.

El valor probatorio de la declaración del testigo de referencia es muy reducido y en ningún caso puede constituir la única prueba, actuando, más bien, como indicios corroborantes junto a otro tipo de pruebas de carácter directo o indiciario.

Dicho esto, únicamente en aquellos supuestos en que, además de las manifestaciones de los testigos de referencia existieran otros datos objetivos o fuentes de prueba —incorporadas al proceso— que vinieran a corroborar su autenticidad y de las que se pudiera obtener la conclusión de la participación del acusado en el hecho delictivo, las manifestaciones de los testigos indirectos podrían ser tenidas en cuenta por el juzgador para formar su convicción acerca de los hechos declarados probados en la sentencia.

Respecto al extremo de la corroboración en los testimonios de referencia, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, precisamente en la regla 33, apartado 3, recoge lo siguiente: «En el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba los jueces en los supuestos de testigos de referencia [...] tendrán en cuenta que solo con otras pruebas corroboradas de tales testimonios podrá dictarse sentencia condenatoria».

Por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, respecto de desaparición forzada, señaló en su fundamento jurídico número 133, que «la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos».

En este punto, ha quedado claro que, ante la excepcionalidad del uso de un testimonio de referencia, este deberá ir acompañado de otras pruebas que puedan corroborar su credibilidad, todo ello con el fin de dictar sentencia con pruebas que gocen de calidad probatoria.

2. El confeso

176

La confesión es el acto procesal que consiste en la declaración personal, sincera, verosímil, libre, consciente y circunstanciada que hace el procesado durante los momentos de la investigación o el juzgamiento, en la que se acepta total o parcialmente su autoría o grado de participación en la comisión del delito que se le imputa.

Asimismo, a fin de reconocer como cierta la configuración de la declaración del confeso, el profesor Mixán Mass²²⁵ ha sostenido que la confesión debe reunir los siguientes requisitos:

- a. Que sea prestada por quien tenga la condición jurídica de procesado;

²²⁵ MIXÁN MASS, Florencio. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. Lima: BLG, 2006, p. 59.

- b. Que dicho procesado haya declarado personal y conscientemente, con plena libertad en dicha declaración;
- c. Que el objeto de la declaración sea el objeto de prueba y no una norma; y
- d. Que quien ordene o reciba la confesión debe actuar con legitimidad su potestad para la dirección de la actividad probatoria.

Además de los requisitos que forman parte de la configuración de la declaración del confeso, deberán también concurrir las siguientes condiciones para dotar de validez a la confesión prestada:

- a. Debe estar debidamente corroborada con otros medios probatorios;
- b. Debe ser prestada libremente;
- c. Debe ser rendida en estado normal de las facultades psíquicas del confesante;
- d. Debe de ser recibida por la autoridad competente; y
- e. La autoridad competente debe de actuar conforme a las formalidades legales.

Respecto al marco legal, el Código Procesal Penal regula este medio de prueba en el artículo 160 de la siguiente manera:

Artículo 160. Valor de prueba de la confesión

- 1. La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión por el imputado de los cargos o imputación formulada en su contra.
- 2. Solo tendrá valor probatorio cuando:
 - a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción;

- b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas;
- c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado; y,
- d) Sea sincera y espontánea.

En ese sentido, la consecuencia procesal de que el imputado se acoja a la confesión sincera tendrá como resultado un beneficio premial en relación a la determinación de la pena, de acuerdo con el artículo 1611 del Código Procesal Penal. Dicha consecuencia procesal en algunos casos podría, como estableceré más adelante, generar declaraciones antojadizas y sospechosas con el único motivo de obtener los beneficios premiales.

178

Artículo 161. Efecto de la confesión sincera

El juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160 [...].

Asimismo, existen ciertas excepciones para aplicar la confesión sincera: no podrá aplicarse cuando la acción penal se haya originado por el delito de feminicidio, estipulado en el artículo 108-B del Código Penal, ni tampoco cuando se trate de delitos contra la dignidad humana.

De otro lado, el imputado que se acoge a la confesión tiene la opción de retractarse de su dicho y expresar en declaración posterior alegando su inocencia o variando el grado de su participación en el hecho delictivo.

Ello no significa que su primera declaración carecerá de valor probatorio, puesto que el juzgador valorará la confesión

brindada y será sometida a debate y corroboración durante la actuación de pruebas en juicio oral.

Aquellos beneficios derivados de la confesión sincera no podrán extenderse al acusado sino de manera posterior y conforme al transcurso de las investigaciones. Si, a pesar de haber aceptado los hechos, incurre en inconducta que da cuenta de su intención de rehuir a la persecución penal, no tendrá lugar el beneficio premial. En tal sentido, si la conducta procesal del confeso, en lugar de simplificar la función del órgano jurisdiccional, para que aplique la correspondiente sanción penal, la dificulta, obstaculiza o si huye, no puede darse el beneficio con la reducción de la pena.

La corroboración en este tipo de testigo sospechoso es crucial; porque la confesión prestada en forma aislada no es suficiente para determinar con certeza que el delito fue consumado por quien se inculpa en un hecho delictivo.

Para que el juez pueda emitir una sentencia condenatoria a un imputado necesita reunir pruebas o elementos que acrediten que el hecho fue consumado por tal individuo. Es decir, es necesario que el delito esté probado por otros medios, además de la propia confesión. Dicha prueba comprende todo aquello que incorpora rastros o señales y que conduce al esclarecimiento de un hecho, lo que permite alcanzar su verdad objetiva o real. Un juez o un fiscal, en su caso, no puede llegar a la conclusión de que un delito existió por la sola confesión del imputado, necesita basarse en otras pruebas.

3. El colaborador

El colaborador eficaz es la persona sometida o no a una investigación o proceso penal, o que ha sido condenada, que se ha disociado de la actividad criminal y se presenta ante el fiscal o acepta la propuesta de este para proporcionar información útil, con lo cual procura obtener beneficios premiales.

Para reconocer la validez de lo dicho por el colaborador, este se someterá al proceso de colaboración eficaz, el cual es un proceso especial autónomo, no contradictorio, que se basa en el principio del consenso entre las partes y la justicia penal negociada, la cual tiene por finalidad perseguir eficazmente la delincuencia.

180

La colaboración eficaz es un proceso especial reconocido en el Código Procesal Penal en los artículos 472 y siguientes; adicionalmente, encontramos su reglamentación en el Decreto Legislativo 1301.

La experiencia internacional da cuenta de que los procesos de colaboración eficaz son una herramienta importante para la lucha contra la criminalidad organizada; en tanto miembros de la misma, brindan información «desde adentro» sobre la forma de operar, la identificación de sus miembros, las operaciones ejecutadas, entre otros.

4. El coimputado

A nivel internacional, es consabida la doctrina respecto a la limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un coimputado, más allá de su contenido específico, cuando es la única prueba en la que se fundamenta una deci-

sión de condena, pues objetivamente no sería suficiente por sí sola para desvirtuar la presunción de inocencia²²⁶.

Por lo tanto, fundar una condena sobre la base de la declaración de un coimputado sin que existan otros elementos de corroboración vulneraría la presunción de inocencia. Siguiendo la jurisprudencia comparada, atañe puntualizar las características de la declaración inculpativa de un coacusado:

- a. Es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;
- b. Es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;
- c. La aptitud como prueba de cargo mínima se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;
- d. Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Desde una posición análoga, para considerar que la declaración del coimputado es creíble, será necesario que esté corroborada y no sea artificialmente coherente; además, será

²²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador (Fondo, reparaciones y costas), del 5 de octubre de 2015, fundamento jurídico 133.

imprescindible que esté correctamente contextualizada, de manera que los relatos vagos sobre la escena de los hechos que no confirmen la existencia de datos concretos pueden ser vistos como posiblemente falsos.

La declaración de los coacusados, en sí misma, no derruye la presunción de inocencia, puesto que, en virtud de la condición que ostentan, es perfectamente comprensible que su declaración se derivara de la heteroinculpación o deseo de atribuir responsabilidad al resto de imputados, o estuviera motivada por fines exculpatorios o por beneficios legales o procesales.

De acuerdo a lo establecido por la profesora Fernández²²⁷, de ahí que estos últimos, a diferencia de los testigos, no tienen la obligación de decir la verdad.

II.II. Excepcionalidad

Ante la carencia del testimonio directo, las declaraciones de los testigos de referencia se constituyen como una prueba excepcional. Esto significa que, de presentarse en el proceso, no gozarán de valor de prueba suficiente para emitir un fallo condenatorio si no se encuentran corroboradas con otros medios de prueba que confirmen la versión inculpativa; por ende, si esta declaración es la única que se tiene en contra del acusado, no será capaz por sí misma de desvirtuar la presunción de inocencia.

²²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005, p. 266.

II.III. Regla de corroboración

Por tanto, se tendrá mayor objetividad cuando la descripción de los hechos típicamente relevantes sea clara y detallada, y, qué duda cabe, cuando se vea corroborada con prueba documental o eventualmente material. Sin perjuicio de que estas, por sí solas —en la preliminar o preparatoria—, no cuenten con entidad epistémica.

Es necesaria la corroboración o confirmación del relato incriminador del testigo de referencia, por lo menos, de ciertos aspectos del mismo, por medios objetivos de prueba, no es posible otorgarle mérito y considerarla prueba suficiente para enervar la garantía de presunción de inocencia.

El valor probatorio del testimonio de referencia se robustece al abrigo de otros elementos que se incorporen al proceso, auxilio sin el cual su peso es prácticamente nulo, por consiguiente, no es admisible como medio de prueba único para desvirtuar la presunción de inocencia.²²⁸

Los testigos de referencia se constituyen como una prueba excepcional, ante la ausencia del testimonio directo, ello significa que, de presentarse en el proceso, no poseerá valor de prueba suficiente para emitir un fallo condenatorio, si no se encuentra corroborada con otros medios de prueba que confirmen la versión incriminatoria, por ende, si esta declaración es la única que se tiene en contra del acusado, no será capaz por sí misma de desvirtuar la presunción de inocencia.²²⁹

²²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 173-2012, Cajamarca fundamento jurídico tercero.

²²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Segunda Sala Penal Transitoria, Casación 158-2016, Huaura, del 10 de agosto de 2017, fundamento jurídico 24.

Para determinar el valor probatorio del testigo de referencia, resulta necesario tener en consideración lo siguiente:

Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado.²³⁰

Sobre este punto, en el caso Fefer, se dijo: «Tratándose de testigos de referencia, para su estimación como prueba incriminatoria es preciso recurrir al principio de esclarecimiento, según el cual, debe escucharse al testigo directo. La declaración de un testigo indirecto o de referencia tiene un valor probatorio limitado; no tendrá la calidad de prueba si su testimonio no es confrontado con otras declaraciones de testigos presenciales, o en su caso, con prueba indiciaria.^{231 232}

Lo primero que no debe perderse de vista es que la acusación gira en torno a la versión incriminatoria de la víctima y no de su madre; por lo tanto, las inconsistencias sobre fechas no pueden evaluarse desde su versión sino de la víctima.²³³

²³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Segunda Sala Penal Transitoria, Casación 158-2016, Huaura, del 10 de agosto de 2017, fundamento jurídico décimo primero.

²³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Segunda Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 348-2016, Lima, del 10 de mayo de 2017, fundamento jurídico décimo sexto, C.

²³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 697-2018, Lima Sur, del 24 de agosto de 2018, Lima Sur, fundamento jurídico décimo cuarto.

²³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 240-2018, Lima, del 3 de diciembre de 2018, fundamento jurídico décimo tercero.

La declaración referencial no es suficiente para sustentar en ella una condena. Se requiere la versión del testigo presencial o, en su caso, de pruebas circunstanciales sólidas que permitan corroborar y dar mérito a una versión de oídas —simples rumores o señalamientos genéricos, sin fuente precisa, no merecen credibilidad—, no es pues fiable un testigo de referencia.²³⁴

II.IV. Lógica de compensación

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Al Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*, del 15 de diciembre de 2011, en su fundamento jurídico 17 establece:

El principio subyacente es que el acusado en un juicio penal debe tener una oportunidad efectiva de impugnar la evidencia en su contra. Este principio requiere no solo que un acusado conozca la identidad de sus acusadores para que pueda desafiar su probidad y credibilidad, sino también pueda probar la veracidad y confiabilidad de sus pruebas, haciéndolos examinar oralmente en su presencia, ya sea en el momento en que el testigo estaba haciendo la declaración o en alguna etapa posterior del proceso.

En esa línea, años más tarde se ha reafirmado el criterio respecto a las medidas de contrapeso en el caso *Schatschaschwili vs. Alemania*, del 15 de diciembre de 2015, en su fundamento jurídico 125: «[...] el tribunal reitera que estos factores de contrapeso deben permitir una evaluación justa y adecuada de la confiabilidad de esa evidencia». Y de igual manera en

²³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 2612-2017, Lima Norte, del 19 de junio de 2018, fundamento jurídico sexto.

su fundamento 162: «[...] En opinión del tribunal, brindar al acusado la oportunidad de interrogar a un testigo clave de la acusación al menos durante la etapa previa al juicio y, a través de su abogado, constituye una importante protección procesal que garantiza los derechos de defensa del acusado [...]».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantuvo el criterio jurisprudencial con el establecimiento de las medidas de compensación en el caso *Oddone y Pecci vs. San Marino*, del 17 de octubre de 2019, en su fundamento jurídico 106, donde ha señalado lo siguiente:

Las notas de corte que el uso de declaraciones de los testigos a cambio de inmunidad o de otras ventajas es una herramienta importante para las autoridades nacionales lucha contra la delincuencia grave. Sin embargo, el uso de tales declaraciones puede poner en tela de juicio la imparcialidad del proceso contra el acusado y es capaz de plantear cuestiones delicadas, ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones están sujeta a manipulación y pueden hacerse únicamente para obtener las ventajas ofrecido a cambio o por venganza personal. Por lo tanto, la naturaleza a veces ambigua de tales declaraciones y el riesgo de que una persona puede ser acusada y juzgada sobre la base de acusaciones no verificadas que no están necesariamente desinteresadas no debe subestimarse [...].

III. El testigo protegido

Es facultad del fiscal —previo análisis de los requisitos establecidos en los artículos 247 y siguientes del Código Procesal Penal— disponer que se implementen medidas de protección ya sea para testigos, peritos, agraviados, agentes especiales o colaboradores que intervengan en los procesos penales.

El artículo 247 del Código Procesal Penal establece que:

1. Las medidas de protección previstas en este Título son aplicables a quienes en calidad de testigos, peritos, agraviados o colaboradores intervengan en los procesos penales.

2. Para que sean de aplicación las medidas de protección será necesario que el fiscal durante la investigación preparatoria o el juez aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

La apreciación que realice la Fiscalía sobre la existencia de un grave peligro para la persona, para la libertad, o para los bienes, debe constar en una disposición fiscal debidamente motivada que contendría la explicación del motivo, pero, además, la sustentación de la aplicación de medidas de protección específicas.

El Código Procesal Penal en su artículo 248, establece cuáles pueden ser las medidas adoptadas para la protección de testigos:

1. El fiscal o el juez, según el caso, apreciadas las circunstancias previstas en el artículo anterior, de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado.

2. Las medidas de protección que pueden adoptarse son las siguientes: a) Protección policial. b) Cambio de residencia. c) Ocultación de su paradero. d) Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave. e) Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal

en las diligencias que se practiquen. f) Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, a la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario. g) Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para su implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes.

III.I. Desarrollo doctrinario

Valenzuela Ylizarbe, sostiene que:

Se puede afirmar que una persona tendrá la condición de testigo protegido cuando concurren los siguientes requisitos: primero, que sea una persona que, sin haber intervenido en la actividad delictiva, tenga que aportar información de utilidad para el esclarecimiento del caso y, segundo, que su integridad física o su vida o la de sus familiares cercanos esté en riesgo real e inminente. Visto así, queda claro que la figura del testigo protegido no debe ser asimilada a la del colaborador eficaz o cualquier otro mecanismo premial, ya que la protección que se le otorga en modo alguno supone que se le está brindando un beneficio por colaborar con la justicia. Lo único que se está haciendo es, como resulta razonable, brindarle seguridad para que el testigo tenga plena libertad de declarar con la verdad, pues un testigo que tenga temor fundado, ante un peligro real, lo más probable es que no asista a las diligencias y, en caso lo haga, es difícil que pueda declarar todo lo que realmente sabe.²³⁵

²³⁵ VALENZUELA YLIZARBE, Fredy. «El uso de la declaración del testigo anónimo o con reserva de identidad en la prisión preventiva y el juzgamiento». En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 123 (2019), pp. 288-309.

El profesor Astudillo Meza, por su parte, señala que:

Es claro que la norma procesal no establece una facultad discrecional para que el tribunal mantenga la reserva de la identidad del testigo durante la etapa del enjuiciamiento —como parece entenderlo la Sala Penal Superior en el caso analizado— sino más bien impone el deber de revelar la identidad del testigo. El único límite formal que establece la ley es la obligación, como ya lo hemos dicho, de la parte solicitante de motivar su pedido, por lo que —una vez cumplida dicha formalidad— el tribunal deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos protegidos.²³⁶

El fiscal Peña Cabrera sostiene, respecto de las medidas de protección, que:

Los círculos de beneficiarios con las medidas de protección son todos aquellos que asumen un rol probatorio en el proceso penal, el cual se concretiza a partir de la información que aquellos están dispuestos a prestar a la Administración de Justicia para que pueda esclarecerse el objeto de prueba.²³⁷

189

III.II. Desarrollo jurisprudencial

La Corte Suprema, por su parte, en el Recurso de Nulidad 2322-2018, Nacional, de fecha 19 de junio de 2019, ha sostenido que:

²³⁶ ASTUDILLO MEZA, Guillermo. «Algunas cuestiones acerca del testigo anónimo en el proceso penal peruano». En: *Anuario de Derecho Penal 2011-2012* (2011), p. 122.

²³⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Exégesis. Nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Rodhas, 2009, p. 779.

Noveno. En ese sentido, la valoración probatoria de los testigos protegidos, si bien tiene que realizarse de manera cuidadosa por la contradicción limitada que se ejerce sobre este tipo de órganos de prueba, de tal forma que la aptitud probatoria que brindan suele estar definida por el grado de corroboración que presentan, es oportuno precisar que la información que se obtiene a partir de sus deposiciones no puede ser descartada de plano por la existencia de contradicciones en el relato sobre aspectos externos al núcleo de la imputación efectuada, en última instancia, deben existir razones en la sentencia que expliquen por qué no se otorga mérito probatorio a las partes coincidentes que sí inciden en el núcleo de la imputación, lo cual en el presente caso no ocurre.²³⁸

En el Recurso de Nulidad 1050-2014, Lima, del 26 de octubre de 2015, fundamento jurídico vigésimo noveno, también sostiene que:

Vigésimo noveno. Que la jurisprudencia internacional y extranjera ha considerado viable la intervención en el proceso de los testigos protegidos en cuanto a su identidad. Solo se requiere que en sus declaraciones se cumpla con el principio de contradicción, esto es, que la defensa de las partes tenga la posibilidad efectiva de interrogarlos. El principio de contradicción se cumple con esta posibilidad de interrogatorio cruzado, que por lo demás no se extiende a cuestiones que solo afectan a publicidad de la identidad del declarante. En estos casos, cuando el testigo protegido declara en el acto oral y se somete al interrogatorio de las partes y del propio Tribunal si fuera menester no cabe calificarlo de la figura prohibida del denominado «testigo anónimo».

²³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 2322-2018, Nacional, del 19 de junio de 2019, fundamento jurídico noveno.

Por lo demás, si no se pide justificadamente la revelación de la identidad del testigo y, en todo caso, cuando tal situación no es esencial para fundar el contenido y credibilidad del testimonio, no se incurre en vulneración del contradictorio y del derecho de defensa procesal; luego, puede utilizarse válidamente ese testimonio incriminador.²³⁹

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Casación 292-2019, Lambayeque, del 14 de junio de 2019, fundamento jurídico décimo segundo, plantea:

Que la reserva de identidad limita el ejercicio de este derecho al impedir la realización de preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada; que la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento, y debe concederse a la defensa amplia posibilidad de interrogar al colaborador o testigo protegido.²⁴⁰

191

Del mismo, modo en la Casación 484-2019, Corte Especializada del 19 de diciembre de 2019, fundamento jurídico 2.1.b, manifiesta:

Una prisión no se podría fundar con la sola declaración de una persona, independientemente de su naturaleza, si es un coimputado —colaborador eficaz— o un testigo simple o protegido; sino

²³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 1050-2014, Lima, del 26 de octubre de 2015, fundamento jurídico vigésimo noveno.

²⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Recurso de Casación 292-2019, Lambayeque, del 14 de junio de 2019, fundamento jurídico décimo segundo.

sobre la base de un estándar de corroboración que la constituya en un medio para aseverar la configuración de una sospecha fuerte, y para ello deberá estar mínimamente corroborada, a efectos de evitar un fallo subjetivo con base en la voluntad o los intereses de quien emite su versión inculpativa.²⁴¹

La propia Corte Penal Nacional, a través de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, en la Resolución 26, del 3 de enero de 2019, fundamento jurídico 61.a, propone que:

El artículo 158.2 del CPP no solo contempla la corroboración para los testigos de referencia, arrepentidos y colaboradores, sino que diseña una regla abierta que permite incluir a otros órganos de prueba con la expresión «situaciones análogas», esta operación de análoga está reservada al juez; en esta caso, resulta evidente que el testigo protegido actúa con reserva de su identidad por razones de seguridad y, por tanto, existe imposibilidad de conocer su identidad; por ello, es imprescindible que sus testimonios sean corroborados con otros elementos de convicción.²⁴²

Por último, en uno de los pronunciamientos más conocidos en nuestra región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Norim Catrیمان y otros vs. Chile*, ha sostenido que:

247. Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada úni-

²⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Recurso de Casación 484-2019, Corte Especializada, del 19 de diciembre de 2019, fundamento jurídico 2.1.b.

²⁴² Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional. Resolución 26, del 3 de enero de 2019, fundamento jurídico 61.a.

camente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada. De lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue obtenido en detrimento de su derecho de defensa. Por tratarse de prueba obtenida en condiciones en las que los derechos del inculpado han sido limitados, las declaraciones de testigos con reserva de identidad deben tratarse con extrema precaución, ser valoradas en conjunto con el acervo probatorio, las observaciones u objeciones de la defensa y las reglas de la sana crítica. La determinación de si este tipo de pruebas ha tenido un peso decisivo en el fallo condenatorio dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada.²⁴³

436. La Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia.²⁴⁴

²⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Norín Catrیمان y otros vs. Chile (Sentencia de fondo, reparaciones y costas) del 29 de mayo de 2014, fundamento jurídico 247.

²⁴⁴ *Ibid.*, fundamento jurídico 436.

III.III. Reglamentación interna en el Ministerio Público

El Ministerio Público, dentro de su normativa interna respecto a la protección de testigos, ha emitido el Reglamento del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos aprobado por Resolución de Fiscalía de la Nación 1558-2008-MP-FN, del 12 de noviembre de 2008.

Este reglamento tiene como objeto establecer las normas y procedimientos relacionados a las medidas de asistencia que los fiscales conceden a las víctimas y testigos que se encuentren en riesgo con ocasión de su participación en una investigación o proceso penal.

194 Así, el Reglamento señala tan solo los parámetros para la asistencia que se le da a una víctima o a un testigo. En cuanto a las medidas asistenciales (asistencia legal, psicológica y social), estas son de apoyo, a fin de cautelar sus testimonios o aportes y que estos no sufran interferencia o se desvanezcan por factores ajenos a su voluntad.

Dichas medidas de apoyo no establecen factores netamente de protección en correlación con lo estipulado en el Código Procesal Penal, las cuales sirven como medida protectora frente a una persona que desea colaborar en la investigación de un ilícito penal.

Por ello, mediante Decreto Supremo 0003-2010-JUS, se aprueba el Reglamento del Programa Integral de Protección a Testigos, Peritos, Agraviados o Colaboradores que intervengan en proceso penal.

Este reglamento tiene estrecha relación con lo estipulado en el Código Procesal Penal respecto a las medidas de protección aplicables a quienes en calidad de testigos, peritos, agentes especiales, agraviados o colaboradores, intervengan en procesos penales (artículo 247.1 del Código Procesal Penal).

Se sostiene en el inciso 2 del artículo 248 las medidas de protección que puede adoptar la Fiscalía, siempre y cuando se evalúe el riesgo o peligro, así como también medidas adicionales contempladas en el artículo 249 del Código Procesal Penal.

Cabe resaltar que todo lo concerniente a las medidas de protección que se puedan adoptar en favor de testigos, agraviados, peritos o colaboradores debe seguir los parámetros establecidos en el Reglamento del Programa Integral de Protección a Testigos, Peritos, Agraviados o Colaboradores que intervengan en el proceso penal (Decreto Supremo 003-2010-JUS, de fecha 13 de febrero de 2010). Debe entenderse que estas medidas de protección se rigen por los principios de «consentimiento», «temporalidad» y «fundamentos de la protección».

195

Respecto al consentimiento, este debe emanar de aquella persona que desea ingresar al programa de protección de forma libre y voluntaria, así como también cuando desee retirarse del mismo. Esto quiere decir que la persona que se acoge a este programa ingresa sin ser coaccionada y gozando de todas las prerrogativas que le brindan el Código Procesal Penal y el Decreto Supremo en mención.

En cuanto a la temporalidad, debemos precisar que las medidas de protección estarán vigentes mientras se mantengan vigentes los factores que originaron su imposición. De este

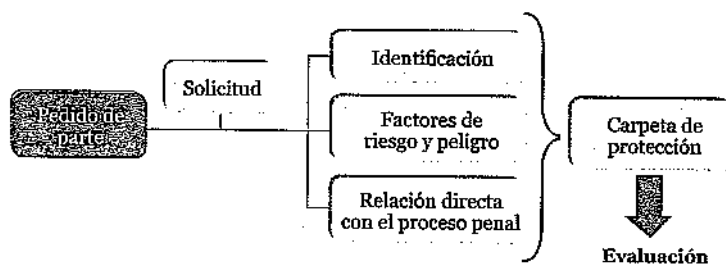
modo, para establecer si la medida debe subsistir, es necesario saber los motivos que dieron origen a la protección del testigo.

Con relación a los fundamentos de la protección, debemos establecer la existencia de participación procesal, amenaza y riesgo, lo cual ameritará la imposición de las medidas correspondientes.

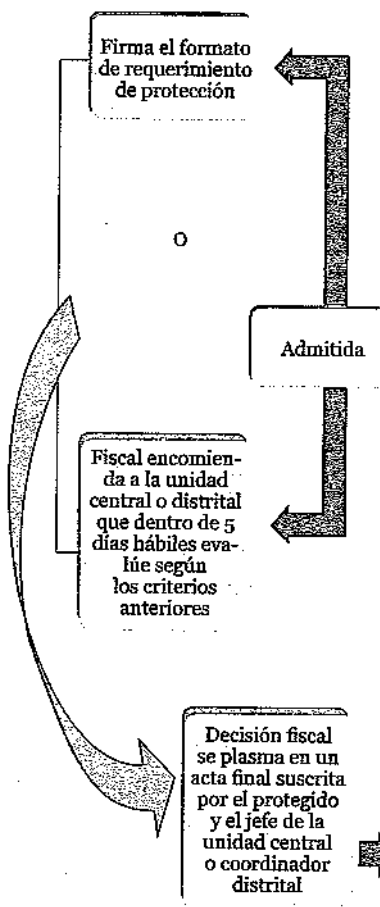
Dentro del esquema del marco de protección existen dos posibilidades para otorgarlas. Una de ellas es de oficio, (esto es, *motu proprio*), el fiscal o el juez, ante la presencia de circunstancias o factores de riesgo, se decide proteger al testigo —lógicamente ya conocido por las partes—. A diferencia de la protección a pedido de parte, en la cual es el aspirante a testigo o colaborador quien para declarar solicita previamente protección.

196

Ante el pedido de protección de parte, esto es, a iniciativa del propio testigo, debe seguirse lo estipulado en el artículo 248 del Código Procesal Penal, en consonancia con el artículo 13 del Decreto Supremo 003-2010-JUS de fecha 13 de febrero de 2010.



El artículo 13 del Decreto Supremo 003-2010-JUS



- a) Nexos entre la participación del solicitante en el proceso penal y los factores de riesgo o vulnerabilidad.
- b) Si el testigo, perito o agraviado se encuentra en situación de vulnerabilidad.
- c) Si el aporte de información del peticionante reviste intereses relevantes para el esclarecimiento del hecho.
- d) Contar con consentimiento expreso.
- e) Existencia de actos de intimidación, perturbación o grave riesgo, considerando las características personales de los agentes y del delito cometido.
- f) Características personales del solicitante tales como si tiene acceso a armas o cuenta con antecedentes.
- g) La gravedad del delito, la existencia de una organización criminal y el bien jurídico afectado.
- h) Que el candidato o protegido no tenga una motivación distinta que la de colaborar con la justicia.
- i) Si la medida de protección puede ser implementada por otro organismo estatal.

El artículo 13 del Decreto Supremo 003-2010-JUS ha precisado el procedimiento para solicitar la medida de protección, expresado en el cuadro anterior, así como los requisitos que se deben cumplir para que la protección sea admitida.

Este dispositivo se complementa con el mencionado del Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos, aprobado por Resolución de Fiscalía de la Nación 1558-2008-MP-FN del 12 de noviembre de 2008.

