

ROBERTO E. CÁCERES JULCA
LUIS A. LUNA HERNÁNDEZ

COMENTARIOS A LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

(LEY N° 30077)

PRÓLOGO

PROF. DR. DR. H.C. FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS



© **ROBERTO E. CÁCERES JULCA**
COMENTARIOS A LA LEY CONTRA
EL CRIMEN ORGANIZADO

© **JURISTA EDITORES E.I.R.L.**
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Edición: Julio 2016

Tiraje: 1,000 ejemplares

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N°: 2016-04766

ISBN: 978-612-4184-77-2

Composición, diagramación y
diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

AGRADECIMIENTOS

Este libro posee un agradecimiento múltiple; detrás de sus líneas se encuentra el aporte de diversas personas que me apoyaron con sus sugerencias, apreciaciones e inquietudes, que en ciertos casos me hicieron repensar o reformular ideas sobre ciertos tópicos desarrollados en el presente trabajo.

Mi agradecimiento especial es para aquellas personas sin las cuales este libro no hubiera sido lo que es, muchos de los aciertos se los debo a ellos, mas los errores me los atribuyo. Es necesario reconocer el aporte específico de:

Williams Alexander Robles Sevilla, joven procesalista a quien auguro un promisorio futuro en el Derecho procesal penal, quien con sus aportes y atinadas sugerencias enriqueció el texto presentado.

Al versátil penalista Kunny Hernán Barrenechea Abarca, quien compartió sus conocimientos y cuya contribución es un aporte importante en esta obra.

En el plano personal debo destacar el apoyo, comprensión, cariño y aliento constante de Jessella, María y Elizabeth.

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 30077- Ley contra el Crimen Organizado es una norma que fija reglas y procedimientos relativos a la investigación, actividad probatoria, juzgamiento, sanción y consecuencias jurídicas aplicables a los involucrados en delitos de crimen organizado, o contra terceros que ostenten bienes relacionados con estos delitos.

La Ley contra el Crimen Organizado consta de treinta artículos, III Títulos, tres Disposiciones Complementarias Finales, cuatro Disposiciones Complementarias Transitorias, seis Disposiciones Complementarias Modificadorias y de una Disposición Complementaria Derogatoria. Sobre esta base se sostiene que la Ley N° 30077, en realidad, es un paquete legislativo de carácter integral y especial.

El carácter integral se denota del contenido mismo de la Ley que aborda, como indicamos, todos los ámbitos posibles del proceso penal; para ámbitos no penales se remite a normas supletorias que regulan la búsqueda de información, sistematización y el posterior análisis y evaluación de la información que conforman los hechos antecedentes, concurrentes y consecuentes a efectos de hacer efectivo la persecución, enjuiciamiento y las consecuencias accesorias que recaigan sobre personas y bienes involucrados en estos delitos.

La norma tiene una naturaleza especial porque si bien erige como marco procesal las normas y reglas previstas en el Código Procesal Penal de 2004, conforme se indica en el artículo 4 de la Ley N° 30077, también incorpora otras normas como son el Decreto Legislativo N°

992, el Decreto Legislativo N° 1104 –Ley de Pérdida de Dominio–, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2007-JUS y su modificatoria del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2007-JUS. El Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio y el Decreto Supremo N° 093-2012-PCM- Reglamento del Decreto Legislativo N° 1104.

Es a su vez especial porque incorpora como herramienta aplicativa de la Ley contra el Crimen Organizado, la Ley N° 27697, Ley que otorga facultades al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, norma cuya aplicabilidad es utilizada en el contexto de procesos bajo el Código de Procedimientos Penales, en vez de utilizar las normas del Código Procesal Penal de 2004. En otros casos, como ocurre con el Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores, se remite a norma de contenido extrapenal para incorporar al bagaje de instrumentos que permitan identificar movimientos, operaciones bursátiles o cualquier otro tipo de información económica-financiera.

El presente trabajo tiene como finalidad el realizar un comentario de las principales instituciones de la Ley contra el crimen organizado, se trata de un trabajo que pretende orientar al lector en esta variada gama de normas, por lo que el lector encontrará información útil que lo guiara por lo que en algún momento puede resultar un intrincado conjunto de normas.

El autor.

Lima, mayo 2016.

PRÓLOGO

Roberto Cáceres Julca es un destacado procesalista penal originario de la Universidad San Martín de Porres y profesor de Derecho Procesal Penal, Casuística Penal así como expositor en diversos eventos y congresos sobre la especialidad. Roberto es ya bastante conocido en la comunidad jurídica nacional debido a sus publicaciones y su capacidad personal. Ahora me invita a prologar su nuevo libro y lo hago con mucho agrado, pues se trata de un excelente profesional quien con mucho esfuerzo personal se ha dedicado de manera seria a la investigación de temas penales que complementan con el ejercicio profesional que compartimos como miembros de *Villavicencio, Meza & Rivera Abogados S. Civil R.L.*

Entre las diferentes obras que *Roberto* ha publicado se encuentran sus “*Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*”, “*El proceso de pérdida de dominio & las medidas cautelares en la investigación*”, “*Las nulidades en el proceso penal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, “*El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*”, “*El delito de enriquecimiento ilícito*”, entre otros. En esta oportunidad ofrece a la comunidad jurídica su nueva obra intitulada “*Comentarios a la ley contra el crimen organizado*”, un tema complejo que ha generado mucha discusión en el ámbito doctrinario, tanto a nivel nacional como internacional.

Esta vez se introduce al tema de la criminalidad organizada que ciertamente es difícil de definir. Cuando se habla de ella se piensa en la criminalidad de grandes grupos bien organizados dedicados a la comisión de delitos graves “no convencionales”; sin embargo, esta definición dice poco sobre la real dimensión de este fenómeno propio de la actual

criminalidad que es complejo, cambiante y muy difícil de describir en un solo termino. Se habla de *crimen organizado*, *mafias*, *delincuencia grupal*, etc. pero se va distorsionando su significado inicial, convirtiéndose en un concepto coloquial que no siempre representa la magnitud y características del fenómeno delictivo que pretende describir^[1]. Si bien se trata de un fenómeno de criminal muy real y peligroso, también termina siendo usado como un slogan político.

A pesar del esfuerzo dogmático^[2] -y de las normas internacionales (art. 2 de la *Convención de Palermo*)- por definir la criminalidad organizada, aún no se logra un concepto certero de la misma. Al respecto, Zaffaroni^[3] nos recuerda que este esfuerzo no es posible porque el crimen organizado es un concepto periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero que se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitados, lo que pretende configurar un Derecho penal diferenciado y con menos garantías para un ámbito delictivo sin delimitación.

En este sentido, hoy en día un número cada vez mayor de ordenamientos contemporáneos, dedican una parte importante del funcionamiento del sistema penal a la lucha contra la criminalidad organizada y a las diversas formas ilegales en que se manifiesta^[4]. Frente a ello, los

[1] PRADO SALDARRIAGA; Víctor; "Criminalidad organizada y lavado de activo", Idemsa, Lima, 2013, pág. 41.

[2] Giménez-Salinas Framiz, Gama Dordio y Villoria Mendieta distinguen algunos criterios importantes al señalar que la criminalidad organizada es "*cualquier organización creada con el propósito expreso de obtener y acumular beneficios económicos a través de sus implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia, funcionamiento protección mediante recurso a la violencia y la corrupción o la confusión con empresas legales*". GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, n.m 48, 2012, 11 y ss.

[3] Cfr. ZAFFARONI, Raúl E: "El crimen organizado. Una categorización frustrada", 2º Ed., Editorial Leyes, Santa fe de Bogotá, 1996, pág. 14 y ss.; ZAFFARONI, Raúl: "En torno de la cuestión criminal", 3º Ed., Editorial Plantea, Buenos Aires, 2012, pág. 358.

[4] VICENZO MILITELLO: "Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías", Traducido Por Méndez Rodríguez, Cristina. En: ZUÑIGA RODRÍGUEZ,

poderes públicos utilizan cada vez más instrumentos “extraordinarios” de lucha que afectan a distintos ámbitos del ordenamiento: al *Derecho penal material* mediante la creación de nuevos tipos penales, frecuentemente adelantando las barreras punitivas, aumentando la severidad de las sanciones y, al *Derecho procesal penal* mediante la utilización de instrumentos cada vez más restrictivos de los derechos fundamentales, tanto en la investigación como en la fase de enjuiciamiento^[5].

En el ámbito internacional, el punto de partida hacia la implementación de una convención internacional contra el crimen organizado se dio con la *Declaración Política y el Plan Mundial de Acción de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada*, aprobada en la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1994, en el que se sientan las bases para elaborar una convención y, es ahí donde se exige a los países signatarios adoptar medidas para combatir la criminalidad organizada. Sin embargo, la primera noción internacional del crimen organizado se formuló en Norteamérica en los años 70 a través de la *Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras*, “Ley R.I.C.O.”^[6]. En esta ley se renuncia a una definición articulada y descriptiva de este fenómeno^[7] y, por el contrario se propone una visión genérica del fenómeno de la criminalidad organizada poniendo de relieve el carácter organizativo y corruptivo del mismo.

Posterior a la *Declaración Política y el Plan Mundial de Acción de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada*, se celebraron diversos encuentros con el fin de prevenir y luchar contra la delincuencia transnacional organizada. En América Latina, se desarrolló el Semi-

Laura *et al* (Coordinador): “Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías”, Editorial Colex, Madrid, 2001, pág. 177 y ss.

[5] DELGADO MARTÍN, Joaquín; “La criminalidad organizada”, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 21.

[6] La Ley R.I.C.O., tipifica el delito de participación en los asuntos de una empresa con ayuda de métodos extorsivos, con lo cual se vincula la noción de criminalidad organizada con la criminalidad de empresa.

[7] *Vide.* ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura: “Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal”, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Editorial Comares, Granada, 2009, pág. 43.

nario Regional Ministerial de seguimiento de la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, donde se aprobó la *Declaración de Buenos Aires sobre la prevención y el control de la delincuencia transnacional organizada*. Con esta declaración, los Estados de América Latina y el Caribe manifestaron el interés en elaborar una convención internacional contra la delincuencia organizada^[8].

En este mismo sentido, en Europa, África y Asia también se dieron iniciativas para tratar la criminalidad organizada. Entre estas iniciativas se encuentran la propuesta de la delegación de Polonia de 1996 “*Proyecto de Convención marco de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada*”^[9]. El *Seminario Regional Ministerial Africano* sobre medidas contra la delincuencia transnacional organizada y la corrupción, donde se aprobó la *Declaración de Dakar sobre la prevención y la lucha de la delincuencia transnacional organizada y la corrupción*. El *Informe de la reunión oficiosa* sobre la cuestión de la elaboración de una convención internacional contra la delincuencia transnacional organizada^[10], donde se decidió establecer un grupo intergubernamental de expertos, con el fin de elaborar un anteproyecto de convención internacional amplia de lucha contra la delincuencia transnacional organizada^[11]. El *In-*

[8] Vide. Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus periodos de sesiones primero a 11°. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/55/383, 10 de noviembre 2000. Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, tema 105 del programa Prevención del delito y justicia penal.

[9] Esta propuesta fue presentada por Polonia en el quincuagésimo primer periodo de sesiones de la Asamblea (A/C.3/51/7, anexo), y tomada en cuenta por la cual la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 51/120, de diciembre de 1996.

[10] El Informe de la reunión oficiosa fue organizada por la *Fundazione Giovanni e Francesca Falcone* y celebrado en Palermo del 6 al 8 de abril de 1997 (E/CN.15/1997/7/Add.2). La Asamblea General de las Naciones Unidas tomo nota del informe en la resolución 52/85, 12 de diciembre de 1997.

[11] Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus periodos de sesiones primero a 11°. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/55/383, 10 de noviembre 2000. Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, tema 105 del programa Prevención del delito y justicia penal.

forme de la comisión del Grupo intergubernamental de expertos, presentó un informe que contenía un bosquejo de opciones para el contenido de la convención internacional contra la delincuencia transnacional organizada. El *Curso Practico Ministerial Regional de Asia*, sobre la delincuencia transnacional organizada y la corrupción, donde se aprobó la *Declaración de Manila sobre la Prevención y la Lucha contra la Declaración Transnacional*.

Todos estos acontecimientos internacionales^[12] fueron los antecedentes inmediatos para la realización del Proyecto de Convención de Naciones Unidas para la Criminalidad Transnacional Organizada de 1999; y, con ocasión de la Cumbre del Milenio, la Asamblea General adoptó la “*Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*”, cuyo principal propósito es promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia transnacional. En este sentido, los Estados que ratifican esta convención se obligan a implementar en su ordenamiento jurídico algunas conductas delictivas como la *penalización de la participación de un grupo delictivo organizado, penalización del blanqueo de producto del delito, medidas para combatir el blanqueo de dinero, extradición, etc.*

En lo que respecta a la legislación penal nacional, se tipificó el delito de Asociación ilícita para delinquir (art. 317, CP) en el marco de la lucha contra el crimen organizado; sin embargo, esta regulación no fue suficiente^[13] para afrontar esta nueva forma de criminalidad. En este

[12] La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en su séptimo periodo de sesiones, estableció un grupo de trabajo del periodo de sesiones sobre la aplicación de la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, que examinó el proyecto de convención contra la delincuencia organizada transnacional. Este grupo de trabajo estuvo de acuerdo en que la elaboración de la convención debía avanzar, a fin de concluir el proceso de negociación –de ser posible– para el año 2000. Cfr. Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus periodos de sesiones primero a 11°. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/55/383, 10 de noviembre 2000. Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, tema 105 del programa Prevención del delito y justicia penal.

[13] Cfr. SANCHEZ VELARDE, Pablo: “Criminalidad organizada y procedimiento penal: la colaboración eficaz”. En: HURTADO POZO, José (Coordinador):

sentido - aparte de las iniciativas legislativas^[14] presentadas en esta materia- el Poder ejecutivo presentó ante el Congreso un proyecto de ley sobre la criminalidad organizada^[15], y que posteriormente derivó en la aprobación y promulgación de la Ley N° 30077 “*Ley contra el crimen organizado*”.

En esta ley se observa la influencia de la Convención de Palermo, que si bien no delimita el concepto de criminalidad organizada, señala criterios para determinar la existencia de una organización criminal. Los rasgos exclusivos, señalados por esta ley son la *integración plural*, la *existencia de una estructura organizacional* y la *operatividad estable, continua y planificada de sus acciones y proyectos delictivos*^[16].

Si bien la presente obra contiene un subcapítulo dedicado exclusivamente al tratamiento de la criminalidad organizada en los instrumentos internacionales; sin embargo, solo se hace una mención superficial al respecto, señalando que “*los Estados y organismos internacionales han convenido y acordado que la lucha contra el crimen organizado no se debe enfrentar aisladamente sino en comunidad internacional, y para ello se ha implementado un conjunto de Tratados y Convenios Internacionales, bilaterales o multilaterales, orientados a actuar oportunamente (...)*”. Como se puede observar, no se hace mención a la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, a pesar que esta convención es el inicio para el tratamiento internacional de esta nueva forma de criminalidad, ni tampoco a los antecedentes

Anuario de Derecho Penal 2004: “La reforma del proceso penal peruano”, Fondo Editorial PUCP, 2004, pág. 237 y ss.

[14] Se han presentado diversos proyectos de ley que de manera indirecta se encuentran vinculado a la criminalidad organizada, Proyecto Ley N° 1079/2011-CR “*Proyecto de ley de protección a niños, niñas y adolescentes víctimas del terrorismo, narcotráfico y crimen organizado*”, Proyecto Ley N° 2714/2013-CR “*Proyecto de ley que sanciona el uso de niños, niñas y adolescentes por el terrorismo, narcotráfico y crimen organizado*”.

[15] Proyecto Ley N° 1833/2012-PE “*Ley penal contra el crimen organizado*”; según la exposición de motivos, el propósito de esta norma es proporcionar las herramientas que permitan detectar y dismantelar estas organizaciones criminales.

[16] Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: “Criminalidad organizada y lavado de activo”, Idemsa, Lima, 2013, pág. 45.

inmediatos de la realización del Proyecto de Convención de Naciones Unidas para la Criminalidad Transnacional Organizada. Por otro lado, hubiera sido también necesario que desarrolle los instrumentos internacionales de Europa como son el *Tratado de Lisboa*, el *Programa de Estocolmo*, la *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea*, todas estas orientados a la lucha contra la criminalidad organizada.

Por otro lado, la ley N° 30077 presenta diversos cambios, tanto en el plano material y procesal. En el aspecto material, incorpora algunas circunstancias agravantes. Así, el art. 22° señala un conjunto de agravantes, esto es aumentar la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, en el supuesto que el agente sea líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal. Está de más señalar que esta circunstancia no será de aplicación en aquellos casos en los que la misma ya esté prevista en la ley penal y forme parte de un delito.

En el aspecto procesal, adelanta la vigencia del Código Procesal Penal para la investigación y juzgamiento de todos los integrantes de una organización criminal o personas vinculadas a ellas o que actúen por encargo de ellas en la comisión de alguno de los delitos comprendido en el artículo 3° de la ley en mención. Otro punto importante de esta ley es la asignación a la Sala Penal Nacional como órgano competente para la investigación y procesamiento de los delitos relacionados a la criminalidad organizada.

El presente trabajo consta de tres partes: Título I “*Objeto, definición y ámbito de aplicación*”, Título II “*Investigación, consecuencias jurídicas aplicables y ejecución penal*” y Título III “*Medios de prueba aplicables en delitos de crimen organizado*”.

En el título I se abordan diversos temas, entre los que se desarrollan los **aspectos generales de la criminalidad organizada: concepto, estructura**. Aquí se observa que el autor es consciente que no existe un acuerdo unánime sobre la conceptualización de la criminalidad organizada. En este sentido, siguiendo a Laura Zúñiga, señala que la criminalidad organizada solo denota un conjunto de fenómenos criminales que tienen como base común el ser cometido utilizando la estructura de una organización criminal. Sostiene que la creación de toda organización criminal responde a un propósito expreso de obtener y acumular bene-

ficios económicos a través de sus actividades predominantemente ilícitas y, el medio de obtención o protección de estas ganancias ilegales es el empleo de violencia. Respecto a las características de la organización criminal señala que se tratan de una organización con cierta estructura jerárquica, con división de actividades y, distribución de funciones en la consecución de determinados fines ilícitos de carácter lucrativo; como se puede observar, la postura asumida por el autor es acorde con el artículo 2° de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional “*Convención de Palermo*”, que define a la criminalidad organizada como “*un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves*”.

El autor señala también que las actividades delictivas que se realizan de forma permanente por las organizaciones criminales y adoptando los modelos y estructuras desarrollados por el mundo de la industria y los negocios, convierten a estas en verdaderas empresas criminales o industrial del crimen.

En lo que respecta a la diferencia entre la “organización criminal” y las “bandas criminales” o “delincuencias asociativas”, el autor señala que ambas denominaciones no son sinónimos; pues existe una serie de diferencias entre unas y otras. La *organización criminal* se caracteriza por: a) el hecho delictivo de planifica y racionaliza al milímetro, b) son muchas personas que lo integran y, tienen la capacidad de sustituir e intercambiar sus componentes, c) las organizaciones criminales tienen una duración muy larga debido a su propia estructura jerárquica de organización, códigos de conducta y gozan de una estabilidad organizativa d) las organizaciones criminales suelen actuar a nivel internacional. Mientras que las *bandas criminales* se caracterizan por: a) el delito vienen determinado por el autor, b) las personas que integran a responden a un número reducido con un fundamental papel de las relaciones personales, c) las bandas tienen una vida muy breve, sus estructuras tienen a perpetuarse sobre un propósito puntual delictivo d) las bandas poseen un ámbito de geográfico local donde accionar sus actividades delictivas.

En lo concerniente a la estructura de la ley contra el crimen organizado, el autor realiza un estudio muy detallado sobre la naturaleza procesal -sin dejar de lado el aspecto sustantivo, ejecución penal y cooperación internacional- de esta ley. Por otro lado, respecto al ámbito

sustantivo de la ley, se señala que con la promulgación de la ley contra el crimen organizado se destierra el uso de los términos *agrupación criminal* (art. 152, inc. 8), *organización delictiva o banda* (art. 179, inc. 7), *organización ilícita* (art. 318-A, lit. b), *asociación delictiva* (art. 257-A inc. 1), los que quedan sustituidos -a juicio del autor- por la de *organización criminal*, pues según el concepto -doctrinario y jurídico-, esta nueva forma de criminalidad comprende todas estas manifestaciones de criminalidad en grupo. En lo que respecta al ámbito procesal, se señala que la ley -aparte de constituir como marco procesal las normas y reglas previstas en el Código Procesal Penal de 2004- incorpora otras normas como son el Decreto Legislativo N° 992, el Decreto Legislativo N° 1104 "Ley de pérdida de dominio", etc.

La investigación para los delitos comprendido en la ley del crimen organizado (art. 3°) es de carácter complejo. En este sentido, se han implementado formalmente *técnicas especiales de investigación* tales como la interceptación postal, intervención de las comunicaciones, circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, agente encubierto y acciones de seguimiento y vigilancia. No obstante, se faculta la aplicación de medidas limitativas de derechos, la incautación y el decomiso o en su defecto el proceso de pérdida de dominio. Asimismo, en el campo jurisdiccional se prevén reglas confinadas a la *valoración de la prueba* y, en atención a la lucha global contra esta forma de manifestación de criminalidad se prevé formas de *cooperación internacional y asistencia judicial*.

También se identifican *normas jurídicas de ejecución penal* a través de las que se prohíben beneficios penitenciarios a todas las personas que hayan sido condenados por algún delito comprendido en el artículo 3° de la ley contra el crimen organizado y se instaura un Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRI-CO) con el ánimo de prevención y contingencia post delictiva de los condenados.

Desde el punto de vista políticocriminal, el autor identifica dos modelos de política criminal para la lucha contra la criminalidad organizada: el *modelo del Derecho Penal del enemigo* y el *modelo del Garantismo penal*. Señala que el modelo más radical es el derecho penal del enemigo que arremete la persecución no solo con fundamentos jurídicos sino también filosófico; todo ellos destinados a despersonalizar a los sujetos

vinculados al crimen organizado por lo que se les debe combatir como enemigos del sistema social, por la gran peligrosidad que expresan al cometer sus hechos delictivos. Al respecto, el autor asume una posición crítica sobre este modelo, señalando que la intervención contra la criminalidad organizada debe estar sujeta a determinadas condiciones que sean respetuosas con el Estado de Derecho.

En el Título II se desarrollan los **aspectos procesales relativos a la investigación, y la aplicación de las consecuencias jurídicas**. En este sentido, el autor describe muy detalladamente los principios funcionales de la actuación del Ministerio Público en el marco de la investigación de delitos cometidos por las organizaciones criminales. Asimismo, señala las investigaciones preparatorias a realizarse en estos casos: *diligencias preliminares, secuencias metodológicas de la investigación en las diligencias preliminares, secuencias metodológicas de la investigación preparatoria*. Los plazos establecidos para los actos de investigación.

En lo que respecta a las **técnicas de investigación**, el autor señala que las reglas generales para la aplicación de técnicas especiales de investigación son *interceptación postal, interceptación de las comunicaciones, circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, agente encubierto, la colaboración eficaz, protección de testigos*. Todas estas técnicas señaladas son definidos de manera clara y precisas a modo que el lector pueda comprender con facilidad en qué consisten estas medidas.

Respecto a las **medidas limitativas de derechos**, el autor señala que se debe pasar por un filtro de los principios y derechos fundamentales para poder aplicarlas, pues de lo contrario sería una vulneración a los derechos fundamentales. En este sentido, señala que la aplicación de estas medidas debe fundamentarse en hechos sostenidos a través de indicios, fuentes o elementos de prueba y, la elección de la medida a aplicar debe ser la más apta para el fin perseguido.

Las medidas limitativas de derechos desarrollados en el libro son: *levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, la incautación, el proceso de pérdida dominio*.

En el Título III se desarrolla **los medios de prueba aplicables en delitos de crimen organizado**, entre ellos la pericia contable y se analiza muy detalladamente el informe pericial contable, las fases de la pericia

contable, la formación de la prueba pericial contables y su valoración. Asimismo, se analiza el valor probatorio de los informes de inteligencias financieras.

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas, se analiza las agravantes especiales que prevé la ley contra el crimen organizado por la calidad del sujeto activo del delito (*líder, jefe, cabecilla, director, supervisor*); también se analiza las clases de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas que participan en la comisión de alguno de los delitos previsto en el artículo 3° de la ley contra el crimen organizado.

En definitiva, la obra representa un esfuerzo muy meritorio de quien ha tratado de comprender la mayor parte de temas vinculados a la llamada criminalidad organizada. Si bien hubiera sido muy importante profundizar en algunos de ellos, esto no reduce el valor de la obra en su totalidad, por lo que felicito al autor por realizar un trabajo de investigación tan complejo que estoy seguro será de mucha ayuda para los operadores judiciales y la comunidad jurídica en general.

Miraflores, mayo 2016.

Prof. Dr. Dr. h.c. Felipe Villavicencio Terreros

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS.	5
INTRODUCCIÓN ...	7
PRÓLOGO..	9

TÍTULO I OBJETO, DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

CAPÍTULO I CUESTIONES GENERALES

I ASPECTOS GENERALES DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA'	35
II ESTRUCTURA DE LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO... ..	41
III LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	49

IV	
ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS	51
IV. I. La criminalidad organizada y su presencia en el Perú y el mundo... ..	51
IV. II. El estudio criminológico de la criminalidad organizada... ..	53
IV. III. Clases de criminalidad organizada	55
IV. IV. Distinción entre crimen organizado y asociación ilícita para delinquir	59
V	
CONSIDERACIONES	
POLITICO CRIMINALES... ..	63
V. I. El programa político criminal de los Estados contra la criminalidad organizada.	63
V. II. Modelos político criminales en la lucha contra la criminalidad organizada	64
V. III. Expresiones de una política criminal y técnica legislativa. ..	66
VI	
CRIMINALIDAD ORGANIZADA	67
VI. I. Definición doctrinaria	67
VI. II. Definición legal	69
VII	
ELEMENTOS DE LA	
CRIMINALIDAD ORGANIZADA	73
VII. I. Elementos esenciales de la criminalidad organizada	73
A. La organización..	73
B. Finalidad lucrativa.	76
C. El uso de la violencia y/o comisión de delitos graves	77
D. Elementos accidentales del crimen organizado.	77
VIII	
CONTENIDO DEL INJUSTO	
PENAL DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA	79
VIII. I. Autoría y participación en el delito de crimen organizado ..	81

TÍTULO II
INVESTIGACIÓN, CONSECUENCIAS
JURÍDICAS APLICABLES Y
EJECUCIÓN PENAL

CAPÍTULO I
INVESTIGACIÓN
Y PROCESO PENAL

IX	
CONSIDERACIONES PREVIAS.	93
X	
PRINCIPIOS FUNCIONALES DE LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL MARCO DELICTUAL DEL CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO....	95
X. I. Ministerio Público titular de la acción penal	95
X. II. El principio de iniciativa de la persecución penal	97
A. La dirección de la investigación preparatoria	101
X. III. La investigación preparatoria en delitos contra la criminali- dad organizada	102
A. Las diligencias preliminares	103
B. Secuencia metodológica de la investigación en diligen- cias preliminares	105
C. Secuencia metodológica de la investigación preparatoria	115
X. IV. Plazos para los actos llevados en la investigación preparatoria	119
A. Plazos de las diligencias preliminares	122
B. Criterios para determinar la razonabilidad del plazo de diligencias preliminares	124
C. El plazo de la investigación preparatoria	136

CAPÍTULO II
TÉCNICAS ESPECIALES
DE INVESTIGACIÓN

XI	
REGLAS GENERALES PARA LA APLICACIÓN	
DE TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN	
	141
a) La idoneidad de la técnica especial de investigación aplicada...	141
b) La necesidad del uso de la técnica especial de investigación.	142
c) Elementos de convicción.....	143
XII	
INTERCEPTACIÓN POSTAL	
	157
XIII	
INTERCEPTACIÓN DE	
LAS COMUNICACIONES	
	159
XIV	
CIRCULACIÓN Y ENTREGA	
VIGILADA DE BIENES DELICTIVOS	
	165
XIV. I. Clases de bienes delictivos	166
XIV. II. Modalidades de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes	
Delictivos..	167
XV	
AGENTE ENCUBIERTO	
	171
XV. I. Concepto	171
XV. II. Tipos de agente encubierto	172
a) Agente meramente encubierto.	172
b) Agente encubierto infiltrado.....	172
c) Agente encubierto infiltrado con identidad supuesta	173
d) Agente provocador	173
XV. III. Características del agente encubierto	173
XV. IV. Condiciones para la utilización de agente encubierto	174
XV. V. Exclusión de la responsabilidad penal del agente encubierto	181

XVI	
LA COLABORACIÓN EFICAZ.. .. .	185
XVI. I. Concepto	185
XVI. II. Requisitos para otorgar Colaboración eficaz.	187
XVII	
LA PROTECCIÓN A LOS TESTIGOS	191
XVII. I. Mecanismos de protección de testigos y peritos... ..	192
CAPÍTULO III	
MEDIDAS LIMITATIVAS	
DE DERECHOS	
XVIII	
LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO,	
RESERVA TRIBUTARIA Y BURSÁTIL	198
XVIII. I. Secreto bancario.. .. .	198
XVIII. II. Reserva tributaria	202
XVIII. III. Secreto bursátil	205
XIX	
LA INCAUTACIÓN	207
XIX. I. Definición... .. .	208
XIX. II. Clases de Incautación	211
a) Incautación instrumental o cautelar	212
b) El decomiso o incautación conservativa... ..	217
XIX. III. Presupuestos materiales de la incautación.	222
XIX. IV. Devolución o entrega del bien o cosa incautada... ..	231
XX	
LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS EN	
LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR- LEY N° 27379 -	
PROCEDIMIENTOS PARA ADOPTAR MEDIDAS EXCEPCIONALES	
DE LIMITACIÓN DE DERECHOS EN INVESTIGACIONES	
FISCALES PRELIMINARES	
XX. I. Delitos donde pueden aplicarse las medidas limitativas de	
derecho	240

XX. II.	Medidas limitativas que se pueden aplicar en investigaciones preliminares	241
A.	La detención preliminar	242
B.	La detención incomunicada o Incomunicación	249
C.	El impedimento de salida del país.	252
D.	El secuestro y/o la incautación...	255
E.	El embargo	257
E. 1.	Clases de embargo.. . . .	261
F.	La orden de inhibición	268
G.	El allanamiento de inmuebles o lugares cerrados	270
H.	La inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales	272
I.	El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria	274
J.	La exhibición y remisión de información	275
XX. III.	Procedimiento y procedencia de las medidas limitativas de derechos...	275
XXI		
	EL PROCESO DE PÉRDIDA DE DOMINIO	279
XXI. I.	Definición...	279
XX. II.	Características del Proceso de Pérdida de Dominio	285
XXI. III.	Principios y reglas probatorias aplicables al Proceso de Pérdida de Dominio para casos de criminalidad organizada	299
XXI. IV.	Presupuestos que debe cumplir la carga de la prueba de la demanda de Pérdida de Dominio...	318
XXI. V.	La presunción como causal de procedibilidad para demandar Pérdida de Dominio...	320
XXI. VI.	Supuestos concretos para demandar Pérdida de Dominio	323
A.	Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal.	323
B.	Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.	343

C. Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción...	349
D. Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad...	351
XXI. VII. Supuestos de inadmisibilidad de la demanda de Pérdida de Dominio...	352
XXI. VIII. Supuestos de improcedencia de la demanda de Pérdida de Dominio...	354

TÍTULO III
MEDIOS DE PRUEBA
APLICABLES EN DELITOS
DE CRIMEN ORGANIZADO
CUESTIONES GENERALES

XXII	
LA PERICIA CONTABLE...	361
XXII. I. Concepto...	362
XXII. II. Fundamentos...	362
XXII. III. El perito contador...	364
A. Los derechos del perito contador...	366
B. Las obligaciones del perito contador...	366
XXII. IV. El informe pericial contable...	367
A. Las formalidades y contenido del informe pericial contable...	367
B. Fases del informe pericial contable...	368
XXII. V. La pericia contable en la investigación preparatoria...	372
A. La pericia contable en la investigación de los delitos de criminalidad organizada...	372
B. La dirección fiscal de la investigación con la finalidad de recabar elementos para una pericia contable...	375
C. Cuestiones respecto al nombramiento del perito...	379

D. Cuestiones respecto al nombramiento del perito contable de parte..	381
E. Cuestiones respecto al procedimiento de designación y obligaciones del perito contable ...	384
1) Sobre el objeto de la pericia contable. ...	384
2) Respecto al plazo para la presentación del informe pericial contable ...	385
F. Cuestiones sobre la prueba pericial contable en la investigación de la criminalidad organizada. ...	387
1) Sobre los documentos contables o financieros de interés para el desarrollo del acto pericial contable	387
2) Sobre los métodos y técnicas para el análisis de la documentación contable. ...	390
XXII. VI. La cadena de custodia ...	392
XXII. VII. La Coordinación Interinstitucional..	395
XXII. VIII. La formación de la prueba pericial contable y su valoración	397
A. La validez de la prueba pericial contable ...	397
B. El examen de la pericia contable en el juicio oral	398
C. El examen directo del perito contable ...	399
D. El contraexamen del perito contable ..	401
E. Sobre la eficacia probatoria de la prueba pericial contable.	405
F. Criterios para determinar los estándares de calidad de la técnica o método empleado en el informe o dictamen pericial contable ...	407
G. Parámetros para alcanzar el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” de la pericia contable..	412
XXII. IX. Cuestiones sobre la valoración de la pericia contable ...	415
A. El valor probatorio de los informes de la Contraloría General de la República ...	415
XXII. X. El valor probatorio de los informes de inteligencia financiera	418
XXII. XI. Cuestiones interpretativas sobre el contenido de la pericia institucional extraprocesal...	419
A. La pericia institucional extraprocesal como fuente de prueba	420

B. La pericia institucional extraprocesal como elemento de prueba	422
C. La pericia institucional extraprocesal como medio de prueba	423
1. Acto pericial..	424
2. El informe pericial	426
D. La sustentación y el correspondiente examen o interrogatorio puede ser realizado por servidores de la Contraloría General de la República distintos de los que realizaron el informe de control... ..	427
E. La aclaración de los informes de control	429
XXIII	
LOS DOCUMENTOS...	431
XXIII. I. Definición	431
XXIII. II. Clases de documentos	432

CAPÍTULO V
VALORACIÓN DE LA PRUEBA

XXIV	
LA PRUEBA TRASLADADA	441
XXIV. I. Concepto..	441
XXIV. II. Supuestos para declarar procedente la admisión de prueba trasladada.	441
XXIV. III. Reglas de valoración de la prueba trasladada..	445

CAPÍTULO VI
CONSECUENCIAS JURÍDICAS
APLICABLES Y EJECUCIÓN PENAL

XXV	
INHABILITACIÓN	451

XXVI	
AGRAVANTES ESPECIALES:	
CALIDAD DE SUJETO ACTIVO DEL	
DELITO DE CRIMEN ORGANIZADO	455

XXVII	
RESPONSABILIDAD DE	
LAS PERSONAS JURÍDICAS	467

- ANEXOS... ..	471
- Bibliografía	533

TÍTULO I
OBJETO, DEFINICIÓN
Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

CAPÍTULO I CUESTIONES GENERALES

I ASPECTOS GENERALES DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

1. La criminalidad organizada es el nombre con más carga sugestiva que conoce actualmente el sistema penal y es el nuevo «fantasma» que se cierne sobre las sociedades postmodernas, hasta el punto que este se ha «corporeizado» y ha entrado oficialmente a formar parte del léxico normativo y de la convivencia social nacional e internacional^[1].
2. La expresión **criminalidad organizada** denota un conjunto de fenómenos criminales que tienen como base común el ser cometido utilizando la estructura de una organización criminal^[2], por lo que a este respecto existen pocos acuerdos acerca de una conceptualización única y ámbitos sobre los cuales se manifiesta.^[3]
3. El artículo 2 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, denominada Convención de Palermo suscrita en diciembre del año 2000 señala que por grupo delictivo organizado se entiende:

[1] FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad económica. En: Revista Penal, Número 7, Salamanca, 2001, pág. 56.

[2] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal. Lima, Editorial Jurista Editores, 2013, págs. 595 a 596.

[3] En palabras de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: “la criminalidad organizada es un fenómeno difícil de aprender en concepciones teóricas y, más aun, en leyes penales, porque es cambiante, proteico y adopta diversas manifestaciones”. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit. págs. 597 a 598.

“Un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

4. Interpretando el artículo precitado GIMÉNEZ-SALINAS señala que la delincuencia organizada es “cualquier organización creada con el propósito expreso de obtener y acumular beneficios económicos a través de su implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia, funcionamiento y protección mediante recurso a la violencia y la corrupción o la confusión con empresas legales”.^[4]
5. Es ilustrativo el análisis comparativo efectuado por Gómez de Liaño: “La organización criminal o delincuencia organizada en sentido estricto, no es sinónimo de banda criminal o delincuencia asociativa en sentido amplio. Determina una serie de diferencias entre unas y otras: en las bandas el delito viene determinado por el autor, en la organización criminal lo impone el cliente, se planifica y racionaliza el hecho delictivo al milímetro; en las bandas las personas que lo integran responden a un número reducido con un fundamental papel de las relaciones personales, en las organizaciones sucede lo contrario, es decir, se sustituyen e intercambian sus componentes; las bandas tienen una vida muy breve, en las organizaciones se perpetúan los dirigentes y la propia estructura sobre el propósito puntual delictivo; la organización criminal tiene una fuerte jerarquía, códigos de conducta y estabilidad organizativa, cuestión que no sucede en las bandas; y finalmente, las bandas poseen un ámbito geográfico local, sin embargo el crimen organizado suele actuar a nivel internacional”.^[5]

^[4] GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea, “La delincuencia organizada en Europa: Extensión, factores facilitadores y rasgos principales”. Documentos de seguridad y defensa Nº 48, 2012, pág. 14.

^[5] GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación. Editorial Colex, Madrid, 2004, pág. 64.

6. El **crimen organizado** está constituido por las actividades de grupos criminales fuertemente estructurados y que realizan infracciones graves como medio para conseguir beneficios económicos y/o para obtener influencia política o social^{[6][7]}. Asimismo, es indiferente que los delitos cometidos por el crimen organizado sean fines en sí mismos o medios para obtener beneficios patrimoniales o para coaccionar o corromper a los funcionarios o servidores públicos.^[8] En otras palabras “las organizaciones criminales, independiente de si cometen o no los delitos-objeto, pues en muchos casos su sola conformación representa un peligro que no se puede desconocer”.^[9]
7. Las características más resaltantes son: “(...) estructura jerárquica, la división de actividades, la distribución de las funciones apuntan a la consecución de determinados fines ilícitos, los que, atendiendo *la clase de criminalidad organizada que estamos examinando*, son, en definitiva, de carácter lucrativo”. Las organizaciones criminales se caracterizan por su elevada complejidad a nivel organizativo, “la acción se realiza bajo la actuación de grupos criminales que desarrollan actividades ilícitas de las que obtienen los beneficios y que, para ello, necesitan de actividades instrumentales necesarias para el desarrollo de la actividad principal”.^[10]

^[6] ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Ob. cit., pág. 615.

^[7] “(...) cabe advertir que también se puede estar frente a una criminalidad organizada que persiga fines diversos a los económicos, como sucede con algunas manifestaciones terroristas: el grupo se estructura y persigue fines ideológicos, políticos o incluso religiosos”. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. “La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”. en Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 2, 2010, pág. 278.

^[8] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. En: La criminalidad organizada. “Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos”. Dir. Carlos Granados, Consejo General del Poder Judicial, 2001, Madrid, pág. 121.

^[9] CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Loc. cit., pág. 281.

^[10] GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea; DE LA CORTE, Luis; REQUENA, Laura; DE JUAN, Manuel, “La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión imposible?”, Revista Española de Investigación Criminológica, N° 9, 2009, pág. 23.

8. Estas actividades instrumentales delictivas que realizan de forma permanente las convierte en empresas criminales, adoptando las estructuras y los modelos desarrollados por el mundo de la industria y los negocios. Esto ha llevado a hablar, con razón, de que las organizaciones criminales son verdaderas «industria del crimen» o «empresas criminales» y, dado su carácter transnacional, se tratan de «multinacionales del crimen»^[11].
9. La expansión de los mercados ilegales a nivel mundial ha influido profundamente en la estructura de los grupos de delincuentes organizados y en su vocación cada vez más empresarial y capitalista, las que redundan en sus actuaciones que se encuentran fundamentalmente dirigidas a la consecución de beneficios económicos a cualquier tipo de costo social. Esta orientación decidida a la obtención de ganancias compone el «espíritu capitalista del crimen»^[12].
10. En este sentido, si bien gran parte de sus actividades están guiadas por la finalidad de maximizar sus ganancias, ello no significa, que exista una conexión indisoluble del fenómeno de la criminalidad organizada con determinados delitos generadores de grandes ganancias (tráfico de drogas, delitos contra el patrimonio, etc.) sino, por el contrario, el fin de la criminalidad organizada es la realización de delitos para con esto obtener ventajas económicas.
11. Ciertamente, el delito, desde la perspectiva de la criminalidad organizada, es solamente un instrumento para la consecución en primera línea de fines materiales, para cuya obtención el grupo se puede servir también, y de hecho se sirve, de medios legales. En efecto, el método criminal es solo un medio para alcanzar un fin principal, en concreto, la obtención del máximo de ganancias. Si tal fin se puede alcanzar también recurriendo a medios legales, entonces, quedan en un segundo plano las formas de actuación criminal, pues lo importante siempre es la ventaja económica en toda

^[11] BLANCO CORDERO, Isidoro. Criminalidad organizada y mercados ilegales. En: Revista Eguzkilore, Número 11, San Sebastián, diciembre 1997, pág. 216.

^[12] BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., pág. 216.

su dimensión y extensión. Es por ello, que frecuentemente los grupos de delincuentes organizados desarrollan tanto negocios legales como ilegales^[13]. Estos últimos incluso en algunos casos operan “(...) bajo un manto de licitud en el desarrollo de sus actividades para no llamar la atención de los órganos encargados del control formal”.^[14]

12. Por lo tanto, elementos tales como el uso de la violencia o la presión sobre el poder político o entidades públicas no son elementos esenciales de las organizaciones criminales, estos solo aparecen en determinadas manifestaciones de ellas, principalmente en las asociaciones de tipo mafioso o altamente criminal.^[15]
13. Las organizaciones criminales tienen como dato significativo el estar estructuradas jerárquicamente, con distribución de funciones ejecutivas o de planificación y de ejecución, llegando a gozar de posiciones dominantes en determinados ámbitos locales de la economía legal o ilegal, así como tolerancia o complicidad de funcionarios o servidores públicos.
14. Como dice CARNEVALI “que sea organizada, pone de manifiesto que se trata de estructuras con algún grado de jerarquización, que dificultan una investigación criminal, pues en no pocos casos se presentan problemas para determinar la atribución de responsabilidad penal, dada la separación espacio-temporal entre la decisión de los jefes y la ejecución del delito. A ello debe sumarse su gran capacidad económica, que les permite, incluso, desestabilizar las instituciones políticas de un Estado a través de la corrupción de

[13] BLANCO CORDERO, Isidoro. Ibidem, pág. 217.

[14] SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián. “El crimen organizado en Chile. Una aproximación criminológica al perfil del delincuente a través de un estudio a una muestra no representativa de condenados por delitos de tráfico de estupefacientes”. *Política Criminal* Vol. 10, N° 19, Julio 2015, artículo 2, pág. 48. En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A2.pdf

[15] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Criminalidad organizada, concepto. La asociación ilícita, problemas de autoría y participación. En: *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Dir. Carlos Granados, Consejo General del Poder Judicial, 2001, Madrid, pág. 237.

sus funcionarios. (...) En definitiva, la organización debe ser lo suficientemente idónea para cometer delitos, si bien no expresamente determinados, sí *determinables* conforme al contexto en que esta se desarrolla”.^[16]

15. En definitiva, estamos ante una estructura jerarquizada de sus miembros, la cuestión estructural es, en cualquier caso, controvertida y no parece que puedan reducirse las diversas manifestaciones del fenómeno del crimen organizado a un solo modelo^[17], por ello se indica que existen diversos modelos en la estructura de las organizaciones criminales los que son estudiados por la sociología forense y la criminología.
16. Sin embargo, pese a saber cómo opera y cómo está conformada la criminalidad organizada e incluso identificados algunos de sus rasgos constitutivos, sigue siendo opaca su identificación y esto debido a que es resistente a la observación de los operadores del sistema penal. Esto se debe, sin lugar a duda, a que existe un inmenso empeño de las propias organizaciones criminales, que orientan su estructura, actividades y recursos, a dificultar en lo posible su identificación para no ser investigados ni perseguidos penalmente, incluso logran intervenir en actividad propias de los poderes públicos, especialmente de aquellas instituciones que están encargadas de su control y sanción^[18].

^[16] CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Ob. cit., págs. 276, 285.

^[17] ANARTE BORRALLLO, Enrique. Conjeturas sobre la criminalidad organizada. En: Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Directores: FERRE OLIVE y ANARTE BORRALLLO. Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág. 15.

^[18] ANARTE BORRALLLO, Enrique. Ob. cit. pág. 34.

II ESTRUCTURA DE LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

17. El legislador ha introducido al ordenamiento jurídico una regulación penal especial contra la criminalidad organizada por medio de la Ley N° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado), publicada el 20 de agosto del 2013 en el Diario Oficial El Peruano, que establece un tratamiento integral (sustantivo, procesal, de ejecución penal y de cooperación internacional) que pretende combatir eficazmente el fenómeno de la criminalidad organizada que ataca a la sociedad, provocando inseguridad, desconfianza y el desaliento generalizado del que viene padeciendo nuestro entorno social.
18. La Ley Contra el Crimen Organizado, como señala ORÉ SOSA, destierra el uso de los términos agrupación criminal (art. 152 inc. 8 CP), organización delictiva o banda (art. 179 inc. 7 CP), organización ilícita (art. 318-A lit. "b" CP) y asociación delictiva (art. 257-A inc. 1 CP), todos los cuales quedan sustituidos por la denominación organización criminal, pues el concepto de organización criminal comprende todas estas formas o manifestaciones de la criminalidad de grupo.^[19]
19. La norma fija las reglas y procedimientos relativos a la investigación, actividad probatoria, juzgamiento y consecuencias jurídicas aplicables a los involucrados en estos delitos y, a los terceros que ostenten bienes relacionados con el delito o con la persona procesada

^[19] ORÉ SOSA, Eduardo. Organización criminal. A propósito de la Ley 30077, Ley contra el crimen organizado. Artículo disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf

o condenada por alguno de los delitos cometidos por organizaciones criminales previstos en la Ley N° 30077.

20. Si bien su promulgación viene dado en el contexto del cumplimiento de la persecución de delitos de crimen organizado impulsado por los Tratados o Convenios internacionales celebrados por el Perú; sin embargo, son las exigencias sociales de seguridad ciudadana lo que ha representado su mayor necesidad legislativa.
21. La Ley contra el Crimen Organizado consta de treinta artículos, III Títulos, tres Disposiciones Complementarias Finales, cuatro Disposiciones Complementarias Transitorias, seis Disposiciones Complementarias Modificatorias y de una Disposición Complementaria Derogatoria. Es sobre esta base que se sostiene que la Ley N° 30077 se trata, en realidad, de un paquete legislativo de carácter integral y especial.
22. El carácter integral se denota del contenido mismo de la ley que aborda como indicamos todos los ámbitos posibles del proceso penal contenidos en la Ley contra el crimen organizado o que se remiten a normas supletorias para la búsqueda de información, sistematización y el posterior análisis y evaluación de la información que conforman los hechos antecedentes, concurrentes y consecuentes a efectos de hacer efectiva la persecución, enjuiciamiento y las consecuencias accesorias que recaigan sobre personas y bienes involucradas en estos delitos.
23. La norma tiene una naturaleza especial porque si bien erige como marco procesal las normas y reglas previstas en el Código Procesal Penal de 2004, conforme se indica en el artículo 4 de la Ley N° 30077, incorpora otras normas como son el Decreto Legislativo N° 992, el Decreto Legislativo N° 1104 –Ley de Pérdida de Dominio–, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2007-JUS y su modificatoria del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2007-JUS. El Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio y el Decreto Supremo N° 093-2012-PCM- Reglamento del Decreto Legislativo N° 1104.
24. Es a su vez especial porque incorpora como herramienta aplicativa de la Ley contra el crimen organizado, la Ley N° 27697, Ley

que otorga facultades al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, norma cuya aplicabilidad es utilizada en el contexto de procesos bajo el Código de Procedimientos Penales, en vez de utilizar las normas del Código Procesal Penal de 2004, en otros casos, como ocurre con el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores, se remite a norma de contenido extra penal para incorporar al bagaje de instrumentos que permitan identificar movimientos, operaciones bursátiles o cualquier otro tipo de información económico-financiera.

25. Es de resaltar que en la sexta Disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30077, se dispone la modificación del artículo 1 de la Ley N° 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, esto implica que el Fiscal puede adoptar en investigación preparatoria, dígase diligencias preliminares o propiamente en investigación preparatoria las medidas limitativas de derechos que considere necesarios para evitar riesgos que pongan en peligro la investigación.
26. Lo novedoso y acertado de esta Ley es que señala una **definición y criterios** para determinar la existencia de una organización criminal (artículo 2 de la Ley) y establece una lista cerrada de los delitos comprendidos en ella (artículo 3 de la Ley) y los supuestos de agravantes específicas (artículo 22 de la Ley) en atención a diferentes motivos, sea por mayor injusto penal o culpabilidad.
27. Es de resaltar las **consecuencias jurídicas** que se aplican a responsables de criminalidad organizada, no solo en cuanto a penas privativas de libertad severas sino también en términos de **inhabilitación** (artículo 21 de la Ley) y de las **consecuencias accesorias** (artículo 23 de la Ley) a personas jurídicas vinculadas a esta forma de criminalidad.
28. En el ámbito de **investigación** se menciona expresamente en la Ley que la investigación practicada para estos delitos son de carácter complejo, la misma que alcanza a personas vinculadas a ellas. También se han implementado formalmente las **Técnicas Especiales de**

Investigación tales como la interceptación postal, intervención de las comunicaciones, circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, agente encubierto y acciones de seguimiento y vigilancia.

29. Además, se faculta la aplicación de Medidas Limitativas de Derechos, la incautación y el decomiso o en su defecto el proceso de pérdida de dominio. Mientras que para el campo jurisdiccional se prevé reglas confinadas a la **valoración de la prueba**. Y en el afán de una lucha global contra la criminalidad organizada se pone gran atención a las formas relacionada a la **Cooperación Internacional y Asistencia Judicial**.
30. Por último, se establecen **normas jurídicas de ejecución penal** en el que se prohíbe beneficios penitenciarios a condenados por criminalidad organizada y se instaura un Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRICO) con el ánimo de prevención y continencia post delictiva de los condenados.
31. Asimismo, existen críticas contra la Ley de crimen organizado y estas son de diversa índole. Entre las más importantes tenemos, por un lado, a aquellas que cuestionan la falta de operatividad y especialización de los agentes penales y; por otro lado, que no existan condiciones idóneas para ser aplicada correctamente la ley por parte de las instituciones estatales encargadas de hacerlo (ausencia de modernización y mínimo presupuesto de inversión).
32. Para otros, desde un plano estrictamente técnico, cuestionan aspectos relacionados al **contenido, estructura y sentido** de la Ley. Principalmente, se apunta a que la definición a que trae consigo la Ley de qué es criminalidad organizada, es ambigua, amplia en su significación y se percibe una gran laxitud descriptiva en cuanto a la descripción de sus agravantes, contraviniendo de este modo el principio de certeza de la ley penal.
33. Uno de los temas en discusión es la similitud que existe entre los delitos de crimen organizado y el delito de asociación ilícita. A este respecto CARNEVALI indica que "(...) *la criminalidad organizada conformaría una modalidad específica de la asociación ilícita*. Es cierto que compartirían presupuestos similares, como son la concurrencia de una organización que da cuenta una cierta jerarquía

que permite apreciar distribución de funciones, como así también que se observa una estabilidad temporal o permanencia que denota una proyección en el tiempo –que la distingue de la coautoría, por ejemplo–. No obstante, en los supuestos de criminalidad organizada se aprecia además la concurrencia de determinadas actividades *que forman parte de su programa delictivo y que pone de manifiesto una especial peligrosidad*, que hace necesaria una tipificación particular, tal como se puede observar en el caso español e italiano (...).^[20]

34. Al respecto debemos indicar que si bien existe entre crimen organizado y asociación ilícita para delinquir algunas similitudes en su estructura como el que puede apreciarse del artículo 3.17 de la Ley N° 30077 que incorpora como un delito de crimen organizado el delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal, lo cierto es que no se trata de lo mismo.
35. El artículo 317 del Código Penal regula el delito de asociación ilícita para delinquir cuando indica:

“El que forma parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la misma (...)”.
36. El Acuerdo Plenario N° 4-2006/116-CJ del 13 de octubre de 2006 en el fundamento décimo segundo desarrolla los componentes de este tipo cuando señala que:

“(...) queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación –a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas– sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.

^[20] CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. “Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. una propuesta a modo de *lege ferenda*”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios. Año 21 - N° 2, 2014, pág. 75.

37. Para entender la diferencia debemos compararlo con lo dispuesto con el artículo 2.1 de la Ley N° 30077 cuando señala que:

“Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a 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 presente Ley”.

38. Puede notarse diferencias: mientras que basta mínimamente con dos personas para formar una asociación ilícita para delinquir, se requiere de tres para formar una organización criminal, tenemos luego que la asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad delictiva, por lo que no requiere que se materialice el delito fin; mientras que en la organización criminal la consumación se produce en diversos momentos: cuando se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la Ley N° 30077.
39. Por último, en la asociación ilícita para delinquir no importa la clase de delito que se pretenda cometer, lo que no ocurre en el caso de crimen organizado en donde se requiere que la organización se crea, existe o funciona solo para cometer los siguientes delitos: Homicidio calificado (Art. 108° del CP), Secuestro (Art. 152° del CP), Trata de personas (Art. 153° del CP), Violación al secreto a las comunicaciones (Art. 162° del CP), Delitos contra el patrimonio (Arts. 186°, 189°, 195°, 196°-A y 197° del CP), Pornografía infantil (Art. 183°-A del CP), Extorsión (Art. 200 del CP), Usurpación (Arts. 202° y 204° del CP), Delitos informáticos (Arts. 207°-B y 207°-C del CP), Contra la propiedad industrial (Art. 222° del CP), Delitos monetarios (Arts. 252°, 253° y 254° del CP), Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos (Arts. 279°, 279°-A, 279°-B, 279°-C, y 279°-D del CP), Tráfico ilícito de drogas (Sección Segunda del Capítulo II del Título XI del Libro Segundo del CP), Tráfico de inmigrantes (Art. 303°-A, 303°-B del CP), Delitos ambientales (Art. 310°-A, 310°-B, 310°-C del CP), marcaje o reglaje

Objeto, definición y ámbito de aplicación

(Art. 317°-A del CP), Genocidio, desaparición forzada y o tortura (Arts. 319°, 320° y 321° del CP), Delitos contra la administración pública (Arts. 382°, 383°, 384°, 387°, 393°, 399°, 400° y 401° del CP), Falsificación de documentos (Art. 427° del CP) y Lavado de activos (Arts. 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del Decreto Legislativo N° 1106).

III

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

40. Si bien la revolución tecnológica del siglo XX abrió el camino a una nueva etapa de poder mundial (la globalización económica) la misma que supuso que conductas tradicionalmente criminalizadas tendieron a ser monopolizadas por el poder económico y por las propias agencias policiales nacionales; sin embargo, el poder económico detentó la exclusividad de la criminalidad de mercado llevándolas a escala transnacional, en tanto que la criminalidad del mercado local (tráfico de objetos, personas y servicios ilícitos) solo quedó para ser enfrentados por poderes políticos debilitados^[21] y poco eficientes. El siglo XXI, representado por el poder económico y la vanguardia de la tecnología, viene dando paso a una lucha globalizada de Estados contra un fenómeno criminal mundializado como es la criminalidad organizada.
41. Los Estados y los organismos internacionales han convenido y acordado que la lucha contra el crimen organizado no se debe enfrentar aisladamente sino en comunidad internacional, y para ello se ha implementado un conjunto de Tratados y Convenios Internacionales, bilaterales o multilaterales, orientados a actuar oportuna y eficazmente en las investigaciones y sanción de los integrantes de

^[21] ZAFFARONI, Eugenio. En torno de la cuestión penal, Editorial B de F, Buenos Aires Montevideo, 2005, pág. 35.

esta forma grave de criminalidad, en el que el Perú es parte integrante de estos documentos internacionales.^[22]

^[22] Altamente significativo para la lucha contra crimen organizado a nivel internacional constituye la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, celebrado en Palermo (Italia) en el año 2000 y el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (8 de junio de 2001). En la Convención de Palermo se establecen lineamientos homogéneos a los países partes para la actuación pronta y eficaz en la lucha contra el crimen organizado, con la finalidad de obstaculizar y desactivar las actividades de estas organizaciones y empresas criminales y poder lograr réditos tanto en los temas de cooperación internacional, investigación policial y judicial, captura y enjuiciamiento de los responsables.

IV ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

IV. I. La criminalidad organizada y su presencia en el Perú y el mundo

42. La criminalidad organizada es un fenómeno social relativamente nuevo para el estudio criminológico, percibida en esta dimensión recién en los años noventa en lo que respecta a Europa, pues aunque en Italia ya se había presentado hace varias décadas a atrás, pero el viejo continente solo lo había experimentado de forma limitada, fundamentalmente, a través del terrorismo, esto a fines de la guerra fría^[23].
43. Con posterioridad a la guerra fría, la criminalidad organizada ha girado a expresarse en distintas formas delictivas, tal es así que en Italia no solo se ha mantenido en las mafia sino ha pasado a impregnarse en los grupos empresariales, en Portugal se asocian a los ilícitos del mercado financiero y bursátil, en Alemania fundamentalmente al lavado de dinero y a la corrupción privada y pública, mientras que en España la identificación suele hacerse con el terrorismo y migrantes^[24].
44. Actualmente, tanto en Europa y Asia, las organizaciones criminales presentan en una pluralidad de variedades y algunas de ellas son más poderosas que otras, esto dependerá de una doble razón: 1) la de poseer una dimensión transnacional y multidisciplinaria y 2) la de ofrecer un gran abanico de servicios con contenido criminal. Expresiones claras de este tipo de criminalidad organizada lo constituyen

^[23] ANARTE BORRALLLO, Enrique. Ob. cit., pág. 595 a 596.

^[24] ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Ob. cit. Pág. 595 a 596.

la Yakusa japonesa que tiene como ámbito de actuaciones el espacio internacional y se dedican a varias actividades delictivas, entre ellos, se tiene el tráfico de drogas, las redes de prostitución, el contrabando de armas y se especializan en la corrupción privada y pública.

45. Por su parte, en **América Latina y el Caribe**, se puede observar la concurrencia de criminalidad organizada conectada, principalmente, a la comisión de delitos de tráfico ilícito de drogas, secuestros y extorsiones, especialmente en países de Sudamérica como Colombia y México, en donde los índices de criminalidad eran considerable y hoy en día vienen disminuyendo.
46. En **Sudamérica**, en lo que respecta al tráfico de drogas ha dejado de ser monopolio de los cárteles colombianos, junto a ello están los cárteles mexicanos que orientan sus actividades fundamentalmente a territorio norteamericano y europeo, mediante el envío de remesas de sustancias tóxicas^[25].
47. En el **Perú**, en la última década se viene intensificando las prácticas de criminalidad organizada y están vinculadas más a la comisión del tráfico de drogas y al blanqueo de dinero, pero también operan asociaciones criminales que se ocupan del robo agravado y recepciones de vehículos motorizados y de la extorsión agravada contra agentes económicos dedicados al comercio y finanzas. Últimamente se ha llegado a descubrir que también se halla incrustada en el seno de instituciones estatales, específicamente en los Gobiernos Regionales y en las Municipalidades del país.
48. Por otra parte señala PRADO SALDARRIAGA^[26], que las manifestaciones de la criminalidad organizada en nuestro país son todavía incipientes. Que hay un claro predominio de formas estructuradas tradicionales como la banda y el concierto. Sin embargo, se señala también la existencia de algunas organizaciones criminales

^[25] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Ob. cit., pág. 233.

^[26] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317° del Código Penal". https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_65.pdf

más desarrolladas que poseen una estructura de jerarquía estándar, y que están dedicadas a la comisión de delitos violentos o al tráfico ilícito de drogas.

49. Asimismo, una mención especial merecen las organizaciones terroristas como el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Estas agrupaciones de origen político que actuaron entre los años 80 y 90, se constituyeron en base a estructuras asimilables a la jerarquía regional. Y, también, algunos sectores consideran que alrededor de Vladimiro Montesinos Torres se organizó una activa red criminal que operó en la década de los 90 en el Perú^[27].

IV. II. El estudio criminológico de la criminalidad organizada

50. Desde un plano puramente criminológico es necesario destacar que aunque desde siempre ha existido la conspiración criminal, la disidencia de grupos violentos, las asociaciones secretas de mafias, la delincuencia en banda o agrupada, sin embargo, a ninguna de estas formas criminales se les pueden denominar propiamente criminalidad organizada dado que uno de los presupuestos para que exista es que necesariamente deben tener una estructura de tipo empresarial, esto es, la existencia de un mercado ilícito, por tanto, la criminalidad organizada es una criminalidad propia de las sociedad de mercado^[28] y de nuestro tiempo y no una realidad criminal aislada y esporádica.
51. La subsistencia de un mercado ilícito en el que se pueda desarrollar esta clase de criminalidad es el elemento central para designar a un fenómeno criminal como criminalidad organizada y por ello, les resulta indispensable, para atender la satisfacción de necesidades de dicho mercado criminal, que estas organizaciones en su fin de

^[27] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317° del Código Penal. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_65.pdf

^[28] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit. pág. 599.

obtener un lucro económico se estructuran de manera jerárquica y se componen plurisubjetivamente, esto es así si al menos quieren ser funcionales al mercado en el que se desenvuelven.

52. Ahora bien, dado que el fenómeno de criminalidad organizada es más de tipo sociológico, no sería posible capturar en una definición criminológica un fenómeno tan proteico como este^[29]. En este mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA^[30], indica, que por consiguiente, nos encontramos con un concepto de difícil delimitación y una gran amplitud de posibilidades, lo que hace extraordinariamente compleja su definición.
53. Si bien no existe una definición criminológica de lo que es criminalidad organizada, también es cierto que los estudios en esta materia han procedido a mirar la caracterología y cómo opera tal fenómeno, por ello, los más actuales estudios criminológicos están destinados a averiguar y comprender a qué tipo de actividades criminales se dedican, por qué ocurre, cuándo y cómo lo hacen, estudios que desvelan en definitiva, claves al sistema social y penal para prevenirlos, controlarlos y sancionarlos^[31].
54. En este orden de ideas, a continuación, describiremos los rasgos que presenta la criminalidad organizada. Así, en cuanto a su estructura, fines y métodos, se puede inferir que son similares e idénticas a las organizaciones legales o de actuación lícita, pues ambas son empresas comerciales. En atención a ello, se afirma que, desde el punto de vista formal, no existe frecuentemente ninguna diferencia entre una organización criminal y una legal, en todo caso la distinción estribaría solo en el hecho de que la organización criminal está dispuesta a conseguir sus fines mediante el empleo de acciones delictivas. Por lo demás, en cuanto a los fines que persiguen, esto es, de lucro y a los medios empleados para la consecución de

[29] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ibidem, págs. 602, 603.

[30] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. Ob. cit., pág. 117.

[31] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ibidem, págs. 602, 603.

tales fines existe una coincidencia plena entre una organización lícita y la criminal^[32].

55. Es necesario resaltar que en los últimos tiempos, la criminalidad organizada, ha asumido una complejidad aun mayor e incluso extraordinaria, debido a que viene sofisticándose en todos sus aspectos, desde la utilización de medios tecnológicos, buscando profesionalización en toda su dimensión (operativa y de personal), creando alianzas con otro tipo de criminalidad organizada, mejorando su capacidad de camuflaje y adaptabilidad al medio y posibilitando su transnacionalización. La sinergia de todos estos componentes logra producir realmente una nueva criminalidad^[33] en la criminalidad organizada.
56. Es en atención a lo señalado precedentemente que el foco de análisis criminológico puesto modernamente está en lo que se ha venido a llamar la macrocriminalidad, la misma que al ser transnacional descansa sus labores en las graves formas de violencia colectiva, cuyas consecuencias destructivas son particularmente peligrosas y se caracterizan porque llevan a cabo la comisión de delitos a gran escala, con una estructura fuertemente consolidada y con inmensa capacidad corruptora^[34].
57. Entre las modalidades de criminalidad organizada identificamos, generalmente, dos tipos: 1) la criminalidad económica y 2) la corrupción de funcionarios o servidores públicos. La más peligrosa entre ellas es la última, dado que la corrupción permite que subsistan y se desarrollen las demás modalidades de criminalidad organizada^[35].

IV. III. Clases de criminalidad organizada

58. Una clasificación de los tipos o modelos de criminalidad organizada es bastante amplia, en la medida que comprenden diferentes

[32] BLANCO CORDERO, Isidoro. Ibidem, pág. 217.

[33] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ibidem, pág. 600.

[34] ANARTE BORRALLA, Enrique. Ibidem, pág. 29.

[35] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ibidem, pág. 117.

aspectos como por ejemplo, la clase de delitos cometidos, el modo de cometerlos, el móvil, la cantidad de personas y el nivel de estructura jerárquica. Además, todos estos factores son dinámicos, variables^[36] y combinables.

59. La estructura de las organizaciones criminales no es uniforme, varían según su origen, el grado de desarrollo que ha alcanzado, el tipo de actividades delictivas que ejecuta o el número de componentes que integra. Por consiguiente, hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas y complejas que muestran una composición vertical, con niveles de poder y gestión muy centralizados. Pero, también, coexisten otras agrupaciones delictivas con estructuras flexibles y roles de dirección colectiva o descentralizada. Más aun, las organizaciones que activan la criminalidad organizada contemporánea adoptan nuevas formas estructurales altamente flexibles y que, incluso, buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales que les permitan en una dinámica de cooperación cubrir mayores mercados e intercambiar sus mercancías o servicios ilícitos^[37].
60. En efecto, PRADO SALDARRIAGA^[38] realiza una descripción tipológica de las diferentes clases de criminalidad organizada que existen, si bien no agota de forma acabada su clasificación, sin embargo, al menos describe las más visibles e importantes que existen.
61. En primer lugar, tenemos la **criminalidad organizada de estructura piramidal**, cuya estructura es rígida, tradicional y común. Se caracteriza por tener un comando o liderazgo unificado a partir del cual se origina una jerarquía vertical con roles claramente definidos y asignados a sus escalones de integrantes. Las tareas se asignan de manera clara y definida para cada integrante según su nivel. Adoptan un código de conducta que privilegia la lealtad, el

[36] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ibidem, pág. 604.

[37] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317° del Código Penal. Ob. cit.

[38] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317° del Código Penal. Ibidem.

secreto y la obediencia al jefe. Poseen un sistema de control interno muy estricto y que ejecuta sanciones disciplinarias violentas. Utilizan un nombre y la vinculación entre sus integrantes se funda en lazos familiares, étnicos o de estrato social. El número de sus integrantes es variado según la presencia histórica de la organización.

62. Estos son grupos de tamaño mediano (50 a 200 personas) y tienen una estructura jerárquica estricta con un código de honor, reglas internas y absoluta lealtad al jefe. Los miembros son reclutados en el bajo mundo criminal y en el de los ex convictos, pero también entre los oficiales gubernamentales y servidores públicos.
63. En el Perú, las firmas del tráfico de drogas y las bandas dedicadas a delitos violentos como el robo y el secuestro extorsivo adoptan una estructura que responde a estas características.
64. En la **criminalidad organizada de jerarquía regional**, la característica esencial se refiere al liderazgo único. Si bien existe una jerarquía rígida y definida a partir de un mando central, de él se desprenden estructuras regionales que tienen un alto grado de autonomía operativa y cuyo jefe posee capacidad de decisión sobre su espacio regional. La actividad de las organizaciones de esta tipología es descentralizada y se desarrolla simultáneamente en varias áreas geográficas de influencia o «regiones».
65. Por esta razón, se trata de estructuras que cuentan con muchos grupos asociados e integrantes. La militancia en estos grupos se origina en la fuerte identidad social que vincula a sus miembros los cuales provienen de un mismo núcleo poblacional o «barrio». En el modo de operar el uso de la violencia es bastante frecuente. Incluyen estas organizaciones criminales la Yakuza o la Yamaguchi-Gumi, y a la banda Fuk Ching que opera en los Estados Unidos.
66. La **criminalidad organizada de agrupación jerárquica** la misma que se identifica a una estructura corporativa que reúne a varios grupos criminales. La conducción en la agrupación jerárquica es delegada a un núcleo de representantes de cada grupo integrado, y que recibe distintas denominaciones como «Consejo» o «Cuerpo Vigilante». Los acuerdos que se gestan y adoptan al interior de este núcleo de gobierno se receptionan e inciden en todos los grupos asociados.

67. El surgimiento de las agrupaciones jerárquicas obedece a cuestiones tácticas o de coyuntura. Con ellas los grupos se gestan un ámbito de concertación que les permite compartir o dividirse mercados y áreas de influencia, así como resolver los conflictos existentes entre ellos. Además, los grupos integrantes se dedican a actividades ilícitas diferentes y adecuadas a las oportunidades del área geográfica donde operan. Por su condición corporativa puede dedicarse a varias actividades delictivas y estar compuesta por un gran número de integrantes.
68. **Criminalidad organizada de grupo central**, es representativa de las estructuras flexibles y es un modelo de estructura muy frecuente entre las organizaciones criminales modernas. Están integrados por un número reducido de miembros y carecen de un nombre que los identifique de manera interna o externa. Operan con un número limitado de agentes que no excede de 20. Los integrantes en pleno componen el núcleo central que adopta decisiones e impone la disciplina por consenso y acuerdo. A su interior pues, no existe un liderazgo único, por lo que se les considera como estructuras horizontales. Los integrantes pueden ingresar o retirarse del grupo central según las coyunturas y las necesidades operativas de la organización. Se aplica, una política de disociación voluntaria o por renovación de cuadros. No se ha observado un uso relevante de medios violentos para imponer el control interno.
69. En la periferia del grupo central se encuentra un número importante de «miembros asociados» los cuales solo son requeridos por la organización para la realización de actividades específicas que acuerda el grupo central. El número de integrantes que las compone es muy reducido. No obstante, todos sus miembros tienen gran experiencia y especializaciones en temas económicos o financieros, a la vez que gozan de una alta estima social.
70. La **organización criminal de red criminal**, es una organización flexible y versátil por excelencia. Desarrolla actividades altamente profesionales e intercambiables. Es la estructura criminal de diseño más complejo. Su tamaño y actividades son variables. Carecen de un nombre que las identifique, lo que resulta coherente con su naturaleza dinámica, fluida y mutable.

71. En la red criminal un rol esencial corresponde a los individuos clave que operan como conectores o puntos nodales. Frecuentemente se trata de un individuo clave que está rodeado por una constelación de individuos o grupos que le ayudan a realizar un proyecto criminal y que configuran la red. Es importante destacar que los individuos clave no se consideran integrantes de ninguno de los grupos delictivos que se incorporan a la red. Solo permanecen ligados a ella mediante un conjunto variado de proyectos delictivos.
72. La red se integra con un número manejable de personas que realizan sus actividades de manera simultánea o paralela y que no siempre se relacionan entre sí. Su contacto con la red y con sus proyectos delictivos se realiza a través de los individuos clave. La característica común de los miembros de una red es su habilidad y excelente ubicación estratégica para la realización de los proyectos delictivos asumidos, lo cual los convierte en los más idóneos para el operar exitoso de la red como estructura criminal.
73. En las redes criminales la estructura no solo es flexible sino también movable. Ello como consecuencia de no existir ninguna jerarquía ni línea de dependencia para con el individuo clave. Por consiguiente, si este es descubierto al igual que sus actividades ilícitas, la red rápidamente se reconstruye en función de un nuevo conector o individuo clave quien puede promover otras actividades criminales o adherirse a los proyectos delictivos en ejecución. Por tal razón, estas organizaciones criminales no requieren contar con una estructura o jerarquía para poder realizar sus acciones.

IV. Distinción entre crimen organizado y asociación ilícita para delinquir

74. El delito de asociación ilícita apareció en la legislación penal nacional para proteger el bien jurídico de la seguridad pública como se puede ver en su composición típica ciertos tintes claramente políticos. Por otra parte, de las diferentes modalidades de delito de asociación elitista que se describen en el tipo penal (art. 317 del

CP), tiene especial interés la primera de ellas, precisamente por su carácter genérico y de vocación omnicomprendensiva (las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas promueva su comisión).

75. La asociación típica es cualquier grupo humano estable que tenga cierta permanencia, de esa manera solamente quedarán fuera del alcance del tipo los grupos «esporádicos». Una asociación requiere formalmente *una cierta consistencia*, lejos de lo meramente esporádico y, por supuesto dentro de una cierta organización jerárquica. Lo que sí resulta obvio es que la asociación supone que la pluralidad de personas que la constituyen ha de ser independientes y autónomas respecto de cada uno de los individuos que la constituyen, todos ellos concertados a un fin determinado que inicialmente no tiene por qué ser ilícito.^[39]
76. Los requisitos que debe tener la asociación serán la estabilidad, la existencia de un fin propio de la asociación, la distribución de funciones entre los miembros y la jerarquización.^[40] Una asociación ilícita es «originaria» aunque no haya finalidad de cometer delitos, sí haya la de alcanzar fines que solamente se pueden conseguir a través de delitos. Ello recuerda al concepto de dolo indirecto. Pero si es así, obligado será advertir que el número de delitos de asociación ilícita que pueden apreciarse utilizando ese análisis es muy grande. Por ejemplo, si una empresa constructora desea realizar una promoción urbanística en zona inadecuada (potencial comisión de un delito urbanístico), confiando en que a la postre todo se arreglará gracias a la tolerancia de la autoridad municipal que se avendrá a un arreglo (situación que como sabe cualquier habitante de zonas turísticas no es de ciencia ficción sino muy frecuente), preciso será admitir que tenemos un fin lí-

[39] QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita. En: Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Dirs: Ferre Olive y Anarte Borralló; Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág. 183 y 185.

[40] QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., pág. 184.

cito (construir) que se quiere alcanzar asumiendo un eventual delito o infracción urbanística que se cometa (finalidad ilícita), contemplando también la posibilidad de que se consiga resolver el problema mediante la comisión de otros delitos (por ejemplo, prevaricación o cohecho, que como sabemos no es preciso que se cometa por ambas partes)^[41].

^[41] QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. *ibidem*, pág. 185.

V
CONSIDERACIONES
POLITICO CRIMINALES

- V. I. El programa político criminal de los Estados contra la criminalidad organizada
77. La doble peculiaridad que representan los comportamientos de las organizaciones criminales, en síntesis, consisten en lo siguiente:
- i) Expresan un grave peligro para la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos y para la estabilidad de las instituciones públicas^[42] y
 - ii) Sofocan los valores y principios que fundamentan la existencia de un Estado Constitucional de Derecho.
78. Es por estas razones que los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y reprimir los delitos gestados en criminalidad organizada con mayor intensidad en relación a otros tipos de delitos, empleando para ello un programa político criminal eficiente, adecuado y respetuoso de las garantías y derechos fundamentales.
79. No deja de ser evidente que la lucha contra la criminalidad organizada requiere medidas excepcionales en todos los ámbitos, como es la que conlleva a las restricciones significativas para los derechos constitucionales de los ciudadanos y para el modelo de una economía liberal de mercado, pero estas limitaciones deben ser aceptadas en una medida proporcional a la intensidad con que actúa el crimen organizado. Los efectos de un progreso sin impedimento del crimen organizado permitirá un grave e inminente

^[42] ANARTE BORRALLA, Enrique. Ibidem, pág. 13.

peligro para la vida de los sistemas de organización social, política y económica vigente de un país^[43] y a la comunidad internacional. Es por tal motivo que la lucha contra este tipo de criminalidad está expresamente declarada.

80. En la lucha contra la criminalidad organizada, la política criminal estatal desempeña una función de primer orden, no solo como parámetro de orientación al legislador penal al momento de promulgar leyes penales sino porque permite a todo el sistema penal abordar adecuada y eficazmente la lucha contra la criminalidad organizada, como por ejemplo sucede en la labor que realizan los agentes policiales en la identificación de estos delitos y en la función del Estado para efectos de cooperación policial y judicial internacional.
81. Concretamente, la política criminal conoce dos formas de tipificación de la criminalidad organizada; el primero de ellos, reprime a las organizaciones criminales como agravantes de cada tipo penal concreto. Es decir, consiste en la tipificación expresa para cada delito de la parte especial, mediante la técnica del tipo agravado, en los casos en que el concreto delito se ejecute en el contexto de una organización criminal^[44]; y, el segundo, reprime en sí misma la organización criminal como tipo penal autónomo.
82. En esta segunda forma de tipificación, la figura de criminalidad organizada sería solo un delito de peligro concreto y entraría en concurso delictivo con los delitos que la organización cometa en concreto (homicidio, tráfico ilícito de drogas, secuestro, etc.). Esta forma de tipificación ha sido adoptado por el legislador penal peruano con la promulgación de la Ley contra el crimen organizado.

V. II. Modelos político criminales en la lucha contra la criminalidad organizada

83. Los modelos de política criminal que se pueden identificar para la lucha contra la criminalidad organizada son dos: 1) El modelo del Derecho penal del enemigo y 2) El modelo del garantismo penal.

[43] ANARTE BORRALLLO, Enrique. *Ibidem*, pág. 48.

[44] CHOCLAN MONTALVO, José Antônio. *Ibidem*, pág. 251.

84. El modelo más radical y confrontacional en la lucha contra el crimen organizado es el Derecho penal del enemigo que arremete la persecución no solo con fundamentos jurídicos, sino también filosóficos; todo ellos destinados a despersonalizar a los sujetos vinculados al crimen organizado por lo que se les debe combatir como enemigos del sistema social, por la gran peligrosidad que expresan con la comisión de sus delitos.
85. Hay quienes creen que lamentablemente el Derecho penal del enemigo no es solo una concepción teórica, sino que existe ya tanto en nuestra legislación penal y procesal penal como en la praxis de la política internacional, que ya no se pregunta por las causas del fenómeno tan complejos como el terrorismo, sino que ahora la lucha es contra la criminalidad organizada^[45].
86. Desde luego, esta postura doctrinaria y filosófica ha sido duramente criticado y cuestionado a tal punto que ha quedado reducido a una forma de describir una determinada realidad delictiva sin desempeñar otra función política criminal. Especialmente importante son las críticas que ha recibido en el ámbito del Derecho penal comparado.
87. Si bien la criminalidad organizada supone una amenaza para los sistemas democráticos, la intervención contra ellas debe estar sujeta a determinadas condiciones que sean respetuosas con el Estado de Derecho, porque tampoco se puede correr el riesgo de quebrantar las libertades con mecanismos de control y con intervenciones que nieguen el respeto a la dignidad de las personas. El Estado de Derecho no es solo una declaración, sino que exige de cada una de sus instituciones y sobre todo de las penales, que actúen legítimamente y con observancia de los valores constitucionales. Por ende, el modelo que mayor consonancia tiene con los principios y garantías recogidas constitucionalmente es el garantismo penal en la lucha contra la criminalidad organizada.

[45] DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo". En: PÉREZ ÁLVAREZ, F., (coord.). Seta. *In memoriam Alexandri Baratta*, Edición de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, págs. 1029, 1030.

V. III. Expresiones de una política criminal y técnica legislativa

88. Notoria es la necesidad que la criminalidad organizada debe ser tratada político criminal y legislativamente con mayor severidad que la criminalidad común porque esta forma de criminalidad ostenta mayor capacidad para lesionar bienes jurídicos^[46] y la seguridad de los derechos de los ciudadanos.
89. Por ello, las decisiones político criminales que se adoptan permiten la construcción de tipos penales orientados a sancionar el crimen organizado de una manera especial, esto es: 1) se ha creado tipos penales de peligro, 2) se ha adelantado la tutela penal, 3) se ha elaborado tipos penales que sancionan penalmente la mera pertenencia a una organización criminal y 4) se reacciona con mayor rigor punitivo el tratamiento de las concretas manifestaciones delictivas del crimen organizado^[47].
90. Asimismo, la comprobación de un injusto penal de organización criminal habilita al sistema penal operar con una respuesta intensa no solo de cara a la aplicación de la pena estatal, sino también la aplicación de otras consecuencia jurídico-penales como es el comiso o las consecuencias accesorias y el empleo de técnicas de investigación especialmente diseñadas para la investigación de estos casos.
91. La práctica de confiscación del patrimonio criminal de la criminalidad organizada expresa una forma final y conclusiva de la intervención severa del Derecho penal y cumple una función preventiva social y en el campo legal tiene por finalidad favorecer la incautación de todo el patrimonio criminal producto de la actividad organizada.^[48]

[46] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ibidem, pág. 618.

[47] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Ibidem, pág. 219.

[48] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Ibidem, pág. 220.

VI CRIMINALIDAD ORGANIZADA

VI. I. Definición doctrinaria

92. En una primera aproximación es preciso diferenciar la **criminalidad organizada en sentido amplio** (la criminalidad en la empresa), que abarca todas aquellas acciones que se desarrollan en el contexto de una actividad empresarial (de la que se ocupa principalmente el Derecho penal económico), y una **organización criminal en sentido estricto** que tiene como objeto, precisamente, el delito (la criminalidad como empresa o proyecto empresarial), por lo que puede decirse que una organización es criminal cuando se plantea como objetivo principal la obtención de un lucro por medios ilícitos^[49].
93. Esta criminalidad empresarial o industrial, que persigue actividades lucrativas, tiende a globalizarse paralelamente a la globalización de los mercados. La lucratividad de la empresa depende en buena medida del blanqueo de dinero, por lo que la legitimación de capitales es una actividad asociada a la actividad productora^[50] y hoy en día es más frecuente su comisión.
94. Sin embargo, debe señalarse que no existe ningún concepto jurídico-penal en la doctrina acerca de la criminalidad organizada que haya alcanzado consenso teórico. Este vacío conceptual, según ZÚÑIGA RODRÍGUEZ^[51], se debe a las siguientes razones:

[49] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Ibidem, pág. 235.

[50] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Ibidem, pág. 235.

[51] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, Ibidem, págs. 597, 598.

- 1) Porque la noción de criminalidad organizada se ha construido históricamente desde el conocimiento criminológico, esto es, desde el saber propiamente empírico y, por tanto, transponerlo al Derecho penal que es un saber normativo, lógicamente no es tarea sencilla.
 - 2) Porque el universo de significado que denota la noción de criminalidad organizada es bastante heterogéneo, complejo, variable, que difícilmente encaja dentro de los moldes de la norma penal. Así como hay una tradición cultural y legal para comprender el significado de delitos como el homicidio, las injurias, las lesiones, la estafa, etc., no existe ningún bagaje común para comprender qué es la criminalidad organizada desde el prisma del conocimiento del Derecho penal; y
 - 3) Porque el Derecho penal ha sido construido sobre la base de un comportamiento de un autor individual y la criminalidad organizada supone un comportamiento de grupo, de organización, es por lo menos, un ataque organizado a los bienes jurídicos.
95. Si bien no existe una definición de criminalidad organizada, no obstante ello, una posible definición de aquella debería al menos destacar algunos aspectos relevantes de este fenómeno como sería el hecho de que se trata de comportamientos dinámicos y complejos.
96. También es una dificultad para la comprensión teórica de la criminalidad organizada, desde el ángulo del Derecho penal, que nos encontramos ante la abstracción de una fenomenología delictiva organizacional, difícilmente interpretable desde paradigmas propios de la responsabilidad individual, en donde no solo están de por medio los delitos cometidos (tráfico de drogas, blanqueo de capitales, etc.), sino también la perspectiva de cómo se cometen estos delitos en el ámbito de una organización criminal^[52].
97. Por su parte en la doctrina nacional ORÉ SOSA considera que un concepto estricto o restringido de organización criminal se teje, fundamentalmente, sobre la base de una estructura organizacio-

[52] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Ibidem*, págs. 597, 598.

nal. Este elemento, ciertamente, está indisolublemente vinculado a otros elementos configuradores como la permanencia y la pluralidad de personas, sin que estos, por sí solos, puedan determinar ineludiblemente la presencia de una organización criminal [como en el caso de la coautoría, por mencionar un solo ejemplo].^[53]

98. Mas para efectos operativos, concluimos que al menos cierto consenso ha alcanzado la definición que indica a la criminalidad organizada como aquella asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un periodo de tiempo, y que actué de manera concertada con el fin de cometer delitos graves, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales^[54]. Como bien se aprecia, se resalta, en el concepto operativo de criminalidad organizada la existencia de un grupo mínimamente estable de personas y con división de trabajo, con un esquema de poder jerárquico, con dirección y planificación que unos diseñan y otros la cumplen^[55].

VI. II. Definición legal

99. El legislador proporciona un concepto legal de criminalidad organizada, en el artículo 2.1 de la Ley contra el Crimen Organizado cuando señala que se considera como tal:

“(...) a 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”.

100. Para una línea de opinión, es imposible contar con un concepto legal de criminalidad organizada. En este sentido, advierte BA-

^[53] ORÉ SOSA, Eduardo. “Organización criminal. a propósito de la Ley 30077 ley contra el crimen organizado”. Artículo disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf

^[54] Por todos: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ibidem, pág. 121.

^[55] ANARTE BORRALLA, Enrique. Ibidem, pág. 29.

RATTA^[56] que las definiciones legales constituyen una línea de delimitación artificial e inestable, que no puede o no debe condicionar la autónoma definición del objeto en ciencias sociales. A ello agrega, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, que más allá de leyes penales están las construcciones criminológicas de lo que se entiende por criminalidad organizada, por lo que no es posible un concepto que pueda abarcar todo el conjunto de las actividades ilícitas que puedan aprovecharse de la indisciplina del mercado, no existe una categoría capaz de abarcarlos en el campo criminológico y menos todavía en el legal^[57].

101. Asimismo, de forma puntual y crítica a la legislación penal, CHOCLAN^[58], indica que no es válido definir legalmente la organización en función de los delitos a los que se dirige su actividad, sino que es preciso que la realización de aquellos delitos se impulse desde una estructura más compleja que la mera actuación conjunta, que proyectan su actividad a una pluralidad de delitos más allá de una esporádica actuación, pues ello todavía no aclara en qué consiste el plus de desvalor que resulta de una actuación llevada a cabo por una empresa criminal. El legislador debe aclarar qué se entiende por organización criminal, estableciendo las notas características de la estructura organizativa con independencia de los objetivos que pretende conseguirse con la agrupación.
102. Por su parte, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ^[59] indica que la expresión crimen organizado aparece utilizada de modo inflacionista y expansivo en la legislación, en los que sus contornos parecen

[56] También, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ibidem, pág. 121.

[57] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ibidem, pág. 601.

[58] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Ibidem, págs. 249, 250.

[59] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 662.

coincidir con el de cualquier asociación criminal, eso sí, orientada por fines de carácter económico y no político. Falta, pues, claridad y unidad en la delimitación de estos conceptos, los de asociación criminal y organización criminal.

103. Pese a ello, tiene interés destacar las definiciones de criminalidad organizada ofrecidas en el ámbito internacional, en particular por las Naciones Unidas. Al respecto, encontramos que con la expresión «grupo criminal organizado» se designa, “a un grupo estructurado de tres personas o más existente desde hace un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo”.
104. Por infracción grave se entiende aquel comportamiento punible con una pena privativa de libertad superior a una determinada cuantía sobre la que aún no hay acuerdo. Se indican también los crímenes que, entre otros, debe englobar la expresión «infracción grave»; entre ellos están el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el blanqueo de dinero, la trata de seres humanos, la falsificación de moneda, el tráfico ilícito o robo de objetos culturales, determinados comportamientos relativos a materias nucleares, terrorismo, fabricación y tráfico ilícito de armas y explosivos o sus piezas, tráfico ilícito o robo de automóviles o sus piezas y corrupción.
105. Por otro lado, la definición legal que proporciona la Ley contra el crimen organizado resalta algunos elementos constitutivos, como es que para que exista esta ha de actuarse concertadamente con el objeto de cometer crímenes graves, que se disponga de una estructura y que operen o hayan operado durante un periodo de tiempo determinado.
106. Asimismo, es preciso que exista un aparato organizado y personas que intervengan solo como ejecutores materiales del delito, esencialmente intercambiables, sin que de ello dependa la subsistencia del proyecto criminal, en cuanto impulsado por un aparato capaz de proporcionar la debida sustitución. Esta idea de la fungibilidad de los intervinientes o ejecutores, junto con la existencia de un apa-

rato organizativo se convierte en elementos principales para la caracterización de la organización criminal.^[60]

107. Por último, la norma penal sanciona tres modalidades típicas de la criminalidad organizada, a saber: 1) la de crear, 2) la de existir y 3) la de funcionamiento de un aparato organizado criminal. La primera de ellas, es un tipo penal de mera de actividad y los otros dos de peligro concreto.

^[60] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. *Ibidem*, pág. 244.

VII ELEMENTOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

VII. I. Elementos esenciales de la criminalidad organizada

108. La doctrina penal de forma unánime concuerda que tres son las características esenciales para definir la criminalidad organizada; estos son: organización, finalidad lucrativa y comisión de delitos graves. Estos elementos constituirían el núcleo de lo que es una criminalidad organizada de cara al Derecho penal.

A. La organización

109. Organización es un concepto que alude a un grupo de personas que de manera coordinada se interrelacionan entre sí para lograr un objetivo colectivo. Esto supone una división de obligaciones y responsabilidades acorde a las capacidades y aptitudes de sus integrantes quienes en su conjunto contribuyen a la eficiencia de la organización.
110. La organización está conformado por la concertación de tres o más sujetos para lograr una finalidad común. La norma penal establece un mínimo de sujetos y no un máximo, por lo que la dimensión subjetiva de la criminalidad organizada puede ser desde una microcriminalidad hasta la macrocriminalidad.
111. Es importante aclarar, que la mera existencia de un grupo de personas, como una simple suma o pluralidad de agentes, no es suficiente para exista una organización criminal, sino el elemento configurador propio de las organizaciones criminales es su estructura organizativa y su permanencia.^[61]

^[61] ORÉ SOSA, Eduardo. "Organización Criminal. A Propósito de la Ley 30077 Ley Contra el Crimen Organizado". http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf

112. Debe distinguirse entre la **concertación de tres o más sujetos** con la mera **coautoría** para la comisión de un delito concreto. La intervención en el hecho de una pluralidad de personas que se distribuyen funcionalmente los respectivos cometidos en el marco de un aparato de poder no puede ser equiparado al de simple coautoría. El aparato organizado de poder es una categoría dogmática distinta de la coautoría, y en la medida que en el primer caso las leyes penales 'suelen disponer una penalidad autónoma y esto porque se aprecia un plus de contenido de injusto (mayor desvalor de acción o del resultado) con relación al tipo básico realizado por una pluralidad de personas.^[62]
113. La actuación bajo la modalidad de crimen organizado se diferencia de la coautoría, en la medida para que esta última se dé basta de la resolución común al hecho y el reparto de roles entre los intervinientes, los cuales intervienen en plano de igualdad, sin subordinación de los unos respecto de los otros, sino simplemente mediante una división funcional del trabajo, y en cuanto respecta a la pluralidad de sujetos en la organización criminal es necesario comprobar que estas completen una estructura jerarquizada y, en consecuencia, con cometidos de los subordinados dependientes de la acción organizativa de otras personas que actúan como gestores, jefes o administradores de una «empresa criminal».^[63]
114. Por otro lado, la organización criminal tiene que estar configurada estructuralmente, esto es, poseer medios técnicos materiales y personales, destinados al fin general de la organización, con objetivos comunes, códigos de conducta comunes (subcultura), un sistema de toma de decisiones propio, regulaciones de las relaciones entre los miembros y de relaciones con el mundo exterior y una tendencia a la autoconservación^[64].
115. En efecto, como bien manifiesta, PRADO SALDARRIAGA, la configuración de la estructura organizacional, "reproduce la

[62] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, Ibidem, pág. 243.

[63] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, Ibidem, pág. 243.

[64] ZÚÑIGA, RODRÍGUEZ, Laura. Ibidem, pág. 612.

imagen material del potencial criminógeno de la delincuencia organizada”^[65]. La dimensión y operatividad de la criminalidad organizada refleja, sin lugar a dudas, su grado de peligrosidad.

116. Sin embargo, los problemas de interpretación del concepto «organización» que plantea son mayores, por lo que debe ser entendido como concepto normativo^[66] en el que para su delimitación conceptual se hará de forma valorativa.
117. También se destaca como rasgos de su estructura un sistema de **división de funciones y de trabajos** entre los integrantes o intervinientes para la realización de los delitos y para la consecución de las tareas propias o indirectas de la estructura criminal.
118. En términos organizacionales se trata de entidades de carácter duradero, estable y persistente, que están concebidas como una sociedad de intereses que aspira solidariamente a la obtención de ganancias e incluso a posiciones de poder económico, político, mediático o, en general, social.^[67]
119. En atención a lo anteriormente mencionado y de cara a la legislación contra el crimen organizado, ORÉ SOSA, advierte acertadamente lo siguiente: “aquellas agrupaciones o asociaciones, por más organizadas que fuesen, que no se dediquen a la perpetración de delitos graves deben quedar fuera, como ocurre con aquellas organizaciones criminales que se dediquen a la comisión de meras faltas. También podemos dejar fuera de un concepto estricto de organización criminal, a los grupos terroristas; más allá de que teleológicamente no estén dirigidos a la consecución de un beneficio económico o que no hayan sido comprendidos por la Ley 30077, la confrontación con el Estado, cuando no la búsqueda de su destrucción o del socavamiento de sus estructuras, hace que merezcan un tratamiento –aun-

^[65] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Criminalidad organizada y lavado de activos. Lima, IDEMSA, 2013, pág. 61. ORÉ SOSA, Eduardo. Organización criminal. a propósito de la Ley 30077 Ley contra el crimen organizado. Ibidem.

^[66] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, Ibidem, pág. 255.

^[67] ANARTE BORRALLA, Enrique. Ibidem, pág. 23.

que similar– diferenciado frente a otras organizaciones criminales. Por último, como ya señalara en su momento el Acuerdo Plenario 8-2007/CJ-116, los supuestos de coautoría o coparticipación evocan un concierto criminal donde el proceder delictivo es circunstancial, mas no permanente; de este modo, no resultan afines a una organización criminal caracterizada por una estructura organizacional estable y con un proyecto delictivo que perdura en el tiempo. Por esta misma razón, deben quedar al margen del concepto de organización criminal las comúnmente denominadas «bandas», pues estas carecen propiamente de una estructura organizacional estable, siendo más bien, una mera conexión de personas para la comisión de delitos, desde luego, con cierto grado de planificación y estabilidad que las distinga de la simple coautoría”.^[68]

B. Finalidad lucrativa

120. Las organizaciones criminales buscan la obtención del mayor beneficio económico posible, aprovechando las altas ganancias que genera la comisión de delitos con una mínima inversión económica y de tiempo.
121. La búsqueda del beneficio económico es lo que mueve fundamentalmente a la criminalidad organizada, pues ciertamente, existen organizaciones criminales que tienen otros objetivos menos crematísticos, como son aquellas que están altamente ideologizadas o las sectas religiosas, pero ellos serían excepciones.^[69]
122. El beneficio económico, como indica ORÉ SOSA, se presenta claramente en una criminalidad de tipo empresarial donde la organización se plantea como objetivo principal la obtención de un lucro por medios ilícitos; por ello, esta sería la razón por la que algunos ordenamientos no incluyen dentro del ámbito de aplicación de las normas sobre crimen organizado a las organizaciones terroristas. De hecho, esto es lo que sucede con la Ley 30077, pues el artículo

^[68] ORÉ SOSA, Eduardo. Ibidem.

^[69] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ibidem, pág. 613.

3, que contiene una lista con los delitos en los que resulta aplicable dicha ley, no incluye al delito de terrorismo.^[70]

123. Es de notar que el beneficio económico que obtienen las organizaciones criminales no solo son utilizadas para beneficiar a sus integrantes, sino que además es utilizado para propiciar actos de corrupción, a efectos de que puedan operar con la menor resistencia posible. La corrupción “comprende las comisiones ocultas y otras conductas de las personas investidas de funciones públicas o privadas que hayan infringido los deberes a que legalmente están obligados con el fin de obtener beneficios ilícitos de cualquier clase, para sí o para otro”.^[71]

C. El uso de la violencia y/o comisión de delitos graves

124. Para algunos autores es más propio considerar la comisión de delitos como medio para la obtención de los beneficios económicos ilícitos, en la medida que su existencia está funcionalizada al objetivo de lucrar con la comisión de delitos propios del comercio ilícito. A la criminalidad organizada lo que le interesa, no es la comisión de delitos por sí mismos, sino como medios para obtener una mayor ganancia económica posible.^[72]
125. Así, la violencia es un instrumento para la comisión de delitos de crimen organizado, se suele emplear ya sea como amenaza de violencia o ejecutando directamente la acción.

D. Elementos accidentales del crimen organizado

126. Los tres elementos nucleares antes mencionados denotan la esencia de una organización criminal, pero a ello se pueden agregar otras características, como el ánimo de poder, la vinculación con

^[70] ORÉ SOSA, Eduardo. *Ibidem*.

^[71] JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. “Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal”. En *Estudios de Derecho Judicial*, volumen sobre crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial. Madrid, CJPJ. Escuela Judicial, Madrid, 1998, pág. 97.

^[72] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Ibidem*, pág. 614.

el mundo empresarial, dominio del mercado ilícito, etc., que serían características contingentes y no esenciales, es decir, se pueden agregar o no a ese núcleo.^[73]

127. De forma ilustrativa, señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, que estas características adicionales, contingentes o no esenciales, tienen una misma finalidad: La búsqueda de impunidad a través del secretismo o clandestinidad; las vinculaciones con el mundo empresarial o con la política; la búsqueda del dominio del mercado, y el carácter transnacional o internacional de sus actividades.^[74] Por supuesto, mientras más características concurren, más complejas y mayor capacidad criminógena poseerán dichas organizaciones^[75], cobrando visos de organizaciones de gran o extraordinaria complejidad.

[73] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ibidem, pág. 611.

[74] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad organizada y sistema. Ob. cit., págs. 140,149.

[75] ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Ibidem, pág. 611.