Se debe tener en claro que las normas citadas se vinculan con el artículo 252 del Código Procesal Penal, en donde se ha dispuesto que el Poder Ejecutivo —previo informe de la Fiscalía de la Nación y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial— reglamente los alcances del Título V de dicho código. Tales reglamentos constituyen la base normativa para entender la protección de los testigos, peritos, agraviados o colaboradores inmersos en un proceso penal.

Nótese que, según el artículo 251 del Código Procesal Penal, en cuanto al reexamen e impugnación en el otorgamiento de medidas de protección, se faculta al «afectado» a recurrir al juez de la investigación preparatoria para que se reexamine la medida de protección otorgada.

Al respecto, cuando se hace referencia a «afectado», esto no alude a la persona sobre la que recae la medida de protección. Nótese que el reglamento aprobado por Decreto Supremo 003-2010-JUS no hace referencia a un reexamen de la medida por parte del propio testigo; por el contrario, en cuanto al pedido de protección de parte, se establecen circunstancias que deben ser evaluadas antes de otorgarla protección.

El afectado con esta medida de protección no es más que el investigado, puesto que debe conocer los factores de riesgo que le son imputables o que se están dando para con el testigo lo que ha motivado a su protección.

III.IV. Base legal

III.IV.I. Desarrollo interno

1. Reconocimiento de uso

El reconocimiento implícito del uso de testigos protegidos se encuentra estipulado en el artículo 158.2 del Código Procesal Penal, que señala:

2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

199

Su uso, como se puede verificar, tiene permisión legal, pero sometido a los actos de corroboración necesarias y propias de un dicho sospechoso por ser oculto.

2. Medidas de protección específicas

Las medidas que se pueden adoptar para la protección de testigos han sido explícitamente reconocidas por el Código Procesal Penal:

Artículo 248. Medidas de protección

1. El fiscal o el juez, según el caso, apreciadas las circunstancias previstas en el artículo anterior, de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado.

Las medidas de protección que pueden adoptarse son las siguientes:

- a) Protección policial.
- b) Cambio de residencia.
- c) Ocultación de su paradero.

d) Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave. Cuando se trata de un interno de un establecimiento penitenciario, se comunica a la Dirección de Registro Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario o la que haga sus veces.

e) Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen.

f) Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, a la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario.

g) Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para su implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes.

h) Siempre que exista grave e inminente riesgo para la vida, integridad física o libertad del protegido o la de sus familiares y no pueda salvaguardarse estos bienes jurídicos de otro modo, se podrá facilitar su salida del país con una calidad migratoria que les permita residir temporalmente o realizar actividades laborales en el extranjero.

Artículo 249. Medidas adicionales

1. La Fiscalía y la Policía encargada cuidarán de evitar que, a los agraviados, testigos, peritos y colaboradores objeto de protección se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar dicho material y devuelto inmediatamente a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los protegidos de forma tal que pudieran ser identificados. Se les facilitará, asimismo, traslados en vehículos adecuados para las diligencias y un ambiente reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado, cuando sea del caso permanecer en las dependencias judiciales para su declaración.

2. El fiscal decidirá si, una vez finalizado el proceso siempre que estime que se mantiene la circunstancia de peligro grave prevista en este título, la continuación de las medidas de protección, con excepción de la reserva de identidad del denunciante, la que mantendrá dicho carácter en el caso de organizaciones criminales.

3. En casos excepcionales, el juez a pedido del fiscal, podrá ordenar la emisión de documentos de una nueva identificación y de medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.

4. Cuando el testigo o colaborador se encuentren reclusos en un establecimiento penitenciario, el juez a pedido del fiscal dispone al Instituto Nacional Penitenciario que establezca las medidas de seguridad que se encuentren dentro de sus atribuciones.

3. Regla de corroboración

Como se ha podido verificar del propio artículo 158.2, que regula implícitamente su reconocimiento de uso, se exige al mismo tiempo la corroboración del dicho y, aunque no se sostenga, se exige que tal corroboración sea realizada respecto de hechos nucleares y no periféricos.

III.IV.II. Desarrollo internacional

1. La Convención de Palermo

La figura del testigo protegido tiene su origen en la Convención de Palermo que, dentro de su desarrollo, establece lo siguiente:

Artículo 24. Protección de los testigos

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

- a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;
- b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga

en peligro su seguridad, por ejemplo, aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

Bajo estos parámetros se desarrolló la figura de los testigos protegidos, que se gestó en el seno de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. Este tratado sirvió para que numerosos países adhieran a su normativa lo referente a testigos protegidos. En seguida, veamos una fundamentación a grandes rasgos del tema.

2. Chile

Chile reconoce en su Código Procesal Penal la figura del testigo protegido:

Artículo 308. Protección a los testigos. El Tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.

De igual forma, el Ministerio Público, de oficio o petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección.

Artículo 309. Declaración de testigos. En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.

3. España

Lo mismo sucede con España, que en su Ley Orgánica 19/1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales, señala:

Artículo 4

1. Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el juez de instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

2. Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica.

3. Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el juez o tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.

4. Colombia

Colombia, por su parte, en el Código de Procedimiento Penal, específicamente en su artículo 154, establece la posibilidad de protección de testigos y víctimas:

Artículo 154. Modalidades. Se tramitará en audiencia preliminar:

3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.

5. Argentina

Argentina, en su Código Procesal Penal de la Nación, artículo 154, también reconoce la posibilidad del uso de testigos protegidos:

Declaración de los testigos durante la investigación preparatoria. Durante la investigación preparatoria los testigos estarán obligados a prestar declaración, salvo las excepciones previstas en la ley. El representante del Ministerio Público Fiscal deberá exigir a los testigos el juramento o promesa de decir la verdad. Para las declaraciones regirán las reglas del principio de desformalización, debiendo garantizarse el contenido de las mismas. El representante del Ministerio Público Fiscal hará saber a los testigos la obligación que tienen de comparecer y declarar durante la audiencia de juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad. Si resultare necesario preservar la seguridad de un testigo o la de sus allegados, el representante del Ministerio Público Fiscal podrá disponer que su identidad o su domicilio se mantengan reservados y solicitar una o varias de las medidas de protección previstas en la legislación aplicable.

Por lo expuesto, y habiendo revisado la legislación extranjera, la connotación para considerar a una persona como testigo protegido guarda ciertos requisitos y consideraciones con el fin de proteger a los testigos que intervienen en un proceso penal; asimismo, se guarda una cierta confidencialidad y pasa por una situación de riesgo.

Además, observamos que los testigos pueden ser evaluados por la defensa, tal como se menciona en la legislación española; o la necesidad de llevar a cabo una audiencia, como lo señala la legislación colombiana.

IV. La posibilidad de reexamen al testigo protegido

Como ningún acto fiscal puede estar exento de control por parte de la defensa técnica, y menos aún por parte del órgano jurisdiccional, pretendemos desarrollar aquí los dos mecanismos de control que pueden ser invocados frente a la existencia de una decisión fiscal que protege a los testigos y que, por tanto, limita la posibilidad de la defensa.

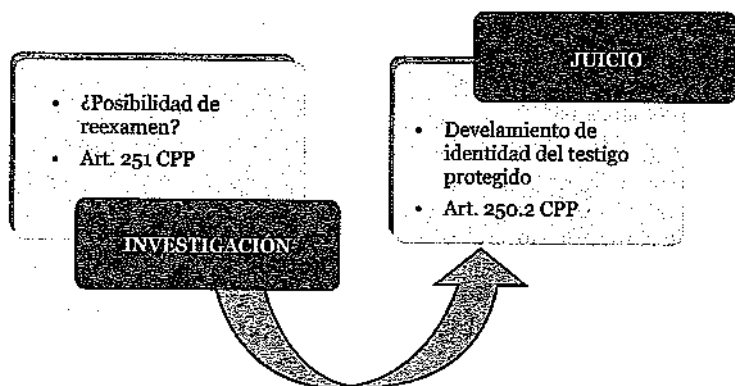
206

IV.I. La base legal específica

Existen dos formas de cuestionamiento sobre la adopción de la medida de protección a testigos.

Una está referida a la posibilidad de reexamen de la adopción de la medida, que será permitida en tanto nos encontremos en la etapa de investigación preparatoria. Y una segunda posibilidad es reconocida para la etapa de juzgamiento en su fase inicial, en la cual se puede solicitar el develamiento de la identidad del testigo protegido o del colaborador eficaz.

La posibilidad de reexamen se encuentra regulada en el artículo 251 del Código Procesal Penal, y la posibilidad de solicitud de develamiento de identidad se prevé en el artículo 250.2.



1. Develamiento de identidad

En este aspecto, no se encuentra mayor problemática, debido a que el reconocimiento de la posibilidad de solicitar el levantamiento de la protección se erige como un acto que permite materializar el ejercicio de defensa. Además, es constante la jurisprudencia respecto de esta posibilidad legal llevada a un caso en concreto:

Marco normativo	Jurisprudencia
<p data-bbox="146 181 436 240">Artículo 250.2 del Código Procesal Penal:</p> <p data-bbox="161 260 436 948">Si cualquiera de las partes solicita motivadamente, antes del inicio del juicio oral o para la actuación de una prueba anticipada referida al protegido, el conocimiento de su identidad, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el órgano jurisdiccional en el mismo auto que declare la pertinencia de la prueba propuesta, y si resulta indispensable para el ejercicio del derecho de defensa, podrá facilitar el nombre y los apellidos de los protegidos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en este Título.</p>	<p data-bbox="515 188 876 312">Sala Penal Nacional, Colegiado «B», Exp. 935-2007-0-JR, Resolución de fecha 29 de agosto del 2016, fundamento sexto.</p> <p data-bbox="531 347 876 671">[...] Ahora bien, estimamos que tan importante decisión sólo puede adoptarse en cada caso en concreto y particular y con completo conocimiento de las circunstancias específicas. Son medidas que tienen la característica de ser excepcionales para situaciones extraordinarias y que se adoptan siempre con control absoluto.</p> <p data-bbox="531 679 876 943">Este Tribunal considera que las medidas de protección, se fundamentan en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida, repetimos, excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo.</p>

2. Posibilidad de reexamen

Lo que sí resulta problemático es la posibilidad de solicitar el reexamen de la medida cuando nos encontramos aún en etapa de investigación preparatoria.

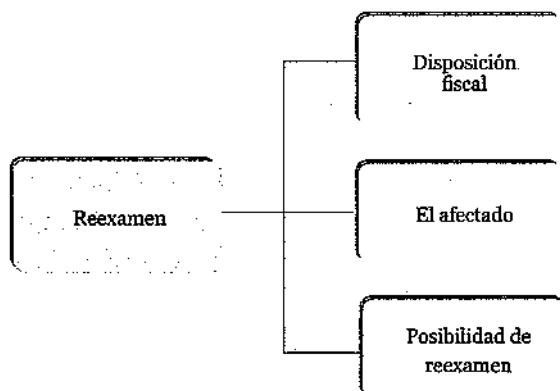
Al tratarse de una limitación a la garantía de defensa, en su manifestación de contradicción de los elementos de convicción, el artículo 251 del código adjetivo establece la posibilidad de que el investigado pueda solicitar el reexamen de la decisión fiscal de protección del testigo.

1. Contra la disposición del fiscal que ordena una medida de protección, procede que el afectado recurra al juez de la investigación preparatoria para que examine su procedencia.

2. Contra las resoluciones referidas a las medidas de protección procede recurso de apelación con efecto devolutivo.

Como es evidente, para que el investigado pueda acudir en vía de reexamen no solo debe existir una disposición que exprese los motivos que llevaron a la protección del testigo, sino que, además, se requiere que esta disposición sea notificada debidamente, para así permitir garantía de defensa eficaz y la posibilidad de reexamen ante el juez de garantías.

Es decir que, para ejercer la posibilidad de reexamen en investigación preparatoria, debemos verificar tres conceptos:



Esto significa que se debe verificar la existencia de una disposición fiscal que justifique cuáles fueron los motivos para adoptar determinada medida de protección.

Luego debemos establecer, de acuerdo con el Código Procesal Penal, quién mantiene la naturaleza de afectado, para

que finalmente sea este quien pueda acudir al juez de investigación preparatoria con el fin de reclamar que no existe la debida motivación o que las razones no justifican la adopción de la medida de protección, es decir, acudir solicitando el reexamen de la medida.

IV.II. Sobre la posibilidad de reexamen

1. La existencia de disposición fiscal

Si la adopción de las medidas de protección solo se puede adoptar, según respeto de legalidad procesal penal, cuando exista grave peligro para la vida o integridad del testigo, familiares o sus bienes, estos motivos deben estar plasmados en la disposición fiscal que acredite tal situación.

210

La falta de notificación de dicha disposición limita la defensa, ya que, como hemos reseñado antes, la declaración del testigo protegido resulta muchas veces el elemento que sustenta la imputación fiscal, por lo que es necesario para la defensa solicitar, de ser el caso, el reexamen de la decisión fiscal. Es esta una manifestación de defensa eficaz reconocida en el artículo 11, inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14, inciso 3, parágrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8, inciso 2, parágrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política de 1993.

Del mismo modo, la falta de notificación de la disposición mencionada limita la posibilidad de acceso a un recurso contra la decisión fiscal de protección del testigo, con lo que se lesiona

así la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva, reconocida en los artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; VII de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú; y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Asimismo, al incumplir los preceptos establecidos en el Código Procesal Penal, se lesiona la garantía de legalidad procesal penal expresada en los artículos 251 inciso 1 y 2.

2. La determinación del afectado

El artículo 251 del Código Procesal Penal establece que es el afectado quien podría acudir en reexamen ante el juez de la investigación preparatoria. Para nosotros es inconcebible que el afectado sea el testigo que se pretende proteger, debido a que, si un testigo considera que no se le otorgan las medidas de protección necesarias, simplemente no brinda testimonio.

El término *afectado* incluye a cualquier parte procesal que vea menoscabado alguno de sus derechos por la imposición, en el caso concreto, de una medida limitativa de derechos.

La afectación es el menoscabo, perjuicio o influencia negativa. El afectado es aquella persona que adolece de afectación o molestia²⁴⁵.

²⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Afectado». En *Diccionario de la lengua española*. Edición del Tricentenario [en línea]. Disponible en <<https://dle.rae.es/afectado?m=form>> [Consulta: 12 de julio, 2021].

Esta definición presenta una doble naturaleza: por un lado, se trata de un verbo transitivo; y, por el otro, teniendo en cuenta el elemento personalísimo, de un adjetivo.

A efectos de nuestra argumentación, evidentemente, la segunda naturaleza, la palabra *afectación*, en su vertiente subjetiva, es la que se va a desarrollar.

Prima facie, en el campo jurídico, *afectado*, se puede entender como sinónimo de agraviado o incluso, para el caso concreto, solo de la persona en la que recae una medida.

Doctrinariamente, se produce un alejamiento de esta interpretación. Así, autores como Beltrán Pacheco²⁴⁶ entienden que «el sujeto afectado es quien efectuará los actos de protección de su derecho». La interpretación restringida tampoco es compartida por el Tribunal Constitucional, pues este define al afectado de la siguiente manera:

El afectado es la persona natural que ha sufrido una violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, ya sea nominado o innominado, reconocido en la Constitución o en los tratados relativos a los derechos humanos.²⁴⁷

²⁴⁶ BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto. «Un problema frecuente en el Perú. La reparación civil en el proceso penal y la indemnización en el proceso civil», *RAE Jurisprudencia*, (2008) p. 65.

²⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 518-2004-AA/TC, del 12 de julio de 2004, fundamento jurídico décimo.

El Tribunal fue más claro aún cuando, posteriormente, evidenció la interpretación amplia que debe tener el término «afectado». En una sentencia²⁴⁸ de *habeas corpus* señaló:

El que reclama la imposición de dicha medida no es el directamente afectado con ella, sino un tercero que se ve perjudicado con su aplicación.

Se justificó, de manera tácita, el sentido amplio de este término al reconocer el efecto de «irradiación» que tienen algunas normas o medidas, lo que esto termina facultando a una persona distinta de aquella sobre la que versa una medida a accionar en defensa de sus derechos.

Si se observa o se toma como ejemplo jurisprudencia internacional, varios países de Latinoamérica comparten esta interpretación amplia del término *afectado*.

213

En primer lugar, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana²⁴⁹, en una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, definió los alcances interpretativos de «afectado»:

[...] comprende entonces incluso eventos en los que un determinado sujeto resulta personalmente afectado como resultado de hechos u acciones que directamente hubieren recaído sobre otras personas, [...] siempre que por causa de esa agresión hubieren sufrido una situación desfavorable, jurídicamente relevante.

²⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 01064-2010-PHC/TC, del 12 de noviembre de 2010, fundamento jurídico 14.

²⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-052/12, Expediente D-8593, del 8 de febrero de 2012, fundamento jurídico 3.1, párrafo 12.

De la misma forma, en otra sentencia²⁵⁰ señala:

[...] la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como la posibilidad de respuesta oportuna, inmediata y efectiva ante la vulneración o amenaza de la que se trate [...].

Para ser considerado sujeto afectado, la tesis colombiana establece como requisito un estado de indefensión evidente, esto es, la imposibilidad de una respuesta inmediata y efectiva. Comparte, así, la interpretación amplia de este término.

En la jurisdicción mexicana, el desarrollo de la acepción de sujeto afectado está a cargo del derecho civil. Dentro del amplio bagaje jurisprudencial, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito²⁵¹ señala:

214

El acto reclamado cause un perjuicio a la persona física o moral que se estime afectada lo que ocurre cuando ese acto lesiona sus intereses jurídicos.

Cuando se hace mención a intereses jurídicos²⁵² se debe entender:

²⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-634/13, Expediente T-3900495, del 13 de setiembre de 2013, fundamento jurídico 3-3.

²⁵¹ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CÍRCULO DE MÉXICO. Amparo en revisión, Expediente 151/2018, del 19 de mayo de 2008.

²⁵² CASTREJÓN GARCÍA, Gabino Eduardo. *El interés jurídico y legítimo en el sistema de impartición de justicia. Asociación internacional de derecho administrativo*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 49.

Es indispensable que, por una parte, dicho derecho se encuentre tutelado por la norma, y por otra parte que este se encuentre afectado por la autoridad.

El sujeto afectado posee esa condición cuando el derecho vulnerado se encuentra amparado por una norma, y que la vulneración ha sido producto del actuar de una autoridad.

Si hablamos solamente del sujeto en el que recae una medida, este es efectivamente un afectado; aunque no en la connotación negativa que desarrollamos, sino en una connotación ventajosa, pues el objetivo o finalidad es la imposición de una medida que proteja al testigo. En ese sentido, toda persona que tenga impuesta una medida de protección es, por tanto, un afectado, pero no todo afectado es la persona sobre la que recae una medida.

215

Se admite en nuestra jurisprudencia, y no solo en ella, la correcta interpretación que expande el sentido restringido del término *afectado* y que la amplía hasta alcanzar a cualquier tercero que se vea perjudicado por la imposición de la medida.

Por supuesto que este perjuicio no puede ser de cualquier clase o naturaleza, sino que se debe afectar derechos constitucionalmente reconocidos (tutelados por el Estado); asimismo, y esto debe poner en indefensión al sujeto ajeno.

Al entrar al derecho afectado que alegamos es necesario empezar desarrollando el contexto (ubicación en el Código Procesal Penal de 2004) en el cual se encuentra el artículo 251.

El Título V, Sección II del Segundo Libro del Código Procesal Penal regula las medidas de protección para distintos sujetos, entre ellos los testigos, volviéndolos, al momento de aplicarse las medidas, testigos protegidos.

Sin tanto detalle respecto a este punto, el uso o la implementación de los testigos protegidos dentro del proceso penal restringe el derecho a la defensa^{253 254 255}.

En concordancia con la jurisprudencia internacional, nuestro ordenamiento jurídico reconoce esta afectación dentro del derecho a la defensa, concretamente, al derecho de interrogar a los testigos relacionado con el derecho de contradicción e inmediación²⁵⁶.

Esta vertiente del derecho a la defensa se encuentra reconocida por los siguientes preceptos legales nacionales e internacionales:

216

²⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Norín Ca-
trimán y otros *vs.* Chile, del 29 de mayo de 2014, fundamentos jurídicos
241-247.

²⁵⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Dootson *vs.* Ho-
landa, del 26 de marzo de 1996.

²⁵⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Krasniqi *vs.* Re-
pública Checa, 1989.

²⁵⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1808-2003-HC/
TC, del 14 de agosto de 2003.

Derecho a la
defensa respecto
a testigos



- El artículo 11 de la Declaración Univeral de los Derechos Humanos.
- El artículo 8, inciso 2, literal f) de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- El artículo 12, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El artículo 6, inciso 3, literal d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- El artículo IX, inciso 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal.
- El artículo 84, inciso 2, del Código Procesal Penal.

Nuestra legislación procesal penal incluso le reconoce, al momento de su valoración, la necesidad de corroboración a través de otros medios de investigación²⁵⁷.

217

Mantener en reserva la identidad de un testigo acarrea una grave afectación al derecho a interrogar a los testigos, ya que no se generan las condiciones adecuadas para un examen eficaz.

Al tratarse de un derecho básico y primario como el de defensa, su afectación resulta de una gran trascendencia y gravedad, pues le niega al proceso penal el cumplimiento de su finalidad: la protección del imputado (obviamente por medio del derecho a la defensa).

²⁵⁷ Código Procesal Penal del Perú, Libro Segundo, Sección II, Título I, artículo 158, inciso 3.

Entonces, la interpretación amplia de *afectado* a efectos del artículo 251 encuentra también justificación en la posibilidad de balancear²⁵⁸ de nuevo el proceso penal, otorgándoles a los demás sujetos procesales la capacidad de exigir el reexamen cuando estos se vean perjudicados por la implementación de las medidas de protección para testigos.

Más aún cuando las interpretaciones restringidas de las normas, por naturaleza, tienen que tener un carácter expreso: las normas restrictivas deben contener una prohibición taxativa. Esto quiere decir que solo se admite la interpretación literal, y ningún otro entendimiento diferente.

De la lectura del artículo 251 del CPP²⁵⁹ no se encuentra la prohibición expresa requerida para que se trate de una medida restrictiva y, por tanto, se aplique la interpretación restrictiva.

218

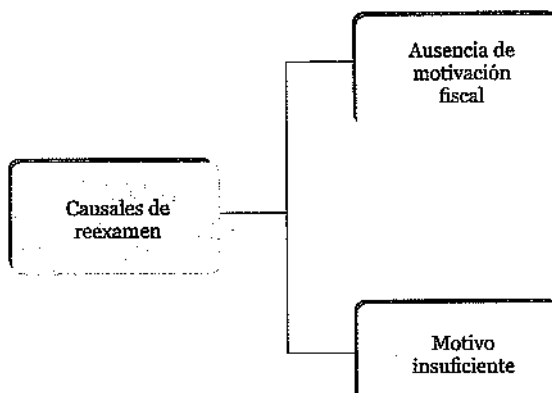
Para finalizar, corresponde aplicar la interpretación amplia de *afectado* que se ha desarrollado: cualquier sujeto que vea perjudicado sus derechos reconocidos por el Estado como producto de la aplicación de una medida dictada por el propio Estado.

²⁵⁸ La sentencia Norín Catrimán vs. Chile hace referencia a «medidas de contrapeso» cuando la afectación al derecho a la defensa es grave. En ese sentido, y como lo reconoce la misma sentencia, los testigos protegidos afectan gravemente al derecho a la defensa.

²⁵⁹ «Art 251: 1. Contra la disposición del fiscal que ordena una medida de protección, procede que el afectado recurra al juez de investigación preparatoria para que examine su procedencia».

3. La acción de reexamen ante el juez de investigación preparatoria

Queda claro que debe verificarse la existencia de disposición fiscal que establezca razonadamente los motivos que conllevaron la imposición de la medida. También debe entenderse que la inexistencia de motivación o la ausencia de razones válidas permiten acudir ante el juez de la investigación preparatoria para solicitar el reexamen de la medida de protección.



Si la defensa técnica —habiendo tomado conocimiento de la disposición fiscal que otorga las medidas de protección, que no necesariamente implica la identidad del testigo— verifica que no existe motivación sobre la protección, puede acudir en reexamen ante el juez de investigación preparatoria; lo mismo sucedería cuando se verifica que las razones no son lo suficientemente graves para sustentar la restricción del derecho de defensa y adoptar medidas de protección a un testigo.

CAPÍTULO VI

EL PROCESO ESPECIAL DE COLABORACIÓN EFICAZ

I. Introducción a la problemática

Como en la gran mayoría de investigaciones fiscales que se siguen en casos de crimen organizado, el uso de la declaración de los colaboradores eficaces se ha convertido en una práctica habitual, ya sea como un mecanismo adecuado de investigación o como un medio de «extorsión» fiscal; todo depende de quién la dirige.

El caso de Nadine Heredia Alarcón no es la excepción. También cuenta con presencia de colaboradores eficaces, que como dato público se recordará. Tuvimos la oportunidad de observar esto ya que la declaración de dos supuestos colaboradores habrían sido copiadas de forma literal.

223

De manera adicional a ello, en este caso es importante resaltar que más de un colaborador eficaz había renunciado a la reserva de su identidad, pese a lo cual no se permitió el acceso de información a la defensa técnica; por el contrario, se seguía manteniendo aquella potestad fiscal —inconstitucional desde nuestra visión— de solo trasladar lo conveniente, según la visión del director de la investigación, respecto de lo que declaraba el colaborador en su proceso especial.

En este capítulo, intentaremos realizar un análisis jurídico amplio respecto del proceso especial de colaborador eficaz, con énfasis en su declaración, su traslado recortado y su uso en la imposición de medidas de coerción.

II. El proceso de colaboración eficaz

El proceso de colaboración eficaz se encuentra regulado en el Código Procesal Penal de 2004, en el Libro Quinto, Sección VI, artículos 472 a 481-A. Esta base legal a su vez está reglamentada por el Decreto Supremo 007-2017-JUS, que reglamenta el Decreto Legislativo 1301, que modificó del Código Procesal Penal; específicamente, en el inciso 1 del artículo 1 del citado reglamento, se exponen las notas esenciales de este proceso especial:

1) Colaboración eficaz: es un proceso especial autónomo, no contradictorio, basado en el principio del consenso entre las partes y la justicia penal negociada, que tiene por finalidad perseguir eficazmente la delincuencia.

2) Colaborador eficaz: es la persona sometida o no a una investigación o proceso penal, o que ha sido condenada, que se ha disociado de la actividad criminal y se presenta ante el fiscal o acepta la propuesta de este para proporcionar información útil, procurando obtener beneficios premiales.

Sobre este proceso especial, a nivel nacional hemos tenido pronunciamientos judiciales en diferentes instancias. Así, por ejemplo: la Casación 852-2016, Puno²⁶⁰, que desarrolla los alcances de la colaboración eficaz; el Recurso de Nulidad 99-2017, Nacional²⁶¹, que desarrolla criterios de valoración de la declaración del colaborador eficaz; la Casación 292-2019, Lambayeque²⁶², que desarrolla el tratamiento del traslado de la declaración del

²⁶⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Transitoria, Casación 852-2016, Puno, del 11 de diciembre de 2018.

²⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 99-2017, Nacional, del 19 de setiembre de 2017.

²⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Casación 292-2019, Lambayeque, del 14 de junio de 2019.

colaborador eficaz y su traslado a otros procesos, entre otras que serán analizados en este trabajo.

Por su parte, la doctrina ha desarrollado algunos aspectos fundamentales sobre este proceso especial. Así, por ejemplo, para el profesor César San Martín, el proceso de colaboración eficaz.

[...] es un mecanismo de justicia penal negociada en el denominado por Emilio Riesta, derecho penal premial. Descansa en la figura del arrepentido, quien debe admitir o, en todo caso, no contradecir ante la autoridad los hechos delictivos que se le atribuyen y proporcionar información suficiente, eficaz e importante en orden a neutralizar una actividad delictiva, identificar las lógicas de actuación criminal de una organización criminal y sus intervinientes.²⁶³

En ese mismo orden de ideas, para Peña Cabrera Freyre:

225

Por derecho penal premial se está aludiendo a una innovadora estructuración procesal, que se viene acentuando en las últimas décadas, mediante el cual la penal que se colige como consecuencia jurídica a la comisión de un delito, no se aplica o en un defecto se atenúa, como una forma *sui generis* de despenalización. La figura de la colaboración eficaz es una formulación que se enmarca estrictamente sobre consideración políticos-criminales.²⁶⁴

El proceso de colaboración eficaz, pese a ser un proceso especial autónomo, se ha convertido en una herramienta utilizada para reforzar otros procesos, al extremo de que se puede

²⁶³ SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2015, p. 871.

²⁶⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Ediciones Legales, 2011, p. 612.

llegar a sostener que los actos de investigación se realizan normalmente en el proceso de colaboración y ya no en el proceso común. Esto tiene sus ventajas. Para la Fiscalía, por ejemplo, se evita la participación de la defensa técnica y se neutraliza cualquier atisbo de contradicción o control, ya sea de la forma de incorporación de la información e incluso del propio plazo de duración.

Como proceso especial regulado, en la actualidad, resulta una útil herramienta en la lucha contra el crimen organizado, principalmente; sin embargo, en su reconocimiento legal, desde nuestra perspectiva, mantiene aspectos problemáticos, sobre todo cuando se trata del traslado de la información y de la posibilidad de contradicción de esa información; sin dejar de lado que, en la práctica, también se verifican situaciones como la expuesta anteriormente, en las cuales se busca evitar la participación de la defensa técnica, aspectos que tienen que ser analizados y —esperamos— solucionados.