VIII CONTENIDO DEL INJUSTO PENAL DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA

128. La criminalidad organizada posee su propio injusto penal, se trata de un injusto de naturaleza colectiva por consignar un mayor desvalor en su actuación y en sus resultados. En efecto, la lesividad de la conducta de organización criminal está dada, entonces por el desvalor de peligrosidad objetiva (injusto de peligrosidad), un juicio de valor que ha de constatarse en el caso concreto, ex ante, por lo que el juez debe comprobar, por consiguiente la idoneidad de la organización criminal para poner en peligro o lesionar los bienes jurídicos. Se trataría, en suma, de una doble estructura: de lesión de un bien jurídico colectivo y de peligro para otros bienes jurídicos (que pueden ser individuales y colectivos)^[76].
129. La criminalidad organizada consigna un injusto penal propio según SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ^[77], porque denota en sus actuaciones una peligrosidad superior a lo que representa uno individual o colectivo pero aislado. Esta mayor peligrosidad se debe a los siguientes factores:
- En primer lugar, porque en el grupo se reducen o excluyen los factores de inhibición de la comisión de delitos y los sentimientos de responsabilidad criminal que sí suelen actuar cuando se delinque individualmente.
 - En segundo término, porque la organización permite la construcción de estructuras racionalmente orientadas a la planificación

^[76] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Ibidem*, pág. 626.

^[77] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *Ob. cit.* págs. 676, 678.

y comisión del delito, así como ulteriormente al encubrimiento de sus miembros para evitar la persecución penal. La suma de esfuerzos, la metodología aplicada a la comisión de delitos, normalmente sujeto a una planificación minuciosa, maximizando recursos, habilidades de los integrantes de la organización y estructurando una división de trabajo eficaz, fundamentan claramente un mayor peligro para los bienes jurídicos, aunque este comportamiento se encuentre alejado de ellos. Contribuye asimismo la profesionalización de los miembros de la organización, favorecida por su carácter permanente y la organización racional con que funcionalmente representan algunas de las formas más graves de comportamiento criminal, debido precisamente a estar formado casi exclusivamente de grupos criminales.

130. Hablar de un injusto penal propio de criminalidad organizada fundada en la mera pertenencia a una organización, permite entender esencialmente el tipo penal correspondiente como un delito de peligro que anticipa la tutela penal en prevención de los correspondientes delitos de lesión.
131. La autonomía del delito de crimen organizado como delito de peligro es importante para castigar adecuadamente algunas formas de criminalidad organizada, ya que el castigo de la pertenencia o la dirección de una asociación ilícita, puede ya de por sí ser suficiente o servir de penalidad alternativa en los casos en los que no se puede imputar, conforme a las reglas generales de imputación a título de autoría y participación y la valoración de la prueba que haga el Tribunal a todos los miembros de la organización los hechos concretos realizados solo por algunos miembros de la misma.
132. Desde un plano interno, el injusto de organización criminal necesariamente ha de poseer transversalmente un componente subjetivo, que es el programa criminal por el cual no puede separarse el conocimiento de su carácter antijurídico, ya que lo que se prohíbe realmente es la constitución de organizaciones con finalidades criminales^[78].

^[78] ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Ibidem*, pág. 626.

133. Este componente subjetivo debe referirse a la intencionalidad y al conocimiento bien del objeto y de la actividad general de la organización como también a la finalidad de la organización, esta es, de cometer los delitos en cuestión^[79].
134. Pero un correcto tratamiento jurídico del injusto penal de criminalidad organizada no solo puede valorarse debidamente independizándolo del injusto personal. Desde luego, la conformación, creación o pertenencia a una organización criminal (injusto de organización criminal) y el injusto realizado por la perpetración de los delitos concretos (injusto personal) son totalmente complementarios. Ninguno de los dos injustos por sí solos agotan el cabal desvalor de lo que significa la perpetración de delitos a través de la organización criminal^[80].
135. Los efectos de operar con concepto de injusto penal doble en los delitos de criminalidad organizada se tienen en cuenta al momento de establecer el grado de responsabilidad penal en cada uno de los participantes y en la aplicación de las otras formas de imputación penal.

VIII. I. Autoría y participación en el delito de crimen organizado

136. Autor de crimen organizado es quien con su comportamiento se concerta con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en la ley, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad.^[81]
137. Un tema principal es determinar el grado de responsabilidad penal de los colaboradores, al respecto se sostiene que aquellos que colaboran con la organización criminal no integran la organización; si bien realizan aportaciones necesarias para su sustento y mantenimiento. Para determinar la relevancia de la contribución del *colaborador externo*, bien puede utilizarse la teoría de los bienes

^[79] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ibidem, pág. 122.

^[80] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, Ibidem, pág. 623.

^[81] LÓPEZ, pág. 122.

escasos de GIMBERNAT. En la medida que constituyan contribuciones escasas de dar, hacer o recibir que determinen el resultado (en este caso la permanencia de la estructura criminal) se trata de contribuciones relevantes penalmente. Sería una suerte de *cooperación necesaria* a la organización, para lo cual hay que centrarse en la aportación a la dimensión organizativa, no al delito concreto. Además, deben usarse los criterios de la imputación objetiva para determinar la responsabilidad penal del colaborador externo.^[82]

138. Dentro de las modalidades de autoría, la autoría inmediata o directa es aquella donde se desarrolla de manera más clara la teoría del dominio del hecho –entendida como dominio de la acción–, siendo autor aquél que ejecuta el tipo penal de propia mano, es decir, de manera libre y directa, dominando en todo momento el acontecer típico, es en tanto señor del evento criminal. En este sentido, tiene razón ROXIN cuando afirma que «no puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo, no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano».^[83]
139. Si bien el artículo 23º del Código Penal no adopta un concepto de autor, la describe con el término “el que realiza por sí el hecho punible”. En el delito de lavado de activos, autor será aquel que ejecuta de propia mano el artículo 1º y también, artículo 2º de la Ley Nº 27765, ejecutando actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia de activos de procedencia ilícita. Por ejemplo, A utiliza 50.000 dólares americanos obtenidos del tráfico de menores en la compra de 2 inmuebles en el distrito de Miraflores; A, con conocimiento de la ilicitud de las ganancias, transfiere –de propia mano– 100.000 nuevos soles a una cuenta bancaria en el Gran Caimán. Estos casos, de comisión directa –autor inmediato– son de fácil aplicación, los problemas surgen recién, a partir de la concurrencia de varias personas.

[82] ZÚÑIGA, pág. 628.

[83] ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 151.

140. El autor mediato en el mismo sentido que el autor directo también parte del criterio del dominio del hecho^[84], pero en este caso, entendido como *dominio de la voluntad*. Así, es autor mediato quien ejecuta el tipo penal utilizando un intermediario que actúa bajo influencia de un error o coacción; «el autor mediato domina la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante»^[85]. La característica de este criterio es el traslado de responsabilidad penal del ejecutor material del delito al hombre de atrás –*autor mediato*–.
141. Esta figura la recoge el artículo 23º del Código Penal, a través de la terminología “por medio de otro”. Por ejemplo: Si el socio de un despacho que actúa en la Bolsa de Valores determina a su empleado, que nada sabe, la realización de una determinada transacción de dinero de origen delictivo^[86], configura autoría mediata por error, puesto que el socio de despacho aprovechó el desconocimiento –origen ilícito– del empleado, actuando este último como instrumento o intermediario; A, dedicado al lavado de activos, coacciona con matar a la madre de B (funcionario bancario) para que introduzca el dinero ilícito en la institución financiera, con el fin de dar a dicho dinero un manto de licitud, configuraría autoría mediata por coacción; son comunes las prácticas pre profesionales en el ámbito estudiantil, así, A, jefe del área administrativa de la empresa “Service S.A.” envía a B (practicante), sin que este último tenga conocimiento de la procedencia ilícita de ese dinero, hacer un depósito de 20.000 dólares americanos en el Banco Sudamérica, se configura autoría mediata por error del instrumento (practicante), etc.
142. La autoría mediata, a entender de ROXIN, no solo se reduce a casos en que el hombre de atrás domina la voluntad del intermediario a través

[84] “El término dominio debería reservarse para explicar la relación del autor con el suceso típico (...) dominio del riesgo dejando la expresión instrumentalización para reflejar la relación entre el hombre de detrás y el ejecutor material” [BOLEA BARDÓN, Carolina. Autoría mediata en Derecho penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 165].

[85] HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ. La autoría mediata en Derecho penal. Comares, Granada, 1996, pág. 80.

[86] CALLEGARI, André. Lavado de activos. Ara Editores, 2009, pág. 154.

del error o coacción, sino, que este último, también tendría el dominio del hecho en casos de la existencia de una organización criminal.

143. Esta nueva formulación, a diferencia de los dos clásicos planteamientos error y coacción), se caracteriza por la responsabilidad no solo del hombre de atrás sino también del instrumento u hombre de adelante, pues ambos actúan de manera libre y dolosa. «Quienes ordenan y quienes ejecutan son por igual elementos centrales en la exitosa realización de crímenes de Estado».^[87]
144. El hombre de atrás posee el dominio del hecho, entendido como dominio de organización, y este dominio no operará ya sobre el intermediario sino sobre el aparato criminal mismo. A pesar de su aceptación –a veces con distintos fundamentos^[88]– por parte de la doctrina mayoritaria^[89], esta doble imputación –autor me-

[87] ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú; en: La autoría mediata. El caso Fujimori. Ara Editores, 2010, pág. 98.

[88] SCHROEDER, Friedrich-Christian. Disposición al hecho versus fungibilidad; en: La autoría mediata. El caso Fujimori. Ara Editores, 2010, págs. 115, 124; Esta posición (disposición al hecho) como criterio único fundamentador del dominio de organización es adoptado en la doctrina nacional por Iván Meini (Vid. Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 109-147; El dominio de la organización en Derecho penal. Palestra, 2008).

[89] Vid. ROXIN, Claus. La autoría mediata por dominio en la organización; en: Donna, Edgardo (Director) Revista de Derecho Penal. Autoría y participación II. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006, págs. 9, 28; AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder (Trad. Manuel Cancio Meliá). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. La autoría mediata en aparatos organizados de poder. Comares, Granada, 2006; FARALDO CABANA, Patricia. Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; PARIONA ARANA, Raúl. Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación. Editorial Grijley, 2009; MONTOYA VIVANCO. Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal, Lima-Friburgo, 2009, págs. 61 y ss.; CASTILLO ALVA, José: Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización. En: AA.VV.: Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Enrique Bacigalupo, Lima, 2003, pág. 576 y ss.; En el derecho comparado, Vid. AMBOS, Kai (Coordinador). Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente.

diato y autor inmediato- ha sido muy criticada por parte de la doctrina.^[90]

145. Con ello, lo que se busca es establecer nuevos parámetros dogmáticos para imputar penalmente nuevas formas de delincuencia, como la criminalidad organizada. Pero para establecer tal dominio sobre la organización se requiere la existencia de un aparato de poder que opere de manera jerárquica a través de órdenes, donde el hombre de atrás o autor de escritorio detente el *poder de mando*, sobre ejecutores que si bien actúan de manera libre, terminan siendo *fungibles*^[91], es decir, tienen como característica el ser sustituibles, por ejemplo, si un ejecutor se desiste a cumplir con la orden delictiva otro lo reemplazará, no afectando el cumplimiento de la orden criminal, pues esta de todas maneras será cumplida, «la negación de uno de estos ejecutores a realizar el hecho, no afectaría en nada el plan criminal del superior pues existirían otros que podrían reemplazarlo»^[92]. Asimismo el aparato criminal debe operar *al margen de la legalidad*, es decir, debe forma un Estado dentro de un Estado. A su vez, también se requiere que el ejecutor

Un estudio comparado. Editorial Temis, Bogotá, 2008.

^[90] Vid. JAKOBS, Günther. Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori; en: La autoría mediata. El caso Fujimori. Ara Editores, 2010, pp. 105-113; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José. La autoría mediata en Derecho penal. Comares, Granada, 1996, pp. 273-276; En respuesta a estas críticas, para Bolea Bardón, “la postura de negar el dominio del hecho del hombre de detrás, cuando el de delante actúa con responsabilidad penal plena, responde a dos premisas que, (...) deben ser rechazadas: la primera responde a la necesidad de identificar el criterio material del dominio del hecho con la idea de dominar fácticamente a otra persona; y, la segunda, a la conveniencia de reducir el tema de la responsabilidad penal al aspecto de la responsabilidad criminal” [BOLEA BARDÓN, Carolina. Autoría mediata en derecho penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 157].

^[91] Para el profesor HERNÁNDEZ PLASENCIA, “la fungibilidad juega un papel contraria a toda fundamentación de un dominio de organización”. La autoría mediata en derecho penal. Editorial Comares, Granada, 1996, pág. 275.

^[92] PARIONA ARANA, Raúl. La autoría mediata en el delito de usurpación de funciones. Consideraciones a propósito de la sentencia contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori; en: Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación. Editorial Grijley, Lima, 2009, pág. 120.

fungible de la orden criminal esté bajo una *disposición al hecho*^[93]. Pero este último no se presenta como un criterio independiente, el cual fundamente por sí solo el dominio de organización, «sino que este debe ser derivado de los otros elementos del dominio por organización»^[94].

146. Una de las principales críticas a esta teoría, es la orientada en razón del *principio de responsabilidad*, mediante el cual, cada sujeto responde penalmente por su propio hecho (Derecho penal de los actos propios) y no por los cometidos por personas ajenas a ella. En base a ello ¿cómo podría responder penalmente el intermediario que actúa dentro del aparato de poder si su actuación es libre?, los seguidores de la tesis del dominio de organización han respondido de dos formas: la primera, los que sostienen que la autoría mediata en aparatos de poder es una figura que por su constitución es considerada una excepción al principio de responsabilidad; otra postura, sostiene que no existe ninguna violación al principio de responsabilidad, toda vez, que aún en los aparatos de poder la responsabilidad sigue siendo personal, cada uno responderá por su propio injusto, así, al hombre de atrás se le hará responsable por el manejo del aparato de poder a través del dominio de organización, mientras que al ejecutor, por la comisión material del evento delictivo, basado en el dominio de la acción.
147. Otro de los puntos críticos está dirigido a sus criterios fundadores, como la estructura jerárquica misma, no queda claro a qué organizaciones se refiere ROXIN. Además, el criterio de la fungibilidad es inseguro para fundamentar alguna responsabilidad penal porque se circunscribe solo en datos fácticos. La disposición in-

[93] El criterio de la disposición al hecho ha recibido muchas críticas: a) elimina una clara distinción entre autoría mediata e instigación, b) su carácter subjetivo lleva a una teoría subjetiva en la delimitación entre autoría y participación, c) no conduce siempre a una autoría (Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. La doctrina de la disposición al hecho ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización?; en: Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación. Grijley, 2009, págs. 62-71).

[94] ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú; en: La autoría mediata. El caso Fujimori. Ara Editores, 2010, pág. 100.

condicional al hecho lleva en ciertos puntos a una confusión con la figura de la instigación.

148. La actuación de la figura de autoría mediata debe ser limitada, pues en casos que el intermediario actúa dolosa y plenamente responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata.^[95]
149. Debido a esto han surgido en la doctrina nuevas posibilidades de fundamentar la responsabilidad penal del hombre de atrás; así, para algunos autores este debe responder como inducción^[96], coautoría^[97], etc. Consideramos que las actuaciones delictivas a través de aparatos de poder deben ser resueltas como coautoría. El hombre de atrás tiene el codominio del hecho, dándose el carácter común de la decisión delictiva por el hecho de la pertenencia a la organización^[98]. Por su parte, desde el aspecto objetivo, no se requiere que todos los que actúan como coautores intervengan –fenológicamente– de manera directa, sino, es posible que se configure la coautoría a través de una aportación no ejecutiva.
150. Parte de doctrina dirigida por ROXIN critica la adopción de la coautoría en aparatos de poder, por no darse una actuación conjunta con división de trabajo, pero aquí no se puede hablar de eso porque el hombre con la palanca de poder no quiere ensuciarse las manos y deja que otros hagan el trabajo sucio^[99]. Pero la coautoría no se ve afectada por estas críticas, porque el aspecto subjetivo de la *decisión común* se ve materializada con la pertenencia de los su-

^[95] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, pág. 722.

^[96] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y cómplice en Derecho penal, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

^[97] En la experiencia peruana con anterioridad a la sentencia del caso Abimael Guzmán, se decantaba por la figura de la coautoría, Vide. Informe de la Comisión de la Verdad, Lima, 2004, Tomo I, pág. 235.

^[98] JESCHECK/WEIGEND, 2002, pág. 722; SAMSON, Otto también defienden la tesis de la coautoría. (CHOCLÁN MONTALVO, José, "Criminalidad organizada. Concepto, la asociación ilícita, problemas de autoría y participación en La Criminalidad Organizada, Madrid, 2001, pág. 266).

^[99] ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual. Ob. cit., pág. 520.

jetos a la organización, y en relación al aspecto objetivo de la *ejecución común* puede darse de manera total o parcial, no afectando el codominio del hecho de los intervinientes, pues el plan da sentido al comportamiento de los otros autores.

151. MUÑOZ CONDE^[100] sostiene que, la mejor solución en los casos de intervención criminal cuando el sujeto principal o dirigente no está presente en la ejecución es la figura de la coautoría. Esto debido a que la coautoría no requiere necesariamente de la presencia física, esta puede o no estar presente al momento de la comisión delictiva, sino que la importancia que la determina está en el grado de contribución
152. No cabe duda que el lavado de activos es un delito donde intervienen varias personas, cada vez más especializadas, actuando generalmente a través de organizaciones delictivas –sean estatales o no–. Así, por ejemplo, son conocidos los enlaces que existen entre organizaciones terroristas y grupos dedicados al tráfico ilícito de drogas, cuya unión facilita la reinversión de los activos, produciendo mayores ganancias, por ello se dice que actualmente estas organizaciones actúan como *empresas criminales*^[101]; en tales circunstancias forman un aparato de poder, en la que el hombre de atrás o director del aparato solo se encarga de dictar las órdenes para que otra persona –actuando como ejecutor material– se encargue de cumplir la orden. Al existir en estos casos doble imputación, es decir, responsabilidad penal tanto del hombre de atrás como el ejecutor material –hombre de adelante– no es posible para nosotros su conducción a una autoría mediata por dominio de organización. En estos casos –de gran complejidad – debe recurrirse a la figura de la coautoría.

[100] MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada; en: FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA (Eds.). *Delincuencia Organizada*, 1999, pág. 155.

[101] La empresa criminal no necesariamente debe ser entendida como una persona jurídica dedica a fines delictivos, sino, que el término “empresa criminal” también hace referencia al proceso de reinversión o reabastecimiento de activos en las organizaciones delictivas.

TÍTULO II
INVESTIGACIÓN, CONSECUENCIAS
JURÍDICAS APLICABLES Y
EJECUCIÓN PENAL

CAPÍTULO I
INVESTIGACIÓN
Y PROCESO PENAL

IX CONSIDERACIONES PREVIAS

153. En una sociedad que se rige por el Estado de Derecho una institución como el Ministerio Público vela por el afianzamiento del orden jurídico, y se constituye en un órgano cuya misión esencial es la defensa de los intereses generales de la sociedad.
154. El Ministerio Público es un órgano público de nivel constitucional que tiene asignado una variada gama de funciones, cuya misión esencial es la promoción de la defensa de la legalidad en tanto se trata de intereses que afectan el orden público y social.
155. La misión institucional de la defensa de la legalidad reviste un contenido amplio que debe ser entendido desde una perspectiva formal, a partir del rol que cumple como titular y promotor de la acción penal en las causas públicas; mientras que desde una perspectiva material, su misión debe entenderse desde su calidad de órgano representativo del interés público.
156. Para cumplir con su misión de defensa de intereses colectivos, tales como la protección de derechos fundamentales^[102], sociales y la persecución del delito, utiliza una diversidad de recursos e instrumentos que deben ser compatibles con el respeto de los principios

^[102] Los derechos fundamentales poseen una doble dimensión:

Objetivo.- Los derechos fundamentales son elementos esenciales de todo Estado de Derecho, particularmente del ordenamiento jurídico en donde procura que la convivencia humana sea justa y pacífica.

Subjetivo.- Los derechos fundamentales garantizan los derechos de los ciudadanos; pero también un estatus jurídico a la libertad personal.

que informan nuestro sistema democrático de derecho, canalizando los valores, fines e intereses sociales hacia el afianzamiento del ordenamiento jurídico.

157. En este contexto el artículo 159.1 de la Constitución establece como uno de sus primeros postulados la defensa de la legalidad a favor de los intereses públicos, específicamente vinculados a la persecución del delito, dado que es el portador del interés general en la protección de los derechos fundamentales de la sociedad, se trata de un interés público a favor de la integridad y efectividad de los derechos de los ciudadanos.
158. En suma, la legitimación del Ministerio Público para perseguir el delito, debe ser entendida en términos de protección de los bienes o intereses jurídicamente protegidos por las normas constitucionales declarativas de derechos fundamentales, no en cualquier ámbito, ya que solo se admiten aquellas que guarden relación con el derecho a la dignidad humana, favor *libertatis*^[103] y *pro homine* y que en conjunto representan el fundamento axiológico de los derechos humanos.
159. De este modo el Ministerio Público para cumplir con la formulación constitucional en defensa de la legalidad debe incorporar en su accionar una serie de principios como son: el principio de dignidad y *pro libertatis*, que son esenciales para la defensa de los derechos y libertades del ser humano, en tanto constituyen criterios de valoración necesarios para que la acción penal y la actividad jurisdiccional se mantengan acordes al sistema de valores compatibles con nuestro ordenamiento constitucional.

[103] El principio *pro libertatis*, establece que la norma debe ser interpretada a favor de la libertad. En este sentido el Tribunal Constitucional señala que “el principio de favor *libertatis* impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionales legítimos que la puedan justificar”. Exp. N° 791-2002-HC/TC. Lima, 21 de junio de 2002.

X
**PRINCIPIOS FUNCIONALES DE LA
ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO
EN EL MARCO DELICTUAL DEL CONTRA
EL CRIMEN ORGANIZADO**

X. I. Ministerio Público titular de la acción penal

160. El Ministerio Público como titular de la defensa de la legalidad, tiene como obligación la promoción de la acción penal; a través de este mecanismo promueve la actuación de la justicia, evitando que los ciudadanos actúen por su cuenta en la búsqueda del resarcimiento sancionatorio, económico y/o moral.
161. El Fiscal se erige no solo en garante de los derechos del investigado o imputado^[104], sino que desempeña una labor de protección de los intereses de la víctima que ha sido afectado por el accionar del justiciable y respecto del cual la sociedad espera un tratamiento eficiente contra la criminalidad. En esta lógica cumple un rol de tutela del conjunto de derechos e intereses no solo del particular, sino de la sociedad en su conjunto bien sea por la efectiva lesión a un bien jurídico o por la puesta en peligro de una concreta situación jurídica.
162. “La función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad implica la legitimización procesal para estar en juicio cuando lo establezca en forma expresa la ley o cuando los derechos públicos de la sociedad se encuentran desconocidos (...)”^[105] “Esta

^[104] El término imputado se utiliza para referirse a aquella persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, sin necesidad de que exista una disposición de formalización o un acto formal de acusación.

^[105] QUIROGA LAVIÉ, Humberto “Nuevos órganos de control en la Constitución”. En: La reforma de la Constitución. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 287.

concepción ha llevado al cuestionamiento del concepto de parte, al ser el Ministerio Público un órgano estatal que no está enfrentado al imputado, sino, por el contrario, interesado en la correcta actuación de la ley penal (al igual que el tribunal, solo que con pronunciamientos de distinto valor)".^[106] Debemos precisar que el concepto de parte al que hacemos alusión, es el referido a todos aquellos que intervienen en el proceso y que ocupan una situación distinta a la del Juez.

163. Como titular del interés público debe actuar con objetividad en el curso de su labor de investigación y de aportación de elementos probatorios; esto se traduce no solo en el deber de acreditar la responsabilidad penal del imputado, sino de ser el caso en el deber de acreditar la inocencia del imputado, posición en la que coincide con la postura asumida por la defensa del justiciable. Esta circunstancia establecida en el artículo IV numeral segundo del Título Preliminar del Código Procesal Penal debe ser entendido como parte de rol del Ministerio Público en defensa de la legalidad.
164. "La función de custodio de las leyes rige, por lo tanto, también frente a los tribunales, así como a la inversa, naturalmente, los tribunales examinan, de acuerdo a los parámetros de su propio entendimiento, la concepción jurídica del Ministerio Público, cuando a ellos les toca ocuparse del asunto".^[107] Al respecto el artículo 159° de la Carta Magna que señala que son dos esencialmente las funciones que cumple el Ministerio Público:
 - a. Conducir desde su inicio la investigación del delito.
 - b. Ejercitar la acción penal de oficio o a instancia de parte.

^[106] RUSCONI, Maximiliano A. "División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público". En: *El Ministerio Público en el proceso penal*. Aranzadi, Madrid, 1995, pág. 101.

^[107] ROXIN, Claus. "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público". En: *El Ministerio Público en el proceso penal*. MAIER, Julio B. J., ROXIN, Claus, RUSCONI, Maximiliano A. GUARIGLIA, Fabricio O, CERLETTI, Marco L, FOLGUEIRO, Hernán L, BRUZZONE, Gustavo A. Editorial Ad- Hoc SRL., Buenos Aires, 1993, pág. 45.

165. Desde la perspectiva constitucional anotada, el Ministerio Público coadyuva a la defensa del modelo constitucional de derecho a través de su principal atribución, que es la promoción de la acción penal pública. Para cumplir este fin realiza un conjunto de acciones de investigación encaminadas a la determinación y esclarecimiento de hechos presuntamente delictuosos, así como la determinación de las fuentes y elementos que permitan la acreditación preliminar del hecho investigado.
166. Así, el Ministerio en su labor de órgano promotor de la justicia está obligado a buscar el material probatorio a efectos de determinar cómo se realizaron los hechos y circunstancias, por lo que de determinar que el imputado es inocente debe contribuir a su probanza a efectos de permitir una decisión justa.

X. II. El principio de iniciativa de la persecución penal

167. El Fiscal cuando investiga no ejerce derechos propios, sino los derechos de la sociedad frente al Estado, en razón a que en nuestro sistema, el anoticiamiento o noticia de un presunto hecho delictivo le permite investigar de oficio.^[108]

^[108] Al respecto SAN MARTÍN CASTRO, nos recuerda que “las autoridades de la persecución penal –en concreto, el Ministerio Público– están obligados –tienen que hacerlo– a intervenir de oficio cuando tomen conocimiento de la comisión de un hecho punible. Este inevitable deber de intervención –que es el complemento del principio de oficialidad– señala TIEDEMAN, resulta tanto de la función del Derecho penal de garantizar la protección de bienes jurídicos, como del fin del proceso penal de asegurar la paz jurídica y realizar el Derecho penal. Tal principio sin embargo, no obliga a investigar y formular inculpaciones jurídico-penales en todos los casos; desde su contenido, exige la existencia de concretos indicios fácticos de la comisión de un hecho punible. Es decir, el inicio de una investigación penal requiere de la presencia de una sospecha inicial simple y, progresivamente, al concluir la investigación, para formular una acusación –que dé lugar al enjuiciamiento del sospechoso o imputado–, es necesaria la presencia de elementos de convicción que revelen probabilidad delictiva o sospecha vehemente o fundada de su comisión y de la intervención del imputado. Operado estos presupuestos el fiscal está obligado a actuar, pues de no hacerlo incurre en la comisión de un delito”. SAN MARTÍN CASTRO, César. “Acerca de la función del juez de la inves-

168. “El principio de iniciación de la persecución, supone cumplimiento de requerimientos de procedibilidad de la investigación; entre esto, debe aparecer el *fumus commisi delicti* o la existencia de indicios de la comisión de un delito y seguidamente, el *fumus delicti tributi* o indicios para la atribución de un delito a una persona en particular. Tales requisitos deben aparecer en la denuncia”.^[109]
169. El artículo 1º del Decreto Legislativo N° 052 de 18 de marzo de 1981, Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que una de las funciones del Ministerio Público, es:
- “(…) la persecución del delito (…)”, que consiste en la activación de todos los mecanismos necesarios para el descubrimiento de una verdad presuntamente delictiva”.
170. El artículo 11º de la citada norma, precisa que el titular del ejercicio de la acción penal la ejercita de oficio, a instancia de parte o por acción popular, en caso de delito de comisión inmediata. Para este efecto, expondrá los hechos que tiene conocimiento, el delito que tipifica y la pena; asimismo, la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente.
171. Asimismo el artículo 94º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que son obligaciones del Fiscal Provincial en lo Penal:
- (...) Si el fiscal estima procedente la denuncia, puede alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Penal. En este último caso, expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifica y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente.
172. Por su parte, el artículo IVº del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de probar el

tigación preparatoria”. Revista Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 146, Lima, enero 2006, pág. 276.

^[109] ANGULO ARANA, Pedro Miguel. El Ministerio Público. Orígenes, Principios, Misiones y Facultades. Editorial Tarea. Lima, 2001, pág. 166.

hecho delictuoso, es decir, tiene la carga de la prueba,^[110] para ello asume la conducción de la investigación desde su inicio.^[111]

173. De este modo “(...) la actividad del Fiscal en la investigación estará orientada a alcanzar los siguientes objetivos:

^[110] La doctrina de la carga de la prueba o de la carga probatoria es entendida como aquella conducta en un marco de alternativas posibles en la que los sujetos procesales realizan actividades tendientes a incorporar al proceso medios pruebas, con el fin de producir en el ánimo del juzgador una certeza psicológica sobre la existencia o no de los hechos afirmados. Se trata de un imperativo del propio interés de cada litigante, así la carga propone una propuesta de conducta, a efectos de que el sujeto procesal que desea crear convicción en el órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados los acredite a efectos no solo para tener la posibilidad de ver amparada su pretensión, sino que además, con tiene el fin de evitar que la falta de la prueba le ocasione efectos perjudiciales. Ello no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba produzca, pues es en virtud del principio de comunidad de prueba, el material probatorio incorporado surte todos los efectos, quienquiera que lo haya suministrado. Visto así, la carga es un imperativo jurídico del propio interés, que tiene que ser percibido en términos de un derecho optativo (lo que implica que no se trata de una conducta impuesta), que de no cumplirse no comporta sanción de carácter jurídico. En estos términos, la no probanza de los hechos que se alega, trae como consecuencia el riesgo que no sea amparada la pretensión ya sea por falta o insuficiencia de prueba, se trata de una circunstancia que no puede ser suplida por la imaginación del juez o por un forzado juego de presunciones de quienes administran justicia.

^[111] Como bien dice el Tribunal Constitucional “(...) el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación desde su inicio, para lo cual, previo estudio de los hechos, determinará si la conducta inculpada es delictuosa; es decir, si hay razones atendibles sobre la comisión de hechos constitutivos de un delito, para luego determinar y acreditar la responsabilidad o inocencia del imputado; de ocurrir la primera, calificará su procedencia formalizando la correspondiente denuncia penal; en caso contrario, archivará la denuncia. Sin embargo, en caso de no reunir la prueba suficiente sobre la constitución del hecho delictuoso o la del presunto infractor, dispondrá la realización de una investigación preliminar para reunir la prueba que considere necesaria; para tal efecto, practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, así como las demás diligencias pertinentes. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”. Exp. N° 3960-2005-PHC/TC- JUNÍN. Chupaca, 20 de julio de 2005.

- a) Determinar si la conducta incriminada es delictuosa.
- b) Determinar las circunstancias o móviles de la perpetración del delito investigado.
- c) La identificación del autor o partícipe y de la víctima; y
- d) La existencia del daño causado”.^[112]

174. Así, la función más importante del Ministerio Público es la determinación de la existencia del delito a través de los actos de investigación y de identificación de fuentes y elementos de prueba. Es esta función la que sustenta la acción penal, pues sin actos de investigación no existirá base probatoria sobre el cual incoar la acción penal; se trata de una consecuencia del principio acusatorio, bajo la cual el Fiscal cumple una función requirente,^[113] es decir, tiene el derecho de acción, pero tal derecho no le garantiza que su accionar

^[112] RAMOS HERREDIA, Carlos. El rol del Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal. Estudios y Jurisprudencia. Fondo Editorial USMP, Lima, 2010, pág. 25.

^[113] “Este Tribunal considera necesario señalar que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación desde su inicio, para lo cual, previo estudio de los hechos, determinará si la conducta incriminada es delictuosa; es decir, si hay razones atendibles sobre la comisión de hechos constitutivos de un delito, para luego determinar y acreditar la responsabilidad o inocencia del imputado; de ocurrir la primera, calificará su procedencia formalizando la correspondiente denuncia penal; en caso contrario, archivará la denuncia. Sin embargo, en caso de no reunir la prueba suficiente sobre la constitución del hecho delictuoso o la del presunto infractor, dispondrá la realización de una investigación preliminar para reunir la prueba que considere necesaria; para tal efecto, practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, así como las demás diligencias pertinentes. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional. De acuerdo con lo señalado, la función del Ministerio Público es requirente; es decir, postulante y, en ningún caso, decisoria ni sancionatoria, habida cuenta que no tiene facultades coactivas ni de decisión directa para la apertura de instrucción penal; por lo tanto, su accionar, conforme al ordenamiento legal, no comporta amenaza o violación a la libertad personal ni a sus derechos conexos”. Exp. N.º 3960-2005-PHC/TC-JUNÍN, Lima, 20 de junio de 2005.

se vea amparada por el juez penal,^[114] pues a este último le compete controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el Fiscal, así como la verosimilitud de la imputación que debe estar sustentada en una actividad probatoria que cubra cada uno de los elementos del tipo penal invocado.

175. Para SAN MARTÍN CASTRO, “el conjunto de actuaciones que se realizan desde que se descubre el hecho delictuoso hasta que el Fiscal decide si formula o no acusación, se denomina investigación. Constituye una etapa meramente preparatoria del juicio oral y sirve, como apunta RICARDO LEVENE (H) para obtener los elementos de convicción que son indispensables durante el juicio efectuándose una averiguación previa durante la cual casi todas las medidas son provisorias y no causan instancia.(...) La investigación, analizada desde el punto de vista de su objeto, consiste en reunir los elementos de juicio necesarios para acusar durante el juicio oral a la persona sindicada o partícipe de un hecho delictuoso, pues en caso contrario termina por sobreseimiento (artículos 91, 252 y 260 CPP)”.^[115]

A. La dirección de la investigación preparatoria

176. En los delitos de criminalidad organizada, el Fiscal de la Investigación Preparatoria es quien dirige la investigación, en sentido amplio esto significa que no basta con establecer una relación de

[114] De este criterio es el Tribunal Constitucional para quien “(...) la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal considera que debe ser efectuada con criterio de razonabilidad, (...) esto es, al momento de calificar denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados. (...)”. Exp. N° 08125-2005-HC/TC. Lima, 14 de noviembre de 2005.

[115] SAN MARTÍN CASTRO, César. “La investigación en el nuevo Código Procesal Penal”. En Estudios Penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos, Lima, 2003, págs. 721, 722.

actos de investigación que deba de cumplir la Policía Nacional, ni acompañar a esta en la realización de actos de investigación, se requiere un actitud pro activa que le permita participar en cada uno de los actos de investigación establecidos en orden de prioridad y que se adecuen de forma flexible a los recursos de que dispone, previendo las posibles variables que se presenten en el curso de la investigación.

177. Estamos pues ante estrategias que varían de acuerdo a las necesidades que se presenten, permitiendo la implementación de los mecanismos más eficaces para encarar y superar los retos que presentan la investigación de las diferentes y masivas formas de criminalidad organizada.
178. E Fiscal como director de la investigación requiere establecer cuáles son los objetivos perseguidos, estos deben ser claros, medibles y verificables en el tiempo y posibles de lograr, debiéndose incorporar las variables que se requieran de acuerdo a las circunstancias concretas del caso, tales como el tipo o clases de delitos investigados, la cantidad de sujetos investigados, los diferentes hechos que conforman la investigación, las posibles contingencias, perspectivas y compromiso de los actores principales.
179. Además el Fiscal debe ser perceptivo, ajustando sus alternativas de forma flexible al cumplimiento de sus metas y a obtener resultados planificables, sin que esto suponga cambiar el curso de las investigaciones diametralmente, aunque esta posibilidad es admitida si las necesidades del caso la requieren, para ello debe tomar las decisiones en tiempo oportuno y concentrando los esfuerzos y recursos en conseguir aquellas metas prioritarias o esenciales establecidas en sus objetivos que sean acordes a la estrategia de la investigación para el particular delito o delitos que forman parte de la Ley de criminalidad organizada.

X. III. La investigación preparatoria en delitos contra la criminalidad organizada

180. La búsqueda de fuentes y elementos de prueba eficaces para afirmar la imputación, no son siempre fáciles, requieren de un lapso de

tiempo directamente proporcional con los actos de investigación necesarios que permitan la recopilación e incorporación del material probatorio que el caso requiera, por ello no es posible hablar de un término o plazo que pueda ser fijado, ni medido en días, semanas, meses o años, pues ninguna de estas medidas temporales está reconocida como plazo legal para determinar los límites temporales de la investigación.

181. La investigación comporta una actividad racional y reflexiva por el cual se busca o se requiere información para identificar, establecer, precisar, fijar y explicar satisfactoriamente las características de un hecho considerado como delito, esto implica identificar el lugar donde ocurrieron los hechos, el tiempo en que se desarrollaron, las acciones típicas de cada uno de los intervinientes y el desarrollo de la acción o acciones que configuran el delito.
182. Así, la investigación es el conjunto de diligencias cuya finalidad es la búsqueda de fuentes de pruebas y elementos conducentes y pertinentes para explicar una realidad pasada, a asegurar los objetos de prueba y, procurar su correcta incorporación al proceso penal con las debidas garantías.
183. Como dice ROSAS YATACO, “la investigación científica del delito, es el conjunto de procedimientos que se utilizan para explicar el fenómeno del delito y el delincuente, aplicando en ellos conocimientos científicos y técnicos. Puede abarcar el estudio de diversos aspectos como la etiología, incidencia, relación, efectos, tendencias, etc.”^[116]

A. Las diligencias preliminares

184. La primera fase del proceso penal es la investigación preparatoria que a su vez se subdivide en diligencias preliminares e investigación preparatoria, ambas serán explicadas desde la perspectiva de la Ley N° 30077- Ley contra el crimen organizado.

^[116] ROSAS YATACO, Jorge. “Breves anotaciones a la investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal”. En *Vox Iudex*. Revista de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Año II, N° 3, Trujillo, octubre 2009, pág. 230.

185. Las diligencias preliminares son un conjunto de actuaciones de investigación previstas en el artículo 330 del CPP que tienen por finalidad descubrir, recoger y asegurar las evidencias o elementos materiales que permitan determinar como verosímil un hecho presuntamente ilícito. “El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar (...), y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas cautelares. La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentan básicamente en el juicio oral”.^[117]
186. En las diligencias preliminares se reúne el material probatorio que define el hecho histórico, por tanto, se centra en la búsqueda de información que por su carácter fungible, esto es, que pueden desaparecer, alterarse, modificarse, destruirse o perder sus características o propiedades, deben recabarse de manera inmediata.
187. El Tribunal Constitucional respecto de las diligencias preliminares sostiene:
- “(...) que el término inicial del cómputo del plazo razonable del proceso opera a partir del inicio de la investigación preliminar que comprende la investigación policial y/o la investigación fiscal, mientras que el término final opera en el momento en que la persona es notificada de la decisión definitiva que supone el agotamiento de los recursos. Sobre esta base, resulta obvio que la evaluación de cada uno de los criterios antes señalados deben ser analizados de manera especial y pormenorizada en el lapso de tiempo existente entre el término inicial y el término final, lo que debe ser exteriorizado en una decisión debidamente motivada, debiendo para ello el juez de la causa recabar información documentada si fuera el caso (...)”^[118]
188. Así, las diligencias preliminares deben estar centradas en identificar si los hechos investigados son compatibles con alguno de los delitos de la Ley contra el crimen organizado, los posibles inte-

^[117] Exp. N° 0196-2006-PHC/TC. Lima, 14 de marzo de 2006.

^[118] Exp. N° 00739-2010-PHC/TC, La Libertad. Lima, 6 de enero de 2011.

grantes de la organización criminal, la intervención de cada uno de ellos y de las personas vinculadas a la red criminal, ya sea que sus relaciones sean permanentes, temporales, ocasionales o aisladas.

189. Se debe resaltar que lo central de las diligencias preliminares está en descubrir cuáles son los objetivos que cumple la organización criminal, en el contexto de sus nexos con otras personas o grupos de igual o similares características, que permitan afirmar que estamos ante una organización criminal que actúa organizada.

B. Secuencia metodológica de la investigación en diligencias preliminares

190. “La investigación de todo delito comienza siempre con la pesquisas preliminares y el acopio de los elementos materiales probatorios, esto es la evidencia física e información que indique la existencia de la comisión de un hecho ilícito; así la fase de indagación preliminar se inicia con la noticia criminal y tiene por objeto la realización de actividades de investigación para identificación e individualización de los presuntos autores o partícipes de la conducta, descubrimiento y aseguramiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras ejerce su contradicción; evaluado y cuantificación de los daños causados, asistencia y protección a las víctimas”.^[119]
191. Se debe empezar por identificar cada uno de los posibles delitos que forman parte de la ley de crimen organizado en que pueden estar involucrados los investigados, centrando la investigación en aquellos delitos que por la cantidad y calidad de la información

^[119] PIETRO VERA, Alberto José, ARIAS DUQUE, Juan Carlos, ALBARRACÍN DURÁN, José David, UMBARILA RODRÍGUEZ, José Ignacio, LEVERDE NOVOA, Héctor Jaime, ARÉVALO CORREDOR, Silvia, VERDUGO SAUCEDO, Pedro, CHIAPE PIRAQUIVE, Yolanda, ROSERO GONZALES, Ricardo Emilio, GÓMEZ PEÑA, Olga Cecilia, HOYOS QUINBAYO, Luis Carlos, CALDERÓN MONTENEGRO, Henry Alberto, SÁNCHEZ LUGO, Carlos Felipe, RODRÍGUEZ MORA, Pedro, CUESTA VILLAVA, Antonio José. *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005, págs. 5, 6.

existente resulten más eficaces para imputar responsabilidad penal, sin que ello implique dejar de investigar otros ámbitos menos visibles.

192. El aseguramiento de fuentes y elementos de prueba es la principal actividad de las diligencias preliminares, el término indispensable que usa el artículo 337.1 del CPP indica que el propósito es el establecer la ocurrencia de los hechos denunciados, identificar y/o individualizar a los presuntos autores o partícipes y asegurar los medios de convicción que permitan ejercer debidamente la acción penal.

193. Las diligencias preliminares deben ser:

- a) Actos de investigación pertinentes.- La actividad de investigación pertinente es aquella que identifica uno o varios elementos de los hechos materia de discusión probatoria, a partir de su significado probatorio.

“La pertinencia (...) puede entenderse como la cualidad del medio de prueba para probar determinado hecho. (...) La pertinencia se refiere entonces al hecho y la utilidad del medio. La utilidad apunta más a la eficacia del medio con relación al objeto procesal”.^[120]

La actividad probatoria pertinente se expresa mediante la identificación de las fuentes o elementos de prueba que facilitan individualizar a los presuntos autores o partícipes de la conducta punible y asegurar los medios de convicción que permitan ejercer debidamente la acción penal.

Como indica el Tribunal Constitucional español, “la pertenencia es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye *thema decidendi* para el tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del tribunal, teniendo tres elementos: a) que el objeto de prueba sean hechos, b) que estén estos

^[120] CARBONE, Carlos Alberto. “La prueba de grabación de conversaciones telefónicas y orales. El derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes”. Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 2005, págs. 75, 76.

previamente alegados en el proceso y c) que estos hechos no sean exonerados de prueba”.^[121]

La pertinencia de la prueba en tanto conduce establecer una relación entre los hechos relevantes objeto del proceso, permite que la posición asumida por la parte sea a través de la utilización de cualquiera medio de prueba, en tanto sea adecuado para sustentar la pretensión planteada.^[122] Para la Corte Suprema:

“La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba –de expresa relevancia convencional–, así como los principios de necesidad –que rechaza la prueba sobreabundante o redundante– conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba (...)”.^[123]

En consecuencia, un hecho será impertinente para confirmar una hipótesis cuando no sirva para sustentar su pretensión probatoria, cuando no guarda relación, no esté correlacionado con la hipótesis ni indicios o por presunciones, ni por máximas de la experiencia o leyes de la lógica que sean adecuadas y bien fundadas.

- b) Actos de investigación útiles.- Se refiere al aporte concreto del elemento o medio de prueba en punto del objeto de la investigación, dicho de otro modo es la importancia que este tiene para probar un dato concreto. En otros términos, hablamos de su relevancia para acreditar un hecho o una parte que es objeto de debate.

[121] STC N° 51/1985, Madrid, 10 de abril de 1985. FJ. 5.

[122] “Pertinencia de la prueba significa referencia de ella a la comprobación en curso; referencia que no es necesaria que sea directa e inmediata, pudiendo incluso ser solamente mediata (así, una circunstancia a probar, puede ser pertinente a fin de establecer la credibilidad de un testigo)”. LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal. Tomo II. Buenos Aires, Editorial EJE. 1963, pág. 175.

[123] Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, Lima, 06 de diciembre de 2011, fundamento jurídico 29.

“Relevancia de la prueba significa posibilidad de concurrir, sustancia, más que una caracterización positiva, es ella una caracterización negativa, en el sentido de excluir las pruebas totalmente superfluas, esto es, no idóneas en la forma más absoluta para contribuir a la comprobación de la verdad. Por ello, no agregamos también la caracterización ulterior de la importancia de la prueba; a no ser que por importancia se entienda la vinculación a la comprobación curso; y siempre que, por tanto, dicha calificación no se tome como particular incidencia de la prueba”.^[124]

Al contrario, será irrelevante aquel elemento o medio de prueba que sea superfluo e intrascendente y no merezca que se lo tenga en cuenta, conforme lo establece el artículo 155.2 del CPP cuando faculta al juez para limitar la admisión de los medios sobreabundantes o de imposible consecución.

“La superabundancia está vinculada a la utilidad, pero proyectada con criterio objetivo. Indica exceso de elementos de convicción referidos a un mismo dato, aunque independientemente fueren relevantes. En el proceso penal debe rechazarse todo intento de introducir prueba impertinente (...)”^[125]

- c) Actos de investigación dentro de los límites de la Ley.- La actividad probatoria no puede ser arbitraria, por lo que la incorporación de elementos o medios de prueba están condicionadas a que su obtención e incorporación sea realizada mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo y respetuoso de las normas procesales o procedimentales que regulen el acto procesal concreto. De este precepto podemos identificar dos ámbitos: la prueba prohibida y la prueba ilícita.

Como señala ARMENTA DEU “en España, por ejemplo, se utilizan términos como «prueba ilícita»; ‘prueba prohibida’; ‘prueba irregular’ o ‘prueba ilegal’, refiriéndolo a circunstancias

^[124] LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal. Tomo II. Op. cit., pág. 175.

^[125] CLARÍA OLMEDO, Jorge A. El proceso penal. Tomo II. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 1998, págs. 310, 311.

diversas. Se detecta así un concepto amplio de prueba ilícita, cuya nota común es configurarla más allá de la obtenida o practicada con vulneración de derechos fundamentales y otro calificado de estricto, que se circunscribe a la infracción de derechos fundamentales. Desde la primera perspectiva, para la prueba cuya obtención o práctica se infringen derechos fundamentales se reserva el calificativo de 'prueba prohibida'. Esta concepción relega el concepto de prueba irregular a las pruebas generadas con vulneración de normas de rango ordinario. La corriente minoritaria es la partidaria de una concepción amplia que comprende en la ilicitud tanto la violación de derechos fundamentales cuanto de infracción de la legalidad procesal ordinaria; exigencias que no impiden, sin embargo, a la hora de valorar los efectos de dicha prueba ilícita, circunscribir la inadmisibilidad e ineficacia de los medios probatorios a los casos de violación de derechos fundamentales".^[126]

De lo dicho por ARMENTA DEU, existen dos posiciones respecto a la actividad probatoria afectada de ilegitimidad. En el Perú, el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal. Trujillo, 11 de diciembre de 2004 abordó la "problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria", y desarrolló en el tema N° 3, la prueba ilícita y prohibida, al respecto se señaló:

"(...) Es en este marco que se plantea el tema de la prueba ilícita o prueba prohibida, que son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. (...) En otras palabras, estaremos ante una prueba ilícita o prohibida cuando se obtenga la prueba con violación de una norma constitucional; en cambio, si se incorpora la prueba con violación de una norma procedimental, estaremos ante una prueba defectuosa o irregular.

^[126] ARMENTA DEU, Teresa. "La verdad en el filo de la navaja. (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)". En: Revista Ius et Praxis, volumen 13, número 2, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2007, págs. 355, 356.

- i. **Prueba prohibida.**- Prueba prohibida es aquella prueba obtenida^[127], dígase fuente de prueba, elemento o medio de prueba que ha vulnerado el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona desarrollados en la Constitución o los derechos que ingresan a nuestra legislación nacional que provengan de tratados internacionales de derechos humanos.

La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 05-2008- Lima, 4 de mayo de 2009 señala que:

“La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales (...)”.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00655-2010-PHC/TC. Lima 27 de octubre de 2010, asunto Quimper señaló que:

“En nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal”.

Conforme se aprecia, el uso de información (fuentes, elementos o medios de prueba) obtenida vulnerando derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones privadas^[128],

[127] El concepto obtención debe ser interpretado ampliamente como postura o incautación de fuentes de prueba con respeto absoluto del contenido esencial de los derechos constitucionales de las personas.

[128] El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, según el Tribunal Constitucional “(...) impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación. El concepto de “secreto” e “inviolabilidad” de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca, o no, el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación

el derecho a la intimidad, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, la prohibición de tortura, etc., trae como consecuencia su imposible corrección o subsanación.

Bajo este esquema, la Constitución desarrolla un sistema armónico y coherente de derechos y principios donde cada uno de sus preceptos es útil para determinar el alcance o la delimitación del contenido de los derechos fundamentales, así como las restricciones en las que ellos podrán estar sujetos.

En este marco, los derechos fundamentales son un conjunto de derechos y principios que concretan las exigencias de libertad, igualdad y seguridad jurídica del ciudadano, operando como mecanismo de defensa frente a intervenciones arbitrarias del Estado o de particulares, salvaguardando la libertad individual al mismo tiempo que opera como pautas interpretativas del ordenamiento jurídico.^[129]

El artículo 159° del CPP establece como regla la prohibición que el juez admita y utilice directa^[130] o indirectamente^[131] las fuentes o medios de prueba aportadas por las partes, obtenidos con vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales, a esto se denomina exclusiones probatorias.

dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello". Exp. N° 02863-2002-AA/TC.

[129] "El sintagma derechos fundamentales denota la forma jurídica que en nuestro momento de cultura reciben los intereses y expectativas que se entiende constituyen al hombre como persona, por eso tienen la consideración de universales en el sentido de reconocidos a todos por igual; lo que hace que no puedan ser objeto de disposición". ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto. "Las garantías del imputado en el proceso penal". En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>

[130] La prueba prohibida directa es aquella prueba primaria y originaria que es obtenida directamente como consecuencia de haberse vulnerado derechos fundamentales del imputado.

[131] La prueba prohibida indirecta es aquella que consiste en la obtención de materiales probatorios, pero como consecuencia del aprovechamiento de información que previamente ha vulnerado los derechos fundamentales del imputado.

Como señala el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, Lima, Asunto Quimper Herrera:

“(...) el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de una persona, se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

El efecto de la prueba prohibida es su exclusión probatoria, que supone la imposibilidad de admitir judicialmente el elemento de prueba o de actuar el medio de prueba o de valorarlo, por lo que podemos discutir la incorporación en el curso de las diligencias preliminares y con mayor razón en la investigación preparatoria o en fase intermedia de un elemento de prueba o de medio de prueba que ha vulnerado derechos fundamentales con la finalidad de requerir su exclusión probatoria.

Como dice ARMENTA DEU “las prohibiciones de utilización constituyen una sanción frente al incumplimiento de las reglas que deben observarse al recabar o incorporar al proceso un medio de prueba o al llevar a cabo una diligencia como la detención y el interrogatorio policial. Los casos son diversos pero pueden ser sistematizados como sigue: reglas de exclusión basadas en la violación de prohibiciones probatorias y las reglas de exclusión fundadas en la violación de derechos fundamentales”.^[132]

- ii. **Prueba ilícita.**- Es aquel elemento probatorio^[133] o acto probatorio que ha sido obtenido inobservando o no respetando el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico, por lo

^[132] ARMENTA DEU, Teresa. La prueba ilícita. Ob. cit., pág. 54.

^[133] Para cierto sector de la jurisprudencia “la prueba ilícita tiene que ver con la fuente de prueba y no con el medio de prueba que se utiliza en juicio oral para comprobar la fiabilidad o validez de la fuente de prueba”. Exp. N° 5154-2010-Lima Norte. Sentencia del 24 de noviembre de 2011, Segunda Sala Superior de la Corte de Justicia de Lima Norte, fundamento octavo.

que carece de efectos legales para ser incorporado al proceso, no pudiendo ser objeto de actuación probatoria y menos de valoración por órgano funcional alguno, con esto ponemos el acento en su exclusión de la investigación o del proceso penal.^[134]

El Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal llevado a cabo en Trujillo el 11 de diciembre de 2004, desarrolló la “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, y uno de los temas de este pleno fue el de la prueba ilícita y prohibida, al respecto se señaló que:

“(...) si se incorpora la prueba con violación de una norma procedimental, estaremos ante una prueba defectuosa o irregular”.

Conforme a esta posición, prueba irregular es todo elemento o medio de prueba que incumple una norma procesal, esta

[134] En sentido contrario SÁENZ ELIZONDO señala que “la prueba ilícita (u obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de prueba prohibida. Por prueba ilícita, en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como derecho a la intimidad. La prueba es prohibida siempre que sea contraria a una específica norma legal o a un principio de derecho positivo. Mas la prohibición puede ser establecida ya sea por la ley procesal ya sea por la norma sustancial (por ejemplo constitucional o penal); puede también, ser expresa o puede ser implícitamente deducida de los principios generales. Así, la prueba ilícita es aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma. Una definición más precisa habla no de prueba ilícita, sino de prueba obtenida por medios ilícitos. La prueba ilegítima (ilícita) tiene íntima relación con el concepto de medio de prueba prohibido que es aquel medio de prueba que resulta, por sí mismo capaz de proporcionar elementos que permitan llegar a constatar la existencia de un hecho deducido en proceso, pero que el ordenamiento jurídico prohíbe utilizar. La problemática al respecto pareciera partir como hemos enunciado, sea de una normativa que consagre la prohibición del uso de esas pruebas o de una condición derivada de la prueba misma. Ahora bien, la característica de ilícita puede además, obedecer a la formación de la prueba o su utilización. La consecuencia directa que resulta es la inadmisibilidad de estas pruebas, aspecto que desde luego, se da en cualquier tipo de proceso, pero que en el penal se vuelve más dramático”. SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. “La prueba ilícita en el proceso penal”. En: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2006/saenz06.htm>.

posición es acogida en la doctrina por CAFFERATA NORES y MIRANDA ESTRAMPES; otros autores prefieren utilizar el término prueba ilegal o en general la de prohibición probatoria; ninguna de ellas ha sido acogida en doctrina nacional, se ha preferido llamarla prueba ilícita.

ASENCIO MELLADO señala que “puede afirmarse que la determinación de un fundamento a la categoría de la prueba ilícita, viene predeterminado por la visión que de ella misma se tenga, de la necesidad de protección que se le asigne, de la extensión que se conceda a sus efectos y de los sacrificios que se quieran imponer al Estado en la investigación delictiva en relación con los exigidos a los ciudadanos en el ámbito de sus derechos. Tal atribución, por tanto, no puede nunca responder a criterios que hayan de considerarse absolutos, sino más bien dependientes de elecciones que los predeterminan. De este modo, el señalamiento de un fundamento no parece fruto de un razonamiento previo del cual se hacen derivar unas consecuencias, sino al contrario, de una conclusión elaborada sobre la base de premisas y posiciones anteriormente asumidas. No hay, pues, un concepto que pueda calificarse de superior e indiscutible, que dimanase de un razonamiento estrictamente jurídico. Todos son relativos, asumiendo cada cual aquel que resulta más coherente con su visión del papel que los derechos fundamentales han de jugar en el proceso penal y los poderes que el Estado debe ver limitados en su función de investigación de los delitos”.^[135]

Frente a la prueba ilícita o prohibida procede la exclusión probatoria, que es el resultado que se genera de haber incorporado un elemento o medio de prueba que afecta una norma legal, en concreto una garantía que proviene de un derecho fundamental o procesal que regula la actividad probatoria. Así, la exclusión

^[135] ASENCIO MELLADO, José María. “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita”. En: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index>, págs. 7, 8.

probatoria es la sanción procesal por la infracción de normas con la imposibilidad de su uso en el proceso penal.^[136]

La exclusión probatoria genera una sanción procesal que puede ser la ineficacia o la nulidad del elemento o medio de prueba; la elección del método para lograr uno u otro resultado dependerá de la fase en que se descubra y alegue la incorporación del elemento o medio de prueba viciado de ilicitud probatoria, asimismo del éxito o rechazo que se tenga al postular el instrumento procesal elegido.

Si el descubrimiento de la ilicitud probatoria se descubre la en fase de investigación preparatoria, ya sea en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria propiamente dicha, lo que pretenderá quien alegue un vicio o un defecto en el procedimiento de los actos de investigación, es que no sea utilizada por la parte que lo incorporó a la investigación para sostener la imputación, es decir, lo que se trata es que el elemento de prueba o medio de prueba no sea el sustento de una eventual formalización de la investigación o antes de que se emita la acusación, en estos casos el instrumento a utilizar es la tutela de derechos.

C. Secuencia metodológica de la investigación preparatoria

194. Las conexiones que vinculen a tres o más personas se pueden realizar por indicios, o cualquier otro elemento probatorio, con capacidad de identificar aquellos elementos comunes que permitan identificar conductas comunes y la interrelación entre ellas.
195. Los delitos incorporados en la Ley de crimen organizado son delitos que por su peligrosidad para la sociedad, suelen estar rela-

^[136] “La regla de exclusión es la plasmación del modelo constitucional de proceso que garantiza el derecho al debido proceso: no puede entenderse garantizado el debido proceso si se admite la prueba lograda a través del menoscabo de derechos e intereses a los que la Constitución otorga un valor preferente, pues ello implicaría la ignorancia de las garantías propias del proceso”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. “¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. *Revista Doxa* N° 28, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Madrid, 2008, pág. 62.

cionados con otros delitos afines de igual o similar peligrosidad, por lo que la investigación debe buscar e identificar patrones que permitan identificar cual es la estructura y ámbito de acción.

196. Para ello se debe observar cual es la visión de la organización criminal, el dominio de conocimientos específicos que los ayudan en su actividad criminal, patrones como la dimensión del riesgo que corren que tiene repercusión sobre el grado de peligrosidad con el que actúan, el uso de técnicas, instrumentos, herramientas que permitan identificar determinadas cualidades del comportamiento delictivo.
197. Esto servirá para establecer un conocimiento mínimo sobre la peligrosidad de la organización criminal, el grado de sofisticación con el que actúan, la orientación específica de sus actividades, por tanto, no son trascendentes los resultados causales, al tratarse de una perspectiva ex post, sino la información que se pueda obtener que permita un conocimiento suficiente de cómo opera la organización en especial el identificar las conexiones que vinculen a tres o más personas con alguno de los delitos previstos en la Ley de crimen organizado.
198. La investigación realizada contra integrantes o personas vinculadas a una organización criminal tiene el carácter de complejo, debido a la conjunción de diversidad de factores que hacen que descubrir la real existencia de un hecho con relevancia jurídica y la adecuación de ese hecho en una norma penal descriptiva de un delito implique una construcción activa de conocimiento, debido a la cantidad de acciones que se deben hacer y reacciones que se deben sortear para poder establecerse que la acción penal es procesalmente viable.
199. La complejidad de la investigación se manifiesta como el estudio de la relación entre el orden y el desorden en que se presentan los hechos y la organización que el investigador asigna empíricamente a algunos elementos desorganizados de esos hechos normalmente fragmentados, que bajo ciertas condiciones permiten identificar las contradicciones lógicas que presenta la organización criminal.
200. Dicho de otro modo, para conocer cómo funciona una organización criminal, se debe estudiar las acciones a las cuales se dedica,

los diversos movimientos que implementan para concretar sus actividades, su respuesta frente a diferentes fenómenos organizados, sus defectos estructurales, sus efectos, sus movimientos y su inacción. Es así que una organización criminal es una estructura que funciona bajo determinados patrones de sentido común, y de la cual se puede obtener:

- i. Información sobre la organización criminal que pueden ser medibles y registrables.
 - ii. Se puede identificar formas de accionar o de interactuar propias del tipo de delito investigado, para ello se debe determinar aquellos patrones que hacen reconocibles las acciones en sus componentes más simples y elementales. Ejemplo, alguna de las modalidades de secuestro.
 - iii. No debe incidirse en buscar las causas del fenómeno criminal, pues no son datos significativos para la investigación.
201. Este primer nivel de razonamiento simplificador solo sirve para orientarnos, para identificar sobre qué ámbito podemos proyectarnos, no es suficiente para fijar los contornos de una investigación compleja, porque tiende a rechazar o a eliminar la información que se presenta en desorden, a descartar lo incierto, es decir, excluye aquellos elementos que se muestran ambiguos, ininteligibles o difíciles de distinguir, lo que deja mucha información sin analizar.
202. Una investigación que comprenda una organización criminal es compleja, porque en ella que se unen eventos, relacionan acciones, analizan interacciones, retroacciones, determinaciones en permanente cambio, que pueden ser consideradas en un primer momento como casualidades debido a lo enredado, lo intricado o desordenado en que se presentan los hechos, pero cuyos rasgos inquietantes son necesarios analizar para desentrañar el mundo fenoménico de la organización criminal.
203. Así, el investigador que se enfrenta a una organización de crimen organizado debe estar preparado para hacer frente a información que se puede presentar como incompatibles u opuestas, debiendo utilizar sus conocimientos para organizar los datos que aparecen y unirlos o

relacionarnos sin perder de vista los diferentes matices y particularidades, las cuales no pueden ser excluidas o rechazadas per se.

204. Una organización criminal reproduce sus actividades delictivas en la medida que resulten efectivas, se autoorganizan para generar situaciones y resultados. En este contexto identificar una modalidad delictiva puede permitir establecer rasgos distintos de la organización en su actividad delictiva o en alguna de las modalidades a las que se dedica.
205. Las organizaciones delictivas trabajan como parte de un todo, por lo que a medida que se identifiquen las partes de la organización, se podrá tener mayor claridad sobre el todo de la organización (la parte está en el todo, y, a la vez, el todo está en la parte).
206. Las organizaciones si bien se rigen por el sentido común, no es correcto el plantear que toda organización tiene un orden y una estructura estática, pues existe normalmente un continuo proceso de interacciones entre los integrantes de la organización criminal y las personas vinculadas a ella que cambian para adecuarse a los diferentes factores y fenómenos por el cual se reestructura el orden primigenio, que puede generar algún tipo de desorden y desorganización temporal o permanente.
207. Así, por ejemplo si el cabecilla de una organización criminal es detenido, recluido, procesado y posiblemente sentenciado a una pena privativa de libertad, los demás integrantes de la organización se reestructuran bajo el comando de un nuevo líder, que puede implementar nuevas formas de interacción, dejar de lado algunas de las existentes, acciones que pueden afectar las actividades de la organización al buscar esta nuevos métodos para perpetrar los delitos, y al establecer nuevas formas de relacionarse con las personas vinculadas a ella.
208. Una investigación sobre criminalidad organizada debe combinar el análisis cualitativo con el cuantitativo, pues se requiere obtener la mayor cantidad de información posible, de la cual se debe seleccionar el conocimiento pertinente que permita fijar lineamientos de actuación.

209. La realidad de las organizaciones delictivas se concibe como un proceso en continuo cambio, por lo cual se debe ser flexible en la forma de abordarla, debiéndose ligar los elementos y circunstancias que se presenten entre sí estableciendo sus relaciones y asumiendo las posibles diferencias de otras organizaciones identificadas.

X. IV. Plazos para los actos llevados en la investigación preparatoria

210. El derecho al plazo razonable es un derecho reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 7 numeral 5 y 8 numeral 1, en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 5 numeral 3 y en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, en su artículo 6 numeral 1 y el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

211. El plazo razonable en el proceso penal es un concepto jurídico que abarca dos conceptos:

- El plazo es un concepto que puede ser entendido como una extensión, intervalo o lapso de tiempo, limitado y acorde a concretos actos procesales o a una fase determinada del proceso penal.
- Lo razonable, es un concepto que guarda relación con la razón, la lógica o la justicia, por tanto, tiene cierto grado de subjetividad en su concepción. Sin embargo, este grado de subjetividad puede ser analizado desde una perspectiva objetiva, si se enfoca en un asunto en particular.

212. El concepto de plazo razonable hace alusión a un derecho fundamental innominado, y que debe ser entendido como el punto de equilibrio que debe existir entre un acto procesal o una etapa procesal y el tiempo estrictamente necesario que requiera la administración pública para cumplir con la actuación procesal.

213. De este modo, no puede verse el plazo razonable desde una perspectiva en abstracto, se requiere analizar el acto o la fase procesal en concreto a efectos de determinar la razonabilidad de los plazos. Desde la perspectiva de nuestra tesis, dos son los momentos que

requieren ser analizados: la fase de investigación preliminar y la fase de investigación preparatoria.

214. La determinación del plazo razonable del proceso en nuestro ámbito ha sido abordado por el Tribunal Constitucional, que compartiendo los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos^[137] i-identificado como criterios para la determinación del plazo de la investigación fiscal en el asunto GLEISER KATZ^[138] se señala que:

“Los criterios que el Tribunal Constitucional considera necesarios para determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de la investigación fiscal, evidentemente, no son criterios jurídicos rígidos aplicables de manera idéntica a todos los casos. Por el contrario, deberán ser aplicados atendiendo a las circunstancias presentes en la investigación fiscal. Al respecto, la jurisprudencia comparada, particularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que para determinar la existencia, en un caso concreto, de un plazo razonable se debe tener en consideración la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la actuación de los tribunales.

Criterios que también la jurisprudencia de este Colegiado ha recogido en sendas sentencias, tales como 6167-2006-PHC/TC, 7624-2005-HC/TC, 594-2004-HC/TC. Por ello, a juicio de este colegiado, los criterios a considerar para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación fiscal son de dos tipos: subjetivo y objetivo. En el primero quedan comprendidos 1) la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

Los criterios subjetivos, como ya se adelantó, están referidos a la actuación tanto del investigado como del fiscal a cargo de la investigación pre-jurisdiccional. En cuanto se refiere al investigado se debe tener en cuenta

[137] La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que “se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales”. Caso Suárez Rosero. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 71.

Similar criterio asumió la Corte Interamericana en el caso: Genie Lacayo en que señala que se debe considerar para tener en cuenta el término de duración del mismo: a) la complejidad del asunto b) la actividad procesal del interesado c) la conducta de las autoridades judiciales.

[138] Exp. N° 05228-2006-HC/TC del 15 de febrero de 2007.

la actitud obstruccionista del investigado, la cual puede manifestarse en 1) la no concurrencia injustificada a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación, 2) el ocultamiento o negativa, injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación, 3) la recurrencia, de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y 4) en general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

En cuanto a la actividad del fiscal, el primer criterio a considerar es la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. En principio, se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público. No obstante, es una presunción iuris tantum, en la medida que ella puede ser desvirtuada. Ahora bien, para la determinación de si en una investigación prejurisdiccional hubo o no diligencia por parte del fiscal a cargo de la investigación deberá considerarse, de un lado, la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para la formalización de la denuncia respectiva.

En ese sentido, habrá inactividad fiscal aun cuando se lleven a cabo actos de investigación que no tengan relación directa o indirecta con el objeto de investigación. Más aún, la falta de diligencia fiscal no puede ser soslayado por aseveraciones o infundios acerca de la conducta del investigado o de terceros; por cuanto, de realizarse una conducta ilícita de personas vinculadas al proceso, solo cabe realizar una denuncia a fin de no incurrir en el posible delito de omisión de denuncia, previsto en el artículo 407° del Código penal.

Dentro del criterio objetivo, a juicio del Tribunal Constitucional, cabe comprender la naturaleza de los hechos objeto de investigación; es decir, la complejidad del objeto a investigar. Al respecto, es del caso señalar que la complejidad puede venir determinada no solo por los hechos mismos objeto de esclarecimiento, sino también por el número de investigados más aún si se trata de organizaciones criminales internacionales, la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran, así como los tipos de delitos que se imputan al investigado, como por ejemplo, los delitos de lesa humanidad. También debe considerarse el grado de colaboración de las demás entidades estatales cuando así lo requiera el Ministerio Público.

Cabe señalar que es dentro del marco de estos criterios jurídicos que se deberá determinar, en cada caso concreto, si es que la investigación

prejurisdiccional se ha desarrollado dentro de un plazo razonable. Ello es así en la medida que los actos de los poderes del Estado y los órganos constitucionales, en general, y del Ministerio Público, en particular, no se legitiman, desde la perspectiva constitucional, en sí mismos, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución”.

A. Plazos de las diligencias preliminares

215. El plazo de las diligencias preliminares es de 60 días según lo establece el artículo 334.2 del Código Procesal, modificado por el artículo 5 de la Ley N° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado) que modifica el artículo 334.2 del CPP señalando:

“(…) el plazo de las diligencias preliminares para todos los delitos vinculados a organizaciones criminales es de sesenta días, **pudiendo el fiscal fijar un plazo distinto en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación**”.

216. Conforme se aprecia de la norma procesal se establece un plazo de 60 días para las diligencias preliminares ordinarias, dejándose al albedrío del Fiscal de la Investigación Preparatoria el fijar un plazo distinto^[139] en atención a un conjunto de factores o criterios que determinen la complejidad de esta subfase.
217. La complejidad es un concepto indeterminado que contiene un conjunto de características plurales, diversas y multidimensionales, que vinculan al sujeto investigado con el hecho que se pretende esclarecer como si fueran un solo acto que a su vez consta de múltiples actos.

^[139] El fundamento Séptimo, literal b) de la Casación N° 20-2008-La Libertad señala: “En ese contexto, la fase de diligencias preliminares tiene un plazo distinto, el mismo que está sujeto a control conforme dispone el inciso segundo del numeral ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal; control que tiene fundamental importancia para una tramitación adecuada y eficiente del proceso”. Casación N° 20-2008-La Libertad, Lima 3 de julio de 2008.

218. Es justamente por estas características que el Código no plantea una regla absoluta aplicable por igual a cualquier situación, sino que reconoce las limitaciones que puedan presentar las acciones, las interacciones, retroacciones, determinaciones, incluso los azares, que constituyen el mundo fenoménico del caso, normalmente fragmentado y disperso, de modo que deja al arbitrio del Fiscal fijar un plazo mayor de las diligencias preliminares en tanto guarden sintonía y armonía con el tiempo aproximado que puede tardar aquellos actos que se pretendan realizar.
219. Sin embargo, no cabe entender que un plazo distinto implique un plazo arbitrario. La Casación N° 144-2012-Ancash del 11 de julio del 2013 establece como doctrina jurisprudencial, que:
- “Tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses”.
220. Se aprecia que la Casación N° 144-2012-Ancash llena un vacío normativo, al establecer que las diligencias preliminares complejas tendrán un plazo máximo de ocho meses. Esta precisión tiene por finalidad el evitar la arbitrariedad que supondría llevar una investigación a plazos mayores a lo establecido para la investigación preparatoria compleja.
221. Ocho meses para las diligencias preliminares implica un tope máximo para esta subfase, que requiere de una decisión fiscal específica que motive tan excepcional decisión con base en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (criterios objetivos y subjetivos) y han de adoptarse antes de que el plazo inicial de 60 días haya expirado, pues la lesión en que consiste el incumplimiento del plazo no se subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado este.
222. Que el plazo máximo las diligencias preliminares sea de ocho meses para casos de criminalidad organizada, implica la concurrencia de criterios objetivos y subjetivos de naturaleza procesal que se encuentran previstos en el primer párrafo del artículo 5 de la Ley N° 30077 como son:
- a) **Características.**- Son las particularidades o rasgos distintivos de la organización criminal que hacen necesario establecer

pautas diferenciadas para hacer más efectiva los actos de investigación.

- b) **Grado de complejidad.**- El artículo 342.3 del Código Procesal Penal desarrolla el concepto de complejidad cuando señala que:

“Se considera proceso complejo cuando: a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado”.

- c) **Circunstancias de los hechos objeto de investigación.**- Son los elementos o situaciones que rodean el hecho investigado, que pueden hacer más complicado la investigación.

B. Criterios para determinar la razonabilidad del plazo de diligencias preliminares

223. El plazo razonable es un derecho desarrollado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 7 inciso 5 y 8, en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 5 inciso 3 y en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, en su artículo 6 inciso 1 y el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

224. Se trata de un derecho constitucional innominado que ingresa a nuestra legislación a través de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y cuya finalidad es el establecer cuál es el tiempo necesario para que los actos procesales se lleven a cabo, esto implica que todos los plazos procesales que establece el Código son máximos, no necesariamente razonables.

225. El Fiscal de la Investigación Preparatoria es libre de fijar el plazo de las diligencias preliminares, en tanto sea menor de 8 meses, con-

forme lo establece la Casación N° 144-2012 –Ancash; no obstante la fijación de criterios que establece el marco temporal concreto, debemos remitirnos al artículo 5 segundo párrafo de la Ley N° 30077 señala que:

“(…) el Juez considera, entre otros factores, la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o indiciarios recabados, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a esta”.

226. Conforme se aprecia, los factores o criterios son:

- a. **La complejidad de la investigación.**- Una investigación compleja es aquella que tiene varios componentes, eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones que generan dificultad o complicaciones, que revelan la interconexión de distintos factores y/o dimensiones como pueden ser que se trate de varias personas investigadas con varios delitos, que requieren distintas acciones que deben hacerse en paralelo que requieren de un pensamiento creativo, para poder desenmarañar lo confuso en que se presentan los hechos, o el desorden en que se presentan las variadas y distintas situaciones investigadas.
- b. **El grado de avance de las diligencias preliminares.**- El avance de un proyecto marca el grado en el que se está cumpliendo con el alcance estimado para la realización del mismo, además, el avance de una tarea indica ese mismo grado para el alcance estimado para dicha tarea.

Generalmente los avances no tienen un modo automático de ser medidos, por lo que el investigador es quien en base a la experiencia o a la realización de una lista de actividades determina el grado de compleción de una acción concreta o del total de la investigación.

Cabe destacar que hay una diferencia importante entre el uso del tiempo asignados a una acción concreta o del total de la investigación, con el grado de avance en esa misma acción o de la investigación, por lo que para establecer el tiempo

que se necesita para cumplir con todas las metas trazadas se debe establecer el porcentaje de las actividades avanzadas; fijado este se debe establecer cuál es el porcentaje de tareas programadas que falta por realizar, que puede ser inferior o superior al porcentaje medido y estimado.

El grado de información con que se cuenta es un factor a considerar para fijar el plazo de las diligencias preliminares, por lo que el Fiscal debe proyectarse el tiempo que puede tardar el conseguir la información necesaria para estructurar su caso. Esto resulta claramente difícil de medir, pues no se puede establecer con certeza qué tiempo se requerirá, por lo que se debe marcar el estado actual de las diferentes actividades/tareas programadas, así como el tiempo que se pretenda dedicar a dichas acciones y el porcentaje que representa en relación al total de actividades de investigación.

Asimismo, debe considerar que son dos los principales factores que influyen sobre el grado de avance de la investigación:

- i. La naturaleza y número de los hechos que se investigan.- Estos son un factor gravitante para la determinación del retraso de las investigaciones, particularmente cuando se trata de investigaciones por delitos contra la criminalidad organizada, delitos contra la administración pública, lesa humanidad, terrorismo, narcotráfico y en los casos de concursos de delitos que permitan calificar un determinado proceso como complicado.^[140]

En los casos en que se investiga delitos complejos suelen referirse a diferentes marcos temporales, por lo que se

^[140] En lo atinente a la complejidad del asunto, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “para su valoración es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil”. Exp. N° 549-2004-HC/TC Lima, 21 de enero de 2005.

trabaja con una diversidad de hipótesis, que ameritan un desarrollo cuidadoso, diestro y pulcro en el desarrollo de todas las premisas, lo que conlleva mayor esfuerzo intelectual y material lo que tiene trascendencia para la fijación del plazo de las diligencias preliminares.

- ii. El número o cantidad de personas investigadas o la pluralidad de agraviados.- Un factor a evaluar es la cantidad de personas investigadas desde las condiciones materiales del órgano de investigación para poder llevar a cabo las diligencias requeridas. Comportan especial dificultad los casos en que un mismo grupo de investigados son objeto de diferentes investigaciones en marcos temporales distintos.

Otros factores a evaluar son el momento de la comisión u ocurrencia del hecho punible investigado, pues a mayor tiempo de la ocurrencia de los hechos, mayor dificultad presenta la búsqueda y recolección de los elementos de prueba, ya sea como producto de un comportamiento del investigado u otros interesados en ocultar o alterar el cuadro probatorio, como también por los estragos que ocasiona un largo lapso de tiempo en la memoria de los involucrados y testigos y que genera un retraso en las investigaciones.

Este criterio sirve tanto para fijar el plazo de las diligencias preliminares como su ampliación que puede ser por 8 meses más.

- c. **La realización de actos de investigación idóneos.-** El Fiscal requiera para fijar el plazo de las diligencias preliminares establecer el conjunto de actos de investigación que realizará, si bien es de esperar que no pueda prever todo aquello a realizar, debe establecer una relación clara y metódica de los actos de investigación.

Debe recordarse que el derecho al plazo razonable de las investigaciones debe examinarse en el contexto de la participación de los distintos organismos que intervienen y que participan de las investigaciones, las dificultades internas y las coordinaciones que puedan retrasar las investigaciones; la

carencia de recursos humanos que afectan a la investigación, la capacitación y las garantías de que disponen los órganos de investigación para desempeñarse, así como la falta de recursos materiales y tecnológicos con los que no se cuenta y el retardo que se genera por la no disposición de recursos especializados requeridos en cada caso en concreto. Así, son factores a tomar en cuenta, la cantidad de personal asignado a las investigaciones, la disposición de infraestructura y otros medios logísticos que se requiera para poder cumplir con la investigación de forma eficiente.^[141]

Lo acotado constituye un conjunto de factores que impide que las investigaciones contra la criminalidad organizada en los aparatos del Estado sean más eficientes, tanto en la búsqueda, recopilación y utilización de diversas fuentes de prueba que sean idóneas para que la investigación alcance su finalidad, que no es otra que la de determinar la responsabilidad penal de los imputados^[142] a través de la búsqueda y recolección de

[141] “En relación a la actuación de los órganos judiciales, el Tribunal, en reiterada jurisprudencia (Caso Berrocal Prudencio, Expediente N° 2915-2004-HC/TC), ha sostenido que será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45)”. Expediente N° 969-2008. Resolución N° 2, Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, 3 de noviembre de 2008.

[142] “Imputar en sentido técnico, es la acción de un sujeto institucional consistente en señalar a alguien como posible autor de una acción delictiva punible, en principio, está a su cargo (Policía o Fiscal). Se trata de un tipo de intervención que, obviamente no puede ser arbitraria, o responder a meras sensaciones o golpes de intuición, sino que ha de contar con un soporte de datos o indicios, dotados de la objetividad precisa para que resulten comunicables a terceros y susceptibles de comprobación en un proceso penal. Pues toda imputación está

elementos de prueba sobre las cuales realiza una actividad cognoscitiva, a efectos de que el órgano jurisdiccional aplique la ley sustantiva, una vez que han sido acreditados los medios de convicción de dicha responsabilidad.

d. La conducta procesal del imputado.- La conducta procesal se refiere a dos conceptos:

- i. Actos de mala fe del imputado o su defensa.- En la investigación preliminar que comporta la utilización de los derechos de naturaleza procesal de una manera indebida, anormal, excesiva, desmedida, pero sobre todo transgresora de aquellas conductas que se consideran contrarias a la buena fe.^[143]

preordenada a la apertura de un trámite de esta clase". ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "Las garantías del imputado en el proceso penal".1. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>. pág. 14.

^[143] Para abordar un concepto como el de la mala fe procesal, debemos antes definir qué es la buena fe procesal. Este es un concepto jurídico indeterminado, que sin embargo genéricamente puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta y leal al ejercicio o cumplimiento de los derechos. La buena fe sea aplicada al derecho en general o al procesal en particular, como un concepto aglutinante de todas estas expresiones. Así entonces, al hablar indistintamente de "probidad, lealtad y buena fe", nos estamos refiriendo lisa y llanamente a la moralidad de la conducta humana dentro del proceso; por ello cuando hablamos de buena fe procesal nos referimos a la conducta aceptada como normal por la mayoría de la sociedad, por lo que es evidente que no actúa de buena fe quien ejercita anormalmente un derecho con intención de dañar, ni el que lo hace con carácter antisocial, excediéndose de los límites normales, ni tampoco el que trata de burlar una norma, amparándose en un precepto de cobertura para lograr un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo, es decir, actúa con abuso del derecho o en fraude a la ley. De tal forma que el ejercicio de los derechos de los sujetos procesales deben enmarcarse en determinadas pautas de comportamiento las que deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Se destaca así que la licitud de lo pedido no debe tener otro objeto que ejercer el derecho de defensa dentro de los márgenes que la ley permite. Debe anotarse que para que exista mala fe ha de constatarse la presencia del *animus nocendi*, esto es, la voluntad consciente de dañar o perjudicar a alguna de las partes procesales. Se identifica así que la mala fe se materializa a través de fines concretos que atenten contra

Dentro del ámbito de convergencia de este concepto se presenta una variedad de supuestos. El Código Procesal Civil ha tratado de aglutinar en el artículo 112º, cuya aplicación supletoria se extiende al procedimiento penal, algunos de los supuestos más evidentes al señalar que:

“Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: [...]

2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y
7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación”.

los derechos fundamentales a la tutela procesal efectiva, al derecho de defensa o a la igualdad procesal y a un proceso sin dilaciones indebidas o dentro de un plazo razonable. La efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho en otros términos, la mala fe procesal pone en peligro el otorgamiento de una tutela procesal efectiva. En consecuencia, una actuación maliciosa es susceptible de romper este equilibrio de intereses que las leyes procesales establecen para hacer respetar la plena igualdad de trato entre los litigantes, por lo que se obliga al juez a evitar cualquier obstáculo que dificulte gravemente la situación de una de las partes con respecto de la otra. Desde tal comprensión, las actuaciones contrarias a la buena fe procesal son contrarias en la medida en que pueden conculcar los derechos fundamentales a un proceso sin dilaciones indebidas, por lo que el único límite para utilizar los medios que el procedimiento penal otorga, son si van contra la finalidad perseguida, toda vez que ello importa una manipulación abusiva de las propias técnicas de defensa que solo podrá ser deducida, evidentemente con gran dificultad de la carencia racional de finalidad del propio actuar procesal.

Por su parte el literal 6 del artículo 112° del Código Civil señala que:

“Se considera que ha existido temeridad o mala fe (...) cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso”.

El Tribunal Constitucional considera que:

“Resulta importante distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la llamada defensa obstruccionista caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado”.^[144]

No debe identificarse la mala fe con un solo ámbito de conducta, pues ello sería restringir las posibles conductas perjudiciales contra el procedimiento, por lo que no se trata de situaciones de hecho que puedan en la totalidad de situaciones circunscribirse a una supuesta normativa determinada.

La conducta procesal debe ser evaluada en función a lo que se entiende por defensa obstruccionista^[145], esto es cuando se ha abusado del derecho a utilizar recursos o los resortes

^[144] Exp. N° 4124-2004-HC/TC Lima, 29 de diciembre de 2004.

^[145] Refiriéndose a la actividad procesal del interesado, se ha señalado que “resulta importante distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la llamada defensa obstruccionista caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado”. Exp. N° 4124-2004-HC/TC. Lima, 29 de diciembre de 2004.

procesales disponibles que prevé la ley, con el objeto de dilatar o atrasar el proceso penal.^[146]

- ii. Conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.- Dentro de este concepto debe considerarse los actos de dilación que tengan como finalidad perjudicar la investigación a través de la frustración de las diligencias programadas o los actos cometidos por el litigante temerario que busque alterar el normal desenvolvimiento del procedimiento ya sea mediante la destrucción, la sustracción de los elementos de prueba, o mediante la amenaza, coacción, soborno o engaño de los testigos u otros órganos de prueba.

Las conductas contrarias a los actos de investigación pueden comprender también actos que tengan por finalidad evitar que se descubra elementos probatorios que puedan ser incriminatorios; dentro de esta gama se encuentra las declaraciones del investigado que busquen distraer la investigación hacia otros ámbitos, proporcionar información incompleta, distinta o ajena a aquella que permita esclarecer los hechos.

Asimismo, un elemento de retraso de la investigación no imputable al investigado o al investigador son ciertas reticencias de los órganos funcionariales o de entidades del Estado o de Entidades o países extranjeros, a los cuales se solicita información en el marco de la cooperación internacional, en tales

[146] “Las dilaciones indebidas están “dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es pertinente tener presente que [si] bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculcado a guardar silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso”. Exp. N° 0376-2003-HC/TC. Lima, 7 abril de 2003.

casos, el retraso o demora en la entrega de la información se configura en un criterio que permite justificar la dilación de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria.

Lo mismo sucede en los casos en que la información requerida deba buscarse en bancos de datos, archivos u otros mecanismos de almacenamiento que no se encuentran a disposición inmediata de quien lo requiere o aquellos casos en los que no existe un sistema de almacenamiento y búsqueda de información.

- e. Elementos probatorios recabados.- Para fijar un plazo el fiscal debe proyectarse sobre la información que maneja y que planea recopilar. Esta información puede tener la forma de elementos de prueba, entendidos como datos objetivos que se incorporan legalmente al proceso por los sujetos procesales y tiene la capacidad de producir el conocimiento objetivo de un dato o una circunstancia relativa a los hechos sujetos a investigación preparatoria.

“Estos elementos se comprueban mediante la utilización de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proceso, siéndole útil al juzgador rechazar o admitir en todo en parte las cuestiones sobre las que debe decidir. Incorporados al proceso, significa que deben existir objetivamente y en conformidad con las garantías dispuestas por la ley. No ha de resultar de simples conjeturas, impresiones, imaginaciones u opiniones carentes de base externa al juez. Si esta regla es infringida por el juzgador, la fuente de prueba sería incontrolable e ilegítima”.^[147]

- f. Indicios recabados.- El origen etimológico de la palabra indicio nos remite a la palabra: *índex* o *índice*, de modo tal que “el término indicio es todo rastro, vestigio, huella o circunstancia y, en general, todo hecho conocido o mejor dicho de conocimiento comprobado; susceptible de llevarnos, por vía de una inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”.^[148]

^[147] CHAIA, Rubén A. La prueba en el proceso penal. Buenos Aires, Editorial Hammurabi SRL, 2010, pág. 88.

^[148] DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. 9º Edición. Bogotá, Editorial Temis, 1989, pág. 57.

El indicio puede ser un objeto o cosa e incluso actitudes o comportamientos que se desprendan de la conducta de la persona imputada de un delito y que tiene idoneidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado o vinculado de forma racional. Así, un indicio será idóneo si con su ayuda nos acerca o facilita la verificación del hecho indicado u oculto.

Así “los «indicios» hacen referencia al «hecho conocido» o a la «fuente» que constituye la premisa de la inferencia presuntiva: así pues, son indicios cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar. Entre presunción e indicio hay la misma diferencia que se da entre un razonamiento y la premisa de hecho que le sirve de punto de partida”.^[149]

En otros términos, se puede incorporar como indicios cualquier dato o elemento fáctico con capacidad de transmitir información, de la cual es posible obtener una deducción o hecho oculto que es materia de una hipótesis.^[150]

“El indicio no es, entonces, cualquier hecho, no es el hecho puro, sino el hecho que se ha logrado integrar dentro de un razonamiento para indicar algo (indicio, viene ciertamente de indicar). (...) En ese sentido es correcto decir que los hechos se transforman en indicado-

[149] TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Editorial Trotta. Segunda Edición. Madrid, 2005, págs. 479, 480.

[150] “La hipótesis.- Si la sospecha es una operación psicológica y no lógica, en la hipótesis sí entra ya el raciocinio. La define Stuart Mill diciendo que “es una suposición (sin pruebas o con pruebas insuficientes) hecha para deducir de ella conclusiones que estén de acuerdo con hechos reales: sirve para explicar fenómenos reduciéndolos a supuestas leyes de causación. Estas dos operaciones del espíritu (la sospecha y la hipótesis) son intuitivas, y no verdaderas inferencias. Ellas pueden surgir en el ánimo del funcionario investigador o del juez a la presencia de cada hecho indiciario o indicio. No son, pues, operaciones que se deducen sino que se intuyen, por eso no son inferencias inductivas sino operaciones analógicas”. ALZATE NOREÑA, Luís. Pruebas Judiciales, Imprenta Departamental, Manizales, 1981, pág. 135.

res (indicios) solo por el mérito de un razonamiento lógico exitoso. Antes de eso no significan nada”.^[151]

Característica principal del indicio es que es periférico o circunstancial respecto del dato fáctico a probar. El término circunstancial, deriva de dos vocales *circum* y *stare*, que significa «estar alrededor», lo que supone una relación de proximidad con el dato que se pretende probar.

El indicio tiene que ser conducente, es decir, es aquel indicio que puede conducir a deducir varios hechos. “Como es lógico, el indicio tiene que ser conducente respecto al objeto controvertido. La conducencia del medio es una aptitud legal y su mérito, por separado o en unión con otros medios, en orden a demostrar el hecho controvertido. El indicio en tanto será conducente, en cuanto se trate de probar hechos jurídicos, o la pérdida, destrucción o alteración de algún documento. No será conducente, sin embargo, en casos de actos jurídicos, para cuya existencia o validez exija la ley una determinada formalidad”.^[152]

- g. La magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal.- La magnitud se refiere al tamaño y alcance que la organización criminal ha alcanzado, los ámbitos en los que se desarrolla, los vínculos que ha logrado con las diferentes esferas de poder, mientras que el grado de desarrollo se refiere a la extensión temporal en que viene operando la organización.
- h. La peligrosidad de las acciones delictivas.- Es la valoración que hace el investigador sobre el daño que han generado las actividades de la organización a la sociedad, la trascendencia social del delito cometido y la repercusión en la percepción de seguridad ciudadana.

^[151] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La teoría de la prueba indiciaria”. En <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>. pág. 12.

^[152] DEL AMO, León. La clave probatoria. Pamplona, Ediciones Universales de Navarra S.A. Navarra, 1978, pág. 95.

- i. La gravedad de las repercusiones delictivas.- Como consecuencia de un hecho delictivo realizado por una organización criminal, distintos estamentos de la sociedad pueden verse comprometidos; ocasionando graves alteraciones al orden social, esto es un valor importante a considerar en atención a las distintas situaciones que se presenten.
227. Se debe observar si los criterios expresados por el órgano jurisdiccional son jurídicos y han sido razonablemente aplicados, por lo que ante una interpretación de la norma procesal arbitraria o manifiestamente irrazonable, que pueda considerarse como una expresión del ejercicio de la injusticia, no puede imponerse un mandato de detención, menos aun si este tiene como principal criterio la pena privativa de libertad mayor de un año, pues como dice el Tribunal Constitucional “no puede solo justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad”^[153].

C. El plazo de la investigación preparatoria

228. El artículo 6 de la Ley N° 30077 bajo comentario indica que:
- “Todo proceso seguido contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se considera complejo de conformidad con el inciso 3 del artículo 342 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957”.
229. La investigación preparatoria se inicia conforme lo señala el artículo 336.1 del CPP con la denuncia penal, el informe policial o culminada las diligencias preliminares. El artículo 5 de la Ley N° 30077 faculta a que el Fiscal realice diligencias preliminares previamente a la formalización de la investigación preparatoria.
230. El artículo 342.2 del CPP señala que tratándose de investigaciones complejas –delitos perpetrados por organizaciones criminales–, el

^[153] Exp. N° 1091-2002-HC/TC. Lima, 2 agosto de 2002.

plazo de la investigación preparatoria es de 36 meses, los cuales pueden duplicarse por el mismo tiempo, esto significa que la investigación preparatoria incluida la prórroga puede tener un plazo máximo de 72 meses, sin considerar el plazo de 8 meses para las diligencias preliminares establecido por la Casación N° 144-2012 -Ancash del 11 de julio del 2013 al establecer como doctrina jurisprudencial, que:

“Tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses”.

231. Siendo así el tiempo máximo para realizar acciones de investigación preparatoria son 80 meses, lo que comprende tanto diligencias preliminares como investigación preparatoria. Estamos ante plazos máximos, no razonables por lo que para determinar el plazo razonable se requiere acudir a criterios de razonabilidad aplicados al caso.

CAPÍTULO II

TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

XI

REGLAS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

232. Las técnicas especiales de investigación, son el conjunto de fuentes de información que ayudan a definir el marco en que se desarrolla la actividad delictiva, la forma en que actúa la organización, los medios, mecanismos utilizados para cometer delitos, la forma en que se relacionan con sus víctimas, la interacción entre sus diferentes integrantes sean estos principales y secundarios, permanentes o temporales, etc.
233. El artículo 7.1 de la Ley Contra el Crimen Organizado establece las disposiciones generales para la adopción de las técnicas especiales de investigación cuando señala:
- “Se pueden adoptar técnicas especiales de investigación siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación. Su aplicación se decide caso por caso y se dictan cuando la naturaleza de la medida lo exija, siempre que existan suficientes elementos de convicción acerca de la comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal”.
234. Las técnicas especiales de investigación son medios que buscan como fin el esclarecimiento de los hechos materia de investigación, de este modo son una herramienta contra la criminalidad, su adopción se encuentra sujeta a que la elección del medio específico tenga:
- a) Idoneidad de la técnica especial de investigación aplicada.- Al respecto se tiene que “La idoneidad es la cualidad que expresa una relación de racionalidad entre el tratamiento dispensado al sujeto pasivo y el fin que justifica dicho tratamiento”.^[154] De

^[154] PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de medidas cautelares penales. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 142.

este modo, contribuye a obtener el resultado que se pretende (esclarecimiento de los hechos materia de investigación), si no lo hace o se aleja de él, es inidóneo por comportar una mayor afectación a los derechos fundamentales de lo permitido constitucionalmente.

La idoneidad se expresa mediante una *regla de decisión* que ayuda a elegir aquella técnica especial de investigación que sobresalga por su eficacia para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación, pero que a su vez sea la que restringe en menor medida los derechos del investigado que se pretenden limitar.^[155]

Para determinar si la técnica especial de investigación elegida es efectiva para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación, es preciso establecer que fines inmediatos y mediatos son los que se pretende conseguir y como el medio empleado es determinante para conseguir desde la perspectiva de las circunstancias que se presenten.

- b) La necesidad del uso de la técnica especial de investigación.- “La idoneidad es la cualidad que expresa una relación de racionalidad entre el tratamiento dispensado al sujeto pasivo y el fin que justifica dicho tratamiento”.^[156]

El medio debe contribuir a obtener el resultado que se pretende (esclarecimiento de los hechos materia de investigación), si no lo hace o se aleja de él, es inidóneo por comportar una mayor afectación a los derechos fundamentales de lo permitido constitucionalmente.

[155] “Queda excluido, desde la perspectiva de la idoneidad, el estudio de otras medidas que pudieran ser más eficaces. Se toma en consideración únicamente si la medida es o no adecuada, sin perjuicio de la importancia que pueda alcanzar, en el control más amplio de la proporcionalidad, medidas de igual, mayor o menor eficacia que resulten menos gravosas para los ciudadanos”. GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Editorial Colex, Madrid, 1990, pág. 154.

[156] PUJADAS TORTOSA, Virginia. Ibidem, pág. 142.

Así, “no basta con que la medida y el motivo que la justifiquen estén previstos en la ley, sino también resulta imprescindible que objetivamente se justifique para obtener de los fines constitucionales que la legitiman (...) debiendo adoptar, en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental”.^[157]

En síntesis, la idoneidad exige que se realice un análisis previo de todas las opciones posibles, de modo que se descarten aquellas técnicas especiales de investigación que tengan una efectividad menor, o de igual o similar intensidad, pero que sean más lesivas a los derechos que se pretende restringir, frente a aquella que comparativamente tiene mayor eficacia, pero a la vez se comporte una menor lesión a derechos fundamentales del investigado.

- c) Elementos de convicción.- El Fiscal debe evaluar la suficiencia de la imputación acerca de la comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal, para ello se debe incidir en la verosimilitud y credibilidad de los indicios y/o de los elementos probatorios.

Los elementos de convicción de la existencia de un delito de crimen organizado deben ser establecidos a partir de todos los elementos de convicción identificados; si este control es satisfactorio, podrá pasarse al segundo control: el peligro que la demora que representaría el uso de mecanismos tradicionales de investigación y el riesgo de que la organización criminal tome medidas para destruir, alterar u ocultar información, objetos, instrumentos y bienes que relacionen personas con circunstancias.

El criterio de concurrencia exige que se acredite primero la apariencia del delito, es un presupuesto material esencial, que se traduce en un juicio o razonamiento por medio del cual se determina como probable o verosímil la existencia del hecho

^[157] GIMENO SENDRA, Vicente. “La necesaria reforma de la prisión provisional”. Revista Peruana de Derecho Procesal N° VI, Lima, 2003, pág. 117.

delictivo, imputable a tres o más personas claramente identificadas, en la que concurren indicios racionales de criminalidad que el tipo penal objeto de imputación prevé, y en virtud de lo cual se deberá decretar la específica técnica especial de investigación que resulte idónea y necesaria al caso concreto.

La verosimilitud debe ser apreciada desde los elementos incorporados a la investigación de los que objetivamente puedan establecerse una correlación entre la imputación y los indicios y elementos de prueba que sostienen esta. Desde este punto de vista, la procedencia de la técnica especial de investigación está condicionada a la verificación de indicios y elementos de prueba que en el análisis concreto de la situaciones fácticas ameritan se profundice la investigación a través del uso de técnicas especiales de investigación.

235. El uso de las técnicas especiales de investigación que no están agrupados en un Título o Capítulo específico, y se desarrollan en diversos artículos del CPP requieren ser usados sin infringir los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, los cuales protegen los derechos fundamentales.
236. El artículo 7.2 de la Ley Contra el Crimen Organizado señala:
“Las técnicas especiales de investigación deben respetar, escrupulosamente y en todos los casos, los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad”.
237. Este artículo se refiere a que las técnicas especiales de investigación como la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (Art. 340 CPP), el agente encubierto (Art. 341) y la interceptación de comunicaciones (Art. 230 CPP), colaboración eficaz (Art. 472 CPP y ss), no deben afectar otros derechos fundamentales de la persona que están en conexión, como el derecho a la intimidad, a la integridad personal, a la reserva de las comunicaciones de naturaleza personal, a la inviolabilidad del domicilio, así como cualquier otro relacionado con el derecho a la dignidad humana.
238. “Los derechos fundamentales son derechos constitucionales, creados por la Constitución, en virtud del poder constituyente que

legítima a una comunidad para dotarse de una norma superior, fuente de todo su ordenamiento”.^[158] Dicho de otro modo, dota de normatividad y juridicidad el derecho prestacional subjetivo con que cuenta todo justiciable.