226

Con todos sus aspectos legales, teóricos, prácticos y problemáticos, el proceso de colaboración eficaz es una realidad, y una de mucha actualidad. En nuestro país es inevitable su uso, pero es posible una mejoría en su regulación y aplicación práctica. El reconocimiento legal y el desarrollo doctrinal que se ha realizado sobre este proceso permite un análisis de sus reglas procesales especiales.

Intentamos presentar, en este trabajo, un breve análisis de su tratamiento procesal general, sus características, las partes intervinientes en él y, principalmente, enfocarnos en el uso que se viene dando a la información recabada en este proceso, su traslado a otros procesos y la vinculación de estos actos con la posibilidad de contradicción, y, por tanto, de respeto al derecho de defensa de los investigados.

III. Notas esenciales del proceso de colaboración

III.I. Características

Siempre se ha sostenido que el proceso especial de colaboración eficaz es autónomo, y quizá esta sea su característica relevante, sobre todo cuando se considera que está íntimamente vinculado a otros procesos; no obstante, sin dejar de ser importante, no es la única característica de relevancia; así tenemos, que el proceso especial de colaboración eficaz:

- a. Es reservado.
- b. Es autónomo, con efectos en otros procesos.
- c. Se enmarca dentro del derecho penal y procesal penal premial.
- d. Resulta no contradictorio.

227

1. Reserva del proceso de colaboración eficaz

La calidad de reservado implica que sea de conocimiento únicamente del colaborador sometido al proceso, su abogado defensor y el representante del Ministerio Público; ello, a efectos de evitar atentados contra la integridad de la persona sometida a dicha instancia. Si la identidad del colaborador trasciende sin su consentimiento²⁶⁵, se puede poner en riesgo la integridad

²⁶⁵ Es posible que el propio aspirante a colaborador eficaz renuncie voluntariamente a la reserva de su identidad. Esto se ha venido convirtiendo en una práctica de la justicia peruana, en la que algunos personajes han revelado su identidad a fin de intentar obtener algunos beneficios adicionales a los pactados previamente con la Fiscalía. Así se tienen los casos de

del aspirante, quien entrega información correspondiente a la comisión de delitos de naturaleza grave y que entrelazan, generalmente, a un grupo de personas de alto rango delictivo. De ahí que la reserva del proceso sea de vital importancia.

No solo se reserva la identidad del propio colaborador sino, además, la propia existencia del proceso; solo se conocerá cuando la información que se recabe en él sea trasladada a otros procesos, momento en el cual otras personas tomarán conocimiento de su existencia, sin que esto implique que puedan participar en él.

2. Autónoma pero con efectos en otros procesos

Es decir, cuando se inicia un proceso de colaboración eficaz, el postulante puede ser una persona que: a) se encuentra siendo investigada; b) no necesariamente investigada; e, incluso, c) una persona condenada. De ahí que este proceso especial sea absolutamente autónomo frente a otros procesos.

El colaborador puede brindar información de una investigación que ya se encuentre en trámite o incluso de hechos que aún no han sido investigados por la Fiscalía, por lo que la información que se brinde se corrobora en el propio proceso especial.

Walter Ríos Montalvo, José Graña, Hernando Graña, entre otros, casos en los cuales el aspirante solicitaba el cese de su prisión preventiva, o a quienes se les requería la medida de prisión preventiva, ante lo cual se vieron en la necesidad de revelar su identidad para obtener un pronunciamiento judicial favorable, pues pretendía presentar a una persona investigada, pero colaborativa.

Sin embargo, a partir de la declaración del colaborador eficaz, se inicia la etapa de corroboración de su versión, a través de diferentes elementos, como declaraciones testimoniales, recabación de prueba documental e incluso la realización de prueba pericial; *ergo*, esta información resulta infructuosa si no se utiliza en otros procesos. Se requiere que la información brindada en el proceso de colaboración eficaz sea trasladada a diferentes procesos donde pretende ser utilizada en contra de otras personas, cuyos actos fueron develados y corroborados por el aspirante.

De ahí que se sostenga que, si bien es cierto que el proceso es autónomo y genera su propia información, tiene efectos en otros procesos porque esa información será trasladada oportunamente para su uso externo.

Puede ser que la información brindada por el aspirante a colaborador exija el inicio de las diligencias preliminares; aunque, también, es procedente sostener que la información brindada por el aspirante a colaborador guardará íntima relación con otro ya abierto. En tales supuestos, se hace referencia a una conexidad entre ambos, de conformidad con el artículo 44 del Decreto Supremo 007-2017-JUS:

1. La información que brinde el colaborador eficaz y los elementos de convicción de su corroboración podrán generar el inicio de diligencias preliminares; derivándose así un proceso común o especial del proceso por colaboración eficaz.

2. La información que brinde el colaborador eficaz podrá guardar relación con un proceso penal; en este caso, el proceso de colaboración eficaz guardará conexión con el proceso común o especial en trámite.

3. Se enmarca dentro del derecho penal y procesal penal premial

Como analizaremos más adelante, el proceso de colaboración es básicamente una negociación entre el aspirante y el representante del Ministerio Público²⁶⁶. La entrega de información debe ser directamente proporcional al beneficio que se obtenga; por tanto, mientras más información de relevancia sea entregada, mayor deberá ser el beneficio que se otorgue al colaborador, incluso hasta optar por eximirlo de pena, de ser el caso.

Se ha optado por el reconocimiento legal de esta tratativa entre la persona que reconoce la comisión de un delito y el representante de la sociedad, sobre la idea de que no existiría alguna otra forma de encontrar la información que el primero puede brindar. De no ser así, estaríamos entregando beneficios sin rédito alguno para la sociedad y evitando un trabajo debido por parte de la Fiscalía; en otras palabras, no se investigarían los hechos pudiendo hacerlo, sino se recurriría al facilismo de entregar beneficios y sentarse a esperar la historia.

Esta negociación (entrega de información y obtención de beneficios) hace que el proceso especial de colaboración eficaz termine como una manifestación del derecho procesal penal premial, que se ha buscado reforzar con la promulgación del Código Procesal Penal del año 2004.

²⁶⁶ Al extremo de que existen posiciones que se oponen a este tipo de tratativas legales, reclamando la necesidad de no negociar con personas que reconocen la comisión de delitos.

En palabras de Castillo Alva:

La delación premiada llegado el caso —y según el grado de relevancia y entidad de la información y la entrega de la evidencia— posibilita el evitar el uso excesivo de la cárcel al ser una medida alternativa a la prisión y a todos los efectos perniciosos que comúnmente se le asigna y produce. No toda reacción contra el delito debe ser una respuesta punitiva, represiva y de ingreso y/o permanencia en la cárcel de la persona que ha delinquido. También hay una serie de mecanismos que pueden alcanzar los objetivos del sistema penal sin que ello implique la provocación de un mayor dolor, drama y privación de derechos.²⁶⁷

4. No contradictorio

Es una característica propia de la reserva del proceso. Al participar exclusivamente el colaborador, su abogado defensor y el fiscal, la posibilidad de contradecir lo señalado por el colaborador es prácticamente nula en este proceso; salvo que esa información finalmente sea revelada a través de su traslado a otros procesos, en los que, aun así, contradecir la información puede resultar demasiado tarde o, como veremos más adelante, casi imposible por el traslado parcial de la declaración.

231

Sobre este aspecto se ha pronunciado el profesor Asencio Mellado, para quien el proceso de colaboración eficaz, si bien reviste autonomía, resulta un punto de quiebre objeto de estudio, puesto que el proceso especial de colaboración eficaz viene sustituyendo al proceso ordinario, en la medida que:

²⁶⁷ CASTILLO ALVA, José y Asencio J. M. (eds). *Colaboración eficaz*. Lima: Ideas Solución, 2018, pp. 343-345.

En aquel se reciben declaraciones inculpatorias sin intervención de los imputados, se investigan las mismas, muchas veces meras afirmaciones vagas y genéricas, para, posteriormente, tras acordar medidas cautelares gravísimas, trasladar al proceso todo el material obtenido unilateralmente, sin contradicción, bajo la fórmula documental o testifical. El proceso sirve para ratificar formalmente lo practicado secretamente, pues el valor que se confiere a lo obtenido en el expediente inquisitivo se toma como verdad y adecuado a la legalidad, una legalidad tan amplia, como receptora de todas las actitudes que policía y fiscalía deseen.²⁶⁸

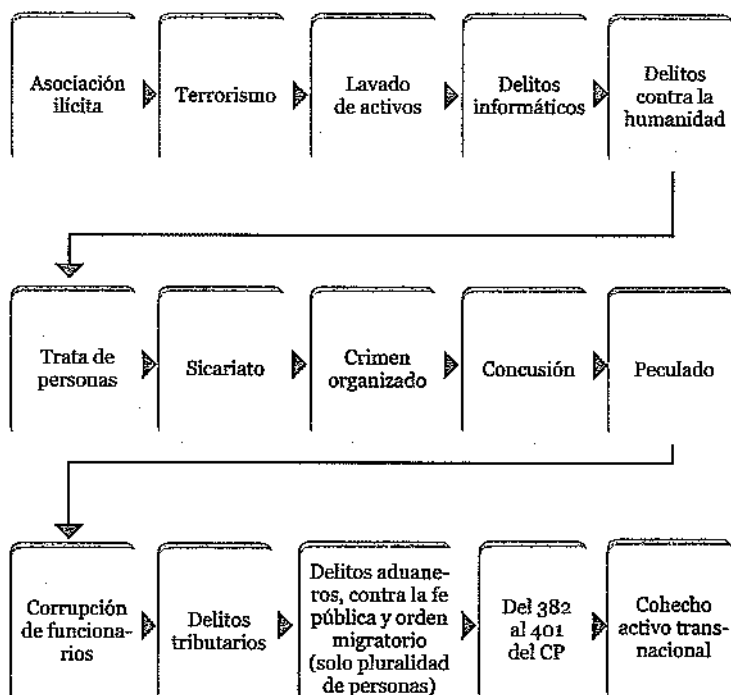
Sobre este aspecto de no contradicción volveremos más adelante.

III.II. El ámbito de acción. Delitos objeto de colaboración

Debe entenderse que el proceso de colaboración eficaz no responde a la naturaleza propia de *numerus apertus* delictivo, es decir, aplicable a cualquier delito previsto en nuestro ordenamiento jurídico. Solo se aplica a aquellos delitos considerados por el legislador como graves o de necesario interés de descubrimiento.

El artículo 474 del Código Procesal Penal de 2004 regula la procedencia de los delitos que son susceptibles de someterse a un proceso de colaboración eficaz:

²⁶⁸ ASENCIO, J. M. «El procedimiento por colaboración eficaz. La ilícita e inconstitucional incorporación de sus actuaciones al proceso penal». En ASENCIO, J. M. y CASTILLO, J. L. (eds.), *op. cit.*, pp. 13-15.



Es de precisar que el acotado dispositivo separó las infracciones por la gravedad del delito, por delitos cometidos como integrantes de una organización criminal y por delitos cometidos en concierto por pluralidad de personas²⁶⁹.

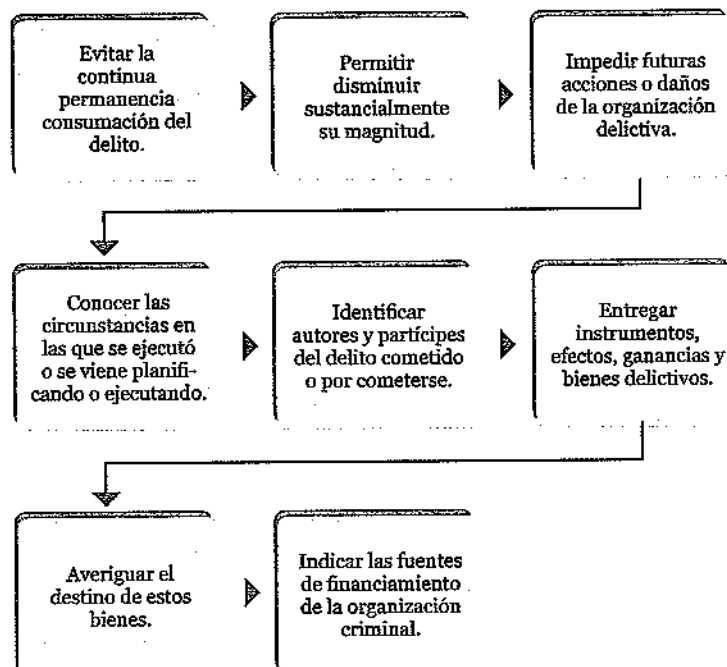
III.III. Eficacia de la información

Como parte de la negociación, propia de este proceso especial, se exige al colaborador que la información que brinde sea eficaz, esto es, que sirva para la obtención de datos relevantes

²⁶⁹ SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, pp. 872-873.

así como para el esclarecimiento de hechos de naturaleza delictiva considerados graves.

En atención a la eficacia de la información vertida por el colaborador eficaz, se deduce que la misma debe orientarse a determinados supuestos:



234

III.IV. Las partes procesales

El proceso especial de colaboración eficaz cuenta con la participación principal de los siguientes sujetos procesales: a) el colaborador, b) el fiscal, c) el juez de investigación preparatoria, y d) el agraviado. Ello sin perjuicio de que se pueda verificar la participación de alguna parte procesal ajena a los reseñados.

1. El colaborador

Todo colaborador, en los términos exigidos por el artículo 472.4 del Código Procesal Penal, es un coimputado, pues el procedimiento de colaboración eficaz no comprende aquellos cargos que el solicitante o sindicado no acepte, en cuyo caso se estará a lo que se decida en la investigación preliminar o en el proceso penal correspondiente^{270 271}.

Para San Martín, la calidad del colaborador eficaz debe ser entendida como:

Arrepentido o colaborador con cargos en curso o ya condenado, que una vez disociado de una organización criminal o apartado de toda actividad delictiva se presenta a la autoridad para proporcionar una información calificada —delación— que permita combatir con eficacia las conductas delictivas graves o cometidas a través de organizaciones delictivas a por varios individuos, a consecuencia de lo cual procura obtener determinados beneficios premiales.²⁷²

Es importante precisar que, aunque la ley no sea expresa sobre la denominación que se le debe dar al colaborador, sos-

²⁷⁰ TALAVERA, P. «Fiabilidad y suficiencia de las declaraciones de los colaboradores eficaces». En ASENCIO, J. M. y CASTILLO, J. L. (eds.), *op. cit.*, p. 244.

²⁷¹ En atención a ello, resulta menester señalar lo previsto en el inciso 4 del artículo 472 del Código Procesal Penal de 2004: «Es necesario que el solicitante acepte o, en todo caso, no contradiga la totalidad, o, por lo menos, alguno de los cargos que se le atribuyen. No comprende el procedimiento de colaboración eficaz aquellos cargos que el solicitante o sindicado no acepte, en cuyo caso se estará a lo que se decida en la investigación preliminar o en el proceso penal correspondiente».

²⁷² SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, p. 871.

tenemos que ella debe estar íntimamente vinculada con la etapa procesal en la que nos encontremos. Así, podemos verificar que el proceso especial de colaboración eficaz cuenta con las siguientes etapas: a) calificación, b) corroboración, c) acuerdo previo, y d) control judicial.

Cuando una persona, que conoce de la comisión de hechos delictivos graves en los cuales ha tenido participación activa, acude al representante del Ministerio Público a fin de colaborar con el esclarecimiento de los hechos en búsqueda de un beneficio, se entiende que inicia el proceso de colaboración, en el cual podríamos denominar que tiene la calidad de «aspirante a colaborador». Ello, debido a que todavía la información no ha sido corroborada, y aún el fiscal duda de si puede iniciar negociaciones con una persona que reconoce su responsabilidad penal.

236

Cuando aquella persona, que en un primer momento consideramos aspirante a colaborador, cuenta lo sucedido, entrega la información o indica dónde puede encontrarse, y todo ello luego de una etapa de corroboración es confirmado, la desconfianza inicial en un delincuente confeso disminuye. Se puede vislumbrar su ánimo de colaboración y deja de ser un aspirante para convertirse en un «colaborador». Esto se debe a que la información entregada por quien en un primer momento fue aspirante, y luego colaborador, es finalmente corroborada, y así incluso se logra arribar a una negociación fructífera entre el colaborador y el fiscal, por lo que suscriben un acuerdo previo que pueda plasmar la información entregada y, de manera proporcional, los beneficios otorgables.

Suscrito el convenio preparatorio entre el colaborador y el fiscal, este debe ser objeto de control por parte del juez de in-

vestigación preparatoria; de modo que, si el acuerdo es legal, la información es eficaz y los beneficios son proporcionales. El juez validará el acuerdo, lo que confirma que la información entregada es útil; por ello, la denominación —recién en esta etapa— deberá ser de un «colaborador eficaz» propiamente dicho.

Así, se puede graficar:

Etapas procesales	Calificación	Corroboración/ Acuerdo previo	Control judicial
Denominación	Aspirante	Colaborador	Colaborador eficaz

2. El fiscal

237

Como representante del Ministerio Público y de la sociedad en los procesos penales peruanos, tiene a su cargo las etapas de calificación y corroboración del proceso especial de colaboración eficaz. Es el encargado de recibir la solicitud de colaboración o, en algunos casos, promoverla²⁷³.

Una vez calificada la solicitud, el fiscal se encarga de la etapa de corroboración. Sobre la base de lo narrado por el aspirante se inicia una etapa de confrontación de la información, que está siempre a cargo del fiscal.

Incluso, el fiscal es quien se encuentra legitimado para negociar con el aspirante la entrega de beneficios por la información brindada, lo que finalmente podrá ser plasmado en un

²⁷³ Lo que no significa imponerla, bajo ninguna circunstancia, claro está.

acuerdo previo entre el representante del Ministerio Público y el colaborador.

Como parte de sus funciones, el fiscal también es el encargado de vigilar el cumplimiento de las obligaciones del colaborador. Si estas fueran incumplidas, se habilita la facultad del representante del Ministerio Público para solicitar la revocación la sentencia de colaboración eficaz, de conformidad con los artículos 36 y 37 del Reglamento del Proceso Especial de Colaboración Eficaz (Decreto Supremo 007-2017-JUS).

3. El agraviado

El reconocimiento de comisión delictiva por parte del colaborador genera un daño de tipo penal, pero también uno de tipo civil, lo que exige no solo la participación del Ministerio Público respecto del daño penal y la acción penal que corresponda, sino también la participación del agraviado, quien vela por el resarcimiento derivado del daño civil. De ahí que su participación, aunque no sea necesaria para el inicio del proceso de colaboración, sí se requiere al finalizar la etapa de corroboración porque es este el momento en el que se inician las negociaciones concretas sobre los beneficios que se otorgarán al colaborador; por tanto, este momento es el oportuno para el análisis del monto de reparación civil que se pagará.

Para Ruiz de la Cuesta:

La iniciativa y tramitación de la colaboración eficaz se entrega enteramente al fiscal (con actuaciones puntuales y concretas que, como se verá, llevarán a cabo los órganos jurisdiccionales competentes), que desarrollará el proceso mano a mano con el colabora-

dor y su letrado. Únicamente en materia de responsabilidad civil se da entrada a la víctima, pero en ningún momento participa el sujeto al que se refería la información que el colaborador ha proporcionado al Ministerio Público.²⁷⁴

El agraviado, como tal, debe ser convocado al finalizar la etapa de corroboración, a efectos de que se llegue a un acuerdo o proposición respecto del monto de la reparación civil; sin embargo, también puede suscribir el acuerdo previo de beneficios que se desprende del citado procedimiento. Así lo establece el artículo 21 del reglamento de colaboración eficaz:

1. Concluidas las diligencias de corroboración, el fiscal citará al agraviado a efectos de emplazarlo. 2. El fiscal le explicará los alcances del proceso especial de colaboración eficaz y el resultado de lo actuado con relación a los hechos en su agravio. Asimismo, le informará los procesos derivados o conexos existentes como consecuencia de la delación del colaborador, dónde se encuentran y el valor de su aporte. 3. Seguidamente, le consultará si desea participar del proceso especial, de ser este el caso, le otorgará un plazo para que presente su pretensión civil. 4. Al formular su pretensión civil, podrá aportar los elementos de convicción útiles y pertinentes para su estimación. De ser el caso, podrá requerir al Fiscal que disponga diligencias de corroboración afines a su solicitud. 5. Si el agraviado no desea ejercer su pretensión civil, el Fiscal lo sustituirá en el acuerdo.

239

²⁷⁴ RUIZ DE LA CUESTA, Soledad. «Mecanismo de Colaboración con la Justicia en los ordenamientos jurídicos peruanos y español». En ASENCIO, J. M. y CASTILLO, J. L. (eds.), *op. cit.*, p. 205.

III.V. Beneficios

El criterio material que determina la clase de beneficio que se puede aplicar al ciudadano que colabora con la justicia es el principio de proporcionalidad. La información y evidencia que aporta el delator debe ponderarse escrupulosamente con el beneficio que pretende alcanzar²⁷⁵.

Por consiguiente, a mayor información de relevancia, brindada por el colaborador eficaz, los beneficios que puedan ser otorgados también serán mayores. Debemos comprender, de forma eficiente, el campo de acción de dicho proceso especial. Es por ello que, si nos remitimos al inciso 2 del artículo 475 del Código Procesal Penal de 2004, podemos determinar que nuestro sistema procesal penal prevé cuatro supuestos de beneficios atribuibles al colaborador eficaz considerando el grado de eficacia de la información expuesta:

240

- a. Exención de la pena,
- b. Disminución de la pena,
- c. Suspensión de la ejecución de la pena, o
- d. Remisión de la pena para quien la está cumpliendo.

1. Beneficios en personas naturales

Con la exención y la remisión de la pena se requiere que el proceso de colaboración se realice de forma activa y que la información cumpla con ciertos parámetros de eficacia; puede ser de tal magnitud que permita descubrir aspectos rela-

²⁷⁵ CASTILLO ALVA, José y Asencio, J. M., *op. cit.*, p. 343.

cionados a fuentes de financiamiento de alguna organización criminal.

La proporcionalidad obliga a reparar en la relevancia y utilidad de la información que presta el colaborador en cuanto a precisión de hechos, circunstancias y demás pruebas que permitan descubrir la comisión del hecho; circunstancias y demás pruebas que posibiliten presumir la comisión del delito, la identificación de los autores, la permanencia o continuidad de la comisión del delito ²⁷⁶.

Como es de observarse, las actuaciones desplegadas por el representante del Ministerio Público se dan de conformidad con el debido respeto del principio de proporcionalidad, el cual debe ser interpretado bajo los parámetros de eficacia de la información.

241

2. Beneficios en personas jurídicas

Mediante Ley 30737, publicada el 12 de marzo de 2018, se permitió el otorgamiento de beneficios premiales en el caso de las personas jurídicas. Así, la decimotercera disposición complementaria final de la ley señalada establece que el acuerdo de colaboración eficaz puede eximir, suspender o reducir la aplicación de esta misma ley, así como extender a las personas jurídicas o entes jurídicos pertenecientes a su mismo grupo económico.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 397.

Por ende, la disposición ahora prevista en el artículo 472, inciso 1, del Código Procesal Penal de 2004, amplía el ámbito de aplicación del proceso especial, donde se contempla también a las personas jurídicas:

El fiscal está facultado a promover o recibir solicitudes de colaboración eficaz y, en su caso, cuando se planteen verbalmente, a levantar las actas correspondientes, a fin de iniciar el procedimiento de corroboración y, si corresponde, a suscribir el Acuerdo de Beneficios y Colaboración, con persona natural o jurídica que se encuentre o no sometida a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal.

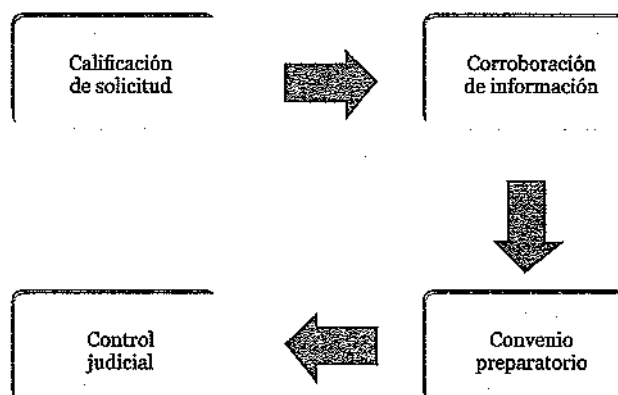
Independientemente de determinar el grado de responsabilidad penal en la que incurran los agentes personales intervinientes en el proceso, en el supuesto de las personas jurídicas a las que se puede imponer consecuencias accesorias, resulta beneficioso ostentar los citados beneficios; ello, con la finalidad de poder, quizá, seguir contratando con el Estado. Por tanto, las consecuencias son de tal magnitud que permiten su normal desenvolvimiento en el mercado. Estos beneficios, en el caso de las personas jurídicas, pueden ser:

- a. Exención de medidas administrativas,
- b. Disminución por debajo de parámetros establecidos,
- c. Remisión de la medida para la persona jurídica que esté cumpliendo, o
- d. Beneficios regulados en normas especiales.

IV. Las fases del proceso de colaboración eficaz

Las fases del proceso de colaboración eficaz vienen reguladas por el artículo 3 del Decreto Supremo 007-2017-JUS. A su vez, la Corte Suprema de Justicia, en la Casación 852-2016-Puno, las ha desarrollado de manera amplia, donde señala que:

Este proceso está compuesto de las siguientes fases: a) calificación de la solicitud del aspirante a colaborador, b) corroboración de la información brindada, c) acuerdo y celebración del acuerdo de beneficios por la información proporcionada, d) control judicial.



IV.I. Calificación de la solicitud

La fase de calificación es aquella en la que básicamente se evalúa la aptitud del eventual colaborador para formar parte del procedimiento, se valora indiciariamente la utilidad y eficacia posibles de la información que pueda proporcionar y se

lleva a cabo una serie de actos de numeración, asignación de clave y gestión del expediente²⁷⁷.

Siendo ello así, para dar inicio al citado proceso especial, resulta necesaria la introducción de una solicitud dirigida al Ministerio Público, en la cual se haga constar aquella petición de ser considerado como colaborador eficaz²⁷⁸.

Sin embargo, no es la única forma de dar inicio a un proceso de colaboración eficaz, puesto que el mismo también puede ser promovido por el representante del Ministerio Público, situación avalada legalmente por el Decreto Supremo 007-2017-JUS, en su artículo 6²⁷⁹.

²⁷⁷ RUIZ DE LA CUESTA, Soledad. «Mecanismo de Colaboración con la Justicia en los ordenamientos jurídicos peruanos y español». En ASENCIO, J. M. y CASTILLO, J. L. (eds.), *op. cit.*, p. 206.

²⁷⁸ Situación que ha sido contemplada por el artículo 5 del Decreto Supremo 007-2017-JUS: «1. La solicitud de acogerse al proceso de colaboración eficaz puede ser escrita o verbal, esta deberá contener: a. Manifestación voluntaria y espontánea de someterse al proceso especial. b. Los alcances de su pretensión premial. c. Los hechos involucrados, y. d. Los conocimientos o información que este aportará. 2. Las solicitudes escritas y verbales deberán ser ingresadas en un Registro Especial distinto al de los procesos comunes, el cual debe tener carácter reservado y no podrá ser consultado por el público».

²⁷⁹ Decreto Supremo 007-2017-JUS, artículo 6. Promoción y captación: «1. El Ministerio Público podrá proponer el procedimiento de colaboración eficaz a la persona que considere susceptible de brindar información, dando inicio al proceso. 2. La Policía Nacional podrá captar a la persona que considere susceptible de brindar información, debiendo comunicarlo inmediatamente al fiscal, por la vía más celer, bajo responsabilidad. 3. Si otro funcionario o servidor, en el cumplimiento de sus funciones, toma conocimiento de la disposición de una persona de someterse al proceso especial de colaboración eficaz, deberá comunicar inmediatamente al fiscal, cumpliendo la reserva del caso, bajo responsabilidad. Estando prohibido de realizar todo

Para San Martín, el proceso de colaboración eficaz:

Se inicia a solicitud de parte. Es posible que se incoe a petición del imputado siempre que exista investigación preparatoria o implicado en caso no se le haya descubierto o en fase de diligencias preliminares. La solicitud puede ser escrita o verbal —mediante un acta circunstanciada— (se forma un expediente fiscal). En este caso se debe precisar lo que se pide, además de hacer mención razonable de los hechos involucrados y de los conocimientos que el arrepentido aportará.²⁸⁰

Una vez entrevistado el representante del Ministerio Público con el postulante dispuesto a someterse al procedimiento especial de colaboración eficaz, y si considerara la viabilidad de dicha solicitud, será necesario que se adopten medidas que salvaguarden la identidad de aquella persona dispuesta a brindar información de hechos delictivos. Por esta razón, de conformidad con el Reglamento de Colaboración Eficaz, previsto en el Decreto Supremo 007-2017-JUS, deberá adoptar las acciones previstas en los artículos 8 y 9 del citado cuerpo normativo, como por ejemplo la reserva del nombre, la asignación de clave, reserva de datos del abogado defensor, entre otros.

245

IV.II. Corroboración de información

Si se da inicio al proceso de colaboración y el aspirante brinda la información al fiscal, empieza en este momento la

tipo de negociación o promesa. 4. Ningún otro funcionario o servidor podrá captar al postulante a colaborador eficaz».

²⁸⁰ SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, p. 875.

corroboración de si esta información es o no confiable, si la versión encuentra respaldo en otros elementos o no, es decir, si lo señalado por el aspirante resulta fiable.

Esta fase se encuentra prevista en el artículo 11 del Reglamento de Colaboración Eficaz, aprobado mediante Decreto Supremo 007-2017-JUS:

Artículo 11. Inicio del procedimiento de colaboración eficaz

1. Una vez realizada la calificación, el fiscal inicia el proceso de colaboración eficaz de manera reservada, a través de disposición debidamente motivada.

2. La disposición contendrá un análisis de:

a. Los supuestos de procedencia

b. Que no existan impedimentos legales

c. Si el aporte ofrecido podría ser eficaz

d. Si la información puede ser corroborada y

e. Si permitirá alcanzar algunos de los supuestos del artículo 475 del CPP.

3. También se dispondrán las diligencias de corroboración precisando quién las tendrá a su cargo, conforme a la naturaleza del hecho objeto de delación y la formación de la carpeta fiscal de colaboración eficaz.

La Corte Suprema de Justicia, en la Casación 852-2016, Puno, ha señalado que:

La fase de comprobación de la información es la más importante, en tanto de ella, depende que se llegue a un acuerdo y ulteriormente el colaborador pueda ser sujeto de beneficio mediante sentencia dictada por juez competente. De ahí que la sola sindicación no es

suficiente para concluir que la información sea veraz. Hace falta prueba de corroboración externa a la declaración inculpativa, ello como exigencia derivada de la garantía constitucional a la presunción de inocencia, en la medida que el aspirante a colaborador puede brindar información escasamente fiable, por el solo interés de obtener beneficios. Por tanto, la corroboración ha de ser rigurosa para llegar a la verdad de los hechos.²⁸¹

La corroboración en el proceso por colaboración eficaz es fundamental para establecer si la información del colaborador es relevante y para que el colaborador obtenga su beneficio premial, conforme a las exigencias del artículo 475 del CPP²⁸².

1. La necesidad de corroboración con elementos no sospechosos y externos

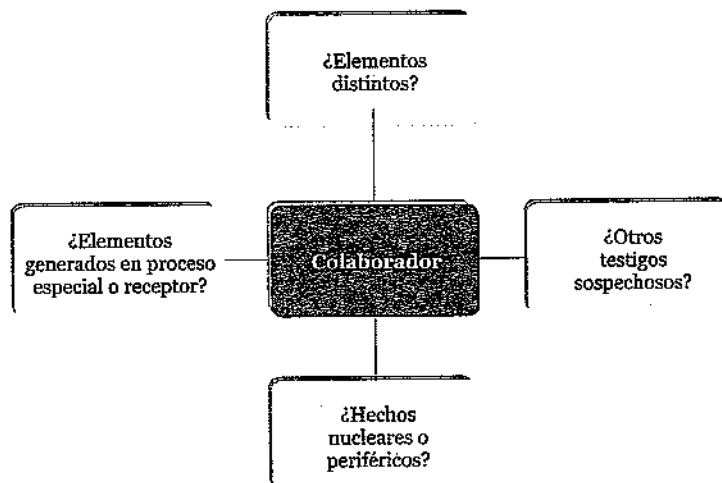
Hasta aquí, queda claro que la declaración del aspirante no es fiable hasta que pueda ser corroborada con otros elementos, distintos a su propia declaración. Sin embargo, es precisamente aquí donde inicia el cuestionamiento: ¿cuáles son esos otros elementos?

Qué sucedería si la declaración de un aspirante a colaborador se pretende corroborar con la declaración de otro aspirante a colaborador, o con la declaración de un testigo protegido, o con la declaración de un coimputado. Sostenemos que esto no sería posible.

²⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal Transitoria, Casación 852-2016, Puno, del 11 de diciembre de 2018, fundamento jurídico 17.

²⁸² SAN MARTÍN, César. *Colaboración eficaz*. Lima: Ideas Solución, 2018, pp. 279-280.

A ello se suma el hecho de que la corroboración debe estar referida necesariamente a hechos nucleares y no a hechos periféricos. Es decir, se debe corroborar la esencia de la declaración, no datos que pueden ser observables de la propia realidad y que cualquier persona podría obtener incluso como información pública.



248

La corroboración externa de la declaración de un colaborador eficaz no puede ni debe ser corroborada con otras «pruebas sospechosas». Debe ser corroborada con elementos ajenos a la sospecha, es decir, elementos distintos a declaraciones sospechosas. Por «prueba sospechosa» debemos entender, en armonía con la jurisprudencia internacional, aquella que se obtiene con la vulneración del derecho a la defensa o contradicción o aquella que por su contenido no es fiable completamente²⁸³.

²⁸³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Arner vs. Austria*; *Asch vs. Austria*; *Barberá y otros vs. España*; *Birutis y otros vs. Li-*

En ese sentido, tenemos regulado como prueba sospechosa al coimputado, al testigo impropio, al arrepentido, al colaborador, al testigo reservado o protegido, así como, al testigo de referencia. Este reconocimiento legal del carácter impropio de estos sujetos, se ha expresado a través del artículo 158 inciso 2 del Código Procesal Penal de 2004, exigiendo obligatoriamente que, para la imposición de una medida de coerción o la emisión de una sentencia condenatoria, sobre la base de la declaración de alguno de estos elementos «sospechosos», se necesite de su debida corroboración.

Así las cosas, no se podría corroborar la declaración de un colaborador con la declaración de un testigo protegido, por ejemplo. Ello, debido a que en ambos casos la contradicción se encuentra suprimida, y, por tanto, también la compensación hacia la defensa, lo que se requiere cuando se utiliza ambos tipos de declaraciones^{284 285 286}.

249

La corroboración de un colaborador con la declaración de un «testigo de oídas o de referencia» no es admisible, toda vez que este último requiere necesariamente, para ser valorado positivamente, elementos corroborativos que demuestren que el dicho

tuania; *Cardot vs. Francia*; *Idalov vs. Rusia*; *Luca vs. Italia*; *Pullar vs. Reino Unido*.

²⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Norin Catri-man vs. Chile*.

²⁸⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Al Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*.

²⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ, Recurso de Nulidad 420-2018, Cajamarca. En este caso, la Corte Suprema recoge la doctrina desarrollada en el caso *Al Khawaja vs. Reino Unido*.

es cierto²⁸⁷. En este supuesto, la doctrina de compensación tampoco se vería satisfecha²⁸⁸.

La declaración del colaborador debe ser corroborada con otro elemento. Si el otro elemento es un testimonio de oídas, dicho testimonio también requiere un dato objetivo corroborativo y la declaración de un colaborador por su naturaleza no lo es. Entonces, ninguno puede ser base del otro.

Por su parte, la corroboración —legalmente exigible— debe incidir no en cualquier punto, sino en relación concreta intervención del imputado en el delito²⁸⁹. En consecuencia, no basta con que se acredite la participación del imputado en algún detalle del hecho atribuido para que realmente esté completa, una corroboración debe estar referida a los hechos principales de la imputación.

Al respecto, la Corte Suprema ha desarrollado lo siguiente:

²⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad 73-2015, Lima. En esta jurisprudencia, la Corte Suprema desarrolla el valor probatorio que se le debe dar al testigo de referencia.

²⁸⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Oddone y otro vs. San Marino. La compensación se debe otorgar en los elementos corroborativos.

²⁸⁹ CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 2138-2016, Lambayeque, del 10 de febrero de 2017, fundamento jurídico 13.

Corte Suprema de Justicia	Sobre la corroboración
Casación 852-2016, Puno	Decimosétimo. [...] La fase de comprobación de la información es la más importante, en tanto de ella depende que se llegue a un acuerdo y ulteriormente el colaborador pueda ser sujeto de beneficio mediante sentencia dictada por juez competente. De ahí que la sola sindicación no es suficiente para concluir que la información sea veraz. Hace falta prueba de corroboración externa a la declaración inculpativa, ello como exigencia derivada de la garantía constitucional a la presunción de inocencia; en la medida que el aspirante a colaborador puede brindar información escasamente fiable, por el solo interés de obtener beneficios. Por tanto, la corroboración ha de ser rigurosa, con el fin de llegar a la verdad de los hechos. ²⁹⁰
Recurso de Nulidad 2120-2017, Nacional	La sola declaración de colaboradores o coimputados es insuficiente y requiere de prueba periférica, externa y objetiva, de corroboración fáctica. ²⁹¹

²⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 852-2016, Puno, del 11 de diciembre de 2018, fundamento jurídico 17.

²⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad 2120-2017, Nacional, del 5 de febrero de 2018, fundamento jurídico quinto.

Corte Suprema de Justicia	Sobre la corroboración
Recurso de Nulidad 2580-2017, Lima	[...] para que la información proporcionada por un colaborador eficaz sustente una condena debe estar corroborada con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las imputaciones formuladas. ²⁹²
Recurso de Nulidad 1885-2009, Callao	El que exista una manifestación de varios acusados coincidentes en su contenido de imputación contra un tercero no evita la necesaria exigencia de corroboración procedente de un dato externo. ²⁹³
Recurso de Nulidad 2138-2016, Lambayeque	La declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado, ni así sean dos coimputados que incriminen al recurrente, desde tales versiones no se alcanzan como datos objetivos que puedan validar la declaración de otro coacusado, de suerte que es necesaria la corroboración mediante algún dato externo a dichas declaraciones, también en el supuesto de que haya una multiplicidad de coacusados. ²⁹⁴

252

²⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 2580-2017, Lima, del 21 de febrero de 2018, fundamento jurídico 3.12.

²⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad 1885-2009, Callao, del 6 de octubre de 2010, fundamento jurídico sexto.

²⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Recurso de Nulidad 2138-2016, Lambayeque, del 10 de febrero de 2017, fundamento jurídico 13.

Como podemos ver, la Corte Suprema establece que, para que la información brindada por un colaborador eficaz sea sustento de una condena o decisión judicial cautelar, debe estar debidamente corroborada. No obstante, la Corte ha omitido delimitar lo que debe entenderse por «corroboración», tampoco ha establecido límites a seguir, ni el nivel que debe considerarse para tener una declaración coherente y ajustada a derecho.

La declaración debe tener un carácter de rigurosidad, debido a que el colaborador busca siempre un beneficio y, en virtud de ello, puede brindar información carente de veracidad; sin embargo, tampoco se ha conceptualizado esta característica.

La declaración de un colaborador en calidad de coimputado no puede servir de base para otro que posee la misma naturaleza. Enfrentamos una grave deficiencia de entendimiento de la «corroboración». Se necesita establecer un estándar o un desarrollo más profundo para poder entender este aspecto. Una alternativa al problema de los testigos de referencia podría ser que se exija que la información que se conoce a través de las declaraciones de los aspirantes a colaboradores eficaces, en el supuesto de ser de «oídas» o de referencia, debe ser exacta. Ello permitiría obtener un mayor grado de fiabilidad y de certeza.

2. Frente a testigos doblemente sospechosos se debe requerir un estándar más alto de corroboración

El artículo 158, inciso 2, del Código Procesal Penal señala cuáles son los supuestos de testigos sospechosos, en los que se

deberá tener en cuenta determinadas reglas que estos requieren al momento de valorarlos.

En estos casos especiales —testigos de referencia, declaración de colaboradores eficaces—, el juez deberá considerar las reglas exigidas al momento de valorar estos testimonios sospechosos para garantizar el principio de presunción de inocencia.

Iniciando con los testigos de referencia u oídas, debemos señalar que tienen un carácter supletorio y un peso más relativizado, respecto del juicio de credibilidad, que el testigo fuente o presencial, porque no tienen una relación directa con los hechos. De ahí que siempre se requiera que se revele la identidad de este último y que se agoten los medios para que aquel preste su testimonio²⁹⁵.

254

Las declaraciones de los testigos de referencia se constituyen como una prueba excepcional, ante la ausencia del testimonio directo. Ello significa que, de presentarse en el proceso, no poseerá valor de prueba suficiente para emitir un fallo condenatorio, si no se encuentra corroborada con otros medios de prueba que confirmen la versión inculpativa, por ende, si esta declaración es la única que se tiene en contra del acusado, no será capaz, por sí misma, de desvirtuar la presunción de inocencia²⁹⁶.

²⁹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 173-2012, Cajamarca, del 22 de enero de 2013, fundamento jurídico tercero.

²⁹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Segunda Sala Penal Transitoria, Casación 158-2016, Huaura, del 10 de agosto de 2017, fundamento jurídico 24.

Excepcional

- Por cuanto su actuación debe tener lugar cuando el testimonio fuente no puede ser examinado por el tribunal ni controlado por las partes procesales, por cualquier tipo de impedimento material o jurídico.

Supletoria

- Puesto que esta prueba substituye a la no realizada por los impedimentos antes señalados, es decir, ante la imposibilidad del testigo directo o fuente, la prueba referencial suple o substituye a la prueba directa.

Por tales consideraciones se tiene que la prueba testifical referencial es una prueba excepcional y supletoria.

255

La prueba referencial es admisible siempre y cuando se cuente con una imposibilidad material y jurídica del testimonio fuente²⁹⁷. Es decir, debido a situaciones de imposibilidad real y efectiva, no se puede obtener la declaración del testigo directo (fallecimiento, enfermedad grave, paradero desconocido, etc.)²⁹⁸.

Otra razón esencial para rechazar la validez de las declaraciones de los testigos de referencia — como únicos elementos o medios probatorios — es el principio de inmediación. En el

²⁹⁷ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. En la STS, del 30 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4505).

²⁹⁸ TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba penal*. Lima: Instituto Pacífico, p. 200.

supuesto del interrogatorio de una persona en lugar del testigo principal no se permitiría apreciar la credibilidad de la versión ofrecida toda vez que, aunque el testigo de referencia pudiera estar manifestando los hechos tal y como le fueron transmitidos, el testigo principal pudo haberle referido una narración falsa de los acontecimientos²⁹⁹. Es en ese sentido que se vuelve vital contar con la declaración del testigo fuente.

Es preciso concluir el carácter restrictivo y excepcional con el que debe ser admitida la posibilidad de valoración de la prueba de testigos cuando estos lo son únicamente de referencia. Ahora bien, el que haya que aplicar en estos casos limitaciones cuyo origen radica en los principios y derechos arriba mencionados, ello no nos debe llevar a la conclusión de que tal prueba por testigos mediatos haya de ser prohibida en todo caso, sino que debe ser siempre con ciertas precauciones, pero —eso sí— nunca en sustitución del testigo principal cuando este es accesible³⁰⁰.

En cuanto al segundo supuesto, colaboradores eficaces, se trata de declaraciones intrínsecamente sospechosas, debido a que su testimonio —de escasa credibilidad— son brindados por los arrepentidos en búsqueda de beneficios, por lo tanto, deben extremarse las precauciones para poder aceptar sus versiones.

En ese sentido, su sola sindicación no es suficiente para concluir que el inculcado cometió la conducta delictiva atribuida. Hace falta especialmente prueba de corroboración externa a esos testimonios —otros elementos o medios de prue-

²⁹⁹ ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Lima: INPECCP, p. 20.

³⁰⁰ ASENCIO MELLADO, José María, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

ba— como exigencia derivada de la garantía de presunción de inocencia³⁰¹.

Si además del testimonio no se tiene cuenta con ningún dato objetivo, periférico, externo al testimonio, no se podrá sostener la verosimilitud de la declaración.

Ahora bien, es preciso señalar que ambos supuestos (testigo de referencia, colaborador eficaz) son señalados taxativa y diferenciadamente por lo que importan y requieren tratamientos específicos para su correcta valoración.

Tan es así que, reiterando lo antes desarrollado, para considerar el valor de la declaración del testigo de referencia siempre deberá acudir al testigo fuente; mientras que, para considerar la declaración del colaborador eficaz, se deberá acudir a otros elementos periféricos que maximicen la corroboración de la incriminación.

257

Por lo tanto, si en un testigo concurren ambas calidades (de referencia y de colaborador eficaz) se deberá de considerar ambas reglas exigidas para así maximizar el estándar de corroboración.

3. La exigencia de verificar la ausencia de vicios de legalidad

El artículo 323 del Código Procesal Penal señala que al juez de investigación preparatoria le corresponde realizar los ac-

³⁰¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 99-2017, Nacional, del 19 de setiembre de 2017, fundamentos jurídicos 7-8.

tos procesales que autoriza el Código a pedido de una de las partes. Además, a modo de ejemplo, desarrolla algunas de las funciones específicas que tiene el juez de investigación, una de estas es la de pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos, como la prisión preventiva³⁰².

Por supuesto, estos pronunciamiento o decisiones —por mandato constitucional— deben observar al debido proceso³⁰³. Una de las manifestaciones de este macro derecho es el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho y consiste en la garantía de que «la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las normas vigentes, válidas y pertinentes del ordenamiento jurídico» para dar solución a un caso³⁰⁴.

258

En este contexto, el juzgador está en la obligación de valorar aquellos actos de prueba (elementos de convicción) que respeten la legalidad procesal penal y los derechos fundamentales³⁰⁵.

Algunas de estas situaciones son, por ejemplo, la declaración del coimputado, de la víctima, del colaborador eficaz y del testigo protegido. Cada una de estas con sus razones específicas van a limitar el ejercicio del derecho a la defensa para proteger derechos e intereses de mayor valor.

³⁰² Código Procesal Penal, Libro tercero, Sección I, Título I, «Normas generales», artículo 323.

³⁰³ Constitución Política del Perú, artículo 139, inciso 3.

³⁰⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 3238-2013-PA/TC, caso Municipalidad Distrital de Chorrillos, del 23 de junio de 2014, fundamento jurídico 5.3.1.

³⁰⁵ Código Procesal Penal, Título Preliminar, artículos VII y X.

En estos casos donde no puede participar la defensa, la exigencia de respetar la legalidad procesal y los derechos fundamentales cobra una especial y muy importante relevancia: «al no estar presente una de las partes del proceso penal, se le debe otorgar las garantías suficientes que garanticen un proceso justo».

Evidentemente, estas garantías empiezan con que el fiscal realice su actividad investigativa dentro del marco del Código Procesal Penal y la Constitución. Al ser el único presente en la diligencia, va a ser el único que podrá controlar esa legalidad procesal y el respeto a los derechos fundamentales.

Aquí, como ya hemos mencionado, también va a participar el juez de investigación, esta vez otorgando una medida de contrapeso que logre compensar la situación de desventaja en la que se encuentra la defensa al no poder participar en las diligencias. El juez, para poder usar un elemento de convicción debe verificar que efectivamente una diligencia ha sido llevada a cabo siguiendo las reglas del Código Procesal Penal (legalidad procesal) y sin vulnerar o menoscabar los derechos reconocidos a las personas en nuestra Constitución (derechos fundamentales).

Esto significa, por último y como es obvio, que el juez, ante la identificación de un elemento de convicción que ha sido recabado u obtenido vulnerando cualquiera de los dos preceptos ya mencionados, no podrá utilizar dicho elemento de convicción y solo quedaría expectorarlos del proceso.

Un elemento de convicción que presente vicios de legalidad no podría generar sospecha fuerte. Por ejemplo, si se verifica en un caso concreto que las declaraciones de dos colaborado-

res eficaces son una copia de la otra, se debe dudar de la legitimidad, esto es, del control que debe realizar el fiscal a cargo de la investigación y, por ende, de la declaración (diligencia en la cual no participa la defensa).

IV.III. Convenio preparatorio

La negociación formal da paso a la tercera fase, la de celebración del acuerdo. Según el resultado obtenido de las diligencias de corroboración, se puede convertir en acuerdo el convenio preparatorio en su integridad o cabe renegociar un nuevo acuerdo o, en su defecto, denegar el acuerdo³⁰⁶.

Habiéndose entonces efectuado la corroboración del dicho del colaborador eficaz, y si el mismo es de conformidad a los intereses del representante del Ministerio Público, se suscribirá un acuerdo de carácter preparatorio entre ambos, que deberá ser regido por el principio de proporcionalidad y cuyo contenido debe observar lo previsto en el artículo 20 del Reglamento del proceso especial de colaboración eficaz, aprobado mediante Decreto Supremo 007-2017-JUS:

Artículo 20. Convenio preparatorio

1. Es el acuerdo preliminar que pueden suscribir el fiscal y el colaborador donde se debe precisar:
 - a. Los hechos objeto de delación
 - b. Los cargos y procesos objeto de colaboración eficaz

³⁰⁶ RUIZ DE LA CUESTA, Soledad. *Colaboración eficaz*. Lima: Ideas Solución, 2018, p. 206.

- c. La voluntad expresa del colaborador de someterse a la justicia y colaborar, previa información de los alcances del proceso de colaboración eficaz.
- d. La forma de entrega de la información
- e. Los actos de corroboración de la información entregada
- f. Las obligaciones del colaborador en el proceso especial
- g. Los beneficios que pretende conseguir a través del proceso especial
- h. Otra información pertinente.

2. Para la firma del convenio preparatorio, se requiere el consenso de ambas partes. El colaborador debe estar asistido por su defensor.

3. La suscripción del acuerdo de beneficios y colaboración, en los términos del convenio preparatorio, exige el cumplimiento de todas sus cláusulas o la mayoría de ellas.

261

Sin embargo, existe también el supuesto en el cual la información proporcionada por el aspirante a colaborador eficaz no satisface los intereses del representante del Ministerio Público, conllevando así una denegatoria de suscripción de acuerdo de beneficios en favor de aquella persona que brindó información respecto de los hechos investigados por el Ministerio Público. Aquel supuesto también ha sido previsto por el Reglamento del proceso especial de colaboración eficaz:

Artículo 25. Denegación de Acuerdo

1. Si el fiscal desestima la concesión de beneficios deberá emitir una disposición debidamente motivada, justificando cuál es la causal de denegación:

- a. La información no resulta útil, relevante, suficiente y pertinente.
 - b. Falta de corroboración
 - c. Falsedad de la información
2. La denegación de acuerdo, genera los siguientes efectos:
- a. Iniciar cargos contra los sindicatos con la finalidad de procesarlos y perseguirlos.
 - b. En caso de declaraciones de mala fe contra terceros inocentes, se les debe cursar comunicación.
 - c. Las declaraciones del colaborador contra sí mismo, se toman como inexistentes.
 - d. Las declaraciones del colaborador contra terceros pueden ser utilizadas —siempre que sean veraces— y se actuará según indicios, para lo cual se emplazará al colaborador a fin que rinda una nueva declaración.
 - e. Los elementos de convicción recabados durante la fase de corroboración, tendrán plena validez para ser incorporados en otros procesos.

IV.IV. Control judicial

Habiéndose alcanzado un acuerdo con el colaborador y, como consecuencia de ello, efectuada la realización de un acta de acuerdo de beneficios y colaboración eficaz, corresponde ahora verificar el contenido del mismo, situación que se encontrará a cargo del órgano jurisdiccional.

Los criterios que deberá valorar el órgano jurisdiccional para avalar el acuerdo de colaboración eficaz se centran en lo siguiente:

- a. La compensación del colaborador sobre el alcance del procedimiento.
- b. Que el colaborador cumple con los presupuestos del artículo 474 del Código Procesal Penal, en relación a la actitud del sujeto.
- c. La legalidad de los beneficios otorgados al colaborador.
- d. La compatibilidad de las obligaciones impuestas al colaborador.
- e. La proporcionalidad entre los hechos delictivos perpetrados y los beneficios acordados.
- f. Que se haya celebrado audiencia privada especial a la que se refiere el artículo 477.3 CPP, con participación del juez, el fiscal, colaborador y su letrado.

Inicialmente, quien deberá conocer los aspectos abordados en el acuerdo suscrito entre el aspirante a colaborado eficaz y el representante del Ministerio Público es el juez de investigación preparatoria. Sin embargo, existe ámbitos de competencia donde interviene el juez penal. Ambos supuestos, no obstante, se encuentran desarrollados por el Reglamento del proceso especial de colaboración eficaz, en los artículos 29 y 30, que han desarrollado los alcances de la competencia tanto del juez de investigación preparatoria, como la del juez penal respectivamente:

Artículo 29. Competencia del Juez de la Investigación Preparatoria

1. El juez de la investigación preparatoria es competente para conocer el acuerdo de beneficios y colaboración desde que se le comunica la formalización y continuación de la investigación preparatoria hasta la emisión del auto de enjuiciamiento.

De igual forma, en vía de ejecución cuando se trate de sentenciados.

2. El acuerdo de beneficios y colaboración, conjuntamente con la carpeta fiscal de colaboración eficaz, serán remitidos al juez de la investigación preparatoria.

3. De ser el caso, la carpeta fiscal será acompañada de los cuadernos de medidas limitativas de derechos, medidas de protección, medidas coercitivas o medidas de aseguramiento.

Artículo 30. Competencia del juez penal

1. El juez penal es competente para conocer el acuerdo de beneficios y colaboración desde que recibe el auto de enjuiciamiento hasta la emisión de la sentencia.

2. Rigen el numeral 2 y 3 del artículo anterior.

264

V. El uso de la información generada en el procedimiento de colaboración

Como hemos señalado previamente, tanto la declaración del colaborador como los elementos que corroboren su versión, por la característica de reserva de las actuaciones, solo son de conocimiento del fiscal del aspirante y de su abogado defensor. Toda la información no es útil en la realidad, si esta información recopilada no es trasladada a otros casos, que ya se pueden encontrar aperturados, o que se aperturan justamente a raíz de lo señalado por el colaborador.

El problema aquí surge cuando justamente la declaración del colaborador es trasladada a otros procesos, ya que esta no es trasladada en su integridad, encontrándose facultado el fiscal a extraer solo las partes que sean convenientes a la hipótesis de cargo.

V.I. La transcripción de la declaración del colaborador

El artículo 48 del Decreto Supremo 007-2017-JUS señala que:

1) Los elementos de convicción recogidos como consecuencia de las diligencias de corroboración de la información proporcionada por el colaborador, podrán ser utilizados en los procesos derivados y conexos al proceso de colaboración eficaz para requerir medidas limitativas de derechos o medidas de coerción, en cuyo caso deberán ser incorporados a la carpeta fiscal del proceso común o especial. 2) También podrá emplearse la declaración del colaborador conjuntamente con los elementos de convicción descritos en el numeral anterior. Para ello, se incorporará a la carpeta fiscal del proceso común o especial la transcripción de las partes pertinentes de la misma. 3) La transcripción de la declaración del colaborador, solo estará suscrita por el fiscal.

265

Nótese que por legalidad procesal penal es posible recortar la declaración de un colaborador antes de ser trasladada, lo que finalmente genera una visión sesgada por parte de quien recibe esta información. Esto no permite la debida contradicción de la información y, por supuesto, el control de lo señalado por el aspirante a colaborador, ya que no se conoce si lo trasladado tiene algún contexto de explicación o si fueron suprimidos aspectos que cambian el sentido de la declaración del aspirante. Lo que genera, sin duda, una grave lesión de la garantía de defensa eficaz en los investigados contra quienes se utiliza esta información.

A fin de compensar este desequilibrio de las partes procesales, la Corte Suprema de Justicia, en la Casación 292-2019, Lambayeque, ha considerado que:

Es claro que durante el trámite del proceso penal declarativo de condena —etapa de investigación preparatoria— no se puede negar al imputado su derecho a la contradicción —de solicitar la testimonial o declaración del aspirante a colaborador eficaz y poder interrogarlo—.307

Para ello existen diversas formas de dar cumplimiento a dicho precepto. No necesariamente se comprometerá la identificación del colaborador eficaz, puesto que es factible que el representante de la defensa técnica postule un pliego interrogatorio a efectos de que, por intermedio del representante del Ministerio Público, se realicen las preguntas. Este, como titular de la acción penal, se entiende, adecuará su actuación a los parámetros de objetividad y, por tanto, permitirá que el colaborador eficaz pueda absolver dichas preguntas.

266

Sin embargo, no es el único pronunciamiento emitido por el órgano jurisdiccional en esa línea jurisprudencial. En la resolución 5, del 16 de octubre de 2020, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en la causa tramitada en el Expediente 29-2017-42, se ha precisado lo siguiente:

OCTAVO: No obstante lo anterior, este Tribunal Superior considera que es perfectamente posible que un imputado que tiene la calidad de colaborador eficaz declare en el proceso común, no solo en la etapa del juicio oral sino durante las etapas anteriores a ella (investigación preparatoria o etapa intermedia), pero previamente habrá que determinar cuál es el régimen jurídico con el

307 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 292-2019, Lambayeque, del 14 de junio de 2019, fundamento jurídico octavo.

cual puede brindar esa declaración. En ese sentido, se presentan dos escenarios: el primero, que declare según el régimen jurídico de imputado (o coimputado), y el segundo, mediante el régimen jurídico de testigo.³⁰⁸

Es decir, inicialmente la Corte Suprema de Justicia había reconocido la posibilidad de concontrinterrogar al colaborador eficaz; sin embargo, bajo dicha línea jurisprudencial, la Sala Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, siendo mucho más específica y restrictiva, reconoce la potestad de interrogar al colaborador eficaz no solo en el estadio procesal de juicio oral, sino también durante las etapas procesales previas, es decir, tanto en la investigación preparatoria, como en la etapa intermedia.

V.II. El traslado de la declaración del colaborador

267

Ahora bien, no solo se permite el recorte de la declaración en sí misma, sino que se permite el traslado de ese recorte, que se plasma finalmente en un acta de elaboración fiscal.