239. “Desde la teoría general de los derechos fundamentales se entiende por derecho subjetivo una facultad otorgada por la Constitución al individuo titular, que le pertenece y define su estatus jurídico frente al poder y puede hacerse valer ante las instituciones públicas creadas por la propia Constitución, que son en sí mismas definitorias del sistema político que dicha Constitución prevé”.^[159]
240. Ahora bien, los derechos fundamentales constituyen reglas de interpretación, preceptos de uso estricto y de las cuales derivan determinadas garantías que aseguran la efectividad de los derechos de los ciudadanos, determinando a su vez pautas para la toma de decisiones jurisdiccionales, en este sentido se convierten en los elementos *sine qua non* del Estado de Derecho^[160], al componer el núcleo básico de valores que nuestro ordenamiento positivo prevé.
241. Las reglas sirven de enlace entre la norma procesal y los principios y/o derechos que tienen un carácter general y abstracto, por lo que para determinar las pautas por las cuales se puede restringir derechos, se requiere que la decisión que dispone restricciones a derechos tenga una argumentación y justificación descriptiva y prescriptiva.
242. Así, los operadores jurídicos están sujetos a esta exigencia constitucional que se convierte en criterios, guías y límites de cualquier

^[158] OVEJERO PUENTE, Ana María. Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 66.

^[159] OVEJERO PUENTE, Ana María. Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia, ob. cit., pág. 116.

^[160] El principio democrático de derecho impone límites al Estado y lo obliga a respetar la Constitución sobre cualquier norma legal, tal como prevé el artículo 51º de nuestra Carta Magna, convirtiendo a los derechos fundamentales en un mecanismo jurídico de control positivo y como tal, en principios básicos del sistema jurídico-político.

interpretación jurídica. Su carácter de norma básica material hace que toda interpretación que trasgrede su significado sea nula, de esta forma los poderes públicos y los particulares, tienen el deber de incluir el contenido esencial de esos derechos en sus decisiones, toda vez que estos operan como criterios metodológicos y axiológicos; por ello se dice que toda interpretación jurídica debe comenzar con el examen de la interpretación de los derechos fundamentales en conflicto.

243. Este es el planteamiento que recoge el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que en su segundo párrafo señala que “los jueces interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.
244. “Lo esencial de todas estas construcciones dogmáticas es que se dirigen básicamente a lograr el establecimiento de resguardos o garantías, pro activas utilizando diversos instrumentos técnicos a favor de las personas”^[161]. Desde esta perspectiva, los principios constitucionales no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, menos aun por los órganos jurisdiccionales, al constituir estas normas de obligatorio cumplimiento que deben ser consideradas durante el devenir de todo el proceso.^[162]
245. Ahora bien, cuando se trata de técnicas especiales de investigación, estas no pueden sobrepasar la finalidad para la que fueron dispuestas, pero a su vez en el desarrollo de ellas no pueden afectar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, a la inte-

^[161] CAROCCA PÉREZ. Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Editorial José María Bosch. Barcelona, 1998, pág. 60.

^[162] “Todas las normas del ordenamiento jurídico nacional, en particular, aquellas que tienen relación con los derechos y libertades fundamentales, deben ser interpretadas con los tratados en materia de derechos humanos en los que el Estado Peruano sea parte”. Exp. N° 1091-2002-HC/TC. Lima, 12 de agosto de 2002.

gridad personal, a la reserva de las comunicaciones de naturaleza personal, a la inviolabilidad del domicilio, así como cualquier otro relacionado con el derecho a la dignidad humana.

246. El artículo 7.3 de la Ley N° 30077 indica que:

“La resolución judicial que autoriza la ejecución de las técnicas especiales de investigación previstas en este capítulo, así como el requerimiento mediante el que se solicita su ejecución, según sea el caso, deben estar debida y suficientemente motivados, bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de los demás requisitos exigidos por la ley. Asimismo, deben señalar la forma de ejecución de la diligencia, así como su alcance y duración”.

247. La motivación de las resoluciones judiciales es un derecho fundamental y una garantía procesal de toda persona por la cual los jueces y tribunales de justicia los actos de decisión requieren para ser legítimas argumentación sobre la cual se construya una solución al problema planteado.

248. La motivación jurídica se extiende a las bases fácticas, jurídicas y probatorias en que se apoya la decisión que se ha tomado. “Existen dos tipos de justificaciones, por un lado una justificación interna y, por el otro, una justificación externa. En la primera, la argumentación lógica se encuentra, fundamentalmente, implícita, pues la labor justificativa de una decisión se basa en un silogismo jurídico. En la segunda, se parte de que tanto la premisa normativa como la fáctica presentan dudas, por lo tanto, es preciso presentar argumentaciones adicionales a favor de las premisas, o sea, argumentaciones materiales y dialécticas”.^[163] Mientras que la argumentación es la forma de expresar, manifestar y de defender el discurso justificativo.

249. Desde una perspectiva general, toda resolución parte de un relato de hechos del cual se desprende una afirmación de verosimilitud, esta debe ser coherente, lógica y razonable, a fin de permitir ser

^[163] VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar. “La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional Español. Los casos fáciles, difíciles (...) trágicos”. Revista Telemática de Filosofía del Derecho N.º 9, Madrid, año 2005/2006, pág. 208.

contrastada individualmente y con el conjunto de elementos materiales que lo integran.^[164]

250. En expresión de la Corte Suprema:

“La motivación de las resoluciones debe ser ordenada, fluida y lógica, acorde a las reglas del razonamiento o buen pensar lo que también es presupuesto de garantía de un debido proceso”.^[165]

251. Los mismos presupuestos son exigidos desde la perspectiva jurídica, al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que “el derecho de motivación implica que en los considerandos de la resolución debe quedar perfectamente claro el razonamiento lógico jurídico por el cual se llega a una determinada conclusión. En ella deben constar los fundamentos de hecho y de derecho que de manera suficiente y razonada lleven al fallo”.^[166]

252. Lo anotado supone que las decisiones jurisdiccionales deben permitir que las partes conozcan de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar una determinada decisión; de modo que las partes sepan las razones en que se fundamentó la resolución; y así, dada esa comprensión, puedan también ser revisados esos fundamentos a través de los medios impugnativos establecidos en el ordenamiento jurídico.

253. El órgano jurisdiccional se encuentra obligado a expresar las razones por las que autoriza la ejecución de las técnicas especiales de investigación previstas en el Capítulo III de la Ley N° 30077, para ello es necesario justificar por qué es necesario, idóneo e indispensable el uso de la técnica especial de investigación, esto debe estar

^[164] La resolución “(...) debe encontrarse justificada no solo en su aspecto jurídico-normativo, sino también en los hechos debidamente probados en los que fundamente la decisión. Así, no basta una mera enunciación de la norma aplicable sino, de manera importante la acreditación de los hechos y la forma en que estos fueron introducidos en el proceso para crear convicción en determinado sentido al juzgador”. Exp. N° 4226-2004-AA/TC. Lima, 10 de noviembre de 2005.

^[165] Casación Civil N° 1438-99-Lima, El Peruano 30 de octubre de 2000.

^[166] Exp. N° 6712-2005-PHC/TC. Lima, 20 de enero de 2006.

sustentado en indicios o elementos de prueba presentados, por lo que no cabe un simple requerimiento del Fiscal que aluda a expresiones tautológicas, citas de la norma procesal, fórmulas mecánicas o términos genéricos que en general comporten una motivación aparente o una falta de motivación.

254. Se necesita por imperio constitucional la expresión clara, objetiva e individualizada de los elementos de hecho y de convicción concurrente, los mismos que deben ser subsumidos correctamente en cada uno de los presupuestos procesales, con cita de las normas legales aplicables al caso concreto.
255. “Se trata de evitar que la garantía de la motivación pueda ser sustancialmente eludida –lo que no es raro que suceda en la práctica– mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la perezosa repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación”.^[167]
256. En esta línea de ideas, dos son las características que debe tener la resolución que autoriza la ejecución de las técnicas especiales de investigación. En primer lugar, tiene que ser «suficiente», esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla. En segundo término, debe ser «razonada», en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de las técnicas especiales de investigación.
257. Así por ejemplo “la autorización de una investigación encubierta ha de contener un *prius* lógico donde el Juez y el fiscal exterioricen las razones últimas de la restricción del derecho. Ciertamente, teniendo en cuenta como en numerosas ocasiones resulta difícil decidir sobre la razonabilidad de la limitación desde la perspectiva de prohibición de exceso, ha de reconocerse a los órganos penales

^[167] V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Editorial Giuffrè, Milán, 1976, pág. 149.

un amplio margen de apreciación, pero en todo caso el deber constitucional de la motivación exige concretar en la resolución autorizante los criterios decisivos básicos para integrar los hechos a la norma jurídica permisiva de la restricción. En este sentido, la autorización de la infiltración puede considerarse motivada, en cuanto contenga exposición de los indicios delictivos *ext* y *post delicto* de la conexión del ilícito con las personas investigadas, del plazo señalado de duración, del carácter imprescindible de la investigación encubierta y del equilibrio entre los intereses públicos y privados en conflicto”.^[168]

258. Cabe precisar que el plazo para resolver un pedido de técnicas especiales de investigación es de 24 horas, conforme lo establece el artículo 7.4 de la norma acotada que precisa:

“El Juez, una vez recibida la solicitud, debe resolver, sin trámite alguno, en el término de veinticuatro horas”.

259. La expresión, sin trámite alguno, indica que no se requiere de ninguna audiencia, no se corre traslado del pedido del Fiscal para que se debata la procedencia de la técnica especial de investigación requerida.

260. El artículo 11 de la Ley N° 30077 se refiere a la audiencia judicial de reexamen y señala que:

“Ejecutadas las técnicas especiales de investigación previstas en los artículos 9 y 10, el afectado puede instar la realización de la audiencia judicial de reexamen prevista en el artículo 228 y en los incisos 3 y 4 del artículo 231 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957”.

261. Una vez culminado el acto de interceptación postal y/o de interceptación de las comunicaciones, el investigado puede solicitar el reexamen del procedimiento de ejecución de la técnica especial de investigación. Para ello se remite al artículo 228 del CPP que indica:

1. Cumplida la diligencia y realizadas las investigaciones inmediatas en relación al resultado de aquella, se pondrá en cono-

[168] GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO. Ibidem, pág. 213.

- cimiento del afectado todo lo actuado, quien puede instar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado.
2. La audiencia se realizará con asistencia del afectado, de su defensor y de las demás partes. El Juez decidirá si la diligencia se realizó correctamente y si la interceptación e incautación han comprendido comunicaciones relacionadas con la investigación.
262. Asimismo el artículo 11 de la Ley N° 30077 nos remite al artículo 231 numerales:
3. Una vez ejecutada la medida de intervención y realizadas las investigaciones inmediatas en relación al resultado de aquella, se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado, quien puede instar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado. La notificación al afectado solo será posible si el objeto de la investigación lo permitiere y en tanto no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas. El secreto de las mismas requerirá resolución judicial motivada y estará sujeta a un plazo que el Juez fijará.
 4. La audiencia judicial de reexamen de la intervención se realizará en el más breve plazo. Estará dirigida a verificar sus resultados y que el afectado haga valer sus derechos y, en su caso, impugnar las decisiones dictadas en ese acto.
263. La audiencia judicial de reexamen es un mecanismo de control de la ejecución de las técnicas especiales de investigación dispuestas judicialmente. A este respecto lo que puede ser materia de reexamen, es si se cumplió con **la forma de ejecución de la diligencia, así como su alcance y duración.**
264. Se cumple con la forma de ejecución de la diligencia en el caso de la interceptación postal e incautación postal cuando se cumple el procedimiento establecido en el artículo 227 del CPP cuando señala:
1. Recabada la autorización, el Fiscal –por sí o encargando su ejecución a un funcionario de la Fiscalía o un efectivo Policial– realizará inmediatamente la diligencia de interceptación e incautación. Acto seguido examinará externamente la

correspondencia o los envíos retenidos, sin abrirlos o tomar conocimiento de su contenido, y retendrá aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. De lo actuado se levantará un acta.

2. La apertura se efectuará en el despacho Fiscal. El Fiscal leerá la correspondencia o revisará el contenido del envío postal retenido. Si tienen relación con la investigación dispondrá su incautación, dando cuenta al Juez de la Investigación Preparatoria. Por el contrario, si no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos a su destinatario –directamente o por intermedio de la empresa de comunicaciones–. La entrega podrá entenderse también con algún miembro de la familia del destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. Cuando solamente una parte tenga relación con el caso, a criterio del Fiscal, se dejará copia certificada de aquella parte y se ordenará la entrega a su destinatario o viceversa.
 3. En todos los casos previstos en este artículo se redactará el acta correspondiente.
265. El artículo 227 del CPP regula tanto la interceptación postal como la incautación postal, lo cual resulta concordante con el artículo 9 de la Ley N° 30077. La interceptación postal o de correspondencia “es la interrupción del itinerario de una correspondencia por orden judicial, desde que es enviada por el remitente hasta el momento en que es recibida por el destinatario, a fin de obtener elementos de prueba útiles para la averiguación de la verdad o para asegurar la incomunicación del imputado”.^[169]
266. La primera fase comprende la retención de la correspondencia que tuviere relación con el hecho objeto de la investigación, para ello el

^[169] CAFFERATA NORES, José Ignacio, MONTERO, Jorge, VÉLEZ, Víctor M, FERRER, Carlos F., NOVILLO CORVALÁN, Marcelo, BALCARCE, Fabián, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, FRASCAROLI, María Susana, AROCENA Gustavo A. Manual de Derecho Procesal Penal. Cátedras “A”, “B” y “C”. Segunda edición revisada y corregida. Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial, Córdoba, 2004, pág. 345.

Fiscal o la Policía debe examinar externamente la documentación sin abrirla, para esto puede valerse de escáner de rayos x, luz infrarroja o cualquier otro medio para evaluar el contenido del objeto sin abrirlo.

267. Una vez identificados aquellos objetos de interés para la investigación se procede a su retención para lo cual se consignará en un acta toda la información que permita identificar al objeto, como peso, tamaño, forma del empaque, así como cualquier otra característica que hace único o diferenciable el objeto.
268. La segunda fase comprende la apertura de la correspondencia que se efectuará en el despacho Fiscal. El Fiscal leerá la correspondencia o revisará el contenido del envío postal retenido. Esto implica una evaluación del contenido de la información a cargo del Fiscal encargado del caso, esta evaluación tiene como marco el objeto de la investigación, es decir, aquello que el Fiscal dijo al juez que estaba buscando.
269. Esto supone que si la información encontrada, no guarda relación con el marco de la investigación, es decir, no se refiere a un delito de crimen organizado, supuesto distinto es, si tiene relación parcialmente con el delito que se investiga, se podrá utilizar en el extremo de lo que corresponda al delito investigado.
270. Desde esta perspectiva, los cuestionamientos que se pueden hacer a la interceptación postal, son que la información no tiene relación con el objeto de investigación, ya sea porque verse sobre información personal, familiar, no se refiera a un delito de crimen organizado, etc.
271. Debemos diferenciar aquellas irregularidades que se presenten en la retención de la correspondencia, de aquellas presentes en la apertura de la correspondencia, frente a la posibilidad de que la defensa pueda solicitar se declare nulo el acta donde consta el acto de retención y/o el de apertura de la correspondencia.
272. "Cuando se habla de irregularidad se quiere denominar a aquella situación en la que hay una discordancia entre el acto realizado y el modelo normativo (...).

- a. Cabe diferenciar la irregularidad, la invalidez y la ineficacia. La irregularidad es la simple separación de un acto procesal determinado de su modelo legal. La invalidez, por su parte, es el resultado de un juicio de valor que se hace respecto de actos irregulares, en virtud del cual se estima que el mismo no debe ser protegido por el derecho debido a las afectaciones que producen sus defectos. La ineficacia es la simple privación de sus efectos normales a un determinado acto procesal, sea como consecuencia de su invalidez o de otro tipo de circunstancias.
- b. La irregularidad se determina mediante el contraste entre el acto concreto y el modelo que para él entrega el ordenamiento jurídico, modelo que debe ser reconstruido considerando la integración del acto en el proceso y los derechos fundamentales de rango constitucional.
- c. Aunque son cuestiones diversas, toda invalidez presupone la irregularidad de actos, pues el acto regular necesariamente es válido, estatus que se explica a partir de la incorporación al modelo ideal de acto de los estándares que, a criterio del legislador, son suficientes para garantizar el respeto a los valores más relevantes del sistema.
- d. El parámetro que determina la invalidez de los actos constituye una opción política que puede cambiar de un ordenamiento a otro, en atención a los que se estiman los valores más dignos de protección para cada sociedad. La tendencia es a que ese estándar se relacione con los derechos fundamentales de carácter procesal.
- e. El hecho de que un acto sea inválido no implica que deba devenir en ineficaz, toda vez que hay actos inválidos que terminan por ser eficaces, producto de su subsanación o convalidación, técnicas superadoras de los defectos procesales que son preferentes a la nulidad o a la inadmisión.
- f. La nulidad es una de las formas de implementar la ineficacia, como también lo es la inadmisión. Ellas se diferencian pues operan respecto a distintos tipos de actos. Mientras la nulidad

es solo predicable de actuaciones judiciales, la inadmisión lo es respecto de actos de parte.

- g. A diferencia de la inadmisión, la nulidad tiene fuerza difusiva, que se traduce en la afectación de los actos válidos que, en la concatenación propia de los actos procesales, dependen de él. Esta fuerza difusiva se morigera a partir del principio de conservación, que es una forma de atenuar los alcances de ese efecto difusivo”.^[170]

273. Ahora bien, si la irregularidad no acarrea la nulidad y menos la invalidez, debe tenerse en cuenta estos conceptos para analizar los actos de interceptación postal o incautación postal.

^[170] GORIGOITÍA ABBOTT Felipe. “Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal”. En: Revista de derecho (Coquimbo). Versión On-line ISSN 0718-9753.http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532013000100006&script=sci_arttext

XII INTERCEPTACIÓN POSTAL

274. El artículo 2º de la Constitución Política del Perú consagra el derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones postales y documentos privados, puntualizando que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley.
275. Las comunicaciones postales gozan de amparo constitucional y legal, cuya protección supone que no se podrá interferir o intervenir la correspondencia de cualquier persona, salvo resolución judicial y con las garantías previstas. Es decir no solo se garantiza el secreto de la comunicación, sino también cualquier dato relativo al envío, debiendo las operadoras garantizar el secreto.
276. La correspondencia se refiere a toda documentación que remite una persona a otra, esta puede ser un paquete, una caja o cualquier otro objeto que es enviado mediante los servicios privados o públicos de correo o mensajería.
277. El concepto de correspondencia se ha entendido de forma sumamente amplia, de manera que, con frecuencia, se ha equiparado el tratamiento de los paquetes postales con el de las cartas, al considerar que los primeros también podían contener mensajes de carácter privado. Solo en los últimos años se hace una distinción entre las cartas y cierto tipo de paquetes.
278. La interceptación postal recae sobre la correspondencia que realiza el investigado a un tercero o aquella que le remite un tercero al investigado o aquella que remite un investigado a otro investigado. La correspondencia puede ser una carta, un paquete o cualquier

otro objeto u cosa que se envía a través cualquier empresa encargada del traslado de encomiendas o documentos. “El objeto genérico de esta diligencia lo integra el soporte a través del cual se efectúa la comunicación postal (...) y en concreto, las cartas, paquetes postales y telegramas que tengan relación con la causa”.^[171]

279. El artículo 9 de la Ley contra el Crimen Organizado señala que:

- i) Solo se intercepta, retiene e incauta la correspondencia vinculada al delito objeto de investigación vinculado a la organización criminal, procurando, en la medida de lo posible, no afectar la correspondencia de terceros no involucrados.
- ii) Toda correspondencia retenida o abierta que no tenga relación con los hechos investigados es devuelta a su destinatario, siempre y cuando no revelen la presunta comisión de otros hechos punibles, en cuyo caso el fiscal dispone su incautación y procede conforme al inciso 11 del artículo 2 de la Ley N° 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional.

280. Desde esta perspectiva, la interceptación postal es una medida restrictiva de derechos en donde la norma procesal establece la oportunidad de que se pueda interceptar, incautar, y abrir documentación que se dirija al imputado de manera directa o indirecta, siempre que sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos que se investigan, pudiendo ser objeto de interceptación toda forma de comunicación contenida en soporte material, los pliegos, valores, telegramas u otros objetos de correspondencia, dirigidos al imputado o remitidos por él, asimismo pueden ser objeto de interceptación los correos electrónicos.

281. Por ser la restricción de un derecho fundamental garantizado constitucionalmente, la interceptación postal debe ser ordenado previo requerimiento formal del fiscal por el Juez de Investigación preparatoria y bajo los parámetros de necesidad y de proporcionalidad.

^[171] GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. Editorial Civitas-Thomson Reuters. Primera edición, Navarra, 2012, pág. 471.

XIII

INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES

282. La intervención de las comunicaciones implica una actividad de control de las comunicaciones en cualquiera de sus tipos o clases (teléfonicas o electrónicas) como medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen por orden del juez de la causa en la fase de investigación del proceso penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales este se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación del concretos delitos y para la aportación en su caso de determinados elementos probatorios.
283. En el marco del derecho internacional, el derecho al secreto de las comunicaciones es reconocido en el art. 12º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 17º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. También de forma más reciente ha sido reconocido por el art. 7º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que dispone el respeto de la vida privada y familiar de su domicilio y de sus comunicaciones, que toda persona tiene derecho.
284. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones protege el contenido de la información como la identidad de los interlocutores. Por ello, la necesidad de autorización judicial se extiende no solo a aquellas técnicas aptas para interceptar los mensajes transmitidos, sino también a aquellas cuyo objeto es averiguar, a través de la determinación de los aparatos con los que se establece una comunicación y la identidad de las personas que reciben llamadas o llaman al teléfono intervenido.

285. Las intervenciones telefónicas tienen una doble naturaleza en el proceso penal: pueden servir de fuente de prueba para la investigación de delitos, orientando los pasos que debe seguir la autoridad policial y/o la Fiscalía; se utiliza también como medio de prueba.
286. La intervención de las comunicaciones puede consistir bien en la escucha o grabación de las conversaciones, o bien en el simple control de las llamadas realizadas. La intervención solo se efectuará para efectos de hallar resultados de una determinada investigación de un hecho delictivo, con total desconocimiento de la intervención desde el que se comunica o al que se llama, por parte de los dos comunicantes o al menos de uno de ellos.
287. Asimismo, debido a que existe una intromisión en la esfera del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, se establece un plazo máximo durante el cual se puede mantener la intervención y siempre que existan indicios de responsabilidad criminal. La prolongación de la intervención telefónica que se convirtiera en excesiva a través de prórrogas sucesivas, se convertiría en desproporcionada e ilegal.
288. La interceptación de las comunicaciones deberá facilitarse para cualquier comunicación que tenga como origen o destino el punto de terminación de red o el terminal específico que se determine a partir de la orden de interceptación legal, incluso aunque esté destinada a dispositivo de almacenamiento o procesamiento de la información; asimismo, la interceptación podrá realizarse sobre un terminal conocido y con unos datos de ubicación temporal para comunicaciones desde locales públicos. Cuando no exista una vinculación fija entre el sujeto de la interceptación y el terminal utilizado, este podrá ser determinado dinámicamente cuando el sujeto de la interceptación lo active para la comunicación mediante un código de identificación personal.
289. Los principios de exclusividad probatoria de las interceptaciones de las comunicaciones permiten que se establezca la existencia del delito y el descubrimiento de sus autores. Asimismo, su uso es excepcional, pues la medida solo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia

y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.

290. Su autorización es de carácter temporal como medida a utilizarse, por lo que la ley procesal autoriza el periodo por el cual es utilizado, posibilitando la concesión de prórrogas por periodos iguales. Esta concesión de prórrogas no significa que el Juez pueda mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, sino solo por el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal.
291. El Fiscal deberá vigilar que la medida de intervención de las comunicaciones no sobrepase el plazo de tiempo fijado en el auto en el que inicialmente se autorizó o en el que se decretó su prórroga, lo cual exige por su parte un control efectivo de las intervenciones acordadas por el Juez de investigación, cerciorándose del cese de la medida una vez vencido el plazo, pudiendo instar, en su caso, una prórroga de la misma.
292. Además, la intervención de las comunicaciones no cabe decretarse para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos sino para acopiar pruebas de un determinado hecho delictivo o de la intervención de determinados sujetos involucrados de forma directa o indirectamente en la comisión de un ilícito penal de crimen organizado.
293. En efecto, respecto a la naturaleza jurídica de las medidas de intervención de las comunicaciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia fijaron una clara distinción entre las dos funciones que las referidas medidas cumplen, en el sentido de que por un lado desempeñan una importante función investigadora de recabo de elementos de convicción, y por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba. Las intervenciones de las comunicaciones mediante las cuales se investiga la existencia de un delito y las personas responsables de este, pueden ser utilizadas como líneas o método de investigación criminal y también su resultado puede ser valorado como prueba por el juzgador.

294. La diligencia de intervención de comunicaciones telefónicas, puede definirse como una diligencia de investigación acordada por la autoridad judicial en fase de investigación, ejecutada bajo el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente y acordada con el objeto de captar el contenido de las comunicaciones del sospechoso o de otros aspectos del 'iter' comunicador, con el fin inmediato de investigar un delito, sus circunstancias y autores y con el fin último de aportar al juicio oral materiales probatorios "bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales este se comunique".^[172]
295. Las intervenciones de las comunicaciones por las particularidades en que se realizan –la grabación y la transcripción de las mismas– son diligencias propias de la fase de instrucción y por tanto, previas al juicio oral, ello no permite calificarla de prueba preconstituida.
296. Respecto a la necesidad de autorización judicial para la interceptación de las comunicaciones se extiende a todo tipo de comunicaciones, incluida la telefonía móvil o portátil en cualquiera de sus manifestaciones, independientemente del artificio técnico utilizado para tener acceso a la comunicación.
297. La autorización para la intervención de las comunicaciones debe necesariamente cumplir con una serie de requisitos que garantizan que la invasión o injerencia en el ámbito de la intimidad personal que protege la Constitución sea llevada a cabo de manera constitucionalmente permisible. Las posibilidades de este medio de investigación, como consecuencia de los avances en técnicas de interceptación y captación de conversaciones se han acrecentado, por lo que con mayor razón han de establecerse límites: debe alcanzarse el justo equilibrio entre ese proyecto esclarecedor de actividades delictuales, tan necesario para el mantenimiento del orden social y la seguridad ciudadana y la salvaguarda de un cerco de derechos sobre los que se asienta y desarrolla la vida humana.
298. Las intervenciones telefónicas son de necesidad estricta, en primer lugar, porque se exige autorización judicial, y no es suficiente la in-

^[172] STS N° 246/1995, de 20 de febrero de 1995.

tervención de una autoridad gubernativa; y en segundo lugar, porque en aquellos en que se exige la autorización judicial se impone al Juez la exigencia de motivación.

299. Para una mejor eficacia de los procedimientos de interceptación de las comunicaciones, previamente se debe tomar en cuenta la proporcionalidad de la finalidad legítima perseguida; que la misma sea utilizada como medio probatorio, siempre que el juez no tenga cómo acudir a otros medios alternativos o existentes; tomando dicha medida por necesidad, a efectos de probar el grado de responsabilidad del inculcado en la comisión de los delitos graves o cometidos por una criminalidad organizada.
300. Es el Juez quien autoriza la interceptación de las comunicaciones en tanto sean de suma necesidad; pues la mera formalidad de emitir una resolución debidamente motivada no es suficiente; sino que debe controlar judicialmente y disponer que el Fiscal controle toda la diligencias que se realicen para que estas pruebas no puedan ser distorsionadas y sobre todo cuidar de que no se vulneren derechos constitucionales de las personas, porque de lo contrario, esta prueba se convertiría en ilegal y no tendría eficacia probatoria.
301. Es imprescindible dejar sentado que no toda irregularidad producida en la ejecución de las intervenciones de las comunicaciones se puede encuadrar en el ámbito de la ilicitud probatoria, sino solo aquellas que atenten a los presupuestos que constituyen el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, cuales son la habilitación legal y la necesaria autorización judicial motivada, que contiene a su vez el control judicial de la ejecución de la medida y el principio de proporcionalidad. Estos requisitos se van a agrupar en dos, toda vez que el juicio de proporcionalidad tiene importantes conexiones con la necesidad de una resolución judicial de contenido determinado.
302. El ámbito de protección de este medio de comunicación no tiene limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse. No solo la primitiva telefonía por hilos sitio también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas, se encuentran bajo la

tutela judicial. La utilización de artificios técnicos de escucha que permitan acceder al contenido de las conversaciones mantenidas a través de las actuales técnicas de telefonía, debe contar con la preceptiva autorización judicial. Cualquier medio de escucha de conversaciones mantenidas a través del soporte telefónico (scanner u otro artificio técnico adecuado) debe ir precedido de la correspondiente autorización judicial. Se cubre con ello, el contenido mínimo esencial del mecanismo de protección constitucional^[173].

^[173] Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 137/1999, de 8 de febrero de 1999.

XIV
CIRCULACIÓN Y ENTREGA
VIGILADA DE BIENES DELICTIVOS

304. El artículo 5 del Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto, aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006 señala que:

“La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos es una técnica especial de investigación que consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos, circulen por el territorio nacional o salgan o entren en él, sin interferencia de la autoridad y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a los involucrados de la comisión de algún delito vinculado con la criminalidad organizada”.

305. El artículo 304.2 del Código Procesal Penal señala que:

“Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos circulen por territorio nacional o salgan o entren en él sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”.

306. La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos es la actividad propiciada por el Estado que permite que las remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas, circulen de manera controlada por el territorio nacional o salgan o entren en él, sin interferencia de la autoridad o sus agentes, pero bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito, así como

también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.^[174]

307. El artículo 6 de la norma acotada establece que:

“La finalidad de la técnica especial de investigación de circulación y entrega vigilada de bienes delictivos es:

- 1) Descubrir e identificar a las personas involucradas en la comisión de alguno de los delitos en los que se permite el uso de esta práctica, en el territorio nacional.
- 2) Prestar auxilio a las autoridades extranjeras con los mismos fines”.

308. La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos como técnica de investigación busca identificar las personas que participan en las diferentes actividades, fases y circunstancias que se presentan durante la obtención, circulación, transporte y entrega de bienes ilícitos a los que se dedica la organización criminal, directa o indirectamente.

XIV. I. Clases de bienes delictivos

309. El artículo 7 del Reglamento de circulación y entrega vigilada bienes delictivos y agente encubierto precisa que por bienes delictivos se debe entender:

- a. Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- b. Materias primas o insumos químicos fiscalizados destinados a la elaboración de drogas.
- c. Bienes o ganancias objeto del delito de lavado de activos, traducido en dinero, valores, documentos, títulos.
- d. Bienes relativos a delitos aduaneros.
- e. Bienes pertenecientes al patrimonio cultural, extraídos ilícitamente.

^[174] GRANADOS PÉREZ, Carlos. *Ibidem*, pág. 77.

- f. Especies de flora o fauna silvestres, acuáticas y otras de comercialización prohibida.
- g. Billetes o monedas falsas, instrumentos e insumos que se empleen con tal fin.
- h. Armas, municiones, explosivos, sustancias o materiales destinados para su preparación.

310. En similar sentido, el artículo 340.4 del CPP se refiere a:

“Los bienes delictivos objeto de esta técnica especial son: a) las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas; b) las materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquéllas; c) los bienes y ganancias a que se hace referencia en la Ley N° 27765; d) los bienes relativos a los delitos aduaneros; e) los bienes, materiales, objetos y especies a los que se refieren los artículos 228°, 230°, 308°, 309°, 252° a 255°, 257°, 279° y 279°-A del Código Penal”.

XIV. II. Modalidades de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos

311. La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos están sujetas a las modalidades previstas por el artículo 8 de la norma acotada y son:

- 1) Por el tratamiento del objeto material. Esta modalidad se guía por los bienes materia de control, que se dividen en:
 - a) Sin sustitución del bien delictivo. En este caso los bienes materia de seguimiento y control por parte de la policía y la fiscalía no sufren alteraciones en su contenido.
 - b) Con sustitución del bien delictivo. Los bienes debido a su peligrosidad o la imposibilidad de asegurar su futura incautación son intervenidas total o parcialmente.
 - i. Sustitución total con otro bien inocuo. El bien ilícito es cambiado o sustituido por otro bien que tiene la apariencia del remitido por la organización criminal.
 - ii. Sustitución parcial con otro bien inocuo. El bien ilícito es modificado parcialmente, en sus componentes más peligrosos.

- 2) Por el ámbito de circulación.- Se refiere al territorio por el que transitan los bienes ilícitos.
 - a) Interna: los bienes ilícitos están circunscritos al territorio nacional.
 - b) Externa: los bienes ilícitos cruzan la frontera territorial.
 - 3) Capacidad de transportar.- El procedimiento de circulación y entrega vigilada de bienes delictivos tiene en cuenta la logística necesaria para transportar los bienes ilícitos.
 - 4) Por el país de origen.- Se refiere a quien genera la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos.
 - a) Activa: se solicita cooperación a países extranjeros.
 - b) Pasiva: se acepta cooperar con países extranjeros.
312. El artículo 340.1 del Código Procesal Penal establece que el Fiscal debe emitir una Disposición que autorice la circulación o entrega vigilada de cualquier bien cuando la investigación esté relacionada a la presunta comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal; mientras que el artículo 11 del Reglamento acotado precisa que:
- “La disposición fiscal que autorice la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, tendrá como mínimo los siguientes requisitos:
- a) Individualización: cada remesa deberá ser objeto de una autorización. Se excluye la autorización genérica.
 - b) Motivación: se hará un análisis de la necesidad del procedimiento y de la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley. Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determinará explícitamente, en cuanto sea posible, la cantidad de la sustancia de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.^[175]

^[175] GRANADOS PÉREZ, Carlos. Ob. cit., pág. 77.

- c) Clara determinación del objeto: la disposición debe determinar explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de la circulación y entrega controlada, así como el tipo y cantidad de bienes que se trate, precisándose si estos son sustituidos.
 - d) Vía de transporte y ruta: si la circulación será por vía terrestre, aérea, fluvial o marítima, así como la posible ruta que seguirá la remesa ilícita, estableciendo los lugares de tránsito y destino.
 - e) Mecanismos y métodos de custodia y control: para asegurar que las sustancias ilícitas, bienes delictivos y/o efectos del delito lleguen a su destino final.
 - f) Designación del responsable del procedimiento: recaerá en un miembro de la Policía Nacional, quien no solo tendrá la misión de respaldar la integridad de la remesa de manera encubierta, sino deberá detectar e identificar a quienes participen del ilícito penal y, de ser el caso, las conexiones delictivas entre los lugares de origen, tránsito y destino.
 - g) Secreto de la investigación: el fiscal podrá disponer la actuación de las diligencias en secreto”.
313. Ahora bien, el procedimiento establecido en el artículo 10 del reglamento exige que:
- “Recibida la comunicación de una remesa verificada, el Fiscal dispondrá se realicen las siguientes diligencias:
- i) Análisis, pesaje, descarte, descripción en detalle de las características del bien ilícito.
 - ii) Sustituir en todo o en parte la sustancia delictiva cuando haya riesgo de pérdida, salvo que se opte porque la remesa circule intacta.
 - iii) Examen pericial y demás que corresponda.
 - iv) Cuando el Fiscal tome conocimiento de una remesa sospechosa cuyo contenido no sea posible verificar en razón de las circunstancias, dispondrá motivadamente la custodia y el control del transporte. En tal hipótesis, se postergará la intervención.

Todas las diligencias previas serán llevadas a cabo bajo la dirección personal del Fiscal, quien decidirá en cada caso la estrategia a utilizarse,

emitiendo disposiciones verbales si fuera necesario, para lograr la seguridad del envío y la efectividad de la intervención, en coordinación con la autoridad policial competente.

Los fiscales levantarán actas de sus actuaciones, disponiendo que la Policía en las diligencias que intervenga, proceda de manera similar”.

314. Las personas naturales que colaboren, con autorización o por encargo de la autoridad competente, en la ejecución de esta diligencia se encuentran exentas de responsabilidad penal, siempre que su actuación se haya ceñido estrictamente al ámbito, finalidad, límites y características del acto de investigación dispuesto por el fiscal para el caso concreto. Del mismo modo, no puede imponerse consecuencia accesoria ni medida preventiva alguna a las personas jurídicas que obrasen dentro de estos márgenes permitidos.
315. La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico^[176].

^[176] GRANADOS PÉREZ, Carlos. *Ibidem*, pág. 79.

XV AGENTE ENCUBIERTO

XV. I. Concepto

316. El Tribunal Constitucional considera que:

“(...) el agente encubierto o secreto es aquella persona seleccionada y adiestrada que con identidad supuesta [simulando ser delincuente] se infiltra o penetra por disposición de autoridad competente a una organización criminal, con el propósito de proporcionar [desde adentro de ella] información que permita el enjuiciamiento de los miembros que la componen. Y es que, estando a que hay delitos que son susceptibles de ser descubiertos y probados solo si los órganos encargados de la investigación son admitidos en el círculo en el que ellos tienen lugar, resulta necesario su empleo para que de modo encubierto se introduzcan [como un integrante más] en el corazón mismo de dicha organización criminal, a fin de proporcionar [desde su interior] información sobre sus integrantes, funcionamiento y financiación”.^[177]

317. El artículo 22 del Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto, aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006 señala que:

“El agente encubierto es un procedimiento especial autorizado por el Fiscal con la reserva del caso, mediante el cual un agente policial, ocultando su identidad, se infiltra en una organización criminal con el propósito de determinar su estructura e identificar a sus dirigentes, integrantes, recursos, modus operandi y conexiones con asociaciones ilícitas”.

^[177] Exp. N.º 04750-2007-PHC/TC. Lima. Asunto Rodríguez, Lima, 9 de enero de 2008.

318. De la norma se desprende que el agente encubierto es un efectivo policial designado por su institución y autorizado por el Fiscal cuyo objetivo “(...) es conocer la mayor información posible del grupo durante el tiempo que dure la infiltración, tanto la identidad de los individuos que la componen, como el modo de organizarse, las jerarquías, relaciones de poder, quién ocupa la jefatura del grupo, qué tipos delictivos se llevan a cabo, su *modus operandi*, qué lugares frecuentan, en qué ámbito geográfico operan o las relaciones que puedan tener con otras organizaciones”.^[178]

XV. II. Tipos de agente encubierto

319. La doctrina cuando se refiere al agente encubierto plantea cuatro tipos:

- a) **Agente meramente encubierto.**- “Es aquel agente que investiga la comisión de un delito mediante la técnica consistente en ocultar su condición de policía, sin otras maniobras o instrumentos de infiltración. Normalmente su actuación se centra en la investigación de un hecho delictivo aislado, sin extenderse a la general actividad de un grupo criminal y sin prolongarse en el tiempo, frecuentemente aborda hechos delictivos cometidos por autores aislados, o pertenecientes a pequeñas organizaciones criminales”.^[179]
- b) **Agente encubierto infiltrado.**- “La sofisticación inherente a la actividad de las organizaciones criminales frecuentemente exige que el agente no solamente oculte su condición, sino que se integre en la estructura de aquellas y participe en sus actividades. El término más adecuado para definir es el de agente

^[178] “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”. DEL POZO PÉREZ, Marta. En: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/260>

^[179] DELGADO MARTÍN, Joaquín. La organización criminal. JM Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 47.

infiltrado, porque este se introduce subrepticamente en el grupo de delincuencia organizada”.^[180]

- c) **Agente encubierto infiltrado con identidad supuesta.**- “Para que el agente encubierto puede infiltrarse de forma adecuada en la organización criminal es necesario que se presente ante los mismos con una identidad supuesta o falsa. Nos encontramos, de esta forma, con una modalidad de agente encubierto infiltrado en la que este asume unos datos que lo identifican con otra persona distinta de la que realmente es”.^[181]
- d) **Agente provocador.**- “Esta figura surge cuando un policía que oculta su condición provoca la comisión de un delito, esto es, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en el supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiera producido. Así las cosas, podrá ser agente provocado cualquier policía que actúe como agente encubierto, esté infiltrado o no, con o sin identidad supuesta”.^[182]

XV. III. Características del agente encubierto

320. De la norma se obtienen las siguientes características:

- a. Agente Encubierto es un efectivo policial, por lo que no puede ser otro funcionario distinto, ejemplo un militar, tampoco puede ser un particular ya sea un informante o un colaborador.
- b. Realiza dentro de la organización delictiva labores secundarias.
- c. El agente policial actúa bajo una identidad creada para brindarle cobertura jurídica y social que hagan creíble la identidad que asume.

^[180] DELGADO MARTÍN, Joaquín. La organización criminal. Ob. cit., pág. 47.

^[181] DELGADO MARTÍN, Joaquín. La organización criminal. Ibidem, pág. 48.

^[182] DELGADO MARTÍN, Joaquín. La organización criminal. Loc. cit., pág. 48.

- d. La infiltración policial debe haber sido autorizado por el Fiscal competente.
- e. Se integra el efectivo policial a la organización criminal con engaño.^[183]
- f. La obtención de la mayor información posible sobre todo aquello relacionado con las actividades ilícitas de la organización criminal, la estructura de esta, la identificación de sus dirigentes, integrantes, recursos, *modus operandi* y conexiones con asociaciones ilícitas.

XV. IV. Condiciones para la utilización de agente encubierto

321. El artículo 23 del Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto, aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN señala que se podrá autorizar la técnica de agente encubierto cuando concurran las siguientes condiciones:

^[183] “Es evidente que una de las características esenciales de la figura del agente encubierto, que además suscita mayor polémica, es la utilización por parte de los poderes públicos, del engaño, la identidad ficticia y la “traición” de la confianza de los miembros del grupo. Engaño que se manifiesta a lo largo de toda la intervención del funcionario público infiltrado, (...) por si dicha “trampa” no fuese suficiente, es el propio Estado el que se encarga de dar la cobertura necesaria a dicho engaño, por parte del Ministerio del Interior se proporciona al agente una identidad supuesta, falsa e inexistente en la realidad; y por último, durante todo el tiempo que dura la infiltración el engaño se mantiene, e incluso por exigencias de la investigación, puede llegar a incrementarse; puede ser necesario, por ejemplo, ampliar los detalles de la “historia de vida” del infiltrado, si “sus” compañeros de organización realizan determinadas preguntas. Engaño que además, trata de incentivar una relación de confianza entre el agente y el resto de miembros de la organización, dicho grado de complicidad, buscado de manera intencionada por el funcionario, garantiza el éxito de la investigación, confianza, que en definitiva, se verá traicionada cuando el infiltrado utilice en un proceso penal lo que se le confiesa en el seno de esa relación; sin que en ningún momento los miembros de la banda, conozcan, ni siquiera sospechen, el citado uso”. “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”. DEL POZO PÉREZ, Marta. Loc. cit., En: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/260>

- 1) Que existan indicios razonables de la comisión de un delito vinculado a la criminalidad organizada. Esto implica la existencia de información o como dice DELGADO MARTÍN “elementos que indiciariamente demuestren la concurrencia de un delito que se ha cometido o que se está cometiendo”^[184], cuya expresión se materializa a través de declaraciones de agraviados, colaboradores eficaces, informantes, etc., documentos: video vigilancia, información obtenida de la circulación y entrega vigilada de bienes, etc.
- 2) Uso en situaciones de riesgo controlado. El uso del agente encubierto requiere conocer mínimamente el ámbito en el que la organización criminal desarrolla su actividad, a efectos de poder identificar los objetivos, las metas y las condiciones en que se desarrollará la infiltración. Esto último está relacionado con la identificación del perfil necesario que requiere el agente policial para ser aceptado por la comunidad criminal, esto implica el crear una identidad falsa con una historia personal de naturaleza criminal.
- 3) Participación voluntaria del agente encubierto. El efectivo policial que es propuesto como agente encubierto debe haberse ofrecido para la operación de infiltración de manera voluntaria, pues la actividad que realiza no solo es peligroso y estresante, sino que puede poner en peligro a su familia y a terceros vinculados a él.
- 4) Correspondencia de las circunstancias de actuación previstas con el delito investigado.
- 5) Posibilidades reales de infiltración del agente en la organización criminal. Esto tiene relación con las particularidades de la organización criminal y la posibilidad de encontrar un agente que cumpla con el perfil, pues mientras más sofisticada y exclusiva es la organización, mayor dificultad se tendrá para infiltrarse en ella.

^[184] DELGADO MARTÍN, Joaquín. La organización criminal. Ob. cit., pág. 56.

- 6) Preparación especial del agente. El efectivo policial debe ser preparado tanto en la identidad adquirida, como el conocimiento que debe tener sobre la organización a la cual pretende infiltrarse.

La identidad supuesta será otorgada por la autoridad competente y por un determinado plazo que pueden ser prorrogables por periodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo identidad supuesta^[185]. La resolución judicial deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que se actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

“Es ineludible afianzar sus conocimientos sobre sus actuaciones, personalidad, utilización de medios técnicos, contravigilancias, técnicas de entrevista e interpretación; estudio de la legislación planificación y ejecución operativa, integridad moral, autocontrol, intercambio de experiencias con otros compañeros que hayan podido estar infiltrados antes, etc. Además de la citada formación, que sin duda ha de superarse antes de ser infiltrado, debe completarse la misma con conocimientos jurídicos, técnicos y psicológicos; formación específica para velar por los aspectos de seguridad y prácticas de campo”.^[186]

- 7) Ausencia de antecedentes disciplinarios o criminales del agente.
322. El artículo 25 del Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto establece los requisitos para la disposición de autorización cuando señala: analizado el informe y el plan de trabajo, el Fiscal entrevistará al agente propuesto. Calificada la procedencia, autorizará la utilización de la técnica mediante disposición motivada con el siguiente contenido:

[185] GRANADOS PÉREZ, Carlos. Ibidem, pág. 88.

[186] “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”. DEL POZO PÉREZ, Marta. En: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/260>

- a) Las identidades real y supuesta del agente o agentes designados. Es necesario que el Fiscal conozca de la identidad real y creada del agente encubierto, evalúe si la nueva identidad cumple con el perfil necesario para infiltrarse en la organización criminal, ello sirve además para que el Fiscal adopte las medidas de protección a favor del agente encubierto.
- b) La facultad del agente para actuar bajo identidad supuesta en el tráfico jurídico y social, llevando a cabo actividades vinculadas al delito de que se trate, precisando los límites de su actuación. El Fiscal debe evaluar la preparación profesional, calidad moral, factores que DEL POZO PÉREZ señala en el perfil teórico del agente encubierto:
 - 1) “Autonomía personal para la toma de decisiones adelantándose a las situaciones, incluida la habilidad para enfrentarse a problemas y resolverlos.
 - 2) Eficiente, eficaz y competente.
 - 3) Capacidad para adaptarse al medio; para mimetizarse con él.
 - 4) Alta inteligencia, incluida la emocional.
 - 5) Equilibrado, calmado, que guarde el control.
 - 6) Capacidad de comunicación a todos los niveles: oral, gestual, lenguaje verbal y no verbal.
 - 7) Perfil de vendedor.
 - 8) Empatía, es decir, tener la capacidad de ponerse en el lugar del otro e interpretar las situaciones desde su punto de vista.
 - 9) Confianza en sí mismo con un alto grado de control interno.
 - 10) Dureza como equivalente a poco sentimental; no tiene que ser necesariamente alguien “frío”, pero sí que no se deje llevar por sus sentimientos.
 - 11) Flexibilidad, en el sentido de ser tolerante con los valores culturales y morales de otros.
 - 12) Tolerancia a la crítica y a la frustración; debe ser independiente, que no necesite la aprobación del medio.

- 13) Confidencialidad y discreción.
- 14) Capaz de asumir riesgos sin llegar a ser temerario.
- 15) Preferentemente soltero y sin hijos.
- 16) Resistente al dolor y con aguante físico considerable.
- 17) Debe ser una persona vulgar y corriente. Sin manías.
- 18) Edad: el rango ideal es entre 25 y 45 años, puesto que si es demasiado joven se corre el riesgo de que cometa errores por la necesidad de reafirmarse y demostrar su valía; por el contrario, si es demasiado mayor se temen en exceso las pérdidas y el cambio es mucho más difícil de asumir, así como el adaptarte a él.
- 19) Aspecto físico corriente.
- 20) Culto. Se necesita un nivel cultural medio-alto.

Por supuesto, todos estos rasgos son los que de manera deseable o preferible debería tener un agente encubierto con la finalidad de garantizar tanto el éxito de su investigación, como de su propia seguridad e integridad física; pero en ningún caso, variables como edad, rasgos físicos o sexo pueden invalidar a priori a una persona para ejercer como infiltrado, puesto que dicha situación podría resultar lesiva con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (...). Por lo tanto, y, en principio, este sería el modelo de parámetros a evaluar por los psicólogos encargados de participar en la selección del futuro agente infiltrado”.^[187]

- c) El período de duración del procedimiento. El Fiscal que solicita la intervención de un agente encubierto debe haber fijado el tiempo que permanecerá en la organización, a efectos de fijar metas, limitar temporalmente la exposición del agente encu-

[187] “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”. DEL POZO PÉREZ, Marta. En: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/260>

bierto a la comunidad criminal, pues una permanencia prolongada puede generar confusión en el agente entre la personalidad que asume y la propia.