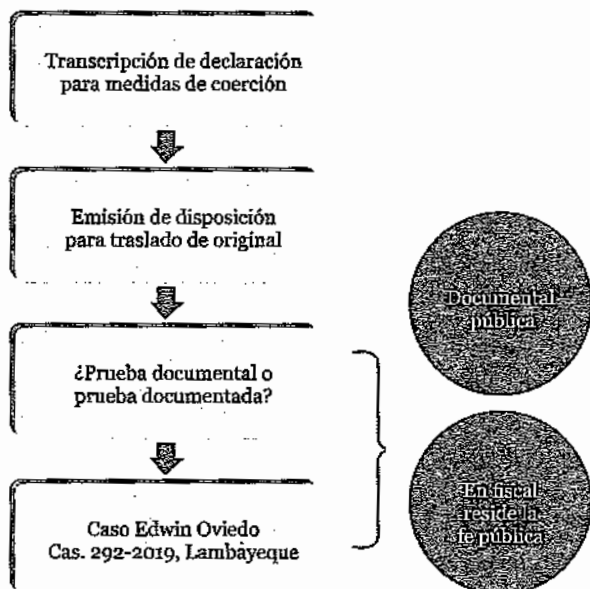
La Corte Suprema, a través de la Casación 292-2019, Lambayeque, ha señalado que:

[...] la utilización de las declaraciones del colaborador (en pureza, aspirante a colaborador) se hace incorporando las mismas a la carpeta fiscal —expediente fiscal— del proceso derivado o conexo

³⁰⁸ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Nacional, Primera Sala de Apelaciones Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, resolución 5, del 16 de octubre de 2020, fundamento jurídico octavo.

(proceso penal declarativo de condena). Pero no se incorpora toda la declaración sino sus partes pertinentes, transcripción que solo deberá estar suscrita por el fiscal [...], lo que se traslada es el acta de declaración del aspirante a colaborador, como documental público (o medio de investigación documentado); la fe pública, en este supuesto, queda residenciada en la Fiscalía. En estos momentos de la etapa de investigación preparatoria solo se adjunta, desde el proceso por colaboración eficaz en trámite, copia de la misma para su apreciación directa por el juez de la investigación preparatoria en punto a decidir la estimación o desestimación del requerimiento de prisión preventiva.³⁰⁹

268



³⁰⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 292-2019, Lambayeque, *op. cit.*, fundamento jurídico octavo.

El traslado de la información del proceso de colaboración eficaz tiene matices, dependiendo del estado en el cual se encuentre este proceso.

1. Traslado de proceso de colaboración concluido negativamente

Es decir, aquel en el cual no se arribó a un acuerdo de colaboración eficaz. Sin embargo, el colaborador declaró oportunamente, entregó documentación y se realizaron diversos actos de corroboración, pese a lo cual no se le otorgó el beneficio esperado. La consecuencia de esta situación es que no se podrá usar bajo ningún contexto la declaración brindada por el colaborado eficaz. No obstante, la documentación que haya presentado el colaborador eficaz, sí será susceptible de ser aportada por el representante del Ministerio Público y posteriormente valorada por el órgano jurisdiccional.

269

2. Ante proceso concluido positivamente

Se trata de aquel proceso de colaboración en el que se cuenta con una sentencia de colaborador, es decir, se ha logrado corroborar la información brindada por el aspirante, y el acuerdo entre fiscal y colaborador ha sido convalidado por la autoridad judicial.

En estos casos, el fiscal es quien deberá considerar si dicha declaración es o no aportada a otros procesos, ello de conformidad con lo previsto en el inciso 3 del artículo 476-A del Código Procesal Penal de 2004: «El fiscal de conformidad con el artículo 65 decidirá si aporta el testimonio del colaborador a juicio. Si existiere riesgo para su vida, se reservará su identi-

dad. El juez valorará su declaración de conformidad con los previsto en el numeral 2 del artículo 158».

3. Ante proceso no concluido

Si se trata de un proceso de colaboración aún en etapa de corroboración, se puede trasladar los fragmentos que se consideren pertinentes o, en su defecto, el íntegro de la misma.

En atención a ello, vía Acuerdo Plenario 02-2017-SPN de la Sala Penal Nacional, se ha determinado en el fundamento número trece que:

En el proceso de colaboración eficaz no concluido. En esta situación se tiene que i) los elementos de convicción podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas ii) la declaración del colaborador puede ser empleada, pero deberá acompañarse de otros elementos de convicción, además de regir el numeral 2 del artículo 158.³¹⁰

Se debe diferenciar dos supuestos en el artículo 481-A del Código Procesal Penal:

- a. Los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz. Este supuesto habilita la utilización de los elementos de convicción

³¹⁰ CORTE PENAL NACIONAL. Acuerdo Plenario 02-2017-SPN, Lima, del 5 de diciembre de 2017, fundamento jurídico 21.

producidos en el procedimiento de colaboración eficaz para requerir una medida coercitiva.

- b. La declaración del colaborador también podrá ser empleada para dichos efectos, en cuyo caso se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación. En estos casos deberá acompañarse de otros elementos de convicción, rigiendo el numeral 2 del artículo 158. El problema se presenta en este segundo supuesto al habilitar la utilización de la declaración del colaborador eficaz.

Dicho ello, el inconveniente, claro está, se centra en determinar si la declaración del colaborador eficaz, en el supuesto de ser empleada para sustentar un requerimiento de prisión preventiva, debe ser acompañada de elementos de corroboración que deriven del proceso especial de colaboración eficaz o, en su defecto, de aquellos que deriven del proceso ordinario.

271

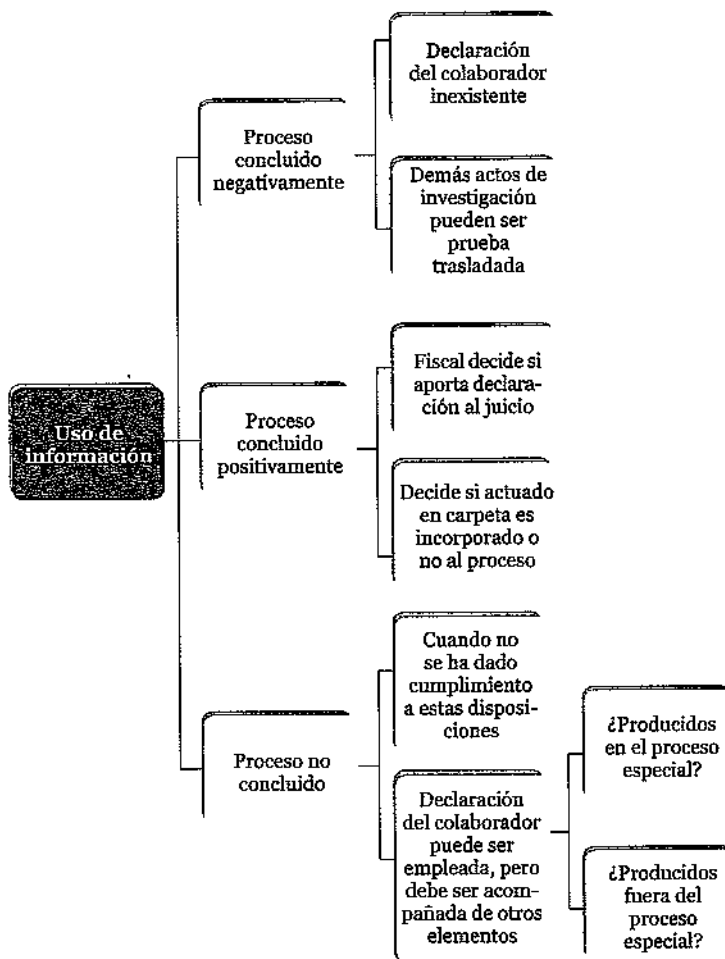
Siendo ello así, del contenido del citado Acuerdo Plenario se desprende, de los fundamentos 20 y 21, lo siguiente:

20. Se precisa que i) los elementos que corroboren internamente la declaración del colaborador servirán para el objeto del proceso de colaboración eficaz, ii) empero, para habilitar su utilización en el requerimiento de una medida coercitiva es necesario que el Ministerio Público acompañe los elementos corroborativos del proceso de colaboración eficaz. 21. Síntesis del voto en mayoría: la declaración del colaborador eficaz debe ser corroborada internamente para su objeto. Empero para ser utilizada en un requerimiento de medida coercitiva deberá acompañarse con los elementos de corroboración del proceso de colaboración eficaz. Estos elementos deberán ser valorados por el juez conjuntamente

con los elementos de convicción del proceso receptor. La declaración de un aspirante a colaborador eficaz, con procedimiento especial en trámite, podrá ser utilizada en otro proceso, siempre y cuando se acompañe con los elementos de convicción provenientes del procedimiento especial y/o de la carpeta fiscal.

A modo de ejemplificar lo desarrollado, lo explicamos en este gráfico:

272



CAPÍTULO VII

EL IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAÍS

I. Introducción a la problemática

Cuando se asume una defensa, sobre todo en etapa de investigación preparatoria, siempre es latente la posibilidad de que el Ministerio Público requiera la imposición de alguna medida de coerción, más excepcionalmente en etapa de diligencias preliminares, y de manera más inminente con la formalización de la investigación preparatoria.

Es más, la defensa siempre se prepara para dejar sentadas las bases que permitan ayudar en el enfrentamiento de la adopción de la medida de coerción. Por ejemplo, desde que se acude a una declaración de investigado se viene ya proyectando la debida entrega de datos de identificación, pensando en que eso podría ser utilizado por la Fiscalía como un supuesto de falta de arraigo domiciliario o laboral. O, a lo largo de la investigación, se deja constancia de un actuar indebido de parte de la Fiscalía en la programación de diligencias, o de la actitud colaborativa que tienen el investigado y su defensa.

275

Sobre esa lógica, en muchos casos la defensa prefiere «allanarse» o no debatir el requerimiento de medidas de coerción que pueden soportarse, y una de ellas es el impedimento de salida del país. Es decir, puede que el requerimiento de impedimento de salida no merezca un debate cuando esto podría ser considerado de manera positiva en el comportamiento del investigado de manera posterior, si es que la Fiscalía decide solicitar la imposición de la medida de prisión preventiva.

Esta ausencia de debate constante —aunque no en todos los casos, claro está—, en nuestra concepción, viene haciendo que el impedimento de salida se convierta en una medida de coerción de aplicación casi automática, sin que se analicen profundamente la concurrencia de sus presupuestos específicos, sobre todo el de «indispensabilidad» de la medida. No se analiza, por ejemplo, la medida alternativa al impedimento de salida, reconocida por la propia Corte Suprema, esto es, el solo señalamiento de dirección precisa y ubicable.

Por ello, en su momento, consideramos importante el debate del requerimiento de impedimento de salida del país porque, pese a no existir la necesidad de salida al exterior, considerábamos que el requerimiento fiscal no cumplía con los requisitos establecidos por la norma procesal.

276

Aquí presentamos un desarrollo teórico amplio respecto de la institución de impedimento de salida, con énfasis en sus requisitos específicos, que deben ser verificados caso a caso.

II. Trámite general

En la estructura del Código Procesal Penal de 2004 se regulan diversas medidas de coerción personal de diferentes magnitudes, siendo la más gravosa la prisión preventiva. En contraste con dicha institución, surgen otras medidas como la detención domiciliaria, la comparecencia simple o con restricciones y el denominado impedimento de salida del país.

Lo cierto es que las medidas de coerción deben ser la comparecencia, el impedimento de salida y otras, y la medida alternativa debe ser la prisión preventiva; y no al revés, como se

entiende actualmente, es decir, que existen medidas alternativas a la prisión preventiva, como si esta fuera la regla.

Partiendo de dicha noción, y de conformidad con el artículo 253 del Código Procesal Penal de 2004, se regulan de forma genérica las finalidades de la coerción personal, centrando dichos lineamientos en prevenir el peligro de fuga y la obstaculización a la averiguación de la verdad.

Teniendo en consideración dicha finalidad procesal, la institución procesal del impedimento de salida del país se encuentra regulada específicamente en el Código Procesal Penal de 2004, en el Libro Segundo, Sección III, Título VI, artículo 295, el cual desarrolla lo siguiente:

Artículo 295. Solicitud del fiscal

277

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.

Para determinado sector de la doctrina, el impedimento de salida del país es entendido como una modalidad de la comparecencia con restricciones, en la medida que, al ser impuesta por el órgano jurisdiccional, contiene una afectación a la libertad personal.

Así, para el profesor Pablo Sánchez Velarde, «el impedimento de salida del país contiene una afectación de derechos o libertades personales sin llegar a constituir una privación de libertad de manera efectiva en sede penal»³¹¹. Ello puesto que la persona sobre la que recae dicha medida goza de un derecho restringido a la libertad de tránsito, ya se encuentra delimitado a la localidad en la que habita.

Para el jurista Gonzalo del Río Labarthe, el impedimento de salida del país:

[...] siempre se ha concebido como una medida cautelar personal del proceso penal y, todo indica que la voluntad del legislador en el NCPP 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.

278

De los alcances antes señalados se puede arribar a la conclusión de que el impedimento de salida del país se erige como una medida de coerción personal, de menor intensidad en comparación a la prisión preventiva, siendo así que para su imposición debe tenerse en consideración la existencia de motivos razonables, tanto más si su finalidad es evitar el peligro de fuga como obstrucción que pueda representar el procesado.³¹²

El sistema de regulación de las medidas cautelares de orden personal en el Código Procesal Penal considera una diferenciada intensidad del peligro de fuga. No es la misma in-

³¹¹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Iustitia, 2020, p. 743.

³¹² DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *Prisión preventiva y medidas alternativas*. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 463.

tensidad del peligro de fuga en la prisión preventiva la que se debe exigir para las demás medidas de coerción; de tal modo que en cuanto a la exigencia del peligro de fuga tenemos, de mayor a menor: la prisión preventiva, la comparecencia con restricciones y el impedimento de salida en el mismo nivel de graduación, y, en último lugar, la detención preliminar, para la que evidentemente se exige una menor intensidad de peligro procesal.

En el mismo orden de ideas, debe tenerse presente la existencia de motivos razonables para su imposición, puesto que significa la afectación a un derecho fundamental de toda persona, como lo es la libertad de tránsito, amparada en el artículo 2, numeral 11 de la Constitución Política del Perú.

Del mismo modo, para el jurista Roberto Cáceres Julca, el impedimento de salida del país constituye:

279

[...] un mandato cautelar cuya finalidad es asegurar la comparecencia del imputado en el proceso, por lo que el órgano jurisdiccional solo puede adoptar esta medida cautelar a pedido del fiscal, siempre que existan elementos de juicio suficientes que permitan razonablemente inferir que el inculcado se sustraerá del proceso penal cuando la situación en el proceso le sea desfavorable.³¹³

II.I. Procedimiento

Teniendo en consideración que se está frente a una medida de coerción personal, su imposición necesariamente requiere la solicitud previa de parte, siendo que esta facultad se en-

³¹³ CÁCERES JULCA, Roberto. *Las medidas cautelares*. Lima: Jurista Editores, 2009, p. 132.

cuentra conferida al representante del Ministerio Público, de conformidad con la norma legal prevista en el artículo 295 del Código Procesal Penal.

El procedimiento a seguir para determinar si se deberá o no imponer una medida tal como la del impedimento de salida se encuentra regulado en el artículo 296 del Código Procesal Penal, el cual establece:

1. La resolución judicial también contendrá los requisitos previstos en el artículo anterior. Rige lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 279.

2. La medida no puede durar más de cuatro (4) meses en el caso de testigos importantes.

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.

5. En el caso de testigos importantes, la medida se levantará luego de realizada la declaración o actuación procesal que la determinó.

6. El juez resolverá de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 279. Para lo dispuesto en el recurso de apelación rige lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 278.

El requerimiento de impedimento de salida presentado por el Ministerio Público deberá cumplir con presupuestos de carácter formal como material, partiendo incluso por delimitar los datos de identificación del investigado, motivar debidamente la causal bajo la cual debería ampararse dicha solici-

tud y los motivos que permitan razonablemente determinar la necesidad de dicha medida, el plazo de la misma y por qué alguna otra medida de menor intensidad no podría suplir el objetivo del impedimento de salida del país.

Un aspecto relevante de dicha regulación es el contenido del inciso sexto del citado artículo 296, el cual sostiene que lo resuelto por el órgano jurisdiccional debe ajustarse a los lineamientos establecidos en los incisos 2 y 3 del artículo 279, que regula la variación de comparecencia a prisión preventiva.

Sin embargo, el inciso 2 de la citada norma penal establece que, para resolver lo peticionado, el juzgador deberá necesariamente convocar a audiencia para decidir el requerimiento fiscal. Dicha audiencia se celebrará con los asistentes que concurren, a efectos de que el juez resuelva de forma inmediata o, en caso contrario, emita su resolución en el plazo de 48 horas de celebrada la audiencia.

281

Dicho ello, la norma procesal penal permite que, a efectos de que el órgano jurisdiccional emita una decisión debidamente motivada, convoque a una audiencia en determinados supuestos, donde naturalmente tendrá lugar el contradictorio efectuado entre ambas partes. En la audiencia serán expuestos los argumentos tanto del Ministerio Público como los de la defensa, los cuales deben crear determinado grado de convicción en el juzgador a efectos de que se arribe a una decisión.

Habiéndose dado término a la audiencia correspondiente, la autoridad judicial emitirá decisión debidamente motivada, para lo cual deberá precisar los siguientes datos en su resolución judicial:

- Datos de identidad del afectado
- El delito objeto del proceso penal con una sanción mayor de 3 años de pena privativa de la libertad
- La justificación de la medida, indispensable para la indagación de la verdad
- Lugar donde regirá la medida o en su caso de la localidad específica
- Duración de la medida, según corresponda

La resolución judicial de impedimento de salida del país será notificada inmediatamente por el órgano jurisdiccional a la División de Requisitorias de la Policía Nacional del Perú para el registro de la medida en la base de datos correspondiente y para conocimiento de las unidades policiales a nivel nacional.

282

II.II. Duración

En cuanto a la duración de la medida, se establecen regulaciones distintas para testigos y procesados. A aquellas personas que ostenten la calidad de testigos, cuyo testimonio sea de vital importancia, la medida a imponerse no podrá ser mayor a los cuatro meses. Situación distinta a la de aquellos individuos que ostenten la condición de investigados, para quienes, de conformidad con el inciso 3 del artículo 296 del Código Procesal Penal, los plazos de duración de impedimento de salida son los contemplados en el artículo 272 del citado cuerpo normativo.

Siendo ello así, en el supuesto de que se trate de un caso denominado simple, la duración de la medida no podrá ex-

ceder de los nueve meses; si se estuviese frente a un proceso declarado previamente complejo, el plazo de duración de la medida no podrá ser mayor a los dieciocho meses y, finalmente, frente a un proceso de criminalidad organizado, la duración de la medida deberá versar sobre un máximo de treinta y seis meses.

Sin embargo, el juzgador, al momento de decidir el requerimiento fiscal de impedimento de salida de conformidad con el inciso 2 del artículo 295 del Código Procesal Penal —el cual, como ya hemos visto, regula la institución procesal del impedimento de salida del país—, deberá contemplar la duración de la medida a imponer. Ello no significa que necesariamente deba acoger el máximo de los plazos previamente señalados.

La duración de la medida no solo debe ser desarrollada por el representante del Ministerio Público en su requerimiento fiscal, sino que al mismo tiempo el juzgador, al momento de decidir, deberá fundamentar su resolución en parámetros de razonabilidad, a efectos no solo de desestimar o aprobar el requerimiento fiscal, sino que en el caso de aprobarla deberá fundamentar la duración de la medida impuesta.

Resulta preciso señalar que el juzgador, al momento de resolver, únicamente podrá pronunciarse respecto del plazo señalado en el requerimiento fiscal, el mismo que deberá respetar el plazo previsto en la norma procesal penal. En efecto, no puede acogerse la medida imponiendo un plazo desproporcional que se ubique por encima del máximo solicitado por el representante del Ministerio Público, el mismo que se encuentra delimitado por su requerimiento y por la norma procesal penal.

II.III. Posibilidad de ampliación

Cierto es que existe la posibilidad de prolongar la situación jurídica concerniente al impedimento de salida del país, ya sea del testigo o del investigado sujeto a un proceso penal. Ambos escenarios encuentran una regulación distinta por parte del Código Procesal Penal.

Ya hemos delimitado previamente el contenido del artículo 296 del Código Procesal Penal, siendo que en los incisos 4 y 5, respectivamente, desarrolla los supuestos de prolongación de la medida. En ese orden de ideas, resulta procedente la posibilidad de que se amplíe dicha situación jurídica únicamente frente a aquella persona que ostente la condición de investigado, pues la norma procesal resulta ser clara al señalar que, en el caso de testigos importantes, la medida se levantará luego de realizada la declaración o actuación procesal que la determinó.

284

Ello resulta lógico, porque, respecto del testigo, la finalidad que se busca es que pueda brindar su relato con las garantías necesarias de las que es titular, careciendo así de lógica que permanezca vigente o se amplíe la medida coercitiva de impedimento de salida si se ha cumplido con dicho objetivo.

Situación distinta se presenta en el supuesto de aquellas personas con sujeción a un proceso penal. La norma procesal penal de forma expresa ha señalado que la prolongación únicamente procederá contra los investigados; sin embargo, solo se dará en determinados supuestos y bajo el trámite previsto en el artículo 274 del código adjetivo, el cual regula la prolongación de la prisión preventiva.

No se está, por tanto, frente a una prolongación automática de la medida, dado que esta únicamente será prolongada siempre y cuando concurren circunstancias de especial dificultad que hagan necesaria la vigencia de la medida o se desprenda que el investigado pueda rehuir el actuar de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria.

Asimismo, teniendo en consideración que el trámite a seguir es el previsto en el inciso 3 del artículo 274 del Código Procesal Penal, debe tenerse en consideración que, a efectos de resolver el requerimiento fiscal de prolongación de la medida de impedimento de salida del país, se deberá convocar a audiencia, a la cual deben acudir el representante del Ministerio Público, el procesado, así como su abogado defensor; es decir, la concurrencia de las partes no resulta ser facultativa, siendo que, una vez efectuados los alegatos de las partes, el juzgador deberá resolver de forma inmediata o en el plazo de las 72 horas siguientes.

285

II.IV. Modalidades

La imposición de una medida como el impedimento de salida del país suele ser estudiada desde diversos aspectos en lo que respecta a su aplicación, puesto que son distintos los escenarios cuando dicha medida recae sobre testigos o cuando es impuesta a investigados, o si su imposición requerirá o no de audiencia pública.

1. Sobre las personas

En atención a la primera clasificación, la Corte Suprema de la República ha expresado en el Acuerdo Plenario 03-2019/

CIJ-116, específicamente en el considerando 23, el mismo que ha sido establecido como doctrina legal, lo siguiente:

Puede advertirse que el impedimento de salida en el ordenamiento jurídico nacional tiene doble manifestación de una medida de coerción 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.

Como se ha precisado, la naturaleza jurídica de la institución procesal del impedimento de salida del país implica una doble manifestación. Se trata, por tanto, de una medida de coerción personal cuando esta es impuesta a aquellas personas que ostenten la condición de investigados, y se está frente a una medida de aseguramiento personal cuando sea aplicable a testigos importantes.

286

a. En imputados

La regulación para la imposición del impedimento de salida del país como medida de coerción personal sobre imputados se da con la finalidad de asegurar su permanencia en el proceso mismo, evitando lo que debería significar un potencial peligro de fuga u obstrucción a la actividad probatoria.

En la misma línea de ideas se ha pronunciado el jurista César San Martín, para quien:

[...] el impedimento de salida constituye un medio para evitar el riesgo de fuga del imputado, en especial al extranjero, a partir de la cual pone fuera del alcance de la justicia nacional o dificult

ta gravemente la persecución del delito. Esta medida se justifica como modo de asegurar su pronta y segura ubicación cada vez que se requiera su presencia en el proceso y siempre que la mera fijación del domicilio no sea suficiente para tal fin.³¹⁴

Como se evidencia, la finalidad que se persigue en dicho supuesto difiere de la finalidad de dicha medida cuando es impuesta a aquellos testigos importantes, encontrándose a su vez una regulación distinta en cuanto al plazo de duración de la medida como al supuesto de prolongación de la misma.

Ahora bien, en un inicio la norma procesal contemplaba como plazo máximo de duración de dicha medida un periodo de cuatro meses; sin embargo, tras la entrada en vigencia de la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado, la cual modificara la Ley 27379, trajo consigo una modificación en cuanto a los plazos máximos del impedimento de salida del país.

287

Tras la citada modificatoria, se ha determinado que, al tratarse de casos simples, la duración de la medida deberá versar sobre un máximo de nueve meses; en el supuesto de casos que previamente han sido catalogados como complejos, la medida tiene un máximo de duración de dieciocho meses; y, finalmente, sobre los denominados casos de criminalidad organizada, el plazo de duración tendrá un máximo de treinta y seis meses.

Así pues, el plazo de duración de la medida, como la prolongación de la misma en los supuestos de aplicación a los imputados, de conformidad con el artículo 296, se da bajo los

³¹⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, p. 477.

lineamientos que regulan la prisión preventiva, así como su prolongación, siendo que estos se encuentran previstos en el artículo 274 del código adjetivo.

b. En testigos

Cuando se trate de testigos, la norma procesal penal contenida en el artículo 296 del código adjetivo regula que el plazo de duración no deberá ser mayor a cuatro meses, no dando cabida a ningún supuesto de prolongación de dicha medida.

Dicha imposibilidad de prolongar la medida aplicable a testigos radica en que una de las manifestaciones del impedimento de salida del país la concibe como una medida de aseguramiento personal, la cual tiene como finalidad salvaguardar la permanencia del testigo importante en tanto sea necesario su testimonio. La norma procesal hace referencia a la condición de testigo importante; sin embargo, no hace una distinción de los supuestos que deberán concurrir para catalogar a un individuo como testigo importante.

288

Lo cierto es que la medida de aseguramiento personal se levantará luego de realizada la investigación o actuación procesal que determinó la necesidad de imponer dicha medida en la figura del testigo importante.

En ese mismo orden de ideas, Del Río Labarthe ha sostenido que:

La limitación de la libertad de tránsito de un testigo no constituye una medida cautelar personal del proceso penal porque no se asegura el desarrollo y resultado del proceso vía una neutralización de conductas que, desde la perspectiva del principio de

proporcionalidad, deben partir necesariamente del imputado. Se restringen determinados derechos fundamentales con el objeto de asegurar un acto de investigación.³⁴⁵

2. Sobre la forma

Resulta necesario también estudiar el contexto bajo el cual se determina la imposición del impedimento de salida del país, ya sea como medida de coerción personal o como medida de aseguramiento personal. El estadio procesal en el que se solicita dicha medida implicará, pues, un punto de partida para delimitar el desarrollo del proceso para su imposición.

No siempre la imposición de dicha medida se da con la realización de audiencia en la cual, en esencia, debería efectuarse el contradictorio entre las partes. Ya sobre ello la Corte Suprema de la República se ha pronunciado en su oportunidad, en el Acuerdo Plenario 03-2019/CIJ-116, siendo que el fundamento jurídico 34 (el cual incluso ha sido catalogado como doctrina legal) señala lo siguiente:

289

El impedimento de salida del país en diligencias preliminares permite su imposición sin necesidad de audiencia y en investigación preparatoria formal autoriza su imposición mediante la previa realización de una audiencia de acuerdo a lo estipulado en el apartado 6 del artículo 296 del CPP. 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.

³⁴⁵ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano*. Universidad de Alicante, Alicante, 2016, p. 400. [Tesis de doctorado].

a. Con audiencia

Se estará frente a la obligatoriedad de realización de una audiencia, en la cual se debatirá el requerimiento fiscal de impedimento de salida del país, cuando nos encontremos en el estadio procesal correspondiente a la investigación preparatoria formalizada, puesto que, de conformidad con el artículo 295 del Código Procesal Penal, dicha institución procesal como medida de coerción personal es dirigida contra el imputado.

Cabe precisar que la condición de imputado no solo hace referencia a aquella persona cuya responsabilidad se encuentra delimitada en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, sino que también involucra a aquella persona contra la que desde un inicio se dispuso el inicio de las diligencias preliminares. Al menos así lo ha entendido la Corte Suprema de la República en el Acuerdo Plenario 03-2019/CIJ-116, fundamento 36, al señalar lo siguiente:

a. 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 analógica.

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 denominado «imputado» a aquel contra quien se dictó las diligencias preliminares, a tal extremo que estipula que puede producirse determinados supuestos de acusación directa.

Por tanto, se hace referencia a que, cuando el requerimiento fiscal sea presentado ante el órgano jurisdiccional en el marco de la denominada investigación preparatoria formalizada, será necesaria la celebración de una audiencia a efectos de debatar el requerimiento de impedimento de salida del país.

b. Sin audiencia

Situación distinta es aquella en que la medida es solicitada en el marco de las llamadas diligencias preliminares, las cuales, si bien es cierto implican una subfase de la investigación preparatoria, no hacen de obligatorio cumplimiento la realización de una audiencia a efectos de resolver el requerimiento de impedimento de salida del país.

Dicho mandato no implica que se debe generar un estado de indefensión al individuo inmerso en un proceso penal, pues únicamente se establece que, atendiendo al estadio procesal, no resultan de observancia obligatoria los lineamientos propios de una audiencia, como sí lo es en el estadio procesal de investigación preparatoria formalizada.

Esto ha sido reconocido por la legislación especial vigente para un ámbito de aplicación específico en la subfase de investigación preliminar o diligencias preliminares, conforme a la Ley 27379 y sus normas conexas y modificatorias. Sobre esa base, la Corte Suprema ha señalado que: «La primera (Ley 27379) permite su imposición sin necesidad de audiencia»³¹⁶.

³¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 03-2019/CLJ-116, del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico 34.

3. Sobre la etapa procesal

Inicialmente existía un vacío legal respecto de si la medida de impedimento de salida del país debía ser solicitada solo en el marco de la investigación preparatoria formal o si esta podía ser solicitada incluso en el marco de las diligencias preliminares.

Sobre ello, la Corte Suprema de Justicia la República se ha pronunciado, en su oportunidad, en el Acuerdo Plenario 03-2019/CIJ-116, siendo que el fundamento jurídico 34, catalogado como doctrina legal, señala lo siguiente:

Es de destacar, de un lado, la existencia de una ley especial vigente para un ámbito de aplicación específico en la subfase de investigación preliminar o diligencias preliminares, conforme a la Ley 27379 y sus normas conexas y modificatorias: y, de otro lado del Código Procesal Penal que disciplina el impedimento de salida del país en la subfase 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 diligencias preliminares —en los supuestos legalmente previstos— como ya instaurada la investigación preparatoria formal.

292

a. En diligencias preliminares

Siendo así, resulta pertinente la imposición de una medida tal como el impedimento de salida del país en el desarrollo de las denominadas diligencias preliminares. Claro está que el nivel de convicción al que deberá arribar el representante del órgano jurisdiccional no deberá ser similar al de una sospecha grave como se da en los supuestos de prisión preventiva.

No se ha establecido, por tanto, un estándar de sospecha, como sí se ha dado a nivel de otras instancias, como lo evidencia la Sentencia Plenaria Casatoria 01-2017-CIJ-433; sin embargo, la Corte Suprema ha tenido a bien precisar en el Acuerdo Plenario 03-2019-CIJ que, en los supuestos que dicha medida sea solicitada en el marco de las denominadas diligencias preliminares, y teniendo en consideración que el estándar requerido en dicho estadio procesal es el de sospecha inicial, la misma tendría que ser aplicable para la imposición de dicha medida de coerción personal.

En este sentido, el citado Acuerdo Plenario, en el fundamento jurídico 38, consagra lo siguiente:

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 denominarse «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 de proporcionalidad.³¹⁷

³¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 03-2019-CIJ, *op. cit.*, fundamento jurídico 38.

Resulta permisible que, en el marco de las diligencias preliminares, y a efectos de salvaguardar la permanencia del imputado al proceso, o ya sea para evitar que pueda perturbar la actividad probatoria, se podrá disponer como medida de coerción personal la imposición del impedimento de salida del país. Ello, en la medida que resulta proporcional su aplicación y siempre que concurren circunstancias que lleven al juzgador a concretar cierto grado de sospecha propia de las diligencias preliminares, esto para los supuestos de imputados.

Situación distinta es la que se evidencia cuando dicha medida recae sobre los denominados testigos importantes, a quienes se les dictará dicha medida únicamente en tanto resulte necesaria la realización de un determinado acto de investigación que involucre su participación.

294

Dicha concepción que posibilita la aplicación del impedimento de salida, ya sea como medida de coerción personal o como medida de aseguramiento respecto de testigos, se fundamenta en la unidad del proceso mismo, entendiendo que las diligencias preliminares forman parte intrínseca de la investigación preparatoria formalizada.

b. En investigación preparatoria formalizada

Distinto es el escenario cuando se está frente a la investigación preparatoria formalizada, es decir, cuando de por medio se encuentra el título objeto de imputación, el mismo que, de conformidad con la Sentencia Plenaria Casatoria 01-2017-CLJ-433, para su emisión necesariamente se deberá llegar a un estándar de sospecha reveladora.

Sin embargo, dicho estándar no solo es requerido para la emisión de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, sino que, al tratarse de por medio de un requerimiento de impedimento de salida en el marco de dicho estadio procesal, dicho estándar también deberá ser aplicable para la imposición de una medida de tal magnitud.

Incluso la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, en la causa tramitada en el Expediente 32-2019-2, ha considerado que, estando en el marco de la investigación preparatoria formalizada, es indispensable contar con dicho estándar de criminalidad a efectos de que el órgano jurisdiccional avale dicho requerimiento; siendo así, ha establecido en el fundamento jurídico 2.1 lo siguiente:

Sobre el particular, trasciende que la comparecencia con restricciones y el impedimento de salida del país tienen un margen de justificación amplio, bastando para su establecimiento la sospecha reveladora de criminalidad, vale decir, constatándose mínimamente: «indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad».

295

Dicho estándar de sospecha reveladora ha sido desarrollado en su momento en el literal B del fundamento jurídico 24 de la Sentencia Plenaria Casatoria 01-2017/CIJ-433, comprendiendo así lo siguiente:

Los elementos de convicción han de ser racionales, descartándose por ello de vagas indicaciones o livianas sospechas, de suerte que la aludida disposición debe apoyarse en datos de valor fáctico que, representando más que una posibilidad y menos que una

certeza, supongan una probabilidad de la existencia de un delito —no se exige un inequívoco testimonio de certidumbre—. ³¹⁸

Por tanto, a diferencia de lo que ocurre cuando se está frente al desarrollo de las diligencias preliminares, la imposición de una medida como el impedimento de salida del país en un estadio procesal correspondiente a una imputación de carácter formal, implica un mayor desarrollo en cuanto al grado de criminalidad atribuido a la persona sometida a una investigación.

En esencia, se trata de imposibilitar que la imposición de dicha medida resulte desproporcional a los fines del proceso. Siendo así, no resultaría viable la imposición de dicha medida contra un imputado que a lo largo del proceso se ha mostrado colaborador con la actividad desplegada por el Ministerio Público, cuya responsabilidad penal no se encuentra debidamente delimitada, o no resulta penalmente relevante. Dicho estándar de sospecha es requerido a un nivel mayor, puesto que se entiende que ha existido un desarrollo mayor a ese nivel de investigación.

296

III. Presupuestos de aplicación

El impedimento de salida del país como medida de coerción personal requiere la concurrencia de presupuestos, siendo dichos presupuestos de carácter formal y material.

Del mismo modo, dicha medida deberá fundamentarse debidamente en tanto que por medio de ella se busca asegurar en

³¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Especial. Auto de apelación del Expediente 32-2019-2, del 3 de marzo de 2021, fundamento jurídico 2.1.

la práctica judicial la presencia del procesado durante el desarrollo mismo del proceso. Asimismo, la norma procesal ha sostenido que dicha medida será solicitada cuando resulte indispensable la averiguación de la verdad, es decir, la recopilación de elementos de convicción por parte del Ministerio Público.

El legislador ha considerado conveniente que, con la imposición de la medida de coerción personal referida al impedimento de salida del país, se busque no solo la sujeción del imputado al proceso, sino que adicionalmente se evite el entorpecimiento a la actividad probatoria por parte de este.

Dentro de los presupuestos formales se establece que «el requerimiento fiscal (de impedimento de salida del país) esté fundamentado que incluso fije el tiempo de su duración. Además se requiere la realización de una audiencia»³¹⁹.

297

De este modo, el requerimiento formalizado ante el juez de investigación preparatoria debe contener lo siguiente:

- Datos de identificación de la persona sobre la que se solicita la medida
- El delito investigado
- La prognosis de pena
- La justificación de la medida, indispensable para la indagación de la verdad
- Precisión del lugar donde regirá la medida o en su caso de la localidad específica

³¹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, p. 477.

- La fijación del límite temporal de esta medida

Asimismo, se requiere la realización de una audiencia, a efectos de ejercer un cabal cumplimiento de principios y garantías constitucionales, como lo son el principio acusatorio, la oralidad y la contradicción.

III.I. Exigibles como medida de coerción general

1. *Fumus delicti comissi*

El denominado *fumus delicti comissi* es la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado³²⁰.

Existen tipos de sospechas que se requieren en determinada etapa y para determinada imposición de medida cautelar. Debemos precisar que para la adopción de la medida cautelar de impedimento de salida del país no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, no se exige sospecha grave y tampoco se exige sospecha suficiente. La exigencia es sospecha reveladora; y conforme a la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, respecto a dicha sospecha se ha señalado lo siguiente:

La sospecha reveladora [...] en cuanto imputación formal de carácter provisional, consiste en la existencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta [...], mediante la presencia de elementos de convicción con determinado nivel, medio, de acreditación [...] se requiere probabilidad de intervención del imputado en un hecho punible.

³²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 626-2013, Moquegua, del 30 de marzo de 2015, fundamento jurídico 26.

Los elementos de convicción han de ser racionales, descartándose por ello de vagas indicaciones o livianas sospechas, de suerte que la aludida disposición debe apoyarse en datos de valor fáctico que, representando más que una posibilidad y menos que una certeza suponga una probabilidad de la existencia de un delito [...].

El grado de sospecha requerido para la imposición de la medida cautelar de impedimento de salida del país ha sido establecido jurisprudencialmente por la Corte Suprema, conforme se advierte en el siguiente extracto:

El impedimento de salida del país tiene un margen de justificación amplio, bastando para su establecimiento la sospecha reveladora de criminalidad, vale decir, constatándose mínimamente: «[...] indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad [...]» (conforme al art. 336.1 del CPP).³²¹

299

2. Prognosis de pena

Dentro de los presupuestos materiales que son de obligatoria concurrencia para la imposición del impedimento de salida del país, como medida de coerción personal, se establece precisamente que la pena impuesta en un posterior desarrollo del proceso al imputado sea superior a los tres años de pena privativa de libertad.

³²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Especial, Expediente 32-2019-2, *op. cit.*, fundamento jurídico 2.1.

En ese sentido, la mayor parte de los delitos previstos en el Código Penal de 1991 se sancionan con una pena superior a los cuatro años de pena privativa de libertad. De ello se desprende que, en la gran mayoría de delitos previstos en nuestra legislación, resulta procedente el extremo referido a la prognosis de la pena.

La postura adoptada por nuestro legislador responde en esencia a una teoría de prevención general negativa de la pena, en la medida en que se busca incrementar las penas en respuesta a un populismo punitivo como política estatal, con la finalidad de reducir los índices de criminalidad. Esta política de trabajo no resulta idónea, tanto más si para su instauración se requiere un estudio diligente de las ciencias penales, el cual involucra a su vez tres dimensiones propias de su estructura, como la dogmática jurídico penal, la criminología y las políticas estatales.

300

Ahora bien, en el caso de la medida de impedimento de salida del país, la prognosis de la pena no debe ser un requisito en abstracto. Por el contrario, esta deberá ser desarrollada tanto en el requerimiento del Ministerio Público como en el auto expedido por el órgano jurisdiccional.

3. Peligro procesal

En su momento, el peligro procesal ha sido catalogado, al menos en el supuesto de imposición de la medida de coerción personal de prisión preventiva, como el presupuesto de mayor importancia a discutir, situación que no difiere en el contexto que se debata la medida de impedimento de salida del país,

sea esta entendida como medida de coerción o como medida de aseguramiento.

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema ha establecido que se requiere un riesgo concreto de peligro procesal a efectos de dictarse la medida de impedimento de salida del país, conforme se advierte a continuación:

Tal medida limitativa de derechos (impedimento de salida del país) 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.³²²

El hecho de que en un caso concreto se verifiquen objetivamente razones que hagan probable que el investigado se sustraerá de la acción de la justicia haría viable la aplicación de la medida de impedimento de salida del país. Sin embargo, dicho análisis deberá efectuarse paralelamente al peligro de obstrucción que pueda representar el imputado para con el proceso mismo.

301

La existencia del peligro procesal resulta ser el verdadero fundamento de la medida de impedimento de salida del país. Esta posición debe ser analizada de cara a cuál es la consideración que se tiene sobre la finalidad del proceso penal.

Entendemos nosotros, siguiendo a Roxin, que el proceso penal tiene cuatro fines específicos: condenar al culpable, pro-

³²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional Penal, Acuerdo Plenario 03-2019, del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico 22.

teger al inocente³²³, salvaguardar la forma judicial del proceso y, finalmente, la estabilidad jurídica de todas las decisiones³²⁴.

Desde los primeros estudios del derecho procesal —con juristas como Chiovenda, Carnelutti o Calamandrei—, es bien sabido que, para alcanzar la materialización de los fines del proceso, en un estado constitucional de derecho, el proceso requiere de un lapso que no necesariamente es corto^{325 326}.

La condena del culpable exige el paso por la etapa de investigación preparatoria, recabar los elementos de convicción que generen en el fiscal la necesidad de la presentación de un requerimiento acusatorio, para que luego de ello este pueda ser sometido a un control formal, material y probatorio a lo largo de la etapa intermedia, y así posteriormente pueda llegarse a una etapa de juzgamiento en la que se arribará a una sentencia condenatoria.

La protección del inocente implica la existencia de un proceso que sirva de escudo a la inminente vigencia y aplicación del derecho penal, que podría constituir la espada. La existencia y posibilidad de presentación de una tutela de derechos, la necesidad de convocar a audiencia previa a la imposición de

³²³ La exigencia procesal de circunstancias de especial dificultad, la verificación del mantenimiento y la presencia del peligro procesal constituyen manifestaciones de la finalidad del proceso, en cuanto pretenden proteger al inocente.

³²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Didot, 2000, p. 60.

³²⁵ CAPONI, Remo. *Piero Calamandrei y la tutela cautelar*. pp. 400-403.

³²⁶ DEI VECCHI, Diego. «Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes». *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVI (2), 2013, pp. 192-199.

una medida de impedimento de salida o la obligatoriedad de controlar las decisiones fiscales a través de la etapa intermedia constituyen manifestación de que el proceso penal también tiene como finalidad la protección del inocente.

Este tipo de controles, acciones y actos procesales en general, pasan, en el caso peruano y el proceso penal común, por diferentes etapas, como son la investigación preparatoria (con sus dos subetapas: las diligencias preliminares y la investigación preparatoria formalizada) la etapa intermedia y, finalmente, la etapa de juzgamiento.

La posibilidad que tendría el imputado respecto del peligro de fuga, debe ser analizada en concreto y en cada caso que se presente a consideración; esto, debido a que cada caso puede tener sus propias consideraciones. Sin embargo, ello no obsta a que se puedan regular determinados criterios que puedan coadyuvar al análisis que realice el juez de investigación preparatoria. De ahí a que nuestro Código Procesal Penal en su artículo 269, haya regulado criterios que, sin ser los únicos, puedan determinar la existencia del peligro de fuga.

303

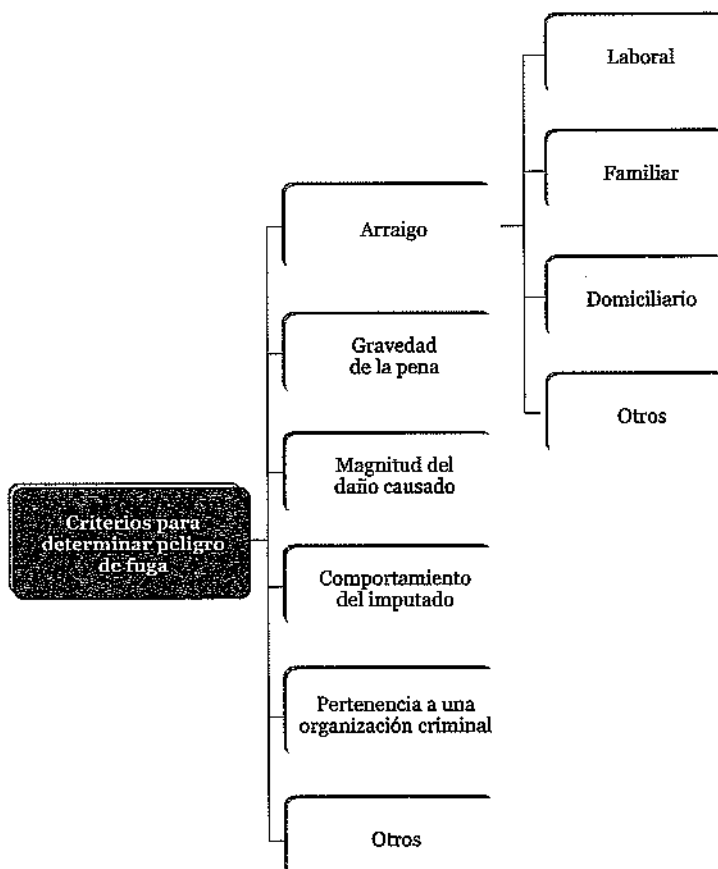
El Código Procesal Penal recoge dos manifestaciones del *periculum libertatis*; esto es conocido como la teoría de los dos peligros o intermedia³²⁷. Tanto el peligro procesal de fuga como el de obstaculización, cuentan con un reconocimiento legal expreso en nuestro ordenamiento. Se encuentran en los artículos 296 y 270, peligro de fuga y peligro de obstaculización, respectivamente.

³²⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, p. 459.

La legislación peruana establece, de manera genérica, abstracta y no taxativa, una serie de criterios que ayudan al juez de investigación preparatoria a analizar de mejor manera la existencia o no del peligrosismo procesal.

Existen ciertos criterios que el juzgador debe valorar al momento de determinar si en algún caso en concreto concurre el peligro de fuga como manifestación del peligro procesal. Dichos criterios, que nuestro Código Procesal Penal contempla, son los siguientes:

304



III.II. Presupuestos específicos

1. La indispensabilidad de la medida

La medida de impedimento de salida del país estuvo pensada por el legislador para ser utilizada o requerida en la etapa de investigación preparatoria formalizada, de ahí la ubicación de la misma. Posteriormente, esta medida fue ampliada a su utilización en la etapa previa, de diligencias preliminares.

La Corte Suprema en el XI Pleno Jurisdiccional Penal, ha establecido, vía Acuerdo Plenario 03-2019, los criterios obligatorios que se deben observar y desarrollar al momento de solicitar e imponer esta medida limitativa de derechos.

El derecho específico que se limita es la libertad de tránsito, por lo que su finalidad debe ser asegurar los fines del proceso. Debe ser indispensable para dichos fines del Proceso^{328 329}.

La interrogante materia de desarrollo en este punto es qué o cuáles son las finalidades del proceso.



³²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional Penal, Acuerdo Plenario 03-2019, del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico 20.

³²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia 03016-2007-PHC/TC, del 23 de octubre de 2008, fundamento jurídico décimo.

La doctrina legal fijada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 03-2019 recoge los aspectos y que se desarrollan a continuación

Respecto a asegurar la presencia del imputado, esto presupone que la necesidad de que el investigado permanezca de forma temporal dentro de un radio definido, con la intención de ser ubicable de manera rápida y segura cuando se requiera su presencia y participación en la investigación.

Implica también una disminución del riesgo de fuga, la intención de huir de la justicia, dificultar el escape del investigado. Se especifica que su ubicación deba ser pronta y necesaria, lo que implica que saber la dirección donde reside (residencia habitual) no sería suficiente o seguro.

306

La averiguación de la verdad, por otro lado, se encuentra conectada a la presencia del imputado, pues con esta última se logra la primera.

La averiguación supone que solo con la presencia del investigado se lograrán concretizar o realizar actos de investigación específicos que coadyuvarán a la investigación. Se consolida la actividad de investigación.

En ese sentido, se requerirá su presencia cuantas veces sean necesarias, siempre dentro del marco de diligencias programadas donde, valga la redundancia, se haya ordenado que esté presente. Solo con la participación del investigado se logrará llevar a cabo la investigación.

A nivel jurisprudencial, se han emitido pronunciamientos relacionados con la indispensabilidad para la indagación de la

verdad para determinar si corresponde o no dictarse la medida de impedimento de salida del país; así tenemos los siguientes:

a) Caso Susana Villarán

La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuera indispensable la medida y por el tiempo estrictamente necesario.³³⁰

b) Caso Mark Vito Villanela

Al no existir en la investigación preparatoria diligencias programadas que requieran la presencia del investigado, el requisito normativo de la indispensabilidad de la medida de impedimento de salida para la averiguación de la verdad no se satisface, pues la necesidad de que el recurrente se encuentre en el país debe estar vinculada a una actuación concreta prefijada por el Ministerio Público, el eventual señalamiento a futuro de actos de investigación resulta un factor contingente que no satisface el estándar normativo fijado en el CPP. Este requisito debe cumplirse tanto si opera como medida de búsqueda de pruebas o como medida de coerción.³³¹

c) Caso Ilan Heredia Alarcón

Solo se puede restringir el derecho fundamental de la persona a transitar y salir del país con la finalidad de buscar la verdad,

³³⁰ SISTEMA NACIONAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS. Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 36-2018-9. Resolución 2, del 14 de agosto de 2018, fundamento jurídico sexto. Caso Susana Villarán.

³³¹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADO Y DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS. Segunda Sala de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado, Expediente 299-2017-46. Resolución 18, del 27 de mayo de 2019, fundamento jurídico 28. Caso Mark Vito Villanela.

y en función de requerirse una actividad probatoria específica al investigado afectado.³³²

d) Caso Gerardo Sepúlveda

DECIMOQUINTO: [...] es válido que se imponga esta medida cuando resulte indispensable para la indagación de la verdad y evitar la ausencia del imputado, debido a que su presencia en los actos de investigación dispuestos por el Ministerio Público, es imprescindible.³³³

De acuerdo a los criterios jurisprudenciales antes señalados, podemos concluir que la Fiscalía debe cumplir con señalar que diligencias ya programadas requieren de la participación —necesaria— del investigado. Debe existir un acto en concreto. No se puede fundar en actos futuros o posibles.

308

2. Programación de diligencias establecidas mediante disposiciones fiscales

De acuerdo con el artículo 60 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Durante la investigación debe reunir los elementos de convic-

³³² CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADO Y DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS. Segunda Sala de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado, Expediente 249-2015-9. Resolución 12, del 6 de julio de 2019, fundamento jurídico 5.5. Caso Ilan Heredia Alarcón.

³³³ CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, Expediente 4-2017-11. Resolución 6, del 28 de setiembre de 2020, fundamento jurídico décimo quinto. Caso Gerardo Sepúlveda.

ción de cargo y considerar los elementos de convicción de descargo.

El Ministerio Público, mediante las disposiciones que emite a lo largo de investigación, programa determinadas diligencias; en ese sentido, resulta razonable afirmar que, si el impedimento de salida se va a imponer porque es indispensable para la indagación de la verdad, se debe requerir un acto de investigación concreto, establecido debidamente mediante una disposición fiscal.

Asimismo, si el fiscal, al sustentar el requerimiento de impedimento de salida del país, considera que existen actos de investigación indispensables por realizarse, el órgano jurisdiccional, durante el debate que se desarrolla en la audiencia de requerimiento de impedimento de salida del país, debe evaluar si dichos actos de investigación en ese momento se encuentran efectivamente pendientes de realizar o, de lo contrario, si estos ya se han realizado. Puesto que, si el fundamento es este último, no resultaría necesaria la medida, debido a que el argumento para que se dicte esta ya no tendría sustento alguno.

De igual modo, es posible que el fiscal sustente su pedido argumentando que existen actos de investigación por realizarse, tales como toma de declaraciones testimoniales. De acuerdo con ello, se deben analizar dos aspectos importantes:

- a) Como se ha mencionado en el párrafo precedente, si a la fecha del debate en el que se desarrolla la audiencia de requerimiento de impedimento de salida del país dicho acto se encuentra o no pendiente de realizarse.

- b) El Ministerio Público debe cumplir con acreditar mediante elementos objetivos la vinculación del investigado con el testigo que brindará su declaración, y la razón por la que dicha vinculación resultaría trascendente a efectos de que dicte la medida de impedimento de salida del país.

Cabe precisar que el Ministerio Público no debería brindar argumentos genéricos, tales como programación de actos de investigación a futuro, aún no programados mediante las disposiciones respectivas, o que siempre existirá o habrá la posibilidad de programarse diversos actos de investigación, puesto que si bien es cierto que la investigación se rige conforme al principio de progresividad, no obstante, dicho argumento, no acreditado mediante disposición alguna, desnaturalizaría la medida de impedimento de salida del país.

310

Para este fin, la Fiscalía debe señalar las diligencias ya programadas; debe existir un acto en concreto. No se puede fundar en actos futuros o posibles.

3. La necesidad de la presencia del imputado en el país en la diligencia a realizarse

La medida de impedimento de salida del país se dicta porque la presencia del imputado en determinado acto de investigación programado mediante disposición fiscal resulta imprescindible. Ello, puesto que resultaría indispensable para la indagación de la verdad y, además, para evitar su ausencia.

Siendo así, si por ejemplo está programada mediante disposición fiscal la diligencia de toma de declaración indagatoria, que requiere necesariamente la presencia física del inves-

tigado. Ello podría significar un argumento razonable para sustentar la medida de impedimento de salida del país.

No obstante ello, es necesario que se evalúe si la programación de diligencia de toma de declaración indagatoria obedece a una solicitud del propio investigado o si, por el contrario, es un pedido que el Ministerio Público había considerado. De ser conforme al primer supuesto, es el propio imputado quien desea coadyuvar con la administración de la justicia y no rehuir esta, y así lo demuestra sometándose a la persecución penal solicitando que se lleve a cabo la toma de su declaración. Esto no debería generar un perjuicio para dicho imputado al dictarse la medida de impedimento de salida del país, pues no resultaría racional que una persona quiera declarar para esclarecer los hechos que se le imputan y, al mismo tiempo, querer sustraerse de la acción de la justicia.

311

De otro lado, de haber sido el Ministerio Público el que de oficio, dispuso que se programe la declaración indagatoria, resultando indispensable que se lleve a cabo para la indagación de la verdad y para prevenir y lograr que no se ausente el imputado del país, el órgano jurisdiccional deberá considerar la fecha de la programación de dicha diligencia para determinar el plazo de la medida a imponerse. Así se ha establecido jurisprudencialmente, conforme al siguiente argumento:

DÉCIMO QUINTO: [...] es válido que se imponga esta medida cuando resulte indispensable para la indagación de la verdad y evitar la ausencia del imputado, debido a que su presencia en los actos de investigación dispuestos por el Ministerio Público, es imprescindible. En el presente caso, se evidencia que la necesidad de la averiguación está vinculada a la realización de las diligencias como la toma de la declaración del investigado [...]; sin embargo,

[...] dichos actos de investigación han sido programados para el mes de septiembre del año en curso, lo cual no justificaría que se limite más allá de dicha fecha la libertad de tránsito que le asiste al investigado.³³⁴

Asimismo, es importante señalar que, a efectos de garantizar los derechos de las personas sometidas a la persecución penal, el órgano jurisdiccional debe considerar que, aun en el supuesto en que se haya programado la toma de declaración indagatoria mediante disposición fiscal —la cual resulta indispensable que se lleve a cabo para la indagación de la verdad—, se debe considerar la nacionalidad y la ubicación del arraigo del investigado, puesto que, si se trata de una persona extranjera, conforme a criterios jurisprudenciales, resultaría contradictorio limitar su tránsito en un país distinto al de su origen. Así tenemos el siguiente argumento:

DÉCIMO SÉPTIMO: [...] de acuerdo a la Disposición [...], el MINISTERIO PÚBLICO advirtió la necesidad de programar diligencias sustanciales para el esclarecimiento de los hechos, dentro de las cuales se encuentra la toma de la declaración del investigado [...]. Sin embargo, este Colegiado considera que tales actos de investigación no justifican que el imputado sea impedido de ejercer su derecho al libre tránsito, pues, si bien es cierto que la realización de dichas diligencias obedecen a la concreción de algunos fines del proceso que están constitucionalmente protegidos, también lo es que no se advierten razones suficientes para limitar el derecho fundamental al libre tránsito que le asiste al imputado,

³³⁴ CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Expediente 4-2017-11. Resolución 6, del 28 de setiembre de 2020, fundamento jurídico décimo quinto. Caso Gerardo Sepúlveda.

puesto que se ha determinado que su arraigo se encuentra en el país de Chile, por tanto, resultaría contradictorio limitar su tránsito en un país distinto al de su origen.³³⁵

4. Señalamiento de domicilio: medida a analizar previo a requerimiento de impedimento de salida

La imposición de la medida de coerción personal propia del impedimento de salida del país debe dictarse bajo el respeto irrestricto del principio de proporcionalidad, de tal modo que su vigencia en el tiempo se encuentre debidamente fundamentada.

Siendo ello así, frente al supuesto en el que el órgano jurisdiccional acoge el requerimiento fiscal de impedimento de salida del país, debe valorarse si existe alguna causal que hace posible el desistimiento de dicha medida, siendo esta causal precisamente la fijación del domicilio del imputado.

313

Así, en su momento, el Subsistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la causa tramitada en el expediente 30-2017-5, en el cual ha tenido a bien desarrollar en el fundamento jurídico séptimo lo siguiente:

El impedimento de salida del país constituye un medio para evitar el riesgo de fuga del imputado, en especial al extranjero, ya

³³⁵ CORTE SUPERIOR NACIONAL DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Expediente 4-2017-11. Resolución 6, *op. cit.*, fundamento jurídico décimo séptimo. Caso Gerardo Sepúlveda.

que pone fuera del alcance de la justicia nacional o dificulta gravemente la persecución del delito. Esa es la definición que hace de dicha medida. Esta medida, sostiene, 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 para tal fin.³³⁶

Es precisamente dicha posición la que el Subsistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios ha reconocido también en el expediente signado con el número 29-2017-109³³⁷.