- d) El propósito perseguido. La meta que busca la investigación es identificar la estructura criminal de la organización, los recursos con los que cuenta, sus posibles integrantes y dirigentes, el modus operandi y los vínculos con otras organizaciones.
 - e) La designación del oficial responsable del procedimiento.
 - f) La obligación del agente encubierto y del oficial responsable del procedimiento de informar periódicamente y en detalle los avances del procedimiento.
 - g) Otras disposiciones que el Fiscal considere necesarias para el mejor cumplimiento de los fines de la técnica.
323. Los agentes encubiertos, una vez emitida la disposición fiscal que autoriza su participación, quedan facultados para participar en el tráfico jurídico y social, adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo, permitir su incautación e intervenir en toda actividad útil y necesaria para la investigación del delito que motivó la diligencia.^[188]
324. La actividad del agente encubierto no genera responsabilidad penal por los actos de infiltración que realice, la irresponsabilidad penal está amparada en una causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, no cabe duda que la incorporación de esta figura al ordenamiento procesal penal y su estricta regulación aporta seguridad jurídica y es un instrumento que reporta una mayor eficacia en

[188] “Desde el punto de vista operacional, el procedimiento de agente encubierto lo realiza [por lo general] un policía seleccionado y adiestrado, que ocultando su identidad se infiltra en una organización criminal con el propósito de determinar su estructura e identificar a sus dirigentes, integrantes, recursos, modus operandi y conexiones con otras asociaciones ilícitas. Su actividad es desarrollada a corto o largo período y participa en algunos casos con los miembros de la organización en hechos específicos que sean necesarios para su permanencia en dicha organización”. Exp. N.º 04750-2007-PHC/TC. Lima. Asunto Rodríguez, Lima, 9 de enero de 2008.

la lucha contra graves manifestaciones del crimen organizado.^[189]
Con este recurso se posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a la Policía, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior, con lo que se completa el régimen de protección a estos tipos de agentes.^[190]

325. El agente encubierto emite informes periódicos sobre el cumplimiento de las metas del plan de trabajo, dicha información será analizada por el Fiscal a efectos de determinar si están cumpliendo las metas parciales y totales, correspondiéndole decidir si amerita concluir la técnica especial de investigación; de ser ese el caso emitirá disposición motivada conforme lo establece el artículo 30 del Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto, en los siguientes casos:
- 1) Cuando se hayan cumplido los objetivos propuestos.
 - 2) Cuando de los informes periódicos de la Policía, se advierta que será materialmente imposible el cumplimiento de los objetivos.
 - 3) Cuando en el desarrollo del procedimiento surja cualquier circunstancia que lo invalide.
 - 4) Cuando se advierte en el curso de la técnica especial la comisión de ilícitos penales o la concurrencia de graves riesgos para bienes jurídicamente tutelados.
326. Si de los informes del agente encubierto, se requiere emplear otras técnicas especiales de investigación como la Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y otros medios que afecten derechos fundamentales como la interceptación telefónica, la entrada y registro domiciliario, etc., el Fiscal efectuará los requerimientos de autorización para llevar a cabo diligencias de manera reservada al Juez de la investigación preparatoria.
327. Así, cuando las actuaciones del agente encubierto puedan afectar derechos fundamentales, este deberá solicitar del órgano judicial

^[189] GRANADOS, PÉREZ, Carlos. *Ibidem*, pág. 88.

^[190] GRANADOS PÉREZ, Carlos. *Ibidem*, pág. 88.

competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables^[191], tal es el caso de la intervención telefónica, el ingreso a domicilio no autorizado, entre otras que afecten su intimidad o su dignidad personal.^[192]

XV. V. Exclusión de la responsabilidad penal del agente encubierto

328. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal como civil por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.
329. El fundamento para la exclusión de la responsabilidad penal del agente encubierto es la causa de justificación establecida en el artículo 20.8 del Código Penal (el que obra por disposición de la Ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo).
330. Las causas de justificación son aquellas que excluyen la antijuricidad, convirtiendo un hecho típico en lícito y conforme a Derecho. En consecuencia, no solo están previstas las causas de justificación en el artículo 20 del Código penal sino que pueden ser procedentes de cualquier parte del ordenamiento jurídico, existiendo entre estas y las normas típicas, que solo se dan en el Derecho penal una auténtica relación complementaria.^[193]
331. Las conductas justificadas son del tipo adaptativas, aceptables socialmente en vista de la situación de justificación en que ocurren y

[191] GRANADOS PÉREZ, Carlos. Ibidem, pág. 89.

[192] “La intervención de agentes encubiertos debe estar circunscrita y rodeada de garantías incluso en el tráfico de estupefacientes. En efecto, si la expansión de la delincuencia organizada lleva a no dudar de la adopción de medidas apropiadas, no queda más que, en una sociedad democrática, el derecho a que una buena administración de justicia ocupe un lugar tan preeminente, que no podamos sacrificarla por conveniencia”. STEDH de 9 de junio de 1998, *Caso Teixeira Castro* contra Portugal.

[193] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Manual de derecho penal, Parte general, Editorial Grijley, Lima, 2006, pág. 531.

conforme un particular estado social. La causa de justificación en el caso específico desvirtúa el indicio de antijuricidad a que se había llegado con la realización del tipo, convirtiendo el hecho típico en algo lícito y justo.

332. La ausencia de antijuricidad de una determinada conducta tiene importantes consecuencias. Primero, se excluye la antijuricidad, por tanto la acción sigue siendo típica pero está permitida. Segunda, cuando el autor actúa justificado no se admite la sanción de otros sujetos como partícipe, como consecuencia del principio de accesoriedad limitada. Tercera, cuando se comprueba la existencia de una causa de justificación, el juzgador está exento de verificar la culpabilidad del agente.^[194]

333. Este es el caso del agente encubierto, su conducta queda amparada por la exención de responsabilidad penal, previsto en el artículo 20.8 del Código Penal:

“El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

334. Obrar por disposición de la ley supone el cumplimiento de un deber que la ley ordena. Es diferente al obrar por orden obligatoria pues, el deber no surge de la subordinación con el superior, sino en relación al orden jurídico^[195]. Se trata de una causa de atipicidad^[196], tal como lo sostiene ZAFFARONI cuando señala que “las causas de justificación se generan a partir de un precepto permisivo, en tanto que en el cumplimiento de un deber jurídico hay solo una norma preceptiva (una orden)”.^[197]

[194] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Manual de derecho penal. Ob. cit., pág. 533.

[195] BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal español. Parte General. Editorial Ariel. Barcelona, 1984, pág. 257.

[196] Piensan que se trata de una causa de justificación: HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Editorial EDDILI, Lima, 1987, pág. 389; PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Editorial Grijley, Lima, 1997, pág. 420 y ss.

[197] ZAFFARONI, Raúl. Manual de Derecho Penal, 5º edición, Editorial Ediar, Buenos Aires. 1987, pág. 464.

335. De manera similar, BUSTOS sostiene que en casos de actuar bajo disposición de la ley no siempre estas causas serán de justificación, sino también pueden ser de atipicidad cuando hay una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata pues ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara. Al igual que en la obediencia debida, entonces, se llegaría a una contradicción insoluble si, por una parte, sería típico no actuar y también típico el actuar. De ahí que en esos casos no se estará ante una causa de justificación, sino de atipicidad (por ejemplo, cuando el funcionario público tiene obligación de detener)^[198]. Por lo que no nos parece aceptable ubicar este caso como causa de justificación. En el mismo sentido, VILLA STEIN afirma que en “la mayoría de las veces, el cumplimiento de un deber no realiza tipo penal alguno por falta del elemento objetivo o el subjetivo.”^[199]
336. El obrar por disposición de la ley (cumplimiento de un deber) es también diferente al ejercicio legítimo de derechos reconocidos por la ley. Esta sí es una causa de justificación, ya que *no son órdenes sino permisos que prevé la ley*. Desde la perspectiva del funcionario, el cumplimiento de un deber jurídico cancela la tipicidad objetiva, y por tanto dicho sujeto no puede ser imputado.^[200]
337. Para invocar el artículo 20.8 del Código Penal debe concurrir los siguientes presupuestos “la actuación delictiva ha de ser consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituir una provocación al delito. En sus propios términos, los requisitos integrantes de la causa de exención (son) necesidad, proporcionalidad y ausencia de provocación (...) que reclama una valoración caso por caso del órgano jurisdiccional”.^[201]

[198] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal. Editorial PPU. Barcelona. 1994, pág. 372, 373.

[199] VILLA STEIN, Javier. Derecho penal parte general. Editorial Grijley. Lima, 2008, pág. 367.

[200] ZAFFARONI, Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal parte General. Ediar. Buenos Aires. 2000, pág. 609.

[201] GÓMEZ DE LLAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. Loc. cit, pág. 258.

338. En síntesis, “la atribución de responsabilidad de la naturaleza jurídica de la causa de justificación, excluye de raíz el carácter antijurídico del hecho ejecutado y por ende, la estimación de la exención ampararía, no solo al agente encubierto, sino también a los partícipes policiales, tanto en el ámbito de la responsabilidad penal como civil. En tanto no existe hecho antijurídico, no hay responsabilidad civil subsidiaria del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad estatal derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.^[202]
339. En casos en que el agente encubierto o infiltrado incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido, no existe en el provocado culpabilidad ya que no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. La impunidad es entonces absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, solo el esbozo de un delito imposible ya que la completa o compleja ejecución debe resultar prácticamente imposible por la prevista intervención *ab initio* de la fuerza policial.^[203]
340. El Tribunal Supremo Español declara “que no haber existido delito provocado cuando la actuación de los agentes no origina la comisión del delito, sino la salida a la luz del ya consumado, poner al descubierto al tráfico ilícito y obtener pruebas sobre una actividad sobre la que existía vehemente sospecha”.^[204]

^[202] GÓMEZ DE LLAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. Loc. cit., pág. 256.

^[203] GRANADOS PÉREZ, Carlos. Ibidem, págs. 90, 91.

^[204] STS de 9 de marzo de 1998.

XVI LA COLABORACIÓN EFICAZ

XVI. I. Concepto

341. La sección VI del Código Procesal Penal dedica desde el artículo 472 al 481 a la colaboración eficaz. El colaborador eficaz es un partícipe en el delito del cual solicita acogerse al beneficio premial. Esto significa que pueden ser autor, coautor o cómplice primario o secundario, sin embargo no pueden ser jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas, conforme lo indica el artículo 474.5 del CPP.
342. El colaborador a cambio de un beneficio premial se obliga a proporcionar de manera voluntaria toda la información necesaria de la organización criminal, como su estructura, características, modalidades delictivas a las que se dedica, patrones de actuación para la comisión de hechos delictivos, resultados o consecuencias obtenidas por la organización criminal, así como cualquier elemento o circunstancia trascendente en el caso concreto.
343. Mediante este instrumento se pretende compensar la conducta del partícipe que con posterioridad al hecho realiza actos o proporciona informaciones que demuestran un reconocimiento de la vigencia de la norma infringida por el delito y que como ya anunciara, encuentra su justificación en razones de política criminal.
344. La información proporcionada debe ser analítica, precisa y armónica con sí misma, además debe ser coherente con la información proporcionada por otras fuentes o elementos de prueba externos, descubiertos o proporcionados por el propio colaborador, esto es, lo que se denomina corroboración, se trata de un método para hacer

resaltar variaciones o contradicciones en la declaración a efectos de determinar la credibilidad de las mismas y por tanto, si pueden ser utilizables lo afirmado por el declarante.

345. Como dice FASSONE “el adjetivo ‘otro’ aplicado al elemento de prueba externo que debe añadirse a aquel en examen, revela que también la declaración utilizada para la contestación es un elemento de prueba; y si lo es primeramente, no puede no serlo la segunda vez: No debe tratarse, obviamente de una distinta declaración proveniente del mismo sujeto, recogida en otro momento o contexto; pero si el declarante es diverso, no hay razón para negarle aptitud corroborativa, puesto que también él es un segmento de la historia del delito y por ello también frente a él vale la regla ya señalada, normalmente imposible manipular armónicamente los fragmentos de una historia sin que alguno de ellos se sustraiga a la manipulación. Finalmente ¿el elemento externo corroborante debe ‘confirmar la atendibilidad de la fuente’ o, más específicamente, de la proposición enunciada por la fuente (...) Obviamente, la confirmación debe provenir de un elemento que conduzca aunque sea lógicamente, al delito, según la elaboración de la noción de cotejo ampliamente madurada en esos últimos años. La descripción del lugar del robo no ofrece elemento de prueba; por el contrario, sí la ofrece la descripción exacta del arma usada, del vehículo utilizado, del botín conseguido, de la específica conducta realizada, puesto que estos elementos no solo exponen al declarante a una alta posibilidad de falsificación, sino que se ligan al específico acontecimiento delictuoso”.^[205]

346. En efecto, los instrumentos que facultan a los funcionarios judiciales conceder rebajas de pena u otros beneficios similares, ante la efectiva colaboración de los delincuentes con la administración de justicia, hace parte de que algunos sostengan que se trata de un *derecho penal premial*, que viene siendo aplicado en muchas legis-

^[205] FASSONE, Elvio. “La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada”. En: cuadernos de política criminal N° 64. Editores de Derecho Reunidas SA, Madrid, año 1998, pág. 129.

laciones, como mecanismo para combatir ciertas y especiales formas de criminalidad, generalmente, la asociada con el secuestro, el narcotráfico, la subversión o el terrorismo^[206].

347. Este sistema del derecho penal premial se viene utilizando como instrumento de policía pública, a través de lo que algunos teóricos han llamado la «*política penal de emergencia*» o «*política penal del orden público*», con la que se pretende, de manera sustancial, potenciar la operatividad y eficiencia de las autoridades de investigación y juzgamiento, en la lucha contra específicas formas de criminalidad. Aparecen entonces formas de cooperación de los particulares o de los mismos delincuentes con la administración de justicia tales como la delación, las recompensas, la protección de testigos, la confesión voluntaria, etc.; todas ellas orientadas a estimular la disociación de las organizaciones del crimen^[207].
348. La figura del arrepentido no exige un elemento subjetivo o actitud altruista del arrepentimiento, es suficiente que realice una aportación *objetiva, seria y eficaz*, en los términos legalmente establecidos, para facilitar la persecución de tan graves manifestaciones de criminalidad^[208].

XVI. II. Requisitos para otorgar Colaboración eficaz

349. El artículo 474.1 del CPP establece los requisitos materiales de la información que debe brindar el colaborador cuando señala:

“La información que proporcione el colaborador debe permitir, alternativa o acumulativamente:

- 1) Evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución. Asimismo, impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva.

^[206] SINTURA VARELA, Francisco José. Concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia. Editorial Biblioteca jurídica Dike, Medellín, 1995, pág. 13.

^[207] SINTURA VARELA, Francisco José, Ob. cit., págs. 14, 15.

^[208] GRANADOS PÉREZ, Carlos. Ibidem, págs. 95, 96.

- 2) Conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando.
 - 3) Identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o menguarla o detener a uno o varios de sus miembros.
 - 4) Entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de los mismos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva (...).
350. El colaborador eficaz deberá contribuir activamente para impedir la continuación del delito y debe coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones o grupos a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado^[209]. Los efectos de la colaboración están en relación a los condicionamientos de una atenuación extraordinaria de la pena.
351. Asimismo, para que una colaboración eficaz sea válida se necesita que se dé atendiendo la observancia de principios rectores; estos según SINTURA^[210], gobiernan la concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia, y son los siguientes:
- a) Eficacia, significa que la colaboración que ofrece a la justicia el delincuente que se quiere beneficiar, debe resultar realmente útil, esto es, que la justicia como valor jurídico, se preserve. Proporcionalidad, supone que debe medirse con precisión el grado de colaboración con la justicia, para tasar adecuadamente el beneficio penal que simétricamente corresponde otorgar. Esto es, que se aplique el criterio de justicia conmutativa, conforme al cual se requiere igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, en este caso, como premio.

[209] GRANADOS PÉREZ, Carlos. *Ibidem*, pág. 96.

[210] SINTURA VARELA, Francisco José. *ibidem*, págs. 39 a 52.

- b) Condicionalidad, significa que los beneficios no tienen vida propia, que no son incondicionales o ilimitados. Formalidad, el trámite de la solicitud de concesión de beneficios debe organizarse necesariamente en la manifestación expresa del procesado, de que desea acogerse. Oportunidad, significa que si no existe previamente proceso de acuerdo respecto de los beneficios, no resulta viable pedirlos con base en hechos ya cumplidos. Gravedad del hecho confesado, conveniencia y eficacia de la declaración del colaborador, este principio señala, que ciertos beneficios podrán concederse previo estudio de la relación entre la gravedad del hecho o hechos confesados y la importancia, conveniencia y eficacia de la declaración del testigo o colaborador.
- c) Instancia especial, por las características especiales de esta modalidad excepcional de aplicación del *derecho penal premial*, el legislador ha considerado necesario establecer un elevado grado de supervisión para la concesión de los beneficios.

XVII

LA PROTECCIÓN A LOS TESTIGOS

352. La protección de testigos y peritos en causas criminales, trata de disipar las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias contra ellos o sus familiares.
353. Frecuentemente, en las causas penales contra la criminalidad organizada no se puede contar con testimonios y pruebas valiosas. Frente a ello se debe proceder a salvaguardar la integridad de quienes, como testigos o peritos, cumplen con el deber de colaboración con la justicia. De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retractaciones e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos, facilitando las esferas de impunidad de culpables.^[211]
354. El sistema legal implantado confiere al juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionales protegidos; medidas que, en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos. El propósito protector a los órganos de prueba es de imperiosa e indeclinable necesidad.
355. Para que sean de aplicación las disposiciones de protección, será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

^[211] GRANADOS PÉREZ, Carlos. Ob. cit., pág. 103.

XVII. I. Mecanismos de protección de testigos y peritos

356. Apreciado el peligro contra testigos y peritos. El juez de la investigación preparatoria acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las suficientes decisiones:

- i.) Que no consten en las diligencias que se practiquen, su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave.
- ii.) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; y
- iii.) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual los hará llegar reservadamente a su destinatario.
- iv.) Toda autoridad (*judicial, fiscal o policial*) cuidará de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, video gráfico o de cualquier otro tipo a quien contraviene esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.^[212]

357. El juez penal 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

^[212] GRANADOS PÉREZ, Carlos. Ibidem, pág. 103.

y peritos y adoptadas por el Juez de investigación preparatoria, 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.

358. Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección durante la fase de investigación, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de la sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley procesal.^[213]

^[213] GRANADOS PÉREZ, Carlos. Ibidem, pág. 103.

CAPÍTULO III
MEDIDAS LIMITATIVAS
DE DERECHOS

359. Para imponer una medida limitativa de derechos se debe pasar por el filtro de los principios y derechos fundamentales, solo a través de ellos puede existir una interpretación armónica entre la norma procesal y la Constitución, que evita la adopción mecánica de este tipo de medidas. Se trata de una exigencia establecida en el artículo X del Título Preliminar del CPP el cual prevalece sobre cualquier otra disposición del Código, por lo que deben ser utilizadas como fundamento de interpretación.
360. Los fundamentos que justifican la validez de la aplicación de una medida limitativa de derecho exigen:
- 1) El motivo que justifica la existencia de la medida limitativa de derecho tiene que fundarse en hechos sostenidos a través de indicios, fuentes o elementos de prueba.
 - 2) La elección de la medida limitativa de derecho sea la más apta para que el fin que con él se persigue. La idoneidad es un indicativo de la racionalidad material del tratamiento dispensado.
 - 3) La intervención mínima en el derecho fundamental afectado es un indicador de la razonabilidad en la elección de la medida limitativa de derecho.
 - 4) La ponderación de los intereses contrapuestos desde la perspectiva de la aplicación de la medida limitativa de derecho.
361. Si se respeta este marco constitucional, no existirá ningún reproche de inconstitucionalidad, en utilización de la medida limitativa

de derecho. Esto guarda coherencia con la finalidad de la medida limitativa de derecho, que es el asegurar la eficacia en los actos de investigación.

XVIII

LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO, RESERVA TRIBUTARIA Y BURSÁTIL

XVIII. I. Secreto bancario

362. El secreto bancario goza de reconocimiento constitucional, consistente en la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes naturales o personas jurídicas, que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que las vinculan. La relación jurídica que crea el secreto bancario está integrada tanto por el cliente (persona quien hace uso de los servicios bancarios o financieros) y por las entidades financieras, que se dedican a las operaciones bancarias.
363. Es oportuno distinguir entre el concepto de secreto y el de reserva bancaria, entendiéndose por secreto bancario, la obligación estricta por parte de los bancos a no revelar la información proveniente de depósitos y captaciones que efectúe el cliente de la cuenta bancaria; y por reserva bancaria, la posibilidad de que las instituciones bancarias puedan dar a conocer informes comerciales, futuras intenciones o ciertas operaciones celebradas con el cliente de la cuenta bancaria, siempre que el solicitante demuestre tener un interés legítimo y que el conocimiento de los antecedentes dados por el banco no cause un perjuicio patrimonial al cliente.
364. El secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, cuyo titular es siempre la persona de derecho privado que realiza operaciones bancarias o financieras en determinado ámbito y tiempo. En la medida en que tales operaciones bancarias y financieras forman parte de la vida privada, tanto su conocimiento y acceso solo pueden levantarse a pedido de la autoridad competente.

365. El derecho al secreto bancario forma parte del derecho a la intimidad, es un criterio jurisprudencial plenamente asentado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para el Tribunal Constitucional, la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario:

“Busca asegurar la reserva o confidencialidad (...) de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado”^[214].

366. El secreto bancario se encuentra protegido por el artículo 2° inciso 5 de la Constitución Política del Perú, su regulación ha sido delegada a las leyes de desarrollo constitucional como la Ley de Bancos. El contenido y alcance concreto de la reserva bancaria está sujeto a un desarrollo legislativo, que debe respetar el contenido esencial del mismo. La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguro (Ley N° 26702), se ocupa del secreto bancario en los artículos 141° y 142°, que circunscribe al secreto bancario a la información relacionada con las denominadas operaciones pasivas, es decir, los depósitos efectuados por los titulares de los distintos tipos de cuenta en las instituciones financieras y bancarias.

367. A diferencia de lo que sucede con la información pública, en la que la regla es su publicidad y transparencia, y la excepción es el secreto, tratándose del secreto bancario su conocimiento de información vinculada a la vida privada de una persona, la regla es siempre el secreto o su confidencialidad, en tanto que su publicidad, sujeta a un control intenso bajo el test de razonabilidad y proporcionalidad, es la excepción (el levantamiento del secreto bancario).

368. Dado que el secreto bancario es una herramienta legal idónea para proteger el derecho a la privacidad e intimidad como bien jurídico libertad, pues toda violación de este supone inexorablemente la violación de un derecho fundamental inherente a la persona humana y consagrada en la Constitución Política del Perú. En efecto, el se-

^[214] Exp. N.º 1219-2003-HD/TC, Fundamento 9.

creto bancario no solo tutela el interés privado de una persona sino además el interés público de mantener la estabilidad, equilibrio, solidez y credibilidad del sistema financiero, dado que el secreto bancario integra esa categoría de esencias jurídicas que recogen los intereses generales del Estado, el orden público internacional del país, por lo que se configura como un estatuto de derecho.

369. También es cierto, que toda operación financiera o bancaria está protegida por la institución del secreto bancario, pues en general el sistema financiero, así como sus directores, funcionarios y servidores, están prohibidos de suministrar información sobre las *operaciones pasivas de sus clientes*. Son operaciones pasivas todas aquellas, en las que el cliente *es acreedor del banco* (depósitos en Cuenta Corriente o de Ahorro, Valores en Custodia, CTS, etc.).
370. El secreto bancario, al no tener un carácter absoluto; admite ciertas limitaciones tales como la autorización explícita del cliente o bien de quien él expresamente haya autorizado para dar a conocer la información proveniente de sus depósitos y captaciones. Con el objeto de investigar, cada vez que el titular de la cuenta bancaria se encuentre sujeto a un proceso, los jueces están facultados, para ordenar la exhibición de determinadas partidas en causas civiles y penales contra el cliente. Solamente se autoriza la exhibición, la que se hará en las oficinas del banco y ante el mismo juez si se ha decretado la inspección personal del tribunal. Toda vez que el tribunal solicite la entrega de determinados documentos u objetos (que no correspondan a información proveniente de depósitos y captaciones), debe notificar a la institución bancaria con tiempo suficiente para poner a disposición las copias pertinentes.
371. La excepcionalidad al secreto bancario está dado para ciertas circunstancias previstas en el artículo 235.1 del CPP cuando señala:
- “El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, podrá ordenar, reservadamente y sin trámite alguno, el levantamiento del secreto bancario, cuando sea necesario y pertinente para el esclarecimiento del caso investigado”.
372. De la norma se desprende que debe existir la apariencia de un delito de crimen organizado, esto implica la concurrencia “de dos

reglas. *La primera regla* está referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. Comprende los aspectos objetivos del delito, no los condicionantes de la responsabilidad penal que se dan en la atribución subjetiva del delito a una persona determinada. Los datos de la investigación han de ofrecer plena seguridad sobre estos aspectos, por lo que en caso de duda no es posible acordar la prisión. *La segunda regla* está en función, propiamente, al juicio de imputación contra el imputado. Este juicio debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Se requiere, por tanto, algo más que ‘un indicio racional de criminalidad’; el *plus* material es la existencia de una sospecha motivada y objetiva sobre la autoría del imputado, al punto que a ello se agrega que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal”.^[215]

373. Así, por ejemplo, se levantará el secreto bancario cuando exista movimiento sospechoso de lavado de dinero o de activos, pues la entidad bancaria o financiera está obligada a informar acerca de los movimientos a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) o podrá ser solicitado por el Juez en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado en el que sea parte el cliente del banco o por el Fiscal de la Nación, para los casos de Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren determinados recursos del Estado y de organismos a los que otorgue soporte económico.^[216]

^[215] SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “La Privación Cautelar de la Libertad en el Proceso Penal Peruano”. Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el proceso penal: “Temas actuales desde una perspectiva comparada y Derecho brasileño”. Sao Paulo, 31 julio/ 3 de agosto, 2001. En: <http://190.41.250.173/rij/bases/guia1/gord.htm>, pág. 34.

^[216] Según el artículo 143 de la Ley 26702 o Ley General del Sistema Financiero, también existe la vía directa de solicitar el levantamiento siempre y cuando quien lo requiera sea:

- Un juez o tribunal en el pleno ejercicio de sus funciones sobre algún proceso determinado.
- El Fiscal de la Nación, cuando se presuma enriquecimiento ilícito por parte de funcionarios públicos o administradores de recursos del Estado.

XVIII. II. Reserva tributaria

374. La reserva tributaria se fundamenta en la confidencialidad de toda información proporcionada a la Administración Tributaria por el contribuyente sea como persona natural o jurídica. La reserva tributaria; exige que la autoridad tributaria que intervenga en los diversos trámites relativos a la labor de investigación y fiscalización deba guardar absoluta reserva en lo relativo a las infracciones, declaraciones y datos que obtenga, tanto de los contribuyentes como de los terceros.
375. La obligación de mantener la reserva tributaria alcanza a los funcionarios de los órganos administradores de los tributos y se extiende a quienes accedan a información reservada. Dicha disposición afecta incluso a las entidades del sistema bancario y financiero que celebren convenios con la Administración Tributaria, las cuales no la podrán utilizar para sus fines propios.
376. La reserva tributaria es una garantía constitucionalmente protegida para el contribuyente en el sentido de que la Administración Tributaria debe guardar, con carácter de reserva los datos, cifras, informes y otros elementos relacionados con su situación tributaria, los cuales podrán ser utilizados únicamente para los fines propios de la Administración Tributaria.
377. La Reserva Tributaria existe en interés del deudor tributario porque él se encuentra obligado a manifestar sin reservas todos los hechos y circunstancias personales o de terceros que le sean requeridos por la Administración y le conviene que tales contingencias se mantengan en secreto dado que la divulgación de alguna de ellas podría afectarle fuera del ámbito tributario.
378. La reserva tributaria se encuentra sustentada en dos principios de origen constitucional: a) El derecho al secreto e inviolabilidad de

-
- El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se haya suscrito convenio para colaborar en la lucha contra delitos como el narcotráfico y el lavado de activos o el terrorismo. Esta disposición es también aplicable de manera general, cuando se trate de una persona implicada en actividades delictivas, o sometida bajo sospecha a una investigación.
 - El Presidente de una Comisión investigadora del Congreso.

las comunicaciones y documentos privados y b) El derecho a la intimidad. Esto permite referir que la reserva tributaria se sustenta en que no se puede acceder libremente a documentos ajenos si no se cuenta con la debida autorización del titular o propietario, ni transmitir la información obtenida sin la aprobación de la persona involucrada. La información proporcionada por los deudores tributarios o terceros está vinculada con datos económicos y personales, que de ser divulgados podrían causarles perjuicio.

379. De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, la reserva tributaria pertenece al derecho de la intimidad, en la medida que “mediante la reserva tributaria se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos”^[217]. El derecho a la reserva tributaria es parte del contenido constitucional del derecho a la intimidad.
380. Las afectaciones a la reserva tributaria que están proscritas constitucionalmente serán solo aquellas que quiebren la esfera íntima del individuo, mas no aquellas que, manteniendo el carácter reservado de la información sirvan a fines constitucionalmente legítimos, tales como la colaboración de los contribuyentes en los fines de la Administración Tributaria. Es importante tener en cuenta que uno de los principales límites a la reserva tributaria es que se exceptúa de dicho carácter en situaciones en que se evidencia un interés público superior que justifique que dicha reserva sea levantada, permitiéndose a determinados sujetos acceder a la información por ella protegida para un fin concreto y específico. Así, el deber de los ciudadanos de revelar información económica se fundamenta en el interés de que estos contribuyan al sostenimiento de la carga pública.
381. El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad no es absoluto, por lo que la Administración Tributaria podrá exigir la documentación pertinente que permita determinar un desbalance patrimonial, señalando lo siguiente:

^[217] Exp. N°: 0004-2004-PI/TC, Fundamento 35.

“(…) los derechos fundamentales no son absolutos, es decir, no son ilimitados, ya que deben observarse en relación con otros derechos y principios constitucionales. Como se aprecia, la finalidad de la Administración es clara cuando se trata de definir si se está o no frente a un desbalance patrimonial, lo que se configura como una finalidad legítima y concordante con las funciones de la SUNAT. Teniendo en cuenta ello, una de las variantes que tendrá que considerar la Administración es el gasto efectuado por el demandante; con ello se podrá determinar si sus ingresos y sus egresos guardan relación y otorga al demandante la posibilidad de presentar declaración jurada sobre tales gastos. Es importante indicar que todos estos datos estarán protegidos por la reserva tributaria, con lo que no podrá ser de conocimiento de terceros ajenos a la Administración Tributaria, resguardándose así el derecho a la intimidad.”^[218]

382. Desde la perspectiva procedimental, el artículo 236.1 del CPP establece que:

“El Juez, a pedido del Fiscal, podrá levantar la reserva tributaria y requerir a la Administración Tributaria la exhibición o remisión de información, documentos y declaraciones de carácter tributario que tenga en su poder, cuando resulte necesario y sea pertinente para el esclarecimiento del caso investigado”.

383. Esto significa que se levanta la reserva tributaria cuando:

- 1) Las exhibiciones de documentos y declaraciones que ordene el Poder Judicial en los procedimientos sobre tributos, alimentos, disolución de la sociedad conyugal o en los procesos penales; el Fiscal de la Nación en los casos de presunción de delito; y la Comisión de Fiscalización o de las comisiones investigadoras del Congreso, con acuerdo de la comisión respectiva, con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.
- 2) Los expedientes de procedimientos tributarios en los cuales hubiera recaído resolución que ha quedado consentida, cuando el caso sea autorizado por la Administración Tributaria.

^[218] Exp. N°. 4168-2006-PA/TC. Lima.

- 3) La publicación que realice la Administración Tributaria de los datos estadísticos, siempre que por su carácter global no permita la individualización de declaraciones, informaciones, cuentas o personas. Por ejemplo, la publicación mensual de la Nota Tributaria por parte de la SUNAT.
384. Ahora bien, para levantar el secreto tributario debe realizarse una evaluación de la pretensión fiscal que consta de dos tipos de análisis. Un primer análisis parte de la comprobación de la existencia de indicios suficientes que incriminen de forma razonable a investigados con algún delito de crimen organizado, esto se puede lograr a partir de la existencia de testigos, peritos o documentos u otras fuentes de información que apreciados en conjunto permitirán realizar un juicio valorativo preliminar respecto de la solidez de las imputaciones propuestas en la hipótesis fiscal, de modo que apreciados en conjunto estos antecedentes convenzan al Juez de la Investigación Preparatoria que se requiere la información existente en los registros tributarios para complementar la imputación.

XVIII. III. Secreto bursátil

385. La reserva tributaria está orientada a la protección de datos relativos a la Bolsa de Valores, sus operaciones, sus valores, índices, entre otros. Con la reserva bursátil se hace alusión a todas aquellas actividades financieras que se realizan a través de la Bolsa.
386. Se entiende por Bolsa de Valores, al conjunto de agentes, instituciones, instrumentos y formas de negociación que interactúan facilitando la transferencia de capitales para la inversión a través de la negociación de valores. El mercado de capitales permite que los recursos se destinen en el mediano y largo plazo para financiar la inversión, por oposición a los recursos de corto plazo que constituyen el objeto del mercado monetario.
387. La Ley Contra el Crimen Organizado amplía el ámbito de lo que se entiende por operaciones bursátiles (art. 16.2 de LCCO), como toda aquella información sobre cualquier tipo de movimiento u operación relacionados a acciones, bonos, fondos, cuotas de par-

ticipación u otros valores, incluyendo la información relacionada a un emisor o sus negocios según lo establecido en los artículos 40° y 45° del Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores, en la medida en que pudiera resultar útil para la investigación. Asimismo, la autoridad fiscal o judicial puede solicitar cualquier información sobre los compradores o vendedores de los valores negociados en el sistema bursátil, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 inciso a) del Decreto Legislativo N° 861.

388. Si bien no existe un artículo específico que se refiera al levantamiento de la reserva bursátil, el artículo 235.3 del CPP nos remite al artículo 235.2 del CPP para el caso de operaciones financieras, de modo que se aplica el levantamiento de la reserva bursátil cuando:

“(...) exista fundada razón para considerar que tiene relación con el hecho punible investigado y que resulte indispensable y pertinente para los fines del proceso, aunque no pertenezcan al imputado o no se encuentren registrados a su nombre”.

389. De la norma se desprende la exigencia de una mínima actividad probatoria manifestada en indicios sobre la actividad criminal de la organización criminal, que fundamenta las razones para el levantamiento del secreto bursátil, constituyéndose así en un presupuesto material indispensable, sin el cual no es posible continuar con el análisis de los siguientes presupuestos como son la proporcionalidad o razonabilidad de la medida limitativa de derecho.

XIX LA INCAUTACIÓN

390. El Título V de la Ley contra el Crimen Organizado desarrolla dos instituciones procesales a utilizarse en el proceso penal como son: la incautación y el decomiso, y una que puede ser aplicado una vez culminado el proceso, esto es, el Proceso de Pérdida de Dominio en los supuestos que corresponda. Se trata de medidas que buscan limitar económicamente la capacidad del sujeto para disfrutar del patrimonio ilícito adquirido, evitar el uso de objetos o instrumentos con los que cometer delitos, etc.
391. Estas normas “pretenden perseguir dos objetivos muy claros: el primero y más inmediato, *limitar e incapacitar económicamente a la organización*, dificultando con ello el desarrollo de sus actividades criminales; el segundo y más amplio, *impedir que las organizaciones criminales se infiltren en la economía lícita* y de este modo, en la vida política del país. Este segundo propósito puede entenderse, incluso, desde la perspectiva de la seguridad y el orden público de un Estado, pues en la medida en que la criminalidad organizada se infiltra en la economía lícita, adquiriendo poder, puede alterar las reglas del mercado y generar inestabilidad en la convivencia democrática. *Supra* se destacó los evidentes riesgos de corrupción que se pueden presentar y con ello resquebrajar las bases de un Estado de Derecho”.^[219]
392. El artículo 17 de la Ley N° 30077 regula la institución de la incautación y el decomiso el cual puede darse en diligencias preliminares

[219] “La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Ob. cit., pág. 308.

o de la investigación preparatoria como una forma de asegurar los objetos, instrumentos, materiales o efectos del delito por parte de la Policía y/o del Ministerio Público.

393. La incautación y el decomiso conforme lo establece el artículo 17 de la norma bajo comento, lo puede realizar la Policía y/o del Ministerio Público^[220] sin autorización judicial, se trata de casos en los que existe flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración, así lo señala el artículo 218°.2 del CPP^[221] concordante con el artículo 259° del CPP.^[222]

XIX. I. Definición

394. La incautación es una medida de desposesión de la propiedad temporal o permanente, como consecuencia que se presume que se trata de un bien que tiene relación con un delito. Se trata de un

[220] “La incautación instrumental o cautelar en consecuencia es una medida según lo prescribe el artículo 218.2 en concordancia con el artículo 316.1 del Código Procesal del 2004 que puede realizar en casos de urgencia la Policía, el Fiscal o ambos, pero a continuación se requiere la decisión fundamentada de confirmatoria por parte del juez”. Sala Penal de Apelaciones. Exp. N° 0081-2012, Lima, 13 de julio de 2012, Ponente Salinas Siccha.

[221] El artículo 218.2 del CPP señala que la Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal, una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

[222] El artículo 259° del CPP señala que existe flagrancia cuando: 1. El agente intervenido es descubierto en la realización del hecho punible, 2. El agente acaba de cometerlo y es descubierto, 3. El agente ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible, 4. El agente es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

instrumento que tiene una validez constitucional, en tanto^[223] se permite limitaciones legítimas al derecho de propiedad que han sido adquiridas o se encuentran en posesión de manera ilícita.

[223] “La incautación de bienes en el marco de un proceso penal, si bien responde a una exigencia de la investigación del hecho delictivo para la búsqueda y conservación de las fuentes o medios de prueba, así como, de ser el caso, para la sustentación de la responsabilidad penal del procesado y la determinación de sus consecuencias, en los casos de los terceros o de los titulares afectados ajenos al proceso despliega efectos diferentes. Así, si el tercero o el afectado no tiene una condición de autor, cómplice, encubridor, etc., mal puede considerarse que el bien objeto de incautación no pueda devolverse a su dueño tras haberse acreditado su derecho de propiedad y su no vinculación absoluta con los derechos investigados. En este contexto, a fin de que se entienda correctamente los alcances de esta decisión, este Tribunal Constitucional precisa que aunque resulta legítimo que las autoridades policiales, fiscales o judiciales pueden proceder a afectar una incautación preliminar o judicial de vehículos en los casos en los que se detecte su utilización en la comisión de ilícitos penales, en este caso el delito de tráfico ilícito de drogas, dicha facultad no puede ni debe tornarse indefinida cuando posteriormente y tras haberse acreditado la no vinculación absoluta del propietario de dicho vehículo con el ilícito investigado, sea solicitada su devolución en forma debida. No se trata en otros términos de entorpecer una investigación, sino de sanearla cuando se acredita una absoluta irresponsabilidad del tercero o el afectado en los hechos investigados. En atención a las consideraciones expuestas este Tribunal Constitucional estima pertinente adoptar algunos criterios para evaluar la legitimidad constitucional del mantenimiento de la medida de incautación de los bienes en el marco de un proceso penal respecto de un tercero o de un afectado ajeno al mismo. A estos efectos, en los casos en los que se encuentra objetivamente acreditada la no vinculación absoluta del propietario del vehículo con los hechos investigados, el mantenimiento de la medida de incautación sobre el vehículo, más allá de la necesaria etapa investigatoria constituye una limitación ilegítima en el derecho de propiedad, por lo que corresponde su devolución. **Sin embargo, en los casos en los que existe duda o no se encuentra plenamente acreditada la no vinculación absoluta del propietario del vehículo con los hechos investigados, el mantenimiento de la medida de incautación sobre el vehículo, más allá de la necesaria etapa investigatoria, incluso en la etapa probatoria, constituye una limitación legítima en el derecho de propiedad.** En este último caso, al afectado le asiste el derecho de solicitar el reexamen de la incautación a efectos de que se le entregue el bien incautado cuando existan nuevos elementos de convicción que modifiquen los presupuestos que justificaron la adopción o mantenimiento de la medida de incautación. De ser el caso, tal como la propia regulación legal lo contempla (artículos 222 u 318 del Nuevo

395. La incautación requiere confirmación judicial *ex post*^[224], que desarrolle que la acción fue realizada ante la eminencia del peligro en la demora, que importa la necesidad de evitar que como producto de la demora que podría generar la autorización judicial para incautar, los bienes cuya incautación se pretende puedan ser alterados, sustraídos o suprimidos por acción del investigado o de terceros interesados.

Código Procesal Penal), el juez de la causa puede disponer la devolución o entrega provisional de los bienes incautados en determinadas condiciones, como por ejemplo, la devolución del vehículo bajo caución, garantía real o en calidad de depósito, etc. En cualquier caso, la decisión judicial debe constar en una resolución debidamente motivada. Con base en lo anterior este Tribunal considera pertinente precisar que solo en los casos en los que una persona se encuentra procesada (sea en la condición de autor, coautor, cómplice, etc.), puede resultar legítimo incautar sus bienes, por ejemplo, los vehículos, hasta la emisión del pronunciamiento definitivo en el proceso penal”. Expediente n° 2989-2012-PA/TC-Ayacucho. Lima, 14 diciembre 2012. Fundamentos 6, 7, 8.

[224] “La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución (...) o después de ella (...). En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto –de nulidad absoluta e insubsanabilidad– en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación (...). La confirmatoria judicial debe solicitarse “inmediatamente” (...). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad (...). Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial –al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de incautación– no determina irremediabilmente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación –sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso–. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad – requisito indispensable para anular los efectos jurídicos correspondientes (...)”. Sala Penal Permanente Casación N° 57-2010. La Libertad. Lima, 19 de abril de 2011.

XIX. II. Clases de Incautación

396. Desde la perspectiva de su reintegración o no al patrimonio de su propietario o poseedor, la incautación se divide en: incautación instrumental o cautelar e incautación conservativa.^[225]

397. La Resolución Administrativa N° 145-2013-P-PJ de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Circular para la debida inscripción de la medida de incautación en los registros públicos del 24 de abril de 2013, establece:

“Segundo. Que al interior de un proceso penal la medida de incautación presenta una configuración jurídica con diferentes funciones: como medida restrictiva de derechos, tiene como función la búsqueda de pruebas y como medida de coerción real presenta una función estrictamente cautelar orientada al ulterior decomiso (...) siendo que, en cualquiera de los casos constituye un acto de autoridad judicial que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas con el delito.

Tercero: Que, de otro lado, la incautación en el proceso de pérdida de dominio es una medida cautelar que tiene como objeto garantizar la eficacia del proceso de pérdida de dominio sobre los objetos, instrumentos, efectos y ganancias, Decreto Legislativo N° 1104 del 19 de abril de 2012. En tal sentido la solicitud cautelar efectuada por el fiscal o por el Procurador Público deberá ser resuelta por el Juez dentro de las 24 horas de solicitada la medida. Siendo que para tal efecto, de ser la inscripción de la medida deberá cursarse las partes judiciales en el mismo acto en el que se concede”.

398. La Corte Suprema en la Casación N° 136-2014-Tacna, fundamento jurídico 3.8 concuerda con esta división cuando señala:

^[225] “Se tiene que la incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración dual: como medida de búsqueda de prueba y restricción de derechos, –propia medida instrumental restrictiva de derechos– y como medida de coerción –como una típica función cautelar–. En el primer supuesto, su función es principalmente conservativa y luego probatoria en el juicio oral. En el segundo, su función es sustancialmente de prevención de ocultamiento de bienes sujeto a decomiso y de impedimento a la obstaculización de las averiguaciones de la verdad”. Sala Penal de Apelaciones. Exp. N° 0081-2012, Lima, 13 de julio de 2012, Ponente Salinas Siccha.

“Con el rótulo de ‘incautación’, el Código Procesal Penal del 2004 ha establecido dos instituciones jurídico procesales, una como medida de búsqueda de pruebas con restricción de derechos y otra como medida de coerción. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa –de aseguramiento de fuentes de prueba material– y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad. Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes –pueden cumplir funciones similares–, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso”.^[226]

a) Incautación instrumental o cautelar

399. La incautación instrumental o cautelar es una medida de aseguramiento procesal cuya función esencial es evitar la desaparición de todos aquellos bienes que puedan servir como material probatorio para acreditar el delito.^[227] Al respecto, la jurisprudencia de la Sala

^[226] Casación N° 136-2014-Tacna. Lima 11 de junio de 2014.

^[227] “La incautación es una medida limitativa que afecta el derecho de propiedad del titular del bien respectivo, tiene por finalidad asegurar la evidencia que sirva para acreditar el cuerpo del delito y la participación culpable, como los efectos del respectivo delito, que puedan ser objeto de pena de comiso en la sentencia definitiva. La medida recaerá sobre los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medio de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso criminal. La incautación es una medida restrictiva del derecho fundamental a la propiedad reconocida en el artículo 2°, inciso 16° de la Constitución Política del Estado, que resulta indispensable para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, por existir suficientes elementos de convicción del evento criminal y peligro en la demora, la misma que para su validez y eficacia probatoria requiere la estricta observancia de los presupuestos legales establecidos en el Nuevo Código Procesal del 2004 –en adelante CPP”. Exp. N° 2009-2604-25, Trujillo, 8 de junio del 2009, Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo.

Penal de Apelaciones de Lima considera:

“Que la incautación cautelar incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley. En relación a los primeros, son los objetos producidos mediante la acción delictiva, entre ellos, las “ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible”.^[228]

400. Para SAN MARTÍN CASTRO “el secuestro instrumental, en cuanto medida instrumental restrictiva de derechos, tiene una función esencialmente probatoria. Está radicado en lo que se denomina piezas de convicción, esto es, en los objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios que puedan servir de prueba de la realización del delito; y en los bienes objeto del delito y en los bienes obtenidos, vale decir, todo aquello que no puede constituir *instrumenta sceleris*. Queda claro que en la noción de cuerpo de delito, visto desde una perspectiva muy amplia y funcional, comprende todas estas materialidades, de ahí que las leyes procesales en este aspecto no reconocen diferencias entre lo instrumental y cautelar”.^[229]

401. El artículo 316°.1 del CPP señala que serán objeto de incautación los efectos provenientes de la acción penal, instrumentos y los objetos del delito. Al respecto el Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 en su fundamento décimo señala:

“(…) los bienes u objetos que pueden incautarse-privación de la propiedad de un bien u objeto o su consecuente indisponibilidad y ocupación por autoridad penal, cumple en la mayoría de los casos una doble función: garantiza un eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102° del CP y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible- asegura su utilización por las partes y el juez como objeto de prueba. Como ya quedó

^[228] Sala Penal de Apelaciones de Lima. Exp. N° 00002-2011-1-1826-SP-PE-01. Lima, 27 de abril de 2011. Ponente Castañeda Otsu.

^[229] SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “Las medidas cautelares reales en sede preliminar: la incautación”. *Ius et veritas* Año IX, N° 19, Lima, diciembre, 1999, pág. 245.

expuesto, la función que prima en el caso en concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, es por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa-específicamente, de la investigación- al momento de su imposición y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna a la consecuencia accesoria decomiso”.

402. El Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 del 16 de noviembre de 2010 identifica en su fundamento octavo bajo la denominación de instrumentos: los bienes u objetos relacionados con el delito, así señala que:

“En estricto sentido, se entiende:

- A. **Cuerpo del delito.**- además de la persona -el cadáver en el delito de homicidio- comprende al objeto del delito, es decir, aquel contra el cual recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos -la droga en el tráfico ilícito de drogas-.
- B. Las cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento, son tanto las denominadas piezas de ejecución, medios u objetos a través de los cuales se lleva a cabo la comisión del hecho punible, como las denominadas piezas de convicción^[230], cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que puedan servir para la comprobación de la existencia, autoría, o circunstancias del hecho punible”.^[231]

403. El cuerpo del delito es un concepto que engloba a las cosas sobre las cuales se cometió el delito o se haya ejercitado la acción delictiva. También se incluye en este concepto a las personas que fueron objeto del delito o que sufrieron la afectación de un bien jurídico o se ven perjudicadas como consecuencia del delito. BROCCA pre-

^[230] Las piezas de convicción son todos aquellos objetos inanimados que pueden servir para probar la realidad de algún hecho con trascendencia para en el proceso y que se han conservado y recogido a disposición del órgano jurisdiccional.

^[231] Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 fundamento 8.

cisa que “el cuerpo del delito está compuesto de varios factores, es ni más ni menos que la realidad del hecho, de la acción, de la conducta típica descrita en el tipo penal, haciendo a la objetividad delictiva, es decir, de la realidad de la comisión de un delito”.^[232]

404. Las cosas relacionadas con el delito denominadas *corpus probatorium* o elementos materiales son evidencias físicas halladas o producidas en el curso de los actos de investigación que tienen interés probatorio al estar relacionadas con la acción delictiva. Así, “la evidencia física es el conjunto de elementos, grandes o pequeños, de naturaleza diversa y de varios orígenes, que provienen de la escena, que sirven para objetivar una observación y que siendo su naturaleza diversa y de distintos orígenes, guarda siempre una relación con los hechos investigados (...)”.^[233]
405. Un concepto de elementos materiales y evidencias nos lo ofrece el artículo 5° del Reglamento de Cadena de Custodia, Resolución N° 729-2006-MP-FN, Lima 15 de julio de 2006 cuando define que:
- “Son objetos que permiten conocer la comisión de un hecho punible y atribuirlos a un presunto responsable en una investigación y proceso penal”.
406. Los elementos materiales y evidencias pueden ser descubiertos, recogidos y asegurados en el desarrollo del procedimiento de incautación, decomiso, allanamiento, inspección corporal y registro personal en tanto tengan la capacidad de ayudar a establecer los elementos materiales del delito, vincular a un investigado con el presunto hecho delictivo, reconstruir el hecho o el escenario delictuoso, establecer la identidad de la víctima o testigo, permiten asociar o disociar a personas con cosas, sirven como medio de corroboración de testimonios.