El señalamiento del domicilio del imputado es determinante para dilucidar si se impone o no la medida de impedimento de salida del país, en el sentido de que resultaría desproporcional, por ejemplo, en relación a los diversos actos de investigación efectuados por el Ministerio Público, que se ampare el requerimiento de impedimento de salida cuando el Ministerio Público tiene conocimiento certero del domicilio real del imputado, en el cual incluso ha sido debidamente notificado para la realización de diversos actos de investigación señalados en sede fiscal.

Es importante señalar que la Corte Suprema de la República ha expresado, en el Acuerdo Plenario 03-2019/CIJ-116, específicamente en el considerando 22 (el mismo que ha sido establecido como doctrina legal) lo siguiente:

³³⁶ SEGUNDO JUZGADO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL. Resolución 2, del 18 de diciembre de 2018, fundamento jurídico sétimo.

³³⁷ TERCER JUZGADO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL. Resolución 4, del 27 de mayo de 2021, fundamento jurídico tercero.

Esta medida (impedimento de salida del país) 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.³³⁸

Siendo así, el órgano jurisdiccional al momento de decidir respecto del requerimiento impulsado por el representante del Ministerio Público, deberá merituar las circunstancias intraprocesales como extraprocesales; esto es, no solo el peligro de fuga u obstrucción que pueda representar el imputado para con el desarrollo del proceso, sino también si es titular de un domicilio real, de conocimiento del Ministerio Público, y si en este ha sido objeto de notificaciones por parte de dicha entidad del Estado.

En esta línea, el órgano jurisdiccional deberá tener en consideración el plazo de la investigación, las programaciones de diligencias que han requerido durante ese tiempo la presencia del investigado, esto es, las oportunidades en las que se ha demostrado su participación activa al haber sido válidamente notificado en el domicilio que ha señalado, concurriendo a la diligencia y colaborando con la investigación y administración de la justicia. Si cada vez que existe un llamado por parte del Ministerio Público para determinadas diligencias el investigado ha sido ubicable en su domicilio señalado, y además de ello ha tenido participación en estas, no resultaría razonable que se imponga una medida que restrinja sus derechos al libre tránsito, como lo es el impedimento de salida del país.

³³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional Penal, Acuerdo Plenario 03-2019, del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico 22.

CAPÍTULO VIII

EL FUNCIONARIO DE FACTO

I. Introducción a la problemática

Aunque no sea necesariamente de aspecto procesal, de todos los temas que hemos desarrollado hasta ahora, este es uno de los más importantes en la defensa de Nadine Heredia Alarcón y aunque no fuera específicamente discutido en una audiencia, sí formó parte del debate en la audiencia de prisión preventiva que le fuera requerida a Nadine Heredia en el caso Gasoducto, y que en un primer momento se declaró infundada, para luego ser reformada por una detención domiciliaria.

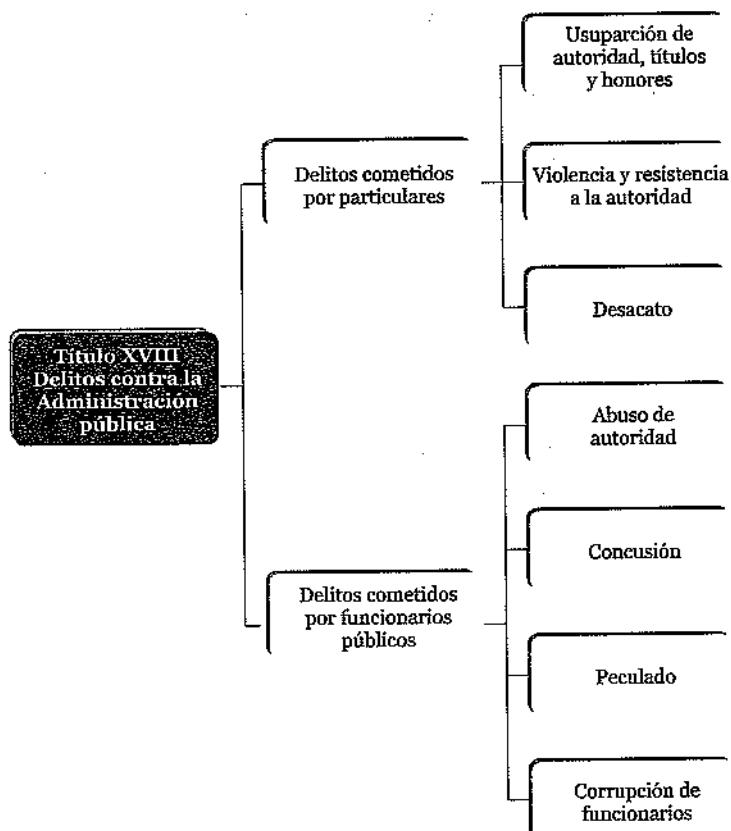
La imposibilidad de vincular a Nadine Heredia con el ejercicio directo de alguna función pública obligó a la Fiscalía a sostener que ella habría mantenido, en el periodo de gobierno presidencial de su esposo Ollanta Humala Tasso, la calidad de funcionaria de facto.

De seguro que el tema, académicamente, aún mantendrá vigencia y será debatido posteriormente, por lo que consideramos necesario dejar sentada nuestra posición al respecto, sobre la imposibilidad jurídica de aplicar de la figura de funcionaria de facto a Nadine Heredia Alarcón, por lo menos a la fecha de publicación de esta obra.

II. El funcionario público y los delitos contra la administración pública

Los delitos contra la administración pública no necesariamente exigen la concurrencia del funcionario público como autor de estos tipos penales. En algunos casos, se reconoce la posible autoría expresa y directa de particulares. De ahí que el Título XVIII del Código Penal diferencie entre delitos cometidos por particulares y delitos cometidos por funcionarios públicos, pese a tratarse en ambos casos de delitos contra la administración pública.

320



Es decir, en algunos delitos contra la administración pública nos encontraremos frente a delitos de infracción de deber, mientras que en otros podríamos estar frente a delitos de dominio o de organización.

En los entendidos como delitos de infracción de deber, debe reconocerse la obligatoria concurrencia del funcionario o servidor público para su configuración. Es precisamente su calidad y el quebrantamiento de sus funciones lo que permite su tipificación en principio, de ahí que su concurrencia, en el análisis, sea de naturaleza obligatoria.

En tanto se exige, en aquellos delitos, la concurrencia del funcionario o servidor público, debe establecerse cuál es el reconocimiento específico que se le ha dado en el ordenamiento peruano. El sistema punitivo peruano al tratar la responsabilidad penal del funcionario y servidor público tiene cuatro modos de abordarlo legalmente, los cuales se exponen a continuación.

321

II.I. Funcionario que cumple exigencias administrativas

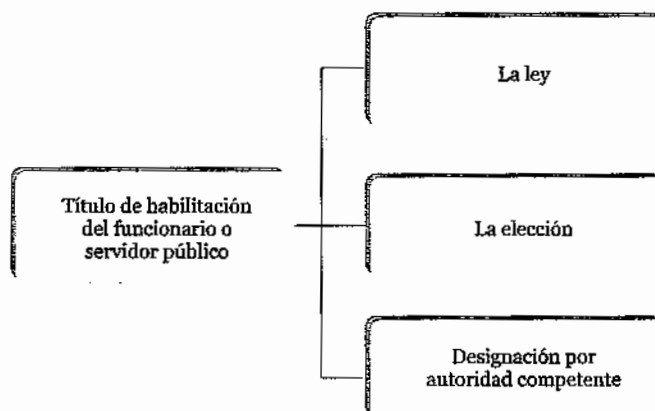
Es decir, entendiendo al funcionario como el sujeto público que cumple el conjunto de requisitos administrativos para tal calidad. Funcionario público *de iure* es el que ingresa a la administración pública respetando o cumpliendo todos los requisitos establecidos en el derecho objetivo³³⁹.

³³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Transitoria, Casación 442-2017, Ica, del 11 de diciembre de 2019, fundamento jurídico 32.

Se trata de una construcción legal histórica y secuencialmente descrita en todas las figuras penales del Código Penal que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido (la Administración pública), pues en ellas siempre se va a exigir como requisito de tipicidad que el funcionario abuse del cargo, viole sus obligaciones o deberes, omita sus atribuciones, etcétera.

El acceso debido a la función pública puede realizarse por diferentes vías específicas o, mejor dicho, el funcionario o servidor público, para ser considerado como tal, debe mantener un título que así lo habilite, y este puede tener diferentes escenarios. Así tenemos:

322



Un ciudadano puede acceder a la función pública mediante elección popular; por ejemplo, el presidente de la República como primer funcionario, congresistas, gobernadores regionales, alcaldes, etcétera.

El acceso se puede realizar también mediante un concurso público, a través de una convocatoria realizada por alguna en-

tividad estatal, y que luego de un proceso de selección permita el ingreso de un ciudadano a la función pública. O, en el caso de los cargos de confianza, a través de la designación específica de una alta autoridad del Estado.

Lo que se pretende explicar aquí es que un ciudadano puede formar parte de la administración pública, pero requiere para ello, necesariamente, de un título que así lo habilite. Y en un marco general, este se puede realizar a través de a) la ley, b) elección, o c) designación.

Como se verá más adelante, para el caso del funcionario de facto, también se requiere de un título de habilitación expreso, solo que este tendrá la característica de ser nulo o viciado. Mejor dicho, si los requisitos, o alguno o algunos de ellos, no son observados o respetados por alguien que ingresa a la función pública, entonces estaremos ante el supuesto de un funcionario de hecho³⁴⁰.

323

II.II. Extensión de la calidad de funcionario o servidor público

En algunos casos, el ordenamiento penal ha equiparado a la calidad de funcionario o servidor a algunas personas que no necesariamente tiene tal título, pero a las cuales, por razones de política criminal, se les considera como tales o mejor dicho se extiende el efecto propio de un funcionario o servidor para efectos penales. Se realizan extensiones específicas de tipicidad de dicha calidad, en tanto elemento normativo del tipo penal especial.

³⁴⁰ Idem.

Así, se puede verificar, por ejemplo, que el Código Penal extiende la calidad de funcionario o servidor público en los siguientes supuestos:

Artículo 386. Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares

Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias.

Artículo 388. Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

Artículo 392. Extensión del tipo

Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389 los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a parti-

culares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Se aprecia, mediante esta técnica legislativa, que los artículos 386, 388 y 392 del Código Penal equiparan la calidad de funcionarios —para fines penales— a determinados sujetos particulares, ya sean peritos, árbitros o contadores particulares, tutores, curadores, albaceas, contratistas, empleados, personas o representantes legales de persona jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Dicha extensión se realiza entendiendo que estas personas prestan o dan contribuciones importantes que incidirán en la afectación al bien jurídico, la administración pública. La especificidad del sujeto equiparado constituye aquí el límite de tipicidad que exige la norma, no pudiendo ampliarse a sujetos distintos.

325

Debe rescatarse que la extensión es permitida porque la legalidad penal así lo considera. Lo que no necesariamente sucede en el caso del funcionario de facto.

II.III. El concepto de funcionario anticipado

Es importante tener en consideración también que el concepto de funcionario público se considera anticipado a la asunción del mando. No se requiere que el funcionario, elegido por voto popular, por ejemplo, haya jurado, sino simplemente que haya sido elegido.

Así, se puede verificar de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, de 29 de marzo de 1996, también conocida como Convención de Caracas, que mediante su artículo I, Definiciones, señala:

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

Función pública: toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural o en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Funcionario público, oficial gubernamental o servidor público: cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Bienes: los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

Es decir, una tercera forma de entender el concepto de funcionario público a nivel penal es asimilando las construcciones de funcionario anticipado, que prescinde del ejercicio de función en una suerte de adelantamiento punitivo.

II.IV. Funcionario público extranjero

También se puede entender el concepto de funcionario o servidor público como un concepto internacional, reconocido por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que en su artículo 2 señala:

Artículo 2. Definiciones a los efectos de la presente Convención:

[...]

b) Por «funcionario público extranjero» se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;

c) Por «funcionario de una organización internacional pública» se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre;

Hasta aquí, estas podrían ser las formas como la legislación entiende al concepto de funcionario público. Y no se verifica que en algún momento se mantenga referencia al concepto de funcionario de facto.

327

La criminalización en los delitos que afectan el bien jurídico administración pública solo son posibles en los delitos de infracción de deber, en los delitos cometidos por funcionarios públicos, si concurre el componente personal funcional más importante: el funcionario o servidor público.

En los delitos contra la administración pública, cometidos por particulares, es decir, de organización o dominio, se requiere, por exigencia del mandato de determinación y principio de legalidad, fijación legal expresa del sujeto infractor, en circunstancias previas a la imputación. No es posible, en respeto a la legalidad, crear un concepto de autor de delito a título de «funcionario de facto», que no está incorporado en las normas previas del ordenamiento jurídico.

Entendido así, corresponde analizar si, excepcionalmente, pese a estas visiones reconocidas por la legislación, es posible

la creación de una concepción adicional que permita la imputación y posterior sanción a quien actúa en calidad de «funcionario de facto». Es decir, la construcción de una nueva visión o concepto de funcionario que permita ampliar el círculo de autores en los delitos contra la Administración pública.

III. El funcionario de facto

La existencia del concepto de funcionario de facto, en principio, tiene base en lo irregular y aun en la no profesionalización. Se trata de un concepto derivado del derecho administrativo, que reconoce la existencia de situaciones anómalas que se pueden presentar en lo largo de la administración pública.

La propia Corte Suprema reconoce que «el concepto de funcionario de hecho tiene su fuente en el derecho administrativo»³⁴¹.

Su irregular existencia no quiere decir necesariamente que cualquier acto cometido por quien ejerce funciones de facto necesariamente constituya delito alguno.

Explicemos mejor. Una irregularidad administrativa existe cuando, debido a conflictos políticos, disolución del Congreso de la República, ausencia de votos necesarios, etc., un miembro del Tribunal Constitucional sigue ejerciendo funciones como magistrado, pese a que el plazo por el que fue designado ya ha vencido. Este miembro no puede dejar el cargo hasta que el Congreso de la República designe a su reemplazo, es decir, se convierte en un funcionario que, de facto, sigue ejerciendo funciones.

³⁴¹ Idem.

Lo mismo sucede con el director de un hospital de provincia. Este no puede dejar de ejercer funciones hasta que no sea designado un nuevo reemplazo para el cargo. Es decir, existe una situación administrativa irregular debido a factores, como señalamos, de falta de profesionalización de la administración pública o, simplemente, de trámites administrativos inconclusos, que permiten que un funcionario siga ejerciendo, pero de facto.

Es decir, la existencia de un funcionario que sea considerado de facto no necesariamente es delictiva, aunque sí irregular para la administración pública.

Ahora bien, no existe propiamente una regulación del concepto funcionario de facto que permita diferenciar este tipo de situaciones en el derecho administrativo, y menos aun en el derecho penal.

Para su comprensión, debe contextualizarse en atención a lo que se define como funcionario público *de iure*, que es el que ingresa a la Administración pública respetando o cumpliendo los requisitos establecidos en el derecho objetivo. En esa dirección, si dichos requisitos, o alguno, o algunos de ellos, no son observados o respetados por quien que ingresa a la función pública, entonces estaremos ante el supuesto de un funcionario de hecho³⁴².

III.I. Reconocimiento administrativo del funcionario de facto

A nivel administrativo, como bien ha explicado el profesor César Nakazaki Servigón, en un análisis también del concepto de funcionario de facto solo que para el caso de Vladimi-

³⁴² Idem.

ro Montesinos, cuando fuera condenado en tal calidad en los casos Bedoya de Vivanco y dueños de medios de televisión, existen teorías que permiten entender el reconocimiento del funcionario de facto a nivel administrativo. Estas son³⁴³:

1. Teoría de la apariencia de la legitimidad pública o de la doctrina de facto

Es la apariencia de legitimidad frente al público el título de habilitación del funcionario de hecho. Se le considera funcionario público para proteger a las personas que se relacionan con él de buena fe, creyendo en la autenticidad de su condición precisamente por su apariencia de tal.

330

2. Teoría del nombramiento nulo o del fundamento procesal

Se define al funcionario de hecho como la persona que ejerce una función pública a pesar de tener un nombramiento nulo.

3. Teoría de la protección a los terceros

Señala que deben existir tres condiciones para que exista un funcionario de hecho: primero, el cargo público debe tener existencia *de iure* o reconocida por la ley; segundo, la persona debe estar en el ejercicio del cargo; tercero, la apariencia de legitimidad del título habilitante ante el público.

³⁴³ NAKAZAKI SERVICÓN, César. *Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del sub sistema de justicia anticorrupción del Perú*. Disponible en: <<https://bit.ly/3wHgyAa>>.

4. Teoría de la finalidad del ejercicio de hecho de la función pública

Esta teoría, que se ubica en la concepción amplia del funcionario de hecho, es criticada por no tener en cuenta el elemento fundamental del funcionario de facto: el nombramiento nulo. Su amplitud ha llevado a que se sostenga que ya no se trataría de un funcionario de hecho propiamente, sino de un particular que colabora con la Administración pública. La falta de nombramiento (con mayor razón su nulidad) es tolerada porque el particular ejerce la función pública para beneficiar a la colectividad.

5. Teoría de la buena fe subjetiva

Se define al funcionario de hecho como la persona que, con un nombramiento aparentemente regular, jurídicamente nulo, o en circunstancias excepcionales sin el mismo, ejerce de buena fe funciones públicas de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada. El funcionario tiene determinadas características: existencia legal del cargo, la posesión del cargo, la apariencia de legitimidad del título o nombramiento.

331

Con base en estas teorías, existen tres razones que posibilitan que el sistema admita la hipótesis de funcionario de hecho:

- a) Procurar evitar la lesión al normal funcionamiento de las funciones públicas implícitas en el cargo público que anómalamente se encuentra ejerciendo el funcionario de facto;
- b) Proteger al propio funcionario de facto frente a posibles acciones en su contra, por ejemplo, un acto de violencia contra la autoridad; y

- c) Proteger la buena fe de los administrados que confían en los actos del funcionario de facto.

De este reconocimiento administrativo del concepto funcionario de facto podemos entender que este da cuenta de aquellas situaciones irregulares administrativamente y, en determinados casos, reconocidas por el sistema jurídico para casos igualmente excepcionales. Por ejemplo, un funcionario público ha perdido su calidad de tal, ya sea por cese, conclusión de su periodo de contratación, separación o destitución del cargo público, poseído y ejercido en un escenario precedente caracterizado por su legalidad, o en circunstancias en las que continúa desarrollando y ejerciendo actos de función ante la ausencia de su reemplazo o sustitución.

332 En el caso ya mencionado de un miembro del Tribunal Constitucional que ha culminado su periodo de designación, pero como aún no ha sido elegido su reemplazante, este se mantiene ejerciendo funciones; las razones por las cuales se le sigue reconociendo como tal, tienen sentido:

- a) se protege el correcto funcionamiento del máximo intérprete de la Constitución;
- b) se le protege al propio tribuno que se mantiene en el cargo, y
- c) se protege a los ciudadanos que confían en las decisiones del máximo órgano constitucional, que, de buena fe, confían en el mantenimiento público y pacífico que aún mantiene el tribuno.

III.II. Reconocimiento penal del funcionario de facto

Este desarrollo a nivel administrativo no ha sido exactamente el mismo a nivel de derecho penal, pero lo cierto es que el concepto de funcionario de facto ha traspasado la barrera y se ha convertido en un concepto de aplicación, sobre todo a los delitos contra la Administración pública.

Dejando constancia de la discrepancia que se puede tener sobre el uso del concepto de funcionario de facto, debido a su ausencia de reconocimiento legal, y lo que implica la extensión de la legalidad exigida en el título de imputación a nivel de derecho penal, debemos desarrollar lo que ya la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional han permitido.

Sobre el concepto de funcionario de facto, a nivel jurisprudencial se pueden encontrar algunos pronunciamientos. Así tenemos el caso Vladimiro Montesinos como el mejor ejemplo, desarrollado a nivel de Corte Suprema y Tribunal Constitucional, y más recientemente el caso Luis Alberto Gallegos Cáceres, trabajador de la Corte Superior de Justicia de Ica.

333

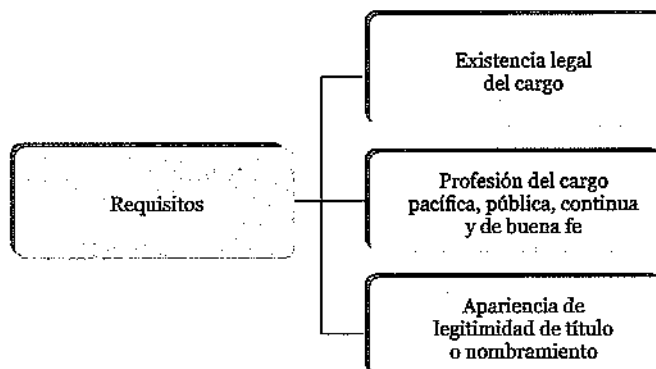
En ambos casos principales de jurisprudencia peruana, lo que se ha reconocido es que existen dos visiones, en el derecho penal, sobre la naturaleza del funcionario de facto: una visión amplia y una visión restringida.

La visión amplia es criticada por no tener en cuenta el elemento fundamental del funcionario de hecho: el nombramiento nulo³⁴⁴. De ahí que nuestro sistema jurisprudencial y doctrinal reconozcan tajantemente una visión restringida del concepto de

³⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 442-2017, Ica, *op. cit.*, fundamento jurídico 33.

funcionario de facto, lo que implica someter su aplicación a la concurrencia de determinados requisitos específicos.

Así, sobre la visión restringida y los requisitos de verificación para la aplicación del concepto funcionario de facto, la propia Corte Suprema, en la Casación 442-2017, Ica, del 11 de diciembre de 2019, establece los requisitos de aplicación del concepto funcionario de facto en el derecho penal:



1. Requisitos de aplicación

a. El cargo público debe tener existencia *de iure* o reconocida por la ley

Hace referencia a la necesidad de que exista el cargo y exista *de iure*. Es claro que no podría existir funcionario de hecho, si, por no haber cargo alguno a desempeñar, tampoco pudiera existir funcionario de *facto*.

Es decir, tiene que existir legalmente un cargo, de lo contrario correspondería preguntarse: ¿qué funciones se ejercería si no existe un cargo?

Cuando una persona es imputada de ser funcionario de facto, debe señalarse específicamente cuál sería el cargo que legalmente existe, con funciones específicas, que esa persona se encontraría ejerciendo.

b. La persona debe estar en el ejercicio del cargo

Este aspecto establece que la posesión del cargo debe ser específica, pública, continuada y de buena fe. Su actuación externa ha de ser de la misma naturaleza que sería la del funcionario de derecho.

Se necesita tener posesión de buena fe —del cargo—, pacífica y continua; es decir, el sujeto se considera verdaderamente funcionario, no considera estar arrogándose atribuciones que no le corresponden, sino que existió una designación o traslado de esas funciones por parte de un funcionario competente, lo cual puede ser de forma oral o escrita. El problema con la designación en este extremo es que deviene en nula o irregular, pues carece de nombramiento, elección popular o designación por ley.

335

Es decir, la persona imputada de ser un funcionario de facto, debe encontrarse ejerciendo el cargo, al que normalmente, como hemos señalado antes, se accede vía elección, por ley o por designación. En este caso, la persona tiene un título de habilitación, pero este es nulo.

Pese a ello, la persona ejerce funciones, pero lo hace de manera pública, es decir, se presenta a los administrados como funcionario de tal calidad.

Además, lo hace de buena fe, creyendo que su designación es válida, cuando en realidad su título habilitante es nulo.

Y, finalmente, el ejercicio de ese cargo que formalmente existe, lo hace de manera continua y pacífica, la persona cumple con las funciones públicas que cree le corresponden.

c. La apariencia de legitimidad del título habilitante ante el público

La existencia de un título, aunque irregular, aparentemente válido y que así lo considere el interesado.

Este extremo se refiere a que la percepción que tienen los demás es que el sujeto de facto es un funcionario, no existiendo impedimento, pero sí apariencia de legitimidad del cargo.

El caso que permitió que la Corte Suprema precise la concurrencia de estos requisitos para el concepto de funcionario de facto fue que³⁴⁵:

336

Se atribuyó al imputado Luis Alberto Gallegos Cáceres que, en su condición de asistente administrativo de la Unidad de Servicios Judiciales de la Corte Superior de Ica, en el periodo comprendido entre los meses de enero a junio de dos mil trece, se adjudicó de la suma de cuatro mil novecientos veinte soles, de la propiedad de dicho ente estatal, correspondiente al pago de alquileres, por la concesión de servicio de fotocopiado de la sedes de Pisco (Fonavi, Túpac Amaru y plaza de Armas), que le fueron entregados por la concesionaria Paula Radelia Guevara Jurado, en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de dos mil trece, a razón de ochocientos veinte soles mensuales, que debieron ser depositados por dicho trabajador en la cuenta de la Corte Superior del Poder Judicial de Ica, quien para recibir el pago de dichos al-

³⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 442-2017, Ica, *op. cit.*, fundamento jurídico primero.

quileres aprovechó el haber laborado en el área de recaudación y haber formado parte de la comisión encargada del Proceso de Selección de la Concesión del Servicio Fotocopiado de 2013, y así apropiarse de dichas sumas de dinero, pues no dio cuenta de haber recibido tales sumas de dinero a sus superiores.

Y con el análisis de concurrencia o no de los requisitos, la Corte Suprema termina concluyendo que:³⁴⁶

42. En este contexto, de las pruebas legítimamente incorporadas al contradictorio, no se advierte ninguna destinada a acreditar la relación funcional de hecho que habría tenido el casacionista respecto a los efectos o caudales públicas. No se aportó elementos de prueba que permitan colegir que, en el periodo que se desempeñó como auxiliar de requisitorias del Poder Judicial, haya tenido un dominio material o funcional sobre los bienes públicos, que se le haya conferido irregularmente, para percibir, custodiar o administrar los caudales o efectos estatales.

43. A ello se agrega que el funcionario de hecho es aquella persona física o natural que, con un nombramiento nulo o irregular —aunque para ella el nombramiento sea válido y lo ejerza de buena fe—, ejerza funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica o continuada. En este caso, está probado que el casacionista no ostentó los deberes funcionales específicos del delito de peculado, de manera efectiva, ni pública, ni pacífica, ni continuada. El dinero que percibió fue ajeno a una función de facto, pues tan solo representó el aprovechamiento de una situación aparente respecto a una persona en particular, para recibir dinero que no correspondía a su función.

³⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 442-2017, Ica, *op. cit.*, fundamentos jurídicos 42, 43 y 44.

44. En tal virtud, en el caso concreto, no estamos ante un funcionario o servidor de hecho, pues no se cumplen los presupuestos requeridos para que se pueda considerar al recurrente, como tal. En efecto, (i) el cargo no tiene existencia legal, pues no existe dentro de la organización administrativa de la Corte Superior de Justicia de Ica, un cargo de recaudador par concesiones de fotocopias o algo similar, en relación con el hecho imputado —por el contrario, en la cláusula seis del contrato de concesión de servicios de fotocopiado, del mes de enero de dos mil trece, quedó establecido que el concesionario debe depositar directamente en las cuentas del Banco de la Nación y, luego, entregar el vóucher al área de recaudaciones—; (ii) no concurre la posesión del cargo, pues el área de casacionista se desempeñaba como auxiliar de requisitorias; y (iii) no hay apariencia de legitimidad del título o nombramiento, pues el acto de delegación, conferimiento o designación de la función ni siquiera existió. Corresponde, entonces, la absolución del casacionista, por el delito de peculado doloso, previsto en el primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal.

338

2. La diferencia entre el delito de usurpación de funciones y el funcionario de facto

Si el funcionario de facto tiene a su favor una precedencia administrativa anómala, no sucede lo mismo con el usurpador, quien carece de título alguno para asumir y ejercer funciones públicas. El funcionario de facto, *contrario sensu*, tiene un título válido que ha decaído por determinadas circunstancias y que en condiciones normales o de regularidad administrativa no debería de ocurrir.

El usurpador lo es de cargo público o de funciones. En el primer supuesto, quien usurpa la calidad de policía nacional, por ejemplo. En el segundo, quien sin poseer atribuciones or-

dena detener a una persona o concede título habilitante para ejercer una profesión.

Es decir, se presentarían dos supuestos, como señala Nakazaki Servigón: a) un particular que sin nombramiento nulo ejerce funciones públicas, y b) un particular que con nombramiento nulo ejerce funciones públicas. El primero sería un supuesto de usurpador de funciones, y el segundo un funcionario de facto³⁴⁷.

No se admite que el usurpador de funciones sea considerado como un funcionario de hecho. Por tal razón se confrontan una concepción amplia que califica como funcionario de hecho al particular que sin título nulo ejerce funciones públicas, y una concepción restringida que lo rechaza al establecer que solamente se considere como tal a la persona que con título nulo ejerce las mismas³⁴⁸.

El usurpador de cargo o funciones afecta el monopolio que posee el Estado para asignar cargos públicos, funciones y atribuciones. Un funcionario público, para nuestra legislación penal, puede llegar a ser usurpador, cuando en el ejemplo dado del cese ha sido remplazado y continúa ejerciendo actos de función; actos que resultan, como es obvio, nulos y de oposición al derecho; o cuando invade atribuciones o áreas de función que no corresponden a su cargo o marco de competencias.

Dichas hipótesis son recogidas tanto para el funcionario/servidor público como para los particulares en los alcances de tipicidad del artículo 361 del Código Penal.