^[232] BROCCA, Marcelo. “Algunas reflexiones sobre el cuerpo del delito”. En. www.lozavalos.com.pe/alertainformativa.

^[233] MORA INZQUIERDO, Ricardo, SÁNCHEZ PRADA, María. La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio. Editores Gráficos Colombia LTDA. Bogotá, 2007, pág. 86.

407. En otros términos, las evidencias físicas proporcionan una base tangible o alguna indicación del cual es posible formarse un juicio sobre el modo, circunstancia u ocurrencia del hecho delictivo y se clasifican en:

- a) Evidencias testimoniales, denominadas declaraciones preventivas, son testimoniales brindadas en sede policial o fiscal por el investigado o por un testigo después de ocurrido el hecho delictuoso.
- b) Evidencias físicas, cualquier elemento que sin importar su tamaño pueda ser captado por nuestros sentidos, ya se trate de olores, imágenes, el tacto o el sonido y que tengan la capacidad de registrar un hecho u circunstancia antecedente, concurrente, inmediato o posterior que permita esclarecer los eventos acaecidos en la escena del crimen.

Las evidencias físicas a su vez se clasifican en:

- i. Evidencia física material, esto es, aquellos elementos contenidos en un soporte físico capaz de representar o dar a entender algo. Dentro de este ámbito tenemos: huellas, impresiones, rastros, manchas, residuos, pero también pueden ser grabaciones, filmaciones, fotografías, mensajes de texto, mail, facsímil, planos, croquis, dibujos, así como cualquier otro medio que incorpore signos expresivos de una cosa o del pensamiento.
- ii. Evidencia física inmaterial, que son aquellos vestigios, efracciones^[234] o signos residuales que requieren de un mecanismo, técnica, procedimiento o de una herramienta o producto especial para materializarse. Ejemplo: las huellas encontradas en la superficie de corte de una herramienta o sus imperfecciones que pueden servir para identificar las características de un objeto específico.

408. Solo serán objeto de incautación las cosas relacionadas con el delito o aquellos objetos que se requieran retener y se considere necesi-

^[234] Las efracciones se refieren a las marcas, raspaduras o impresiones dejadas por una herramienta o instrumento en una superficie receptiva, estas huellas o pueden ser como producto de la impresión negativa o como producto de una abrasión (fricción) o una combinación de ambos.

rios para el esclarecimiento de los hechos. Cualquier otro objeto, cosa o bien mueble no puede ser objeto de incautación. Al respecto señala la jurisprudencia:

“(...) los efectos personales del imputado no son pasibles de incautación (...). En efecto, los efectos personales de los investigados de modo alguno pueden ser objeto de incautación a excepción que alguno de ellos haya sido utilizado como instrumento del delito. Ello debido a que no pueden ser utilizados como medio de prueba ni pueden ser objeto de decomiso. No debe obviarse que la incautación es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas con el hecho punible, con la finalidad última de hacer posible la consecuencia accesoria del decomiso con arreglo al artículo 102° del Código Penal.”^[235]

b) El decomiso o incautación conservativa

409. La incautación conservativa o decomiso tiene por finalidad el asegurar aquellos bienes o derechos^[236] relacionados con la comisión

^[235] Sala Penal de Apelaciones Exp. N° 0081-2012, Lima, 13 de julio de 2012, Ponente Salinas Siccha.

^[236] Al respecto SAN MARTÍN CASTRO acota: que el objeto del decomiso no son solo cosas corporales, sino también derechos, en cuanto han sido producidos mediante un hecho punible doloso, o han estado destinados a la comisión o preparación de tales delitos. Que el Código Penal reconoce tres tipos de decomiso: (1) Decomiso de efectos (*producta scaeleris*), que recae en los objetos que son obtenidos con la conducta típica, tanto inmediatos como mediatos; (2) Decomiso de instrumentos (*instrumenta scaeleris*), que afecta a los bienes que el autor ha utilizado para cometer el delito (...); y (3) Decomiso de beneficios, que en nuestra legislación se circunscribe a las personas jurídicas en cuanto tales, y tiene como norte cubrir –en cuanto sea suficiente– la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil (...). Que el decomiso funciona cuando se comete una infracción penal. No exige la imposición de una sanción penal al imputado. El decomiso que en el CP vigente, a diferencia del anterior, no se impone como consecuencia directa de una condena (...). Que el decomiso procede cuando los objetos son de propiedad del autor o partícipe del delito, no cuando pertenecen a terceros no intervinientes en la infracción penal. Que el decomiso puede obviarse si los bienes no son de ilícito comercio y su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Que es de diferenciar *producta scaeleris* con los objetos meramente obtenidos o que constituyan los objetos del hecho punible, que es lo que se denomina *corpus delicti*”. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Grijley, Lima 2004, págs. 1195, 1196.

del delito (bienes destinados a cometer delitos o bienes preparados, alternados o transformados para ser usados en actividades delictivas), por lo que luego de cumplir su función probatoria, pueden ser objeto de decomiso conforme lo establece el artículo 102° y siguientes del Código Penal modificado por Ley N° 30076 o pueden ser devueltos a su propietario.

410. A propósito de la Ley N° 30076, es importante precisar que el decomiso de bienes provenientes del delito se produce cuando no proceda proceso de pérdida de dominio^[237] y se trate de instrumentos con que se hubiera cometido el delito. De ello se desprende que la incautación conservativa realizada en el curso de una investigación, es un paso previo a la declaración judicial de decomiso.
411. Desde esta perspectiva, la incautación conservativa es un medio para ejecutar el decomiso, lo que no significa que no puede darse el decomiso, sin antes incautación conservativa. Lo que queremos indicar es que existen algunas situaciones en que el Fiscal podrá disponer la incautación conservativa sin orden judicial o la Policía ejecutarla en cumplimiento de su función de asegurar los elementos de prueba conforme el artículo 67° del CPP modificado por Ley N° 30076 y el artículo 6° del Decreto Ley N° 1148-Ley de la Policía Nacional de Perú y luego el Ministerio Público o la Procuraduría Pública solicitar el decomiso de los instrumentos u objetos con que se cometió el delito.
412. Caso especial se presenta en el supuesto establecido en el artículo 17 de la Ley N° 30077- Ley contra el crimen organizado, que permite:
“(…) en todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal (...) (que) la Policía Nacional del Perú no necesita autorización del fiscal ni orden judicial para la incautación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal, cuando se trate de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, debiendo dar cuenta inmediata de su ejecución al fiscal”.

^[237] Es una medida alternativa al proceso de pérdida de dominio, en la cual se priva al imputado del reconocimiento jurídico que el Estado concede sobre la propiedad o la posesión.

413. Esto significa que la Policía Nacional, en el marco de una investigación o incluso en el curso de un proceso penal, puede incautar objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal.
414. Es importante por ello entender el alcance de los conceptos instrumentos, efectos o ganancias del delito, para ello nos remitimos al Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116, fundamento noveno, el cual identifica los alcances de efectos provenientes de la acción penal, instrumentos y los objetos del delito:
- “A. Los efectos del delito o *producta escaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales, derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de drogas, etc.”^[238]
415. El concepto de efectos del delito abarca aquellos elementos materiales obtenidos como resultado del delito, ya sea que se traten de efectos o resultados de la acción. Dentro de esta categoría tenemos a los rastros o vestigios como pueden ser: el dinero, bienes u otros instrumentos, objetos provenientes de la actividad delictuosa, incluyéndose en este concepto a los documentos de cualquier índole, hallados en las diligencias investigativas. Efectos son en general las ventajas patrimoniales obtenidas como producto de la comisión del delito.
416. Así, los efectos del delito están relacionados con el cuerpo o elementos del delito^[239], pero se diferencian de estos al ser una consecuencia de la acción delictiva.

^[238] Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 fundamento 9.

^[239] “La naturaleza jurídica del referido bien resulta ser la de un “efecto del delito”, conforme a la definición del mismo sustentada precedentemente, pues corresponde al universo de los objetos producidos mediante la acción delictiva, a la ventaja patrimonial derivada del hecho punible”. Juez Superior de Investigación Preparatoria para Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos –NCPP Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N°00002-2011-1-1826-SP-PE-01. Lima, 24 de marzo de 2011.

“B. Los instrumentos del delito, o *instrumenta scaeleris* son los objetos, que puestos en relación con el medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, las armas empleadas, la maquinaria del falsificador, etcétera.”^[240]

417. Los instrumentos del delito son cualquier objeto del que hace uso el autor para cometer el hecho delictuoso. Dentro de este ámbito tenemos las armas, el veneno o cualquier otro medio utilizado para la comisión del hecho delictivo.
418. SAN MARTÍN CASTRO citando a PUIG PEÑA señala que “el *instrumenta sceleris* comprende aquellos bienes empleados por el delincuente, que son de tres órdenes: (i) los situados en la misma línea del delito, (ii) los emplazados en un campo aparte, y (iii) los que constituyen precio del delito, es decir, el dinero o cualquier otra utilidad material que una persona entrega a otra en *pactum sicaris*, para que esta lleve a efecto la realización del propósito criminal ideado por aquella. El producto *sceleris* está integrado por todas aquellas cosas que entran en el patrimonio del ofensor, constituyendo un enriquecimiento ilícito a costa del empobrecimiento de la persona que resulta perjudicada por la infracción, ya sea que se verifique por la entrada de la misma cosa o efectos del delito o por la entrada en aquellas otras que ha conseguido por permuta o con dinero procedente de la infracción.”^[241]
419. Según el concepto anotado, serán instrumentos situados en la misma línea del delito aquellos utilizados para cometer el delito, instrumentos emplazados en un campo aparte se refieren a aquellas cosas que han sido utilizadas para preparar la comisión del delito; mientras que instrumentos que constituyen precio del delito será todo aquello que sea una consecuencia económica de haber cometido el delito.

^[240] Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 fundamento 9.

^[241] SAN MARTÍN CASTRO, César E. “Las medidas cautelares reales en sede preliminar: La incautación”. *Ius et veritas* Año IX, N° 19, Lima, diciembre, 1999, págs. 241, 242.

420. Dentro de lo que puede ser incautado tenemos:

“C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos, en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la drogas en el tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para los que se requiere una regulación específica”.^[242]

421. En conclusión, si los objetos son de procedencia ilícita, la incautación es un medio para el decomiso, si se trata de bienes de procedencia ilícita como la cosa hurtada, al constituir elementos materiales, evidencias físicas serán objeto de actividad probatoria, como pueden ser exámenes periciales, reconocimientos y otros para obtener elementos probatorios, por lo que una vez cumplido con ello la fuente de prueba puede ser devuelto a su propietario.

422. Al respecto CHINCHAY CASTILLO señala que “si se trata de un bien que se ha incautado al imputado para el fin de prueba, la solución va por el artículo 222 del CPP, sin importar que se haya incautado al imputado (o a cualquier persona sobre la cual el Estado tenga derecho a incautar) o a un tercero no implicado en el acto delictivo. Una vez hecha la pesquisa sobre el bien (toma de huellas, análisis de resistencia de materiales, etc.) el bien debe ser devuelto (con base en el principio de interdicción de la arbitrariedad), pues aunque el artículo en mención dice que el bien puede devolverse, no es menos cierto que ya no habría justificación alguna para conservarlo, si el motivo fue practicar una pesquisa y esta ya se realizó”.^[243]

423. Los efectos y ganancias provenientes de delito, los instrumentos que sirvieron para perpetrarlo, así como “los bienes que constituyen cuerpo del delito”^[244] serán objeto de incautación instrumen-

^[242] Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 fundamento 9.

^[243] CHINCHAY CASTILLO, Alcides. “La incautación en el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116”. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 18, diciembre 2010, pág. 14.

^[244] Acuerdo Plenario N° 5-2010-CJ/116 del 16 de noviembre de 2010 fundamento 8.

tal, así lo señala el artículo 6° del Reglamento de Cadena de Custodia^[245] concordante con el artículo 316°.1 del CPP.^[246]

424. La diligencia de incautación debe cumplir con el procedimiento de cadena de custodia, asegurándose su conservación para evitar omisiones, alteraciones de su estado original, por lo que debe registrarse debidamente individualizados los bienes objeto de incautación, la condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, así como los cambios hechos en ellos por cada custodio, conforme lo establece el artículo 220° del CPP.

XIX. III. Presupuestos materiales de la incautación

425. El artículo 7 de la Ley contra el crimen organizado señala:

“En todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal, según lo previsto por la presente Ley, la Policía Nacional del Perú no necesita autorización del fiscal ni orden judicial para la incautación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal, cuando se trate de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, debiendo darse cuenta inmediata de su ejecución al fiscal”.

426. La incautación para casos de crimen organizado no requiere autorización judicial, sin embargo deben presentarse los siguientes presupuestos materiales:

- a) Peligro en la demora.- El *periculum in mora* en la incautación consiste en el riesgo de indisponibilidad de un bien o cosa específica.^[247]

^[245] Artículo 6.- Son los efectos y ganancias provenientes de delito, así como los instrumentos que sirvieron para perpetrarlo, objeto de una medida judicial o excepcionalmente fiscal, durante la investigación. Reglamento de Cadena de Custodia.

^[246] Artículo 316° Objeto de la incautación.- 1. Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley.

^[247] “El acta de incautación de bienes que puede ingresar válidamente en el marco del proceso penal, debe necesariamente provenir de actos de investigación delictiva llevados a cabo exclusivamente por los órganos oficiales de perse-

El riesgo de indisponibilidad consiste en que si se espera la emisión de una resolución judicial, los instrumentos con el que se cometió el delito pueden no mantenerse a disponibilidad del órgano de investigación si no se incautan, ya sea porque su existencia misma compromete a los investigados o a terceros no comprendidos quienes pueden alterarlo, destruirlo, disminuirlo, deteriorarlo u esconderlo con la finalidad de restringir, limitar o eliminar su valor probatorio, o porque dada la naturaleza del bien puede deteriorarse si no es objeto de conservación.

Al respecto la jurisprudencia del subsistema anticorrupción señala:

“Asimismo, se advierte ‘peligro en la demora’ pues conforme a la relación estrecha entre los imputados y de acuerdo a los hechos materia de investigación, existe riesgo fundado que de no incautarse el bien, es decir, de encontrarse el mismo en poder de los imputados, se haría ineficaz la averiguación de la verdad y las medidas de ejecución pertinentes; pues el vehículo podría ser ocultado o desaparecido, dificultando su apreciación judicial como objeto de prueba y un eventual futuro decomiso, en caso tuviere lugar como consecuencia accesoria de la sentencia”^[248]

- b) Peligro de infructuosidad.- La infructuosidad es la posibilidad que de esperarse a la emisión de una resolución judicial se manifiestan hechos o acciones que imposibiliten o dificulten que se recupere las cosas materiales del delito como son los bienes objeto del delito y los efectos del delito por haber disminuido o desaparecido los bienes sobre los cuales hubiera podido hacerse efectiva la acción cautelar.

cución penal como la Policía o el Fiscal, sea por una autorización judicial de habilitación previa o directamente ante una situación de flagrancia delito o peligro inminente de su perpetración con cargo a requerir su inmediata confirmación judicial (art. 218° del CPP)”. Exp. N° 426-2010 Trujillo, 8 de marzo del 2010, Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo.

^[248] Juez Superior de Investigación Preparatoria para Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos –NCPP Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N°00002-2011-1-1826-SP-PE-01. Lima, 24 de marzo de 2011.

- c) Intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.- En los supuestos delictivos establecidos en la Ley N° 30077 - Ley contra el crimen organizado, la policía puede incautar objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal se requiere flagrancia delictiva en dos situaciones o supuestos: flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración. A continuación desarrollamos ambos:

- 1) **La flagrancia.**- El artículo 259°.1 del CPP define a este supuesto cuando:

“El agente es descubierto en la realización de hecho punible”.

La flagrancia “es una situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”.^[249]

La policía goza de cierta discrecionalidad para valorar la presencia de los elementos de juicio que apunte a la realización de un hecho punible, esta discrecionalidad se encuentra sujeta a un control de razonabilidad y proporcionalidad para determinar si una situación concreta constituye o no flagrancia.

Son tres requisitos que requiere la flagrancia, en palabras de ARAGONESES MARTÍNEZ estas son: “1) inmediatez temporal: es decir, que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes; 2) inmediatez personal: consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho; y, 3) necesidad urgente: de tal modo que la policía, por las circunstancias concurrentes al caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente

[249] STC N.º 341/1993. Madrid, 18 de noviembre de 1993. FJ. 8.

con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo caso la posible propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos”.^[250]

Nuestro Tribunal Constitucional considera dos como elementos necesarios para configurar la flagrancia:

“Según lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la flagrancia en la comisión de un delito, presenta 2 requisitos insustituibles: a) la **inmediatez temporal**, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; b) la **inmediatez personal**, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo”.^[251]

Consideramos que la posición correcta es la asumida por la doctrina, por lo que acorde a ella desarrollaremos los presupuestos anotados.

1.1). Presupuestos de la flagrancia:

- i. **Inmediatez temporal.**- Se establece un límite temporal referido a que el hecho delictivo se produzca con inmediatez a su descubrimiento por parte de la autoridad policial o cuando es producto de la percepción directa por parte de un tercero, se trata de una apreciación externa y concreta del hecho punible, por lo que no puede basarse en meras conjeturas o sospechas, sino en la apreciación concreta del hecho.

También puede presentarse la detención en casos de actos de inicio de ejecución, como recuerda ALCÓCER

^[250] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio. Derecho Procesal Penal, Editorial Ceura, Madrid, 1993, págs. 366, 367.

^[251] Exp. N° 2096-2004-HC/TC. El Santa, Asunto Camacho Fajardo. Lima, 27 de diciembre de 2004.

POVIS “esta diferencia es importante porque solo será legítima la detención de una persona que haya empezado a ejecutar la conducta típica. Si es que se encuentra preparando su plan, entonces la detención será abusiva”.^[252]

En similar sentido MEINI MÉNDEZ afirma que la flagrancia “es un concepto que, por un lado, abarca el momento en que el autor o los partícipes están cometiendo el delito, lo que incluye a todos los actos punibles del *iter criminis*. De ahí que los actos de inicio de ejecución (aquellos posteriores a los actos de preparación y con los cuales empieza la tentativa) son actos que también quedan abarcados por el concepto de flagrancia. La razón es hasta cierto punto obvia: los actos de inicio de ejecución, a diferencia de los actos de preparación, son ya punibles de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16° del Código Penal. Aquellos actos realizados inmediatamente después de la consumación del delito deben ser igualmente incluidos en la flagrancia (...)”.^[253]

Desde una perspectiva sustantiva ALCÓCER POVIS aporta que “(...) cuando se dice que el Policía tiene el deber de detener en caso de flagrante delito, en realidad lo que se quiere decir, en primer lugar, es que se detuvo a una persona en el momento de la comisión de la conducta típica: el hecho. El Policía *ex ante* valora lo que observa, le da un sentido (criminal) al hecho. Solo así se puede decir que inicialmente el sujeto ha vulnerado una norma de determinación (prohibición o mandato). Esta primigenia imputación es uno de los fundamentos de este tipo de detención. En otras palabras, el mero dato

[252] ALCÓCER POVIS, Eduardo. “La detención en caso de flagrante delito y el derecho penal”. En Alerta Informativa. www.lozavalos.com.pe/alertainformativa. pág. 11.

[253] MEINI MÉNDEZ, Iván. “Procedencia y requisitos de la detención”. La Constitución Comentada, Tomo I, Lima, 2010, pág. 294.

fáctico no es suficiente para detener legítimamente a una persona en 'flagrancia', es primordial que el policía evalúe el hecho y lo considere –en principio– típico, que se haya infringido una norma.

(...) cuando se habla de 'tipicidad' se alude a la vertiente objetiva. De lo contrario, la detención de una persona basada en lo puramente subjetivo, llevaría a avalar la detención por sospecha (...). La detención del partícipe debe también estar regida por los principios de inmediatez personal y temporal. El Policía debe efectuar una doble valoración: no solo debe observar que el partícipe ha realizado la (su) conducta típica (auxiliar o determinar a otro a cometer un delito), sino también que el autor haya empezado a ejecutar el hecho criminal. Solo así la detención será legítima".^[254]

Para determinar la legitimidad de la detención policial en los delitos instantáneos o permanentes "si se cumplen los requisitos de la flagrancia, no resulta relevante si nos encontramos ante un delito instantáneo (siempre que el agente haya empezado a ejecutar su plan criminal) o permanente; en ambos casos se exige el deber que tiene la Policía de tutela de bienes jurídicos".^[255]

La Corte Suprema considera que no se presenta flagrancia en:

"(...) los denominados 'delitos de tenencia', para los efectos procesales, no puede configurarse la flagrancia que exija la urgente intervención policial pues es evidente que podía recabarse previamente la orden judicial (...)"^[256]

^[254] ALCÓCER POVIS, Eduardo. "La detención en caso de flagrante delito y el derecho penal". Ob. cit. pág. 5, 6, 7.

^[255] ALCÓCER POVIS, Eduardo. Ibidem. pág. 12.

^[256] Sala Penal Transitoria RN N° 3182-2012-Callao, Lima, 7 de mayo de 2013, Ponente San Martín Castro. Fundamento sexto.

- ii. **Inmediatez personal.**- Requiere que la autoridad policía encuentre al investigado realizando actos de ejecución propios del delito, o inmediatamente después de que acaba de consumarlo, esto descarta completamente supuestos de detención por sospecha.^[257]

Estamos ante un acto de imputación en sentido estricto, “imputar en sentido técnico, es la acción de un sujeto institucional consistente en señalar a alguien como posible autor de una acción delictiva poniendo, en principio, está a su cargo (Policía o Fiscal). Se trata de un tipo de intervención que, obviamente no puede ser arbitraria, o responder a meras sensaciones o golpes de intuición, sino que ha de contar con un soporte de datos o indicios, dotados de la objetividad precisa para que resulten comunicables a terceros y susceptibles de comprobación en un proceso penal. Pues toda imputación está preordenada a la apertura de un trámite de esta clase”.^[258]

El investigado debe ser encontrado con el objeto, instrumento o en el proceso de realización del hecho punible, es decir, cometiendo el delito o cuando acaba de consumarlo e incluso cuando es sorprendido inmediatamente después de la comisión del hecho con efectos (con las cosas sustraídas, las huellas, vestigios y todo otro medio de confirmación de la consecuencias de la ejecución del delito) o con instrumentos del delito (cualquier utensi-

^[257] “Hay flagrancia estricta cuando el sujeto detenido es sorprendido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando la conducta delictiva. Su concepto se encuentra vinculado con las fases consumativas o ejecutivas de un delito, es decir con el *iter criminis*. Florián, por ejemplo, alude a la “comisión”, *in ipsa perpetratione facinoris* y Manzini hace incidir la fragancia al momento de cometerse el delito”. SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla, México DF, 1995, pág. 504.

^[258] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Las garantías del imputado en el proceso penal, pág. 14. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>

lio que fue empleado o que sirva para la ejecución del delito).^[259]

“Como se advertirá, la idea o concepto de flagrancia supone la íntima relación entre un hecho considerado como delictuoso y su autor, aunado al elemento sorpresa”,^[260] esto supone una percepción sensorial directa del hecho delictivo.^[261]

“El requisito de sorprender al delincuente no exige el asombro o sobresalto del mismo, se trata de que sea descubierto, su acción delictiva en fase de ejecución o inmediatamente después de la misma. El descubrimiento ha de producirse precisamente mediante la percepción sensorial del hecho, por parte del sujeto que dispone la detención, es decir, este ha de tener conocimiento del hecho a través de sus sentidos, normalmente mediante la vista, aunque no deben descartarse los demás (el oído, olfato, etc.)”^[262]

iii. Necesidad urgente.- Este presupuesto se basa en que para asegurar la eficacia y celeridad de la administración de justicia, no cabría otra alternativa que detener al investigado para adelantar la investigación ante la posibilidad de que luego no sea posible reunir los elementos

^[259] “Según lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la flagrancia en la comisión de un delito, presenta dos requisitos insustituibles: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; b) la inmediatez personal, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo”. Exp. N.º 2096-2004-HC. Lima, 27 de diciembre de 2004.

^[260] SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Op. cit., pág. 502.

^[261] “El término flagrante en correspondencia con su origen etimológico del latín “flaje”, significa en sentido técnico-jurídico que un delito lo sea cuando se comete públicamente y ante testigos, siendo así un delito flagrante encierra en sí la prueba de su realización. (...) La flagrancia se ve, se observa, no se demuestra, y aparece vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria”. STC N.º 2384/1994. Madrid, 31 enero de 1995.

^[262] DE LLERENA SUÁREZ-BARCENA, Emilio. Derecho Procesal Penal. Manual para criminólogos y policías. Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 875.

de prueba necesarios para estructurar el proceso penal por causas o circunstancias atribuibles a él o a personas de su entorno.

“Podemos encontrar un doble fundamento de la detención en caso de flagrancia, habida cuenta que se ha de producir en todos los casos. En primer término, en la necesaria intervención de alguien para terminar con esa situación anómala y grave a fin de que cese el delito porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento. En segundo lugar, en la actividad de protección del inicio de la fase de investigación, momento que puede ser aprovechado por el delincuente para hacer desaparecer las pruebas que le incrimine; o los útiles, efectos e instrumentos del delito; o para confabularse con otros partícipes o falsos testigos, a fin de evitar las responsabilidades derivadas del acto ilícito.”^[263]

Este doble fundamento como se aprecia, se orienta a evitar o a minorar cualquier alteración a la eficacia y celeridad de la administración de justicia.

- 2) Peligro eminente de su perpetración.- Se trata de un supuesto en que la Policía o el Ministerio Público obtiene información que afirme una probable acción delictuosa de tres o más investigados con un hecho que se subsume en alguno de los tipos penales establecidos en la ley contra el crimen organizado.

Se exige una explicación precisa de la relación de causalidad entre los hechos investigados y el tipo penal cuya comisión se le atribuye, a través de indicios o elementos de prueba.

La valoración respecto al peligro eminente de la perpetración de un delito de crimen organizado debe ser concreto, no basado en conjeturas o meras especulaciones, tampoco es posible sostener el peligro de perpetración basado en la

^[263] SALIDO VALLE, Carlos. La Detención Policial. Editorial J. M. Bosch, Valencia, 1997, págs. 62, 63.

gravedad del delito^[264] ya que ello sería alentatorio del principio de presunción de inocencia y contra el principio de proporcionalidad.^[265]

Por último, podemos diferenciar los dos supuestos acotados desde una perspectiva temporal, por un lado la producida en el caso de la flagrancia delictiva, que implica el ser sorprendido en la comisión de un delito de crimen organizado, del supuesto de peligro inminente de perpetración de delito, en la cual estaremos ante actos preparatorios.

XIX. IV. Devolución o entrega del bien o cosa incautada

427. El artículo 318°.3 del CPP prevé la posibilidad en aquellos casos en los que no peligre los fines asegurativos de la incautación podrá devolverse o entregarse provisionalmente los bienes incautados. Una

^[264] Como dice la Corte Interamericana “tampoco resulta válido fundarla (una medida cautelar) señalando que el delito sea especialmente objetable desde el punto de vista social”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe N.º 12/96.

^[265] Al respecto, la Corte Suprema señala “toda obtención de fuentes de prueba –en este caso, el cuerpo del delito o elementos materiales del mismo: droga e instrumentos para su acondicionamiento– será excluida del acervo probatorio si se vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de un acervo probatorio. La sanción procesal es la inutilización de la prueba obtenida de ese modo y la consiguiente prohibición de su valorización. Tratándose de la libertad domiciliaria o inviolabilidad del domicilio, se exige como requisito constitucionalmente inexorable el mandato escrito y motivado del Juez competente, salvo que se trate de un delito flagrante o se dé un supuesto de peligro inminente de su perpetración, o que el titular del derecho de exclusión, libre, informada y voluntariamente –sin una situación coactiva o clima coercitivo que lo limite–, autorice el ingreso de la autoridad al predio donde reside. (...) La sola referencia policial, sin pruebas que lo corrobore –atento a que ni siquiera se firmó el acta de incautación y el imputado y su padre niegan la autorización– es insuficiente para liberar de la obtención de un mandamiento judicial. Cabe precisar que a la policía y al fiscal, en su caso, corresponde probar la utilización del titular del derecho de exclusión; no al imputado u ocupante de un inmueble que sirve de domicilio”. Sala Penal Transitoria RN N.º 3182-2012-Callao, Lima, 7 de mayo de 2013, Ponente San Martín Castro. Fundamentos quinto y sexto.

primera acotación es que solo serán objeto de una posible devolución o entrega provisional del bien o cosa incautada aquello que se encuentra bajo un supuesto de incautación instrumental, no se admite este supuesto para los casos de incautación conservativa o decomiso.

428. La razón que no se devuelva los bienes decomisados, radican en su relación con el delito, ya sea que se trata de un instrumento con el que se cometió un delito, sea un efecto o ganancia producido por la comisión del delito. A este efecto el artículo 340 del CPP señala:

“Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata”.

429. La Casación N° 113-2013- Arequipa ha interpretado este artículo señalando como doctrina jurisprudencial, fundamento jurídico décimo sexto:

“(…) el texto de la ley ha dispuesto que si un vehículo que es incautado por estar incurso en un acto de contrabando, y al no haberse acreditado judicialmente el delito, este debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito, no resulta razonable que este sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.) pues este vehículo al no tener DUA –Declaración Única de Aduanas–, no se puede determinar su lícita procedencia, en tal medida no puede “ser devuelto o entregado a la persona a la que se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el bien, entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es el Estado Peruano, representado en este caso por la SUNAT, desarrollándose interpretativamente el artículo 340 inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal (...)”^[266]

430. Esto significa que aun cuando se presenten casos como el archivo de la investigación, el sobreseimiento o una sentencia absolutoria

^[266] Casación N° 113-2013-Arequipa. Lima, 16 de setiembre de 2014.

no corresponde la devolución del bien a la persona a la que le fue incautado, cuando esta no haya acreditado su procedencia lícita.

431. Así, la entrega o devolución al propietario o poseedor del bien incautado se produce, si se trata de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados, sin autorización del propietario o poseedor como medios o instrumentos para cometer un delito, lo mismo ocurre cuando se trata de partes de un bien que han sido mezclados con otros y transformados en otro bien, siempre que sea posible separar ambos bienes, etc.
432. Es supuesto ya sea para la devolución o entrega provisional del bien o cosa incautada que no peligren los fines de aseguramiento, es decir, que haya cumplido con la finalidad probatoria para la cual se incautó.^[267] La diferencia que se presenta entre devolución o entrega provisional del bien, radica que en la primera de ellas una vez cumplido con entregar el depósito solicitado por el bien, su propietario o poseedor puede disponer libremente de él, sin que sea objeto de ninguna restricción y sin que luego pueda deducirse la nulidad de los actos posteriores de disponibilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 97° del Código Penal, pues el depósito efectuado se sustituye por el bien.
433. En el caso de la entrega provisional del bien, estamos ante un supuesto en que el bien es entregado para el uso y disfrute, sin que esto suponga disponibilidad sobre el bien, pues de ser requerida la entrega del bien debe cumplirse con el mandato, su incumplimiento acarrea que el depósito efectuado sea ejecutado, sin que esto limite la capacidad para utilizar cualquier apremio o medio para exigir la devolución del bien.

[267] "En todo proceso penal, el pago de indemnización solo está referido a favor del agraviado mediante la reparación civil; las incautaciones que se lleven a cabo en todo proceso no dan lugar a indemnizar porque los Magistrados que las disponen y ejecutan lo hacen en ejercicio regular de la función jurisdiccional". Exp. N° 2519-96-Lima, Ejecutoria Suprema. Lima, 4 junio de 1997, Sala Penal-TID, En: ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, Tomo I, págs. 261-262.

434. En síntesis, si la incautación ha cumplido con su finalidad probatoria o el bien no tiene relación con los imputados o el objeto de la investigación, debe ser devuelto a su propietario. En este sentido el Tribunal Constitucional señala:

“La incautación de bienes en el marco de un proceso penal, si bien responde a una exigencia de la investigación del hecho delictivo para la búsqueda y conservación de las fuentes o medios de prueba, así como, de ser el caso, para la sustentación de la responsabilidad penal del procesado y la determinación de sus consecuencias, en los casos de los terceros o de los titulares afectados ajenos al proceso penal despliega efectos diferentes. Así, si el tercero o el afectado no tiene una condición de autor, cómplice, encubridor, etc., mal puede considerarse que el bien objeto de incautación no puede devolverse a su dueño tras haberse acreditado su derecho de propiedad y su no vinculación absoluta con los hechos investigados. En este contexto, a fin de que se entienda correctamente los alcances de esta decisión, este Tribunal Constitucional precisa que aunque resulta legítimo que las autoridades policiales, fiscales o judiciales pueden proceder a efectuar una incautación preliminar o judicial de vehículos en los casos en los que se detecte su utilización para la comisión de ilícitos penales, en este caso el delito de tráfico ilícito de drogas, dicha facultad no puede ni debe tornarse indefinida cuando posteriormente y tras haberse acreditado la no vinculación absoluta del propietario de dicho vehículo con el ilícito investigado, sea solicitada su devolución en forma debida. No se trata en otros términos de entorpecer una investigación, sino de sanearla cuando se acredita una absoluta irresponsabilidad del tercero o el afectado en los hechos investigados”^[268]

435. Por último, debe tenerse en cuenta la Resolución Administrativa N° 145-2013-P-PJ- Circular para la debida inscripción de la medida de incautación en los registros públicos que establece en el considerando:

“Cuarto. Que (...) en el curso de un proceso penal o proceso de pérdida de dominio, luego de emitida la resolución judicial de incautación, es el Juez de la causa (...) quien está obligado a cumplir diligentemente con disponer la inscripción de dicha medida ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, de manera inmediata a la emisión de la resolución judicial; ello sin perjuicio de conceder, si fuera el caso, el

^[268] Exp. N° 02989-2012-PA/TC. Ayacucho. Lima, 14 de diciembre de 2012.

recurso de apelación correspondiente, que por la propia naturaleza de la medida, no tiene efecto suspensivo, es decir, no impide la ejecución de la incautación”.

436. Conforme se indica, la inscripción de la incautación debe ser una prioridad del juez quien debe emitir los oficios correspondientes, al margen de que la parte afectada impugne la resolución, asimismo debe informar al CONABI a efectos de que proceda a registrar el bien en sus archivos.

XX
LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS
EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR- LEY N° 27379
- PROCEDIMIENTOS PARA ADOPTAR MEDIDAS
EXCEPCIONALES DE LIMITACIÓN DE DERECHOS
EN INVESTIGACIONES FISCALES PRELIMINARES

437. La Ley N° 27319 regula las medidas excepcionales de limitación de derechos en la investigación preliminar, fue promulgada el 21 de diciembre de 2000. Su fin es ser un mecanismo procesal excepcional que permita al Fiscal Provincial solicitar al Juez Penal restricciones o privaciones a algunos de los derechos personales o patrimoniales del investigado.
438. La norma busca la adopción de ciertas medidas cautelares durante las primeras diligencias de una investigación o durante las diligencias de prevención del delito para que se conserve el estado material de las cosas resultantes de la acción delictiva y para aprehender los elementos materiales relacionados con ella.
439. La Ley N° 27379- Ley de Procedimiento para adoptar Medidas Excepcionales de Limitación de Derechos en Investigaciones Preliminares, se instituye como el mecanismo preprocesal, que no guarda otra finalidad, que la de ser instrumentales dirigidas a la investigación, persecución y posterior enjuiciamiento de los delitos a los que se refiere la norma.^[269]
440. Las medidas cautelares surgen de un título de imputación fiscal –que coloca al ciudadano en la situación de investigado–, y que trae como consecuencia determinados gravámenes que eventualmente pueden llevar a la imposición de una medida de coerción. De este modo la imputación comporta una afirmación preliminar

^[269] Cabe precisar que su antecedente es el Decreto Ley N° 22095, que establecía algunas previsiones cautelares para los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas.

respecto de un hecho con relevancia penal, un juicio provisional de una determinada acción respecto de alguno de los delitos a los que se refiere la norma, y la decisión de iniciar contra el investigado una persecución legítima de la cual y dentro de la cual tiene el derecho a defenderse.

441. La Ley N° 27379 cobra vigencia nuevamente como producto de su aplicación a los delitos de crimen organizado, tal y como lo dispone la sexta disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30077 que modifica el artículo 1 de la Ley N° 27379, cuando señala:

“Ámbito de aplicación. La presente Ley está circunscrita a las medidas que limitan derechos en el curso de investigaciones preliminares, de carácter jurisdiccional. Las medidas limitativas previstas en la presente Ley podrán dictarse en los siguientes casos: 1. Delitos perpetrados por una pluralidad de personas, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de estos. (...) 4. Delitos contra la libertad, previstos en los artículos 152 al 153-A, y delito de extorsión, previsto en el artículo 200 del Código Penal, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas”.

442. La Ley N° 27379 otorga mayores facultades al Ministerio Público en la investigación de delitos cometidos por grupos de personas, que de manera organizada o asociada provocaron graves perjuicios a los intereses del Estado o de la sociedad, por ello resultaba necesario dotar de mayores facultades a las autoridades para enfrentar con éxito la criminalidad organizada.

443. La Ley N° 27379, señala que corresponde al Fiscal a cargo de la investigación solicitar la aplicación de las medidas limitativas de derechos. Cuando el caso así lo justifique, la autoridad puede solicitar: a) La detención preliminar por el plazo de 15 días; b) El impedimento de salida del país; c) El embargo u orden de inhibición para disponer o gravar bienes; d) El levantamiento del secreto bancario; e) La exhibición y remisión de información en poder de instituciones públicas o privadas; f) El allanamiento de inmuebles o locales cerrados; y, g) La inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales. Todas estas medidas se encuentran

expresamente señaladas en el artículo 2° de la Ley 27379, se trata como nos recuerda SAN MARTÍN CASTRO de “(...) medidas provisionales con función cautelar (...)”.^[270]

444. Asimismo, la norma regula el procedimiento que debe seguir el Juez de la Investigación Preparatoria para que emita la decisión judicial limitando los derechos de las personas investigadas. La Ley N° 27379 ha sufrido modificaciones y ampliaciones de los marcos iniciales.

445. Las medidas cautelares previstas por las normas bajo comento son:

- a) **Las medidas cautelares personales.**- Estas tienen por finalidad limitar la libertad de movimiento de la persona, como en el caso del impedimento de salida del país, la incomunicación o la detención preliminar, en estos casos se restringe la libre circulación del investigado a un determinado ámbito. En el caso de la detención preliminar, es incluso más restrictiva pues no permite el desplazamiento o transferencia física fuera del ámbito donde es recluso el investigado.
- b) **Las medidas cautelares reales.**- Estas medidas están destinadas a restringir la libre disposición, tanto patrimonial como de cosas. Los bienes son restringidos a efectos de salvaguardar la fuente de prueba o el medio de prueba; pero asimismo cumplen su función clásica, que es cautelar el patrimonio para evitar la posible dilapidación del mismo por el investigado o por aquellos que lo detentan en su nombre.

En el caso de la aprehensión de cosas, dentro de los que se encuentran documentos en cualquiera de sus soportes físicos, estos buscan la obtención de conocimientos directos de conductas, a los efectos de las actividades de investigación y de prueba del proceso penal.

^[270] SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Segunda Edición, actualizada y aumentada. Editorial Grijley. Lima, 2006, págs. 1196, 1197.

XX. I. Delitos donde pueden aplicarse las medidas limitativas de derecho

446. Las medidas que limitan derechos en una investigación preliminar no se aplican a todos los delitos sino a los que expresamente se encuentran señalados en el artículo 1 de la Ley N° 27379. La primera modificación introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 988 y la segunda modificación desarrollada por la Ley N° 30077.
447. Las medidas en investigaciones por los delitos de Terrorismo previstos en el Decreto Ley N° 25475 y sus normas modificatorias y conexas, de apología del delito en los casos previstos en el artículo 316 del Código Penal; de Lavado de Activos, previstos en la Ley 27765; de Tráfico Ilícito de Drogas, previstos en los artículos 296, 296-A°, 296-B°, 297 y 298 del Código Penal; delitos contra la Humanidad, previsto en los Capítulos I, II y III del Título XIV-A del Código Penal; y, delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Código Penal.
448. El artículo 1 de la Ley N° 27379 modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 988 y por la sexta disposición complementaria y modificatoria de la Ley N° 30077 establece que los delitos en los que puede aplicarse las medidas limitativas de derecho son:
1. Delitos perpetrados por una pluralidad de personas, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de estos.
 2. Delitos de Peligro Común, previstos en los artículos 279, 279-A y 279-B del Código Penal; contra la Administración Pública, previstos en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal; delitos agravados, previstos en el Decreto Legislativo N° 896; delitos aduaneros, previstos en la Ley N° 26461; y delitos tributarios, previstos en el Decreto Legislativo N° 813, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal.
 3. Delitos de terrorismo, previstos en el Decreto Ley N° 25475 y sus normas modificatorias y conexas, de apología del delito en

los casos previstos en el artículo 316° del Código Penal; de Lavado de Activos previsto en la Ley N° 27765; de Tráfico Ilícito de Drogas, previstos en los artículos 296, 296-A°, 296-B°, 297° y 298° del Código Penal; delitos contra la Humanidad, previstos en los Capítulos I, II y III del Título XIV-A del Código Penal; y, delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Libro Segundo del Código Penal.

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

XX. II. Medidas limitativas que se pueden aplicar en investigaciones preliminares

449. El artículo 2 de la Ley N° 27379 establece las medidas limitativas de derechos que pueden ser aplicados en una investigación preliminar en los delitos y supuestos mencionados en los párrafos anteriores. Estas son: Detención preliminar (Inc. 1); Impedimento de salida del país (Inc. 2); Embargo u orden de inhibición (Inc. 4); Levantamiento de secreto bancario y de la reserva tributaria (Inc. 5); exhibición y remisión de información en poder de instituciones públicas o privadas (Inc. 6); Allanamiento de inmuebles o lugares cerrados (Inc. 7); e, Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales (Inc. 8).
450. El Decreto Legislativo N° 988, incorpora los incisos 2.a), referido a la medida de Incomunicación y, 3) referido a la Incautación y secuestro de objetos de la infracción penal. Asimismo, modifica los incisos 4 (Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria); 7 (Allanamiento de inmuebles o lugares cerrados); y, 8 (Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales).
451. Las medidas que limitan derechos son de carácter personal y real, es decir van desde la detención de la persona hasta el embargo de

sus bienes con la finalidad de asegurar el pago de la reparación civil. Con relación a la medida personal, la norma no modifica sino vuelve a introducir la incomunicación (inciso 3 del artículo 2), medida que había sido derogada por la Única Disposición Final de la Ley N° 27697, publicada el 12 de abril de 2002.

452. A la determinación de la clase de medida cautelar a las que se refiere la Ley N° 27379 y a su modificatoria el Decreto Legislativo N° 988 dedicamos las siguientes líneas.

A. La detención preliminar

453. “La detención en sentido lato podemos definirla como la privación de la libertad ambulatoria, locomotriz o de movimientos, de forma que el autor de la privación de la libertad impide al sujeto pasivo trasladarse de lugar según su libre voluntad. No basta que se limite el ejercicio de dicha capacidad; sino que es preciso que se sustraiga enteramente al sujeto pasivo. Impedir la permanencia o acceso a un determinado lugar no es un supuesto de detención, ya que lo esencial es impedir a un sujeto el alejarse de un lugar en el que no desea permanecer, siendo solo entonces cuando se puede afirmar que se ha producido detención”.^[271]
454. La detención preliminar de la libertad en sentido estricto, es una medida asegurativa que busca evitar que se entorpezca la investigación o que el investigado comparezca a esclarecer los hechos. Como se aprecia, su finalidad es tutelar el éxito de la investigación a través del aseguramiento del investigado, quien es fuente y medio de prueba para la investigación.
455. Se trata de una restricción de libertad de duración breve y determinada en su máximo (15 días), que tiene como finalidad principal poner a una persona a disposición de la investigación. Se justifica generalmente cuando existen interrogatorios difíciles de llevar a cabo y donde el investigado ha impedido, demorado o conspirado con otros investigados o cuando exista riesgo legítimo de que los

^[271] SALIDO VALLE, Carlos, La detención policial. José María Bosch Editor-Barcelona, 1997, pág. 44.

testigos u otros sospechosos sean amenazados, para evitar su declaración o para que sean aleccionados de determinada forma.

456. El parecer anotado es compartido por PASTOR para quien “la detención es la breve privación de la libertad cuya imposición se autoriza contra, en principio, quien se sospecha autor o partícipe de un delito reprimido con pena privativa de libertad (...). La detención tiene por finalidad, fundamentalmente, la presentación del imputado para interrogarlo acerca del hecho punible por el cual se le persigue. Por ello su característica principal es la breve duración”.^[272]
457. Podemos decir así que la detención preliminar se trata de una medida limitativa de la libertad ambulatoria al servicio de la investigación, que parte de la existencia de una presunta comisión de un hecho punible, apuntando a la postre a la incoación de un proceso penal depurador de responsabilidades.^[273]

^[272] PASTOR, Daniel R. *Tensiones ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 154.

^[273] “La medida de encarcelamiento ha sido instituida, prima facie, como una fórmula de purgación de pena por la comisión de ilícitos penales de determinada gravedad. En tal sentido, su aplicación como medida cautelar en aras de asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser la última ratio por la que puede optar un juez para asegurar el éxito del proceso penal. Tal como establece el artículo 93 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (...) la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general. Lo propio queda expuesto en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que precisa que: solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado: ‘(...) la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa. (Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos N.º 12/96, párrafo 84)’. Exp. N.º 791-2002-HC/TC. Lima, 21 de junio de 2005.

458. “Lo primero que se exige para la detención es la existencia de motivos racionales bastantes, o en palabras del artículo 5.1.c) del CEDH indicios racionales. En este sentido, la doctrina viene siendo unánime a la hora de considerar como necesaria la existencia de evidencia de la comisión de un delito y, por ello, de los datos objetivos suficientes que permitan deducir que el mismo tuvo lugar, aunque su apreciación fuese errónea. De lo anterior se colige que, cuando menos, deben darse unas especiales características objetivas de donde se infiera racionalmente –esto, es, que sea suficiente la representación subjetiva del funcionario–.”^[274]
459. Desde la perspectiva anotada, la detención preliminar como medida cautelar exige un indicio comprobado, entendido como la existencia real de una información objetiva capaz de producir un conocimiento probable de una imputación delictiva; la Constitución y la ley exigen que esa medida se prolongue lo menos posible para eliminar la arbitrariedad, obligando a las autoridades a poner al detenido en manos de los tribunales de justicia, dentro de las 24 horas siguientes.
460. Se requiere que el Fiscal que solicita la imposición de esta medida cautelar y el Juez que la evalúa realicen un doble juicio valorativo, el primero, acerca de los hechos, en el sentido de que ha de existir la convicción racional objetiva de que han ocurrido ciertos hechos claramente especificados^[275], y además, que el sujeto ha intervenido en ellos; y el segundo, acerca de su calificación jurídica, en el sentido de que tales hechos estén tipificados como delitos, y ade-

^[274] GÓNZALES AYALA, María Dolores. Las Garantías Constitucionales de la Detención. Los derechos del detenido. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999, pág. 73.

^[275] “A juicio del Tribunal, la detención judicial preventiva solo procede en los casos en los que existan hechos objetivos y razonables que permitan concluir, de manera indubitable, que la no restricción de la libertad individual pondrá en riesgo la actividad probatoria, el éxito del proceso penal o posibilitará al procesado sustraerse a la acción de la justicia. Tal criterio, que es una exigencia de la eficacia del derecho a la presunción de inocencia en todo proceso penal, está en relación directa con la naturaleza de la medida cuestionada, que no es otra que la de constituir una medida cautelar y no una medida punitiva”. Exp. N° 0808-2002-HC/TC. Lima, 8 de julio de 2002.

más, que la persona a detener lo fuere en el concepto de estimarla legalmente como responsable.

461. En concreto, resulta imprescindible que el A quo exteriorice por sí mismo en la resolución judicial la existencia de los presupuestos materiales de la medida de coerción, esto es, los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre la existencia de un delito grave y sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados, puesto que tales precisiones constituyen el presupuesto habilitante de la intervención y el prius lógico del juicio de proporcionalidad que ha de realizar el órgano judicial.
462. Así, se debe precisar relación en qué consta la relación entre la persona y el delito investigado, por lo que las sospechas para entenderse fundadas, han de hallarse apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido: en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Es necesario examinar si en el momento de pedir y acordar la medida se pusieron de manifiesto ante el juez no meras suposiciones, conjeturas o para despejar sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, sino de datos objetivos que permitieran una sospecha sustantiva de responsabilidad.
463. “La detención más allá de los parámetros establecido por la ley y los márgenes de razonabilidad con la excusa de preservar la presunta eficacia de la investigación implica favorecer la presunción de que las personas que se encuentran detenidas como resultado de esa investigación son culpables”.^[276] Presunción esta que no solo es contraria a la letra de la Convención Americana, sino a los principios generales de derecho que esta ha codificado”.^[277]

^[276] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 12/96, párrafos 76/78

^[277] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 64/99, párrafo 52.