³⁴⁷ NAKAZAKI SERVIGÓN, César, *Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del sub sistema de justicia anticorrupción del Perú*, op. cit.

³⁴⁸ *Idem*.

Con relación al particular incurso en actos de usurpación de funciones (primera hipótesis legal del artículo 361), la norma penal exige que no posea título o nombramiento, esto es, habilitadores legales que autorizan a ejercer funciones; asimismo, es condición de tipicidad que la función ejercida en un contexto de usurpación consista en acto (u actos) compatible con una función preexistente propia de un funcionario o autoridad.

En la doctrina española, Morillas Cuevas señala que es necesario, además, que el sujeto se atribuya carácter oficial, esto es, la cualidad concreta de la autoridad o funcionario a la cual pertenecen. Continúa diciendo Morillas, de conformidad con su ordenamiento legal (art. 402 del Código Penal español), que «el solo ejercicio de actos de autoridad o funcionario sin atribuirse dicho carácter no constituye esta infracción»³⁴⁹.

340

En la doctrina argentina, Buompadre, en relación con el ejercicio arbitrario de funciones públicas (recogido en el artículo 246 del Código Penal), precisa:

Se entiende que los requisitos que debe reunir la conducta típica son los de auto atribución de la calidad de funcionario y realización del acto funcional. Si no se dan estas condiciones, la conducta queda al margen del delito de usurpación de autoridad.³⁵⁰

La jurisprudencia española, en relación con el elemento subjetivo del delito de usurpación, ha construido un desarrollo doctrinario de importancia, cuando en la Sentencia 911/1999 el Tribunal Supremo (STS) precisa que: «El sujeto agente ha

³⁴⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal parte especial*. Segunda edición. Madrid: Dykinson, 2016, p. 1098.

³⁵⁰ BUOMPADRE, Jorge. *Tratado de derecho penal*. Tomo 3, Buenos Aires, Astrea, 2009.

de actuar con el propósito de obrar suplantando o falseando la realidad administrativa, que se deriva de la exigencia de un nombramiento ajustado a la normativa funcionarial, para poder desarrollar unas determinadas funciones públicas». Sentencia que, en este punto, es confirmada posteriormente con las STS 897/2012, 14-11) y 898/2012, 15-11³⁵¹.

Podemos decir, entonces, a modo de conclusión, que un usurpador de funciones nunca accedió al cargo por nombramiento nulo; es decir, mientras que al funcionario de facto se le designa por nombramiento nulo, permitiendo que ejerza funciones «aparentemente legítimas», el usurpador ni siquiera cuenta con una designación nula: solo ejerce funciones de un cargo al que jamás accedió; la figura —en este extremo—, recae sobre un particular, que nunca fue un funcionario regular.

Una variante de estas dos figuras es el hecho de que un funcionario público pueda convertirse en un usurpador de funciones; por ejemplo, si estamos frente a un funcionario cuyo tiempo de designación ha concluido y, pese a existir ya un funcionario designado, continúa en el cargo se configuraría una clara usurpación.

341

IV. El caso de la primera dama

Es importante dejar sentada la imposibilidad de que el título de primera dama pueda ser considerado como un cargo de funcionaria o servidora pública. Como se analizará en este acápite, su propio origen y posterior reconocimiento legal a nivel nacional se han limitado a otorgarle a la esposa del pre-

³⁵¹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA. *Código Penal con Jurisprudencia sistematizada*. 6.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

sidente electo un estatus coherente, pero sin intromisión en decisiones de política estatal, sino más bien con fines benéficos o protocolares.

IV.I. Origen del reconocimiento legal de la primera dama

A lo largo de la historia, se ha podido evidenciar que la política y los cargos públicos en general han sido ocupados por figuras masculinas, sin tomar en consideración que parte de su desempeño tiene un lado humano y familiar, en este caso, representado por su esposa.

El título de primera dama suele ser utilizado por las esposas de los presidentes, quienes tradicionalmente han cumplido un rol protocolar y social dentro del gobierno. Actualmente en América Latina, las primeras damas son actores importantes del sistema político que tienen un rol tanto en la política nacional como en la internacional. En los últimos años, ellas han obtenido nuevas funciones más allá de las actividades tradicionales, adquiriendo un alto grado de influencia política, lo que se ve reflejado desde las campañas electorales hasta el ejercicio del gobierno, donde participan activamente del proceso político colocando temas en la agenda pública, formulando programas y políticas, participando en viajes oficiales, conferencias y cumbres internacionales como representante de sus respectivos países³⁵².

Producto de la evolución del reconocimiento que ha tenido esta figura, se ha ido creando e incorporando legislación que permite darle precisamente el estatus que hoy posee.

³⁵² GUERRERO VALENCIA, Carolina. «Una mirada al rol de la primera dama en América Latina». *Hispanorama*, noviembre de 2015, p. 55.

Podría decirse que el rol de la primera dama tuvo sus orígenes en 1789, en Estados Unidos de América. En esta época, acababa de obtener su independencia de Gran Bretaña después de la Revolución Estadounidense³⁵³, y aún no existía la denominación de *primera dama* como tal, sino que eran conocidas como *la mujer de*. La primera de ellas fue Martha Custis Washington, mujer de George Washington, que ni siquiera tenía un nombre que identificara su posición, pues el término «primera dama» aún no se había acuñado.³⁵⁴ Fue tratada por la élite de las primeras capitales de Nueva York y Filadelfia como si fuera una «dama» de la corte real británica y se la conocía en público como «Lady Washington»³⁵⁵.

El primer cargo público otorgado a una primera dama, se produjo en el 2001, «Hillary Clinton (1993-2001) se convirtió en la única ex primera dama elegida para un cargo público, el Senado de Estados Unidos. Como primera dama, encabezó un esfuerzo de reforma del sistema de salud para brindar seguro a todos los estadounidenses. En el papel más tradicional de primera dama, creó un jardín de esculturas al aire libre y exhibió arte estadounidense contemporáneo en las históricas salas de la Casa Blanca»³⁵⁶.

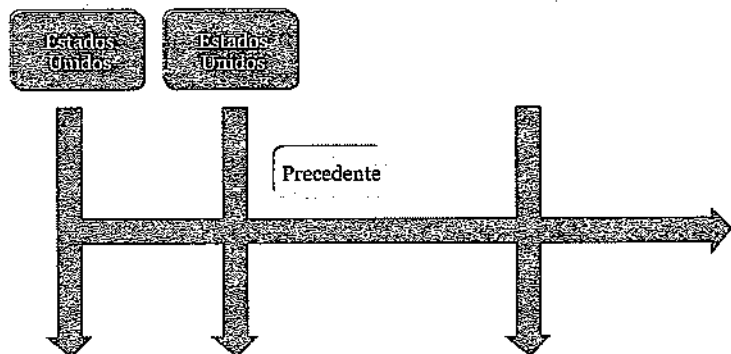
³⁵³ SFERAZZA, Anthony. *El papel de primera dama*. Disponible en: <<https://bit.ly/3hRzwyC>>

³⁵⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Lorena. *La figura de la primera dama (flotus) en las revistas estado unidenses: Michelle Obama y Melania Trump*, del 22 de junio de 2017, p. 15.

³⁵⁵ SFERAZZA, Anthony. *op. cit.*

³⁵⁶ *Idem.*

El hecho de otorgarle un cargo público por primera vez a una primera dama generó sin duda alguna un precedente, motivo por el que en Estados Unidos dispone de su propio gabinete y despacho, haciendo visitas oficiales a países vecinos en representación de la Casa Blanca³⁵⁷.



344

En un principio eran conocidas por su conexión con su esposo.

Marta Washington, «Lady Washington»

Primera vez que se discutió el estatus legal.

Bill Clinton nombró a Hillary Clinton como jefa del grupo de trabajo del presidente (reforma de la Atención de Salud Nacional).

Apartir de este precedente, la primera dama tomó poder político.

- Se creó la Oficina de la primera dama en el Ala Oeste de la Casa Blanca.
- La Oficina de la primera dama es responsable de organizarle las actividades sociales, protocolares y ceremoniales de la Casa Blanca que le corresponde como anfitriona de la misma.
- La primera dama tiene su propia plantilla que incluye: la secretaria social de la Casa Blanca, el jefe del personal, secretaria de prensa, jefe de diseño floral, jefe ejecutivo, etc. Esta dependencia es una rama de la Oficina Ejecutiva de la Presidencia (EOP).

Tiempo después, Latinoamérica acogió esta idea de primera dama, como personaje político

³⁵⁷ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Lotena. *La figura de la primera dama (first lady) en las revistas estado unidenses: Michelle Obama y Melania Trump*, op. cit., p. 18.

Un claro referente de la labor desempeñada por una primera dama es Michele Obama, quien ha destacado en su rol, no solo por el acompañamiento al entonces presidente Barack Obama, sino también con logros propios desde su cargo; a manera de resumen tenemos lo siguiente:

Primera dama	Logros³⁵⁷
Michelle Obama	<ul style="list-style-type: none">• Atender el problema de obesidad infantil.• Fomentar el acceso a la comida sana a través de un programa denominado Let's Move, facilitando el acceso a frutas y verduras.• Mejoró la información nutricional de los alimentos.• Rediseñó los programas de nutrición infantiles.• Promovió la actividad física.• Ayudó a los veteranos de guerra con problemas de salud, físicos y psicológicos con el programa Joining Forces.• Abogó por la salud, educación y los derechos de las niñas y mujeres con el programa Let's Girls Learn.

IV.II. Reconocimiento legal de la primera dama en el Perú

En el Perú, el reconocimiento legal de la primera dama ha sido distinto, pues en el gobierno del expresidente Alejandro Toledo Manrique, mediante Decreto Supremo 7-2002-PCM,

³⁵⁷ FORBES. «El top 10 de los logros de Michelle Obama como primera dama». Disponible en: <<https://bit.ly/3dWaoqI>>

del 20 de febrero de 2002, se reconoció roles o propósitos a su labor. En el artículo 21 se señalaba:

El Despacho de la Primera Dama es órgano de Apoyo del Despacho Presidencial que tiene como función principal, la de coadyuvar en la búsqueda de soluciones a la lucha contra la pobreza, la revalorización del patrimonio cultural, y del pluralismo cultural y lingüístico de nuestro país; así como servir como entidad de enlace con instituciones gubernamentales y no gubernamentales en materia de desarrollo humano.

Como se puede advertir, la labor de la primera dama dejó de ser un acompañamiento puro para pasar a tener mayor desempeño, pues se le llegó a considerar un nexo entre las instituciones, pero siempre con la visión protocolar o de desarrollo humano.

346

Seguido de ello, mediante Decreto Suprema 47-2006-PCM, del 3 de agosto de 2006, se procedió a suprimir el Despacho de la Primera Dama como órgano de apoyo del despacho presidencial.

El gobierno del expresidente Ollanta Humala Taso procedió a emitir el Decreto Supremo 82-2011-PCM, del 21 de octubre de 2011, en el que mediante artículo 4 se reguló expresamente como deber de parte del despacho presidencial:

Apoyar las actividades oficiales y/o protocolares, así como aquellas vinculadas a los fines institucionales en las que participe la primera dama, en su calidad de cónyuge del presidente de la República.

Como se puede verificar, siempre con una visión protocolar o humanitaria.

Finalmente, en el gobierno del expresidente Pedro Pablo Kuczynski, se emitió el Decreto Supremo 77-2016-PCM, del 5 de octubre de 2016, en el que se incorporó, ahora sí, un reconocimiento explícito, pues aparece la Oficina de Apoyo al Cónyuge, se otorga un presupuesto de S/ 600,000 anuales y se señala como objetivo el ordenar y transparentar la labor de la primera dama.

A manera de resumen tenemos que hasta antes del gobierno del presidente Pedro Pablo Kuczynski, la labor de la primera dama y su reconocimiento se encontraban limitados a actos protocolares o benéficos, considerados un apoyo humanitario del gobierno de turno.

347

IV.III. Primeras damas en el Perú ³⁵⁹

En el segundo gobierno de Fernando Belaunde Terry (1980-1985), tuvimos como primera dama a Violeta Correa Miller, quien fue redactora de las páginas femenina y social y, posteriormente, de la página política bajo el seudónimo de «Misia Francisca». Su interés por el periodismo y la fotografía le permitió organizar la ambiciosa y exitosa exposición «Perú ante el Mundo». A través de fotografías de gran formato mostró el rostro del peruano, el paisaje, las grandes obras, la imagen de una nación que miraba hacia el futuro y que fuera exhibida en distintas ciudades de América y Europa. [...] tuvo una

³⁵⁹ Para mayor información, revisar: EL UNIVERSAL. «Conoce a Nancy Ann Lange, nueva primera dama de Perú». Disponible en: <<https://bit.ly/36leinF>>

labor incansable y silenciosa y sus viajes por todo el país para conocer directamente la realidad social y humana³⁶⁰.

Se le atribuye, además, haber realizado labores como construcción de parques, iniciar programas sociales, equipar las cocinas familiares, fomentar políticas públicas para implementar de servicios básicos a los más necesitados, entre otros³⁶¹.

En el primer gobierno de Alan García Pérez, (1985-1990), se tuvo como primera dama a Pilar Nores Bodereau, quien se desempeñó a través de actividades sociales y programas asistenciales. Así también, lo acompañó en su campaña presidencial, para los años 2006 al 2011.

Para los años 1990, Alberto Fujimori Fujimori era el presidente del Perú, y tuvo como primera dama a Susana Higuchi Miyagawa, quien ocupó el cargo de congresista de la República y apoyó al expresidente Fujimori en campañas políticas.

Seguido de ello, en el año 1994, el expresidente Fujimori siguió con su mandato, pero esta vez tuvo como primera dama a su hija Keiko Fujimori Higuchi, quien representó al Perú en diversas ocasiones.

³⁶⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Libro de Homenaje a Violeta Correa Miller*. Disponible en: <<https://bit.ly/2Vpf14T>>. ANDINA. «Pilar Nores planteó que la focalización de los programas sociales se hagan por distritos». Disponible en: <<https://bit.ly/3jYTZnK>>. PERÚ 21, «De Eliane Karp a Nancy Lange: Estos son los perfiles de las últimas primeras damas del Perú». Disponible en: <<https://bit.ly/36uLusB>>

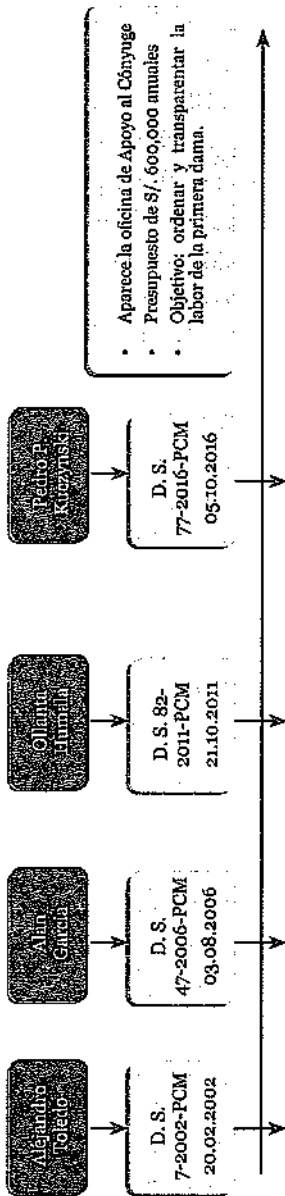
³⁶¹ DIEZ CANSECO TERRY, Raúl. *Violeta Correa: Mujer emprendedora*. Disponible en: <<https://bit.ly/36mKlmX>>

Posteriormente a ello, se tuvo el gobierno del presidente Alejandro Toledo Manrique (2001-2006), cuya esposa Eliane Karp Fernerbug, acompañó al presidente en su campaña política, además de impulsar la cultura peruana.

Así también tenemos al expresidente Ollanta Humala (2011-2016), quien tuvo como primera dama a Nadine Heredia Alarcón. Ella participó activamente en su rol, y fue reconocida inclusive internacionalmente, pues participó en varios actos incluso protocolares y también fue líder de varios programas sociales.

Finalmente, tenemos a Maribel Díaz Cabello, primera dama y esposa del entonces presidente Martín Vizcarra Cornejo, cuyo mandato duró desde el 2018 hasta el 2021.

A manera de resumen tenemos lo siguiente:



CAPÍTULO V.

Subcapítulo II

Artículo 21. El Despacho de la primera dama es órgano de Apoyo del Despacho Presidencial que tiene como función principal, la de contribuir en la búsqueda de soluciones a la lucha contra la pobreza, la revalorización del patrimonio cultural y del pluralismo cultural y lingüístico de nuestro país, así como servir como entidad de enlace con instituciones gubernamentales y no gubernamentales en materia de desarrollo humano.

Se suprime el despacho de la primera dama como órgano de Apoyo del Despacho Presidencial.

Art. 4. Corresponde al Despacho Presidencial las siguientes funciones:

j) Apoyar las actividades oficiales y/o protocolares, así como aquellas vinculadas a los fines institucionales en las que participe la primera dama, en su calidad de cónyuge del presidente de la República.

Art. 14. Unidades Orgánicas de la Secretaría General, la Secretaría General cuenta con las siguientes unidades orgánicas:

a) Oficina de Apoyo al Cónyuge del presidente de la República

Art. 15. Oficina de Apoyo al Cónyuge del presidente de la República

«Es la unidad orgánica encargada de articular acciones de carácter benéfico y social del cónyuge del presidente de la República, que respondan a las solicitudes y necesidades más apremiantes en los diferentes sectores de la sociedad, así como apoyar su participación en actividades protocolares y de carácter oficial a nivel nacional e internacional.»

Art. 16. Funciones de la Oficina de Apoyo al Cónyuge del presidente de la República

a) Canalizar a las entidades públicas y privadas la atención de las comunicaciones dirigidas al cónyuge del presidente de la República, según corresponda;

b) Promover la articulación con las entidades públicas, privadas y la sociedad civil, el apoyo a programas, proyectos y actividades destinadas a atender las necesidades de la sociedad en un marco de equidad y justicia social;

c) Canalizar ante las entidades competentes la cooperación nacional e internacional orientada a apoyar iniciativas que fomenten la solidaridad hacia las poblaciones más vulnerables;

d) Apoyar la participación del cónyuge del presidente de la República en las actividades protocolares y de carácter oficial a nivel nacional e internacional del presidente de la República;

e) Proponer y promover acciones de carácter benéfico, impulsando causas sociales con la colaboración de entidades públicas, privadas, de la sociedad civil, fundaciones, nacionalistas o internacionales; y,

f) Otras funciones que le sea encargada por el/la secretario/a general.

Presidente	Primera dama	Funciones desempeñadas
Fernando Belaúnde Terry (1980-1985)	Violeta Correa Miller	<ul style="list-style-type: none">• Se le atribuye la construcción de parques infantiles y zonales en pueblos jóvenes.• Implementación del parque de las Leyendas (Exponiendo al Perú al Mundo)• En el fenómeno de El Niño, en los años ochenta, creó 106 cocinas familiares.• En los años 1970 y 1980, participó de la campaña presidencial de Fernando Belaunde.• Constituyó programas de grupos de apoyo en Palacio de Gobierno (1980-1985). Con ello se crearon 87 centros comunales.• Fomentó Políticas Públicas para proveer de servicios básicos (agua, luz) a zonas alejadas (1980 y 1985); benefició a un aproximado de 60 mil familias.
Alan García Pérez (1985-1990)	Pilar Nores Bodereau	<ul style="list-style-type: none">• Fundó la ONG Fundación por los Niños del Perú; la presidió durante su rol de primera dama y aún mantiene su vigencia.• Creó el PAD (Programa de Asistencia Directa), en las que se involucraban a madres de familia. Comprendía temas de salud, alimentación, educación, lactancia.

Presidente	Primera dama	Funciones desempeñadas
<p>Alberto Fujimori Fujimori (1990-1994)</p>	<p>Susana Higuchi Miyagawa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Participó en la campaña de Alberto Fujimori • Fue electa como congresista de la República por el partido Frente Independiente Moralizador. • Fue reelecta por el mismo partido en la misma función.
<p>Alberto Fujimori (1994-2000)</p>	<p>Keiko Fujimori Higuchi</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Viajó a Polonia, Canadá y Chile como representante del Perú, en la conferencia de esposas de jefes de Estados y de Gobierno de las Américas. • En Colombia participó en la Cumbre Regional para la Infancia. • Presidenta de la Fundación Peruana Cardio infantil.
<p>Alejandro Toledo Manrique (2001-2006)</p>	<p>Eliane Karp Fernerbug</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Condecorada con la Orden de Isabel La Católica (España) • En el 2002 recibió el premio de Bartolomé de las Casas de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional de España. • Impulsó y llevó exposiciones de piezas incaicas peruanas a distintos museos del mundo. • Presidenta honoraria de CANAPA (Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos)

Presidente	Primera dama	Funciones desempeñadas
<p>Alan García Pérez (2006-2011)</p>	<p>Pilar Nores Bodereau</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Fue condecorada en España con la Real Orden de Isabel la Católica, «Dama Gran Cruz» • Condecorada con la Orden al Mérito de la Mujer, • Nominada como representante del Perú ante el Comité de los Derechos del Niño por la Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas (hasta el 2013).
<p>Ollanta Humala Tasso (2011-2016)</p>	<p>Nadine Heredia Alarcón</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Reconocida en Río de Janeiro como líder y movilizadora social en la prevención y control del cáncer por la Red de Institutos Nacionales de Cáncer (RINC), un organismo de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur). • Condecorada con la «La Dama Gran Cruz» de la Orden de Isabel la Católica (España). • Inauguración de obras públicas y programas sociales (Qaliwarma, etc.). • Participaba con miembros del Banco Mundial en labores de inclusión social y educación (ministerios). • Acompañó al presidente a la estación científica Machu Picchu (8-11 de febrero de 2013). (Antártida).

Presidente	Primera dama	Funciones desempeñadas
<p>Ollanta Humala Tasso (2011-2016)</p>	<p>Nadine Heredia Alarcón</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Participó en la Consulta de Alto Nivel de Madrid sobre Hambre, Seguridad Alimentaria y Nutrición en el Marco de Desarrollo Post-2015 (4 de abril de 2013, Madrid). • Participó en el lanzamiento del Año Internacional de la Quinoa (19-21 de febrero de 2013, Nueva York). • Participó en la semana Mundial de la Alimentación y el Año Internacional de la Quinoa (15-17 de octubre de 2013, Roma).
<p>Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018)</p>	<p>Nancy Lange</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Creó la organización Chambeando por el Perú buscando ayudar a las comunidades lejanas del país. • Impulsó la lectura en la zona de Manchay, en Lima, así como campañas a favor de salud y educación.
<p>Martín Vizcarra Cornejo (2018-2021)</p>	<p>Maribel Díaz Cabello</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Condecorada con «La Gran Cruz» de la Orden de Isabel la Católica.

Para el caso de Nadine Heredia, aún no existe un pronunciamiento judicial sobre su calidad o no de funcionaria de facto atribuida por la Fiscalía en el caso Gasoducto; sin embargo, de lo desarrollado hasta este punto, es posible señalar que:

- a. Como se puede verificar de la evolución legislativa reseñada, el cargo de primera dama no implica el reconocimiento de una función pública propiamente, dicha sino, mas bien, de un reconocimiento a quien acompaña familiarmente al elegido presidente de la República, y cuyas funciones no trascienden de labor social.
- b. No existe una imputación específica respecto de cuál sería el cargo *de iure* que ella habría ejercido. Recuérdese, conforme a lo aquí desarrollado, que, para que exista un funcionario de facto, debe existir un puesto *de iure* que se pueda ejercer con designación nula. Tendría que existir una especificación de parte de la Fiscalía sobre qué cargo se ha ejercido, esto es, primer ministro, asesor de la Presidencia, etc. Lo que no ha sucedido, según información pública que podemos utilizar para este análisis.
- c. No se presentaría una posesión pacífica, pública, de buena fe y continua de algún cargo, porque en principio no se conoce qué cargo habría ejercido según la Fiscalía, y aunque así fuera, este tendría que haber sido de buena fe, y todos los administrados debieron conocer que este era el cargo que ejercía, lo que obviamente no ha sucedido por hechos notorios, pero, peor aún, esta asunción de cargo tendría que haberse realizado de buena fe, lo que tampoco se cumpliría.
- d. Y respecto de la designación nula, se entiende, de información pública, que la designación la habría realizado el expresidente Ollanta Humala. Debe señalarse que esta designación puede realizarse de manera verbal o escrita, pero debe ser acreditada, lo que no ha sucedido en el caso.

V. Pronunciamientos judiciales

Para llegar al actual concepto de funcionario de facto, previamente se han desarrollado algunos pronunciamientos, que ya hemos referido en párrafos anteriores, pero que compilamos en este apartado:

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 1813-2003, del 14 de noviembre de 2003, señala que:

El procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado.

356

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 2758-2004-HC/TC, del 23 de noviembre de 2004, expresa que:

[...] si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito.

Corte Suprema de Justicia de Lima, Sala Penal Especial, Expediente 010-2001, del 29 de mayo de 2003, que señala que:

En ambos casos, el sujeto presenta exteriormente el aspecto del funcionario legal [...] en consecuencia, la sustracción que aquel ejecute es peculado y en dicha condición ejecutó el hecho punible.

Casación 442-2017, Ica, del 11 de diciembre de 2019, señala que:

[...] se deben cumplir los siguientes requisitos: existencia legal del cargo, No podría existir funcionario de hecho si no existe cargo *de iure* que desempeñar, posesión del cargo: Pacífica, pública, continuada y de buena fe, apariencia de legitimidad del título de nombramiento, existencia de un título, aunque irregular, aparentemente válido y que así lo considere el interesado.

VI. Posiciones doctrinarias

A nivel doctrinario, también es posible encontrar algunos pronunciamientos interesantes que consideramos importante reseñar:

Vallina Velarde:

[...] se precisa distinguir si el cargo existe *de iure* o no; existe, el individuo que lo desempeña será funcionario de derecho si tiene título regular y si este está viciado de nulidad, pero con apariencia de legalidad, nos encontramos con el supuesto normal de funcionario de hecho, si, por el contrario, carece absolutamente de título, será mero usurpador.³⁶²

357

Sayagues define a un funcionario de hecho como:

[...] la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario.³⁶³

Marienhoff señala que existen diversos supuestos de funcionario de hecho:

Primero, Designación de una persona que no reúne las condiciones legales para ostentar un determinado cargo. Segundo, Designación mediante un acto administrativo, realizado en base a una

³⁶² VALLINA VELARDE, Juan Luis. «Sobre el concepto de funcionario de hecho». Disponible en: <<https://bit.ly/3jXoLol>>

³⁶³ SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. 4.ª edición, Montevideo, 1974, p. 300.

ley inconstitucional. Tercero, funcionario que, posteriormente a su designación, se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo. Cuarto, Elección anulada después de la asunción del cargo por parte del funcionario. Quinto, funcionario que, habiéndosele aceptado la renuncia, o que, habiendo sido separado del cargo, sigue ejerciendo sus respectivas funciones. Sexto, funcionario que continúa ejerciendo sus funciones luego de vencido el término por el cual fue nombrado, o que continúa ejerciendo dichas funciones no obstante haberse anulado su designación. Séptimo, Persona que, sin ser funcionario o empleado de la Administración pública, asume el ejercicio de una determinada función pública.³⁶⁴

Alcocer Povis:

[...] entre el administrador de hecho y los caudales o fondos públicos no existe alguna relación jurídica o vínculo funcional de administración, precisamente porque la función del primero se basa no en un nombramiento formal, sino en un poder de actuación material, por lo tanto, no le será exigible —por no contemplarlo el ordenamiento jurídico—. ³⁶⁵

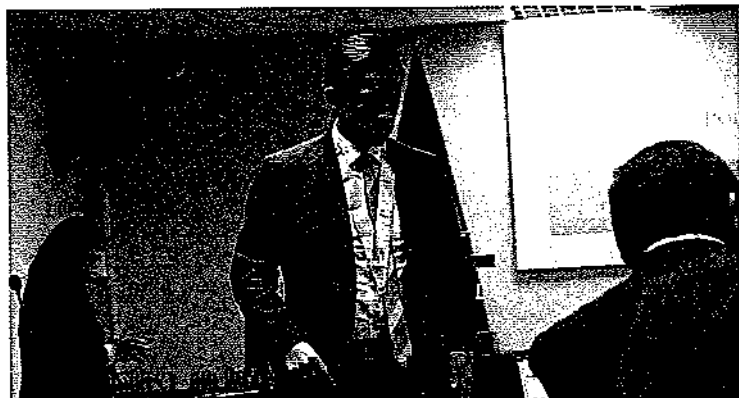
Meini señala lo siguiente:

El fundamento dogmático de la punición del administrador de hecho, en cuanto actúa en lugar de otro, ha de ser ubicado en el acceso al dominio social que consigue, lo que determina la existencia de una relación externa entre el administrador de hecho (*extraneus*) y el bien jurídico, idéntica a la que cabría establecer entre bien jurídico y el *intraneus*.³⁶⁶

³⁶⁴ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo III: Contratos administrativos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 142.

³⁶⁵ ALCOCER POVIS. *La autoría y participación en el delito de peculado, comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya*. Lima: Actualidad Jurídica, 2005, pp. 9-10.

³⁶⁶ MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 450.



La defensa de Nadine Heredia. Aspectos procesales
Este libro se terminó de imprimir en julio de 2021 en
las instalaciones de la imprenta Fast Page SAC
por encargo del LP.