464. “La detención no puede ser practicada como consecuencia de una mera sospecha sobre la participación del presunto autor del delito, sino con base en la existencia de una relación de causalidad entre los vestigios del delito y la participación en él de una persona determinada”.^[278] Así, la legitimidad constitucional de la detención preliminar, en tanto decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro del marco de una investigación preparatoria, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma.
465. En resumen, la medida cautelar de detención preliminar o provisional es de naturaleza excepcional, así como que la legitimidad constitucional de esta medida cautelar, en tanto decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de una investigación, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma.^[279]
466. Los fines constitucionalmente legítimos de la detención preliminar están vinculados a la necesidad de garantizar el normal desarrollo de las investigaciones en el que se adopta la medida, especialmente al asegurar la presencia del investigado a los actos de investigación y al de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo. Se trata, por consiguiente, de conjurar ciertos riesgos de fuga, de obs-

[278] GÓNZALES AYALA, María Dolores. Las Garantías Constitucionales de la Detención. Los derechos del detenido. Ob. cit., pág. 73.

[279] Del criterio anotado resulta ser el Tribunal Constitucional cuando señala que “la única manera de determinar si la detención (...) de un individuo no responde a una decisión arbitraria del juez, es observar si existen determinados elementos objetivos que permitan concluir que, más allá de que hayan indicios o medios probatorios que vinculan razonablemente al inculpado con la comisión del hecho delictivo y más allá del quantum de la eventual pena a imponerse, haya peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. La existencia de estos dos últimos riesgos es lo que en doctrina se denomina peligro procesal”. Exp. N° 3357-2003-HC/TC-APURÍMAC. Lima, 2 de julio de 2004.

trucción del normal desarrollo de la investigación o de reiteración delictiva, que deben sostenerse en datos objetivos.

467. Cabe precisar que el momento de adopción inicial de la medida, el riesgo de fuga se puede sustentar solo en circunstancias objetivas como el tipo de delito y la gravedad de la pena mientras que la prolongación de este mandato por 15 días más o la combinación con otra medida cautelar, se han de ponderar las circunstancias personales del privado de libertad y del caso concreto.^[280]
468. Es posible sostener que la proximidad de la celebración del proceso penal sea un dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar, dado el avance de la investigación, toda vez que la denuncia penal puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, el juez penal debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis, el hecho de que la tramitación se halle avanzada y el juicio próximo es en sí mismo considerado un dato ambivalente a los efectos de realizar un juicio ponderativo: Es cierto que el paso del tiempo, con el avance de las investigaciones y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a esta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga.^[281]

[280]. "Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Dictamen del 1 de marzo de 1996, Caso Jorge A. Giménez vs. Argentina.

[281] El devenir del procedimiento puede debilitar los indicios que apuntan a la culpabilidad del acusado, sino también porque, como razonó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "el argumento del peligro de fuga se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las

469. Por el contrario, es también posible admitir como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “(...) la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquel de haber servido ya una parte de la pena”.^[282]
470. Cabe precisar que para la imposición de esta medida cautelar provisionalísima, y extraordinaria^[283], debe haber una motivación reforzada^[284], se sujeta a criterios de estricta ne-

consecuencias punitivas que puede sufrir el preso”. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 1968, caso Wemhoff; de 27 de junio de 1968, caso Neumeister; de 10 de noviembre de 1969, caso Matznetter) [fundamento jurídico 4 b)].

Esta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral —dato puramente objetivo—, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado.

^[282] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Dictamen del 1 de marzo de 1996, Caso Jorge A. Giménez vs. Argentina.

^[283] SERGUI nos recuerda que en el caso Suárez Rosero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “establece con claridad el carácter meramente cautelar del encarcelamiento preventivo y se circunscribe los motivos para su procedencia: entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga, para diferenciarla de la pena anticipada: De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión punitiva es una medida cautelar, no punitiva”. SERGUI, Natalia. Límites temporales a la prisión preventiva. Nueva Doctrina Pena. Op. cit., pág. 117.

^[284] “Si bien la detención provisional es una medida cautelar cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional, dicha decisión debe cumplir el requisito, constitucionalmente establecido, relativo a la motivación resolutoria. Este requisito garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, a efectos de asegurar que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

cesidad^[285], en la debe concurrir alguno de los presupuestos del peligro procesal, como son: el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de la investigación o de la actividad probatoria,^[286] por tanto se excluye cualquier fin punitivo.^[287]

B. La detención incomunicada o Incomunicación

471. La incomunicación en una medida cautelar de seguridad procesal dictada durante la investigación preliminar que afecta la libertad personal y que tiene por finalidad garantizar que la investigación de una infracción penal no sea interferida por acciones externas de transmisión de información; esto se sitúa en la esfera de la investigación, en sentido estricto, y no en el de la acusación o imputación.^[288]

Resulta imprescindible destacar (y así lo ha declarado este Colegiado en la STC 1291-2000-AA/TC) que la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”. Exp. N° 1814-2005-PHC/TC-Lima. Huaral, 29 de abril de 2005.

[285] “Si bien el Juez está facultado para imponer al procesado una o varias de las alternativas previstas en la norma procesal, su decisión no puede ser arbitraria; sino que debe responder fundamentalmente al principio de necesidad, esto es, cuando resulte absolutamente indispensable para asegurar que el encausado no se sustraiga a la acción de la justicia o no perturbe la actividad probatoria”. Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N° 6714-1997-A. Lima, 18 marzo de 1998.

[286] “Se colige que por la modalidad empleada, las circunstancias que rodean los hechos investigados, que este se encuentra no habido, se presume que tratará de eludir la acción de la justicia y perturbar la acción probatoria”. Exp. N° 3792-98-C. Lima, 12 agosto de 1998.

[287] La detención preliminar no puede justificarse en fines punitivos que impliquen la anticipación de la pena, y que es a la jurisdicción ordinaria a quien compete en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar.

[288] “Cabe puntualizar que la ley solo permite la incomunicación del detenido en casos específicos y debidamente reglamentados por ley; legalmente, no es permisible mantener en secreto detención alguna, lo que constituiría legalmente un secuestro punible”. Exp. N° 975-96-HC/TC. Lima 17 de junio de 1998.

472. “La incomunicación del detenido se debe a que la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos pueden hacer imprescindibles que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas en el mayor secreto, a fin de evitar que el conocimiento del estado de la investigación por persona ajenas a esta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión”.^[289]
473. El A *quo* deberá evaluar si la hipótesis planteada por el fiscal se sostiene en una sospecha racional respecto a la presunta afectación a la investigación, de lo que resulta que la incomunicación se dictará si el juzgador adquiere la creencia racional y objetiva de que su utilización es imprescindible para evitar que se ponga en peligro los fines de la investigación.^[290]
474. La incomunicación es de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcional a los fines constitucionales que lo justifican y delimitan, que en esencia son asegurar la presencia de investigado en el decurso de los actos de recopilación de medios de prueba, evitando que se ponga fuera del alcance de la justicia o que obstruya los actos de investigación.
475. Asimismo, comporta otra finalidad que es el evitar que otras personas tomen conocimiento del estado de la investigación por parte

[289] SALIDO VALLE, Carlos, La Detención Policial. Ibidem, pág. 163.

[290] “Sexto.- Que, del petitorio de los impugnantes se refiere que solicitan la variación de la comparecencia restrictiva impuesta por otras menos graves; en este sentido, analizando el Ampliatorio de la Instrucción tenemos que los argumentos señalados para instruirlos son muy genéricos, toda vez que se basa en indicios que han sido materia de la calificación en la denuncia primigenia, más aun, respecto de la suficiencia probatoria no se ha evidenciado prueba contundente que los vincule con el supuesto cargo; sobre el peligro procesal, no se ha identificado motivo alguno que permita sospechar que intenten sustraerse del accionar de la justicia o exista perturbación de la actividad probatoria”. Segundo Juzgado Penal Especial. Exp. 41-01. Resolución N° 33. Lima 28 de diciembre de 2004. Tomo Y.

del investigado, ello con la finalidad de evitar que se sustraigan a la acción de la justicia a implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión.^[291] Se admite incluso la imposición de la medida cautelar de incomunicación por razones de seguridad del Estado^[292], o por graves alteraciones mentales del investigado que pongan en juego su salud.^[293]

[291] “La calificación de una pena como inhumana o degradante y, por lo tanto, como atentatoria del derecho a la integridad personal, depende, en buena cuenta, del modo de ejecución de la misma. No puede desatenderse que, aunque proporcional, la simple imposición de la condena ya implica un grado importante de sufrimiento en el delincuente, por ello sería inconcebible que esta venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación [y] envilecimiento en la persona. Dicho trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación incommensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional”. Exp. N° 0010-2002-AI/TC. Lima.

[292] “Sostiene la demandante que el emplazado ha dispuesto ilegalmente la incomunicación de los agraviados, al no poder estos entrevistarse con su abogado, familiares, (...) temiendo los familiares por la integridad física de dichos reclusos. Que, de la sumaria investigación realizada por el Juez Penal se desprende que el emplazado Presidente del Instituto Nacional Penitenciario dispuso la restricción de las visitas de los familiares de los internos presuntamente afectados, en atención a las previsiones de seguridad adoptadas por las altas instancias del Poder Ejecutivo como consecuencia de la situación acontecida en la Embajada Japonesa el diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, hecho coyuntural de notorio y público conocimiento. Que, la supuesta arbitraria restricción del derecho de visita familiar que se alega y se atribuye al demandado, resulta desvirtuada conforme es de ver de los documentos que obran de fojas (...), los mismos que prueban que la actuación del emplazado no obedeció a una decisión de índole personal y unilateral, sino que se sustentó en las medidas gubernamentales de seguridad; (...) Por estos fundamentos, el Tribunal en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica; Falla: Revocando la sentencia de la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, (...) que confirmó la apelada, que declaró improcedente la Acción de Hábeas Corpus, y reformándola la declararon infundada”. Exp. N° 365-97-HC/TC. Lima 2 de abril de 1998.

[293] “Los emplazados han negado, la supuesta incomunicación y restricción de los derechos de la interna, con ocasión que recibiera la visita de su abogado, no

476. “La incomunicación es algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de la situación de incomunicación para los derechos del ciudadano”.^[294] Las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige. Cabe precisar que puede acumularse a la medida de detención preliminar, con una duración no mayor de diez 10 días, siempre que no exceda el plazo de duración de esta última.
477. Será necesario que consten como presupuesto de la medida, los indicios de los que se pueda deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado, pues la conexión “entre la causa justificativa de la limitación pretendida –la averiguación del delito– y el sujeto afectado por esta –aquel de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él– es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad”^[295]

C. El impedimento de salida del país

478. El impedimento de salida del país es una modalidad de la comparecencia con restricciones, se define como “(...) una medida limitativa del derecho fundamental a salir del territorio nacional y entrar en él, reconocido por el inciso 11 del artículo 2 de la Consti-

habiéndose producido la entrevista por cuanto la interna en dicha oportunidad atravesaba por una crisis esquizofrénica; (...) los argumentos vertidos por los emplazados tienen correspondencia probatoria con los documentos que obran (...), los mismos que permiten inferir que la supuesta agraviada, efectivamente, padecía de alteraciones mentales que hicieron necesario su aislamiento y urgente traslado a un nosocomio de salud mental a fin de que reciba tratamiento especializado. Que, los hechos objetivamente probados desvirtúan que los funcionarios denunciados hayan transgredido los derechos constitucionales que se invoca en la demanda”. Exp. N° 230-97-HC/TC. Lima 3 de abril de 1998.

^[294] STC N° 196/1987, Madrid, 16 de diciembre, FJ. 11.

^[295] SSTC N° 49/1999, Madrid, 4 de abril, FJ 8.

tución. Que, por su naturaleza cautelar, tiene como características (...) su variabilidad o reformabilidad, ya que solo se debe mantener cuando sea estrictamente necesaria y exista riesgo tangible de fuga del imputado. Tercero.- Que, además, el impedimento de salida del país, por ser una medida restrictiva del derecho a la libertad de tránsito solo puede ser determinada por las necesidades de protección de los fines del proceso”.^{[296][297]} Así el investigado goza de un derecho restringido a la libertad de tránsito circunscrito a la localidad en la que habita.^[298]

479. Esta medida cautelar tiene la finalidad de evitar la sustracción del investigado de los actos de búsqueda de medios de prueba que realiza el Fiscal.^[299] Así, el Fiscal solo puede requerir al órgano jurisdiccional que imponga esta medida cautelar cuando existan elementos de juicio suficientes que permitan razonablemente inferir

^[296] Segundo Juzgado Penal Especial. Exp. 48-2001. Lima 4 de febrero de 2003. Tomo S.

^[297] El impedimento de salida del país es “aquella medida dispuesta por el órgano jurisdiccional, que contiene la afectación de derechos o libertades personales sin llegar a constituir una privación de libertad de manera efectiva en sede penal”. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial IDEMSA, Lima, 2004, pág. 743.

^[298] “Dicho impedimento de salida deberá ser dictado atendiendo a la naturaleza de dicha medida y a las necesidades que existan al interior de un proceso, las cuales pueden ir graduándose de acuerdo con su desarrollo y/o al latente peligro procesal que evidencie que el procesado pueda sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. En ese sentido, el juez, dentro de dicha graduación, puede llegar incluso a dictar la orden de detención del acusado, máxima restricción a la libertad individual”. Exp. N.º 1790-2005-PHC/TC. Lima, 4 de mayo de 2005.

^[299] “El impedimento de salida del país es una medida coercitiva de carácter personal que solo se justifica cuando existen presunciones de que el procesado rehuirá la acción de la justicia; que en el caso de autos, el delito imputado al accionado (...) se encuentra sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, situación que motivó al Juez Penal a dictar la medida de comparecencia simple, citándolo a la vez a su instructiva, mandato que el procesado cumplió (...) que, en consecuencia tal peligro no existe, más aún cuando el encausado se dedica a la actividad empresarial en nuestro territorio”. Exp. N.º 4594-98 “A” Lima, 18 de noviembre de 1998.

que el justiciable rehuirá la investigación, a ello se debe sumar la presencia de suficientes elementos probatorios que vinculen al investigado con el hecho punible.^[300]

480. Lo anotado significa que para la imposición particular de esta medida cautelar, es indispensable evaluar la existencia del peligro de fuga, que es un elemento integrante del peligro procesal.^[301] El denominado “peligro procesal” es entendido como el análisis de las circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo de la investigación ligadas con las actitudes y valores del procesado, su ocupación o profesión, sus bienes, sus vínculos familiares, su arraigo sólido; y todo otro factor suplementario adecuado que permita concluir que no abusará de su libertad, previa a la determinación de su eventual responsabilidad penal.^[302]
481. El peligro de fuga no puede subsumirse o identificarse absolutamente con el *fumus boni iuris*, pues el juez para decretar esta medida cautelar siempre ha de ponderar otros estándares que puedan acreditar la ausencia del peligro de fuga del investigado; no se trata pues de expresar la existencia abstracta de posibilidad de fuga del

[300] “Sexto.- Que, del petitorio de los impugnantes se refiere que solicitan la variación de la comparecencia restrictiva impuesta por otras menos graves; en este sentido, analizando el Ampliatorio de la Instrucción tenemos que los argumentos señalados para instruirlos son muy genéricos, toda vez que se basa en indicios que han sido materia de la calificación en la denuncia primigenia, más aun, respecto de la suficiencia probatoria no se ha evidenciado prueba contundente que los vincule con el supuesto cargo; sobre el peligro procesal, no se ha identificado motivo alguno que permita sospechar que intenten sustraerse del accionar de la justicia o exista perturbación de la actividad probatoria”. Segundo Juzgado Penal Especial. Exp. 41-01. Resolución N° 33. Lima 28 de diciembre de 2004. Tomo Y.

[301] “La medida de impedimento de salida del país, incluyendo la de no ausentarse del lugar de residencia, restringe legítimamente el derecho a la libertad de tránsito, y tiene como objeto asegurar la presencia de la persona afectada en el proceso”. Exp. N° 1077-2002-HC/TC. Lima, 8 de julio de 2002.

[302] “Al advertirse que el inculcado ha señalado domicilio y ocupación conocidos, así como estando a las condiciones personales del mismo, esto es que en autos no obra certificado que le registre antecedentes penales, ni policiales, ni requisitorias, lo cual hace prever la no existencia de peligro procesal”. Exp. N° 7158-97-A. Lima, 16 de enero de 1998.

inculpado, sino enervar con un razonamiento explicitado objetivo y subjetivamente particularizado, la fuerte presunción de que el justiciable abusando de su libertad no retornará al país.^[303]

482. Esto significa que la presencia de un riesgo de fuga no puede ser considerada de improviso, ni únicamente en atención a la gravedad del delito por el que se le investiga, sino en razón a la necesidad que se tenga del investigado para la indagación de la verdad.^[304]
483. Cabe precisar que si bien el peligro de fuga puede estar presente al inicio de la investigación, ello no significa que permanezca estática, pues satisfecha la finalidad por la que se impuso esta medida o teniendo en cuenta la variación de los supuestos que se tuvieron en cuenta al momento de decretarla, se puede modificar, tanto por la aparición de otros elementos indiciarios, medios de prueba o por el mero transcurso del tiempo favorables todos ellos al investigado, ya que a mayor tiempo de permanencia del investigado en investigación, menor riesgo de fuga.

D. El secuestro y/o la incautación

484. Se trata de una medida preventiva y provisional regulada en el numeral tercero del artículo 2, del Decreto Legislativo N° 988. Esta medida afecta directamente el derecho fundamental de toda per-

[303] Ciertamente sector de la jurisprudencia ha considerado que para evaluar la presencia del peligro de fuga, se debía considerar conjuntamente el análisis de la prognosis de pena privativa de la libertad. Al margen de las críticas que se pueden hacer a esta forma de interpretación, lo cierto que la reducción de la prognosis de pena a un año, le quita legitimidad a esta forma de interpretación, toda vez que este requisito se ha hecho extensivo a casi todos los tipos penales, por lo que su inclusión para analizar el peligro de fuga le quita razonabilidad a esta forma de interpretación.

[304] "Dicho impedimento de salida deberá ser dictado atendiendo a la naturaleza de dicha medida y a las necesidades que existan al interior de un proceso, las cuales pueden ir graduándose de acuerdo con su desarrollo y/o al latente peligro procesal que evidencie que el procesado pueda sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. En ese sentido, el juez, dentro de dicha graduación, puede llegar incluso a dictar la orden de detención del acusado, máxima restricción a la libertad individual". Exp. N° 1790-2005. Lima, 4 de mayo de 2005.

sona a la propiedad, que se encuentra reconocida en el artículo 2, inciso 16 de la Constitución Política del Estado.

485. El secuestro y/o incautación consiste en el apoderamiento forzoso por parte de la autoridad del Ministerio Público de los objetos del delito o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente del delito, así se encuentren en poder de personas naturales o jurídicas.
486. SAN MARTÍN CASTRO al respecto señala que “la incautación será una medida provisional cuando tenga como objeto efectos e instrumentos del delito y beneficios obtenidos por las personas jurídicas (art. 102 y 104 CP) y, excepcionalmente, en los casos establecidos por la ley, los objetos obtenidos y los objetos del hecho, ‘*corpus delicti*’. En los supuestos de ‘piezas de convicción’, esto es, objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios probatorios y de ‘objetos obtenidos y objetos del hecho que no puedan perder en beneficio del Estado o de la víctima’, el secuestro será meramente instrumental, es decir, tiene una función esencialmente probatoria y de naturaleza coercitiva”.^[305]
487. La incautación está regulada desde el artículo 316 al 320 del CPP, puede acudirle supletoriamente al Código Procesal Civil, siendo aplicable para el caso los artículos 643, 656, 657, 661, 669, entre otros. La norma con relación a los efectos (bienes, dinero, ganancias o cualquier otro producto del delito), precisa que se procederá a su secuestro y/o incautación aunque se encuentre en poder de personas naturales o jurídicas. Aquí debe distinguirse los delitos que se cometen en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o utilizando su organización para favorecerla o encubrirlo, situación que se encuentra regulado en el artículo 105 del Código Penal.

^[305] SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Ob. cit., pág. 1197.

488. En efecto, no existirá ningún problema en secuestrar y/o incautar bienes o dineros que se encuentran en poder de personas naturales o jurídicas cuando se determina que ellos son efectos del delito. Sin embargo, es distinto cuando se interviene a una persona jurídica por delitos cometidos en el ámbito de sus actividades. Aquí, dicha persona será imputada o acusada o corresponderá ejercer todos sus derechos en el marco de la investigación o proceso penal, y también será posible aplicarles medidas cautelares durante la investigación preliminar.
489. El artículo 316.1 del CPP permite que el secuestro y/o incautación de bienes, dinero etc. lo puede disponer el Fiscal o la Policía siempre y cuando exista peligro por la demora y se cuente con suficientes elementos de convicción. Esta decisión será puesta en conocimiento del Juez inmediatamente quien podrá confirmarla o dejarla sin efecto.
490. Es importante señalar que el peligro no puede ser alegado por el Fiscal en forma abstracta, sino es necesario identificar el peligro en concreto. Esto se realiza mediante un juicio de proporcionalidad entre las particulares características del investigado y los elementos de prueba que pueden ser susceptibles de alterar o suprimir. Como se ha indicado, realizada la incautación esta será puesta inmediatamente en conocimiento del Juez, quien evaluará la pertinencia y utilidad de la incautación en relación con los elementos de convicción presentados por el Fiscal, si los fundamentos expresados lo convencen convalidará dicha medida, en caso contrario la dejará sin efecto.
491. Finalmente, las actuaciones realizadas por el Fiscal deben ser plasmadas en un acta, que será puesta en conocimiento inmediatamente del Juez Penal, para los fines de control que ejerce dicha autoridad.

E. El embargo

492. "El embargo es la medida cautelar que tiende a asegurar el resultado del proceso en lo que se refiere a la ejecución de las condenas pecuniarias, restitución o indemnización civil, multa y costas. Es un

gravamen que con esa finalidad recae sobre el objeto, constituyendo un estado de indisponibilidad”.^[306] Así, el embargo, como cautela, es protección o aseguramiento de los bienes del embargado.

493. SAN MARTÍN CASTRO señala que “el carácter o efecto de aseguramiento del embargo se expresa en el hecho de que mantiene o constituye una situación adecuada para que en su momento, pueda hacerse efectiva la sentencia principal, sin obstáculo de difícil superación y con toda plenitud”.^[307]
494. Lo que característico del embargo, conforme lo establece el artículo 303° del CPP, es la indisponibilidad jurídica del objeto embargado; esto significa, que el sujeto sobre el que recae la custodia del bien (imputado o un tercero) tiene el deber jurídico de abstenerse de todo acto jurídico o físico que tenga por resultado el desapoderamiento del bien, la disminución total o parcial de valor del bien, la destrucción del bien, etc., debe por tanto, evitar poner el riesgo en bien embargado.
495. Esto no implica necesariamente desapoderamiento del bien, sino más bien de un límite a la disponibilidad patrimonial, en particular a transferir el bien, ya sea mediante venta, donación, anticresis o cualquier otro medio contractual, que está sancionada con la nulidad del acto de transferencia.
496. Así, la indisponibilidad jurídica del objeto embargado, no impide por regla general que el titular del bien no lo use, caso como el embargo en forma de inscripción o de depósito (en los casos que el depositario sea el mismo procesado), el embargado tiene disponibilidad de uso y disfrute del bien en tanto no lo deteriore, salvo los casos de secuestro o que el bien sea entregado en depósito a un tercero.
497. Es posible que a pedido de parte, el embargo se pueda extender a los productos y cosas accesorias del bien embargado; en estos ca-

^[306] CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Ibidem., pág. 387.

^[307] SAN MARTÍN CASTRO, César. “La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito”. Ob. cit., pág. 312.

sos, el embargo puede abarcar los frutos los cuales recibidos por el depositario (un tercero o el propio procesado) deben conservarse, sin que sea posible su uso para fines distintos a la propia conservación del bien. En estos casos, los recursos generados por el bien al formar parte del embargo deben consignarse a favor del juzgado o en su caso deben ser depositados en una cuenta de ahorros por el depositario, quien deberá dar cuenta al juez de la custodia de los recursos generados por el bien.

498. Otra característica del embargo, es que el bien requiere ser individualizado, es decir, que debe practicarse sobre bienes y derechos concretos, excluyéndose cualquier bien indeterminado o cuya efectiva existencia no se ha identificado.
499. La elección del bien capaz de cubrir la expectativa patrimonial queda a elección del actor civil o en caso de no haberse constituido este del Fiscal quien sobre la base de la proyección de la reparación civil establecida al momento en que se constituye en parte civil (para los casos del actor civil) o en el caso del Fiscal en el momento en que proyecte el posible perjuicio sufrido por la víctima tiene la carga de proponer el monto y la forma que adquirirá el embargo que considere pertinente, atendiendo al riesgo de pérdida o de frustración o de disminución de valor que pueda sufrir el bien que se pretende embargar.
500. Es por ello que alrededor del embargo se reúnen un conjunto de actividades procesales y extra procesales, que se presentan como una secuencia: "La primera fase engloba dos tipos de actividades, a saber: la localización y la elección de bienes. La localización de bienes es definida como la actividad que se lleva a cabo para determinar la extensión del patrimonio del ejecutado susceptible de embargo, con el fin de que el Ejecutor pueda elegir luego los bienes sobre los que ha de recaer la traba, afectación, dado que toda actividad selectiva precisa anteriormente de un conocimiento de todos los elementos entre los cuales ha de llevarse a cabo la selección".^[308]

^[308] CARRERAS LLANSANA, Jorge. El embargo de bienes. José M. Bosch, Barcelona, 1957, pág. 200.

501. La elección de los bienes es un acto procesal guiado por una actividad psicológica, por el cual se elige el bien o los bienes idóneos para cubrir la proyección que se tiene, sería la reparación civil, es decir, para asegurar la efectividad de la sentencia. En este contexto, el embargo se concibe relacionado a una pretensión de condena.
502. Se comprende que el embargo como pretensión de parte es la que plantea el monto objeto de embargo, la forma en que este se trabara, ello porque sujetar el patrimonio a la esfera del imputado de la forma más idónea posible, es una circunstancia que debe ser analizada y propuesta en atención a la situación patrimonial del imputado y al contexto procesal en que se pide.^[309]
503. Otro punto importante, vinculado a la ampliación, reducción o sustitución del embargo, o de las garantías adoptadas, cuando un cambio de las circunstancias permitan presumir de la suficiencia del bien para cubrir la responsabilidad civil, esto es posible conforme lo señala el artículo 305° del CPP.
504. La ampliación del embargo se presentan en aquellos casos en que existen circunstancias objetivas, posteriores a la imposición del embargo que justifiquen el cambio. Mientras que la reducción se presenta en aquellos casos en los que se acredita la existencia de circunstancias que permitan afirmar que el posible daño ocasionado es menor al inicialmente valorado, por lo que resulta excesiva la medida de coerción real en atención a los nuevos hechos invocados.
505. La sustitución consiste en la modificación de la medida decretada originariamente por otro u otros de valor equivalente, se hace con la finalidad de evitar posible perjuicios. Corresponde a quien pide la

[309] “Tercero.- Que, una de las funciones del proceso penal es lograr una efectiva reparación del daño causado como secuela del hecho punible, y para cuyo efecto deben adoptarse los mecanismos procesales necesarios, en ese sentido el artículo 94 del Código de Procedimientos Penales faculta al juez trabar embargo preventivo sobre los bienes del inculpado en un monto suficiente que asegure la satisfacción plena del pago de la reparación civil”. Exp. N° 042-2003-T1, Sala Penal Especial “C”. Lima, 27 de octubre de 2004. Ponente: Baca Cabrera.

sustitución proporcionar otro bien de igual o mayor jerarquía y que al mismo tiempo no disminuya la garantía que representa, se debe acreditar el valor real de los bienes ofrecidos a cambio, así como su libre disposición a efectos de mantener la seguridad existente.

506. La mutabilidad es una característica de las medidas cautelares, por lo que pueden ser sustituidas a pedido de cualquiera de las partes, se exige que la propuesta de cambio de ajuste al fin y funcionalidad para la cual se ha ordenado la traba, es decir, se debe demostrar la suficiencia de la sustitución propuesta, lo cual no implica identidad, ya que la nueva cautela nunca será igual a la anterior, pues puede darse el caso que resulten insuficientes o excesivas o no adecuada a la situación que se presenta al momento de solicitar la sustitución.

E. 1. Clases de embargo

507. El artículo 303°1 del CPP nos remite al Código Procesal Civil que en los artículos 642° y siguientes desarrolla las diversas modalidades que puede adquirir el embargo, dependiendo del bien o bienes que requieran ser cautelados. Los más comunes en materia procesal penal son:

- a. Embargo en forma de depósito.- El embargo en forma de depósito es una medida conservativa según lo establece el artículo 649° del Código Procesal Civil que señala que el obligado será constituido en depositario. El embargado es nombrado como depositario generalmente en aquellos casos en los que los bienes embargados son destinados a una actividad productiva, piénsese en un vehículo utilizado para realizar servicio de taxi, también se lo nombrará depositario en aquellos casos en los que el traslado del bien resulte de difícil consecución, piénsese en maquinaria para la construcción por ejemplo, lo mismo sucederá si el bien fuese difícil de almacenar o no se contara con la infraestructura para mantener el bien en estado de conservación o no existiera el espacio necesario para almacenar el bien en condiciones que impidan su deterioro.

“El litigante, propietario de los bienes, al ser designado depositario de estos, asume las mismas responsabilidades procesales, civiles y penales que cuando el custodio es un tercero. Como depositario

debe mostrar su asentimiento para aceptar el cargo, asumiendo el compromiso de desempeñar bien y con lealtad su función, así como presentar los bienes cuando le sean requeridos. Las circunstancias que el depositario sea a la vez dueño de los bienes embargados, no le exime de pena si los vende o les da otro destino que haga ilusorio el embargo; al igual la entrega de los bienes en depósito no importa reconocimiento de dominio, ni autoriza su uso”.^[310]

- b. Embargo en forma de secuestro.- “El secuestro se trata de una forma de embargo, por la cual los bienes u objetos son puestos a custodia de una tercera persona, una entidad pública o privada, esta persona denominada depositario judicial tiene el deber de custodiar y conservar el bien con diligencia, exhibiendo o poniéndolo a disposición del juez cuando este lo requiera”.^[311]

El secuestro de bienes procede cuando otras formas de embargo no aseguran de por sí el derecho invocado, y siempre que sea indispensable para la guarda o conservación de los bienes objeto de cautela; esto quiere decir que esta medida cautelar tiene carácter asegurativo y conservativo.^[312]

El artículo 643° del Código Procesal Civil señala dos características de esta medida cautelar: la disposición y la entrega al custodio del bien.^[313]

[310] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pág. 136.

[311] KIELMANOVICH, Jorge K. Medidas cautelares. Ob. cit., pág. 207.

[312] “La desafectación de un bien con desposesión y entrega al custodio, lo que viene a constituir el secuestro judicial, es una medida que se explica en la necesidad de evitar la burla por parte del demandado [...]. La medida cautelar de secuestro solo se dicta cuando se dilucida el derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien dándose el secuestro judicial y para asegurar el pago dispuesto, por mandato ejecutivo”. Exp. N° 2774-97, Primera Sala Corporativa Civil Corte Superior de Lima, en: PELÁEZ BARDALES, Mariano, El Proceso Cautelar, Editorial Grijley, Lima, 2005, pág. 883.

[313] “El secuestro judicial consiste en afectar única y exclusivamente –bajo las condiciones descritas precedentemente– el bien cuya propiedad o posesión es materia de dilucidación en el proceso principal, mientras que con el se-

La jurisprudencia anota que:

“El artículo 643° del Código Procesal Civil señala que la medida de secuestro [...] puede recaer sobre determinado bien, sin hacer distinción que este sea mueble o inmueble, ello no significa que se deba soslayar la naturaleza del bien sobre el que va a recaer la medida cautelar. No puede ser aplicable el secuestro a un inmueble en litigio, pues, para ello el ordenamiento procesal ha regulado el ejercicio de otro tipo de medida, en función a que el inmueble se encuentre inscrito o no tenga esa condición”.^[314]

El secuestro conservativo se ejecuta depositando los bienes en un almacén legalmente constituido o designando custodio, en ambos casos deberá permanecer con estricto orden de inamovilidad, pues lo que se pretende es conjurar el peligro de que el bien al ser explotado económicamente pueda depreciarse aceleradamente.^[315]

secuestro conservativo se puede afectar cualquier bien o bienes del deudor, al ser objetivo es asegurar el pago que se disponga en un mandato ejecutivo”. Exp. N° 716-2005, CSJL, Primera Sala Corporativa Civil, 1 diciembre 2005, en: SGJC.

^[314] Exp. N° 12364-97, 19 mayo de 1997, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, en: Jurisprudencia. Preguntas y Respuestas. Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, Año 2, N° 19, enero, Lima, 2005, pág. 17.

^[315] “El secuestro, como medio de desapoderamiento del bien de la posesión del accionado y su entrega a un custodio, cuando es judicial, debe recaer sobre cosas cuya propiedad es la razón del proceso principal, instaurado o a instaurarse, cuando es conservativo, o sea cuando esa figura sirve de garantía para el resultado del litigio; en nuestra ley procesal no se condiciona que el bien escogido sea el objeto de la pretendida reclamación. Esa interpretación particular que nuestra ley procesal hace de la figura del secuestro, denominándolo conservativo y desligando el bien de su condición natural de identificación con el litigio, limita su ejercicio al proceso ejecutivo y a la existencia del mandato de pago”. Ponentes por mayoría: Álvarez Guillén y Betancour Bossio. Exp. N° 965-95-Lima, Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, 10 septiembre de 1997.

El depositario judicial^[316] es un sujeto auxiliar del juez que no se encuentra relacionado con las partes por vínculo alguno, por lo que no depende de los litigantes y sus relaciones con ellos es indirecta a través de las instrucciones y directivas que le imparte el juez. Sus derechos y obligaciones respecto de los litigantes –propietario de los bienes cautelados, solicitante de la medida– se hacen efectivos mediante decisión del juez.^[317]

Los derechos del depositante responsable por la conservación, custodia y/o mantenimiento del bien que le ocasione un costo económico, puede ser reclamado al juez, el mismo que dispondrá que quien solicitó la medida cautelar (actor civil y/o el Ministerio Público) abonen el gasto ocasionado, este monto será objeto de un reintegro bajo el concepto de costas procesales.

“El depósito se diferencia del secuestro en los efectos, pues mientras los bienes embargados quedan bajo custodia del propio deudor-propietario, si este ha sido nombrado depositario, tal facultad no existe en la hipótesis del secuestro, por cuanto las cosas afectadas por la medida se ponen bajo custodia de un tercero”.^[318]

^[316] La desafectación de un bien con desposesión y entrega al custodio, lo que viene a constituir el secuestro judicial, es una medida que se explica en la necesidad de evitar la burla por parte del demandado [...]. La medida cautelar de secuestro solo se dicta cuando se dilucida el derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien dándose el secuestro judicial y para asegurar el pago dispuesto, por mandato ejecutivo”. Exp. N° 2774-97, Primera Sala Corporativa Civil Corte Superior de Lima, en: PELÁEZ BARDALES, Mariano, *El Proceso Cautelar*, Op. cit., pág. 883.

^[317] “Los depositarios judiciales tienen que ser personas particulares designadas o nombradas con las formalidades del caso, ya que son mandatos u órdenes de la autoridad y no simples actos contractuales, los que confina a dichos particulares de los bienes o dinero, y que según el inciso del artículo 425 del Código Penal, tienen también la calidad de funcionario público”. R.N. N° 3380-2006-ANCASH. Lima, 28 de enero de 2008, Vocal Ponente: Salas Gamboa, *Gaceta Penal*, N° 10, *Gaceta Jurídica*, Lima, abril 2010, pág. 184.

^[318] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Ob. cit., pág. 136.

- c. Embargo en forma de inscripción.- El artículo 656° del CPC desarrolla esta modalidad de embargo. “Se trata de una medida que tiene por objeto la tutela de la integridad o valor económico de los bienes sobre los cuales recae, cuya finalidad se agota con la pura oponibilidad de la sentencia y sin que en ningún caso pueda impedir su disposición o embargo ni acordar prioridades o preferencias respecto de ulteriores anotaciones o de otras medidas cautelares”.

En similar sentido se expresa LEDESMA NARVÁEZ cuando señala que “el embargo en forma de inscripción se orienta a inmovilizar jurídicamente los bienes del deudor para evitar que estos se dispersen. En el caso específico del embargo en forma de inscripción, el bien está registrado y por tanto, en atención al principio de publicidad, se pone en conocimiento *erga omnes* la afectación del bien por un monto determinado. Ello no impide la transferencia del bien, solo comunica la existencia de la medida cautelar, de tal manera que, quien lo adquiere asume los efectos jurídicos de dicha medida”.^[319]

“La finalidad de las anotaciones preventivas es publicar situaciones jurídicas aún no consolidadas y proteger transitoriamente cualquier derecho o acción sobre el acto materia de la anotación preventiva”.^[320] Se trata así de una inscripción temporal que se realiza para asegurar en el registro el cumplimiento del fallo judicial emitido en el proceso penal.^[321]

^[319] LEDESMA NARVÁEZ. Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Ibidem, pág. 146.

^[320] Casación N° 2684-2001-Lima, 18 enero 2002, en: Jurisprudencia civil, Editora Normas Legales, 2002, Trujillo, Tomo I, págs. 55, 59.

^[321] “La solicitud presentada trata sobre una anotación preventiva, la misma que por su esencia es de carácter temporal y tiene por objeto asegurar en el registro la eficacia de un derecho real que no pueda ser inscrito de forma definitiva, de modo que la seguridad jurídica que persiguen los Registros Públicos está determinada precisamente por la temporalidad de esta inscripción y por el hecho que se haya previsto un plazo de 30 días para que los terceros tomen conocimiento respecto de los inmuebles que serán objeto de saneamiento legal e inclusive formulen oposición judicial si fuera el caso”.

De este modo, la anotación de la medida cautelar busca oponer *erga omnes* y hacer perder la buena fe de todo aquel que pretende adquirir el bien objeto de cautela o aquel en cuyo favor hubiesen de constituirse derechos reales.

La anotación de la medida cautelar no impide la enajenación del inmueble o mueble, pero el nuevo propietario asume las cargas que generen la restitución del bien, si es declarado extinguido el dominio del vendedor.^[322]

Cabe precisar que “los efectos de la inscripción registral de un derecho que se deriva de una anotación preventiva se retrotraen a la fecha y hora de presentación del título que dio origen a dicha anotación”.^[323]

Por último, como anota la jurisprudencia “el supuesto de anotación preventiva de resoluciones judiciales que no den mérito a una inscripción definitiva, previsto en el artículo 65° del Reglamento General de los Registros Públicos, está referido a aquellas resoluciones no consentidas, por ende no comprende a las sentencias consentidas o ejecutoriadas”.^[324]

- d. Embargo en forma de administración de bienes.- El artículo 669° del CPC establece este tipo de embargo, busca que las decisiones económicas relativas a una empresa que generan actividades productivas, sean administradas por persona distinta del imputado o del tercero civil responsable, denominado administrador judicial.

Exp. N° 096-95-OCRL/TR, en: Normas Legales, Tomo 237, Trujillo, 1996, pág. J-13.

[322] “La anotación preventiva de la demanda, en modo alguno impide al demandado el ejercicio del derecho de propiedad sobre el bien materia de juicio”. Exp. N° 2299-95. Cuarta Sala Superior de Justicia de Lima. Lima 02 de mayo de 1996.

[323] Resolución N° 199-97-ORLC/TR, en: Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, Tomo X, pág. 357.

[324] Precedente de observancia obligatoria. I Pleno, Tribunal Registral, 13 y 14 septiembre de 2002, en: El Peruano, Lima, 22 enero 2003, I.3

El administrador judicial, conforme lo establece el artículo 671° del CPC, sustituye a los administradores preexistente con iguales derechos y obligaciones; sin embargo requieren de autorización judicial para enajenar o gravar bienes o participaciones de la empresa, o de esta en otras, o de bienes muebles o cualquier otro que por su importancia o naturaleza requieren de pronunciamiento judicial.

“El custodio de objetos embargados estará obligado a entregarlos, luego de la intimación judicial, bajo apercibimiento de ordenar su detención personal, si no entrega los objetos embargados al nuevo custodio. Ello en ejercicio de la facultad coercitiva del juez (inciso 2 del artículo 53° del CPC). Por otro lado, es importante precisar que el segundo párrafo del artículo 649° del CPC establece textualmente, que el custodio ‘está obligado a presentar los bienes dentro del día siguiente de la intimación del juez’. Esto implica que si se notifica al custodio para la entrega de un bien afectado, el día lunes 14, la entrega debe materializarse al día siguiente de notificado, esto es, el martes 15, caso contrario, el custodio tendría que asumir las consecuencias legales que su resistencia genera. Bajo este contexto tampoco es atendible que el custodio justifique su resistencia a la no aplicación del plazo legal a que se refiere el artículo 147° del CPC, para condicionar la entrega del bien entregado en custodia; esto es, que entre la notificación para su actuación procesal y su realización, deban transcurrir por lo menos tres días”.^[325]

508. La imposición del embargo en forma debida requiere que se incorpore en el análisis valorativo los presupuestos formales y materiales, en aplicación del artículo 253°.2 y del artículo 254°.1 del CPP y requiere de *una especial motivación*; este presupuesto opera como garantía que protege al justiciable en defensa de sus derechos y libertades.

^[325] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ibidem, pág. 137.

F. La orden de inhibición

509. La orden de inhibición establecida en el artículo 310° del CPP es una medida de coerción real de carácter conservativo, excepcional, genérico e indiscriminado que recae sobre aquellos bienes de la persona natural o jurídica, sea este imputado o tercero civil responsable, que no han sido objeto de embargo.
510. La inhibición es subsidiaria al embargo en tanto tiene por objeto evitar que se venda o que se grave un bien mueble o inmueble, con esto se impide el poder disponer respecto de los bienes que han sido objeto de esta medida cautelar. De este modo la inhibición es una limitación a la incapacidad de disponer o gravar los bienes inmuebles que han sido restringidos mediante una decisión jurisdiccional. Es el juez quien dispondrá la adopción de la medida y ordenará su inscripción ante el Registro de la Propiedad, en el libro respectivo.^[326]
511. La inhibición evita la transmisión, constitución, modificación de un derecho real que pueda identificarse como perteneciente al imputado o tercero civil, por lo que se proyecta sobre bienes conocidos e individualizados, pero no embargados. La naturaleza de la inhibición, es tanto de índole preventiva como ejecutiva, pero esencialmente sustitutiva del embargo; por lo que no procede si se ha cumplido la finalidad del embargo, esta medida cautelar no tiene prioridad sobre otra medida cautelar real.
512. Como cuestión previa a que se decrete la inhibición de los bienes del imputado o del tercero civil es necesario acreditar la imposibilidad de practicarse el embargo por desconocerse la existencia o individualización de bienes, tal diligencia queda suplida por la manifestación del ejecutado en tal sentido.

^[326] Para ARAZI, "La inhibición constituye una medida cautelar sucedánea del embargo, decretable cuando este no puede hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor o por no cubrirlos totalmente del crédito reclamado" ARAZI, Roland. Medidas cautelares. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 216.

513. En efecto, la orden de inhibición en el sistema jurídico penal peruano encuentra un tratamiento completo y desarrollado en el derecho procesal civil, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, razón por la cual, se aplica para estos efectos de forma subsidiaria el Código Procesal Civil vigente en la medida que sea compatible a la finalidad del proceso penal.
514. Desde el punto de vista de aplicación y alcance entre la orden de inhibición y el embargo de los bienes, se tiene que estas son diferentes tanto por su contenido como por su finalidad. En ese sentido, el embargo es una decisión judicial de prohibición de disposición de bienes del imputado o del tercero civil y se realiza en un bien inmueble anotando la orden judicial en el registro de la propiedad; si lo embargado es una cosa mueble no registrable, se secuestrará y será puesta bajo depósito judicial; si es registrable se anotará en su respectivo registro. Por su parte, la inhibición es la anotación en registros públicos que imposibilita que el titular pueda disponer o enajenar sus bienes por orden judicial.
515. La orden de inhibición debe ser solicitada por el Fiscal o el actor civil, por lo que no procede de oficio. El órgano competente de ordenarla será el juez de la investigación preparatoria y su procedencia o no se resolverá en audiencia pública de acuerdo a las reglas que rigen el sistema de audiencias establecidas legalmente.
516. Para declararse procedente la orden de inhibición deben cumplirse ciertos presupuestos como son que el Fiscal identifique el bien o derecho embargable y deberá motivar su pretensión. Se dictará la orden de inhibición siempre que existan suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad autor o partícipe del delito objeto de imputación, y por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien.
517. En los casos que sea denegada la orden de inhibición, el Fiscal podrá volver a pedir se analice la pretensión, si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición, es decir, si se presentan nuevos hechos o medios de prueba que estén orientados a

acreditar que la persona jurídica va a disponer de su patrimonio. Cabe anotar que en el supuesto en que se haya dictado sentencia condenatoria, y esta fuere impugnada procede la ejecución de la orden de inhibición, sin necesidad de contracautela ni que se justifique expresamente la probabilidad delictiva.

518. En el caso que se requiera el levantamiento de la orden de inhibición el imputado debe presentar al juzgado bienes que puedan ser objeto de embargo, o consignar suma de dinero equivalente al monto que es objeto de inhibición o cualquier otra garantía que el juez estime suficiente.
519. El artículo 310° del CPP señala que los requisitos de la orden de inhibición son los mismos que del embargo, por lo que los requisitos materiales son la verosimilitud del derecho, entendido como apariencia del delito y el peligro en la demora. Presupuesto material propio de esta medida cautelar es que el solicitante debe manifestar de forma expresa que no conoce bienes libres, para ello debe previamente realizar indagaciones previas tendientes a establecer la inexistencia de tales bienes y consiguiente la imposibilidad de trabar el embargo pertinente.

G. El allanamiento de inmuebles o lugares cerrados

520. El allanamiento es un procedimiento previsto en el artículo 214 y ss del CPP cuya finalidad es la de legitimar el ingreso a domicilios sobre los que exista motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación.
521. El artículo 7 de Ley N° 27379 modificado por Decreto Legislativo N° 988 señala que el:
"Allanamiento de inmuebles o lugares cerrados fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, siempre que existan motivos razonables para ello. La medida está destinada a registrar el inmueble y, de ser el caso, a su incautación. Esta medida puede tener también como finalidad la detención de personas o la realización de las medidas de secuestro o incautación a fin de asegurar los instrumentos, medios o elementos de convicción, objetos o efectos, provenientes directa o indirectamente de la infracción penal o los instrumentos

o medios con que se hubiere ejecutado. La solicitud y la resolución judicial indicarán expresamente la finalidad del allanamiento y registro. Cuando el Fiscal, al realizar una inspección en un lugar o en el curso de un allanamiento, encuentra en poder del intervenido o en el lugar objeto de inspección o allanamiento, medios u otros elementos de convicción, efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos o medios con los que se hubiere ejecutado, podrá examinarlos y, de ser el caso, dispondrá su aseguramiento levantando un acta, solicitando de inmediato al Juez se sirva dictar la orden de incautación de los mismos”.

522. Dos son las finalidades previstas por artículo 7 de Ley N° 27379 que debe ser concordado con el artículo 214 del CPP:

- a) **Allanamiento.**- Es el instrumento por el cual se genera la entrada en un domicilio u lugares cerrados con fines de registro de cosas, personas o la detención de persona imputada o evadida.
- b) **Registro de lugar cerrado.**- Tiene por finalidad el encontrar a persona evadida o un imputado oculto con la finalidad de detenerlo (en este caso funciona como un medio para efectivizar una medida de coerción procesal) o el encontrar y recoger bienes delictivos o cosas relevantes para una investigación, es decir, fuentes de prueba que sean útiles para la investigación.

Como explica ASECIO MELLADO “un registro llevado a cabo en un domicilio tiene una finalidad única, cual es hallar determinados objetos, cosas o instrumentos para posteriormente y mediante otros actos procesales proceder a su aseguramiento y, por último, introducirlos en el proceso a través de los diferentes medios de prueba. La finalidad del registro es, pues y únicamente, la de hallar cosas genéricamente hablando. Ni es la de asegurar, ni es la de autenticar, ni cualquier otra. El aseguramiento derivado de tener la cosa a disposición judicial no es consecuencia ni forma parte del registro, sino que se dispondrá a través de medios independientes y sujetos a regulación procesal especial, como puede ser el depósito, el secuestro o incluso el propio comiso o la destrucción de la cosa. (...) La introducción del objeto como medio de prueba tampoco depende del registro, sino de los actos procesales

autónomos de admisión de prueba y práctica de la misma, donde se realizan los convenientes controles de pertinencia y utilidad en el momento de la admisión y de autenticidad y contradicción en el momento de la práctica”.^[327]

523. El Allanamiento y registro están estrechamente vinculados, pues mientras la primera sirva para ingresar al domicilio, el segundo permite a la Policía la detención del imputado o la búsqueda y recojo de cosas e instrumentos que tengan relación con un presunto delito.

524. Se requiere de una orden judicial válidamente emitida por el juez de la investigación preparatoria que cumpla los presupuestos formales y materiales del artículo 214° del CPP (solicitud y ámbito del allanamiento), del 215° CPP (contenido de la resolución) y del 217° artículo del CPP (solicitud del Fiscal para incautación y registro de personas) no debe existir razón alguna para cuestionar a través de alguno de los mecanismos de exclusiones probatorias.^[328]

H. La inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales

525. El artículo 8 de Ley N° 27379 que modificado por Decreto Legislativo N° 988 señala que la:

^[327] ASECIO MELLADO, José María. “Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de Vladimiro Montesinos Torres en el mes de noviembre de 2000”. En: *Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los «vladivideos»*. Director José María Asencio Mellado. Editorial Grijley, Lima, 2008, págs. 99, 100.

^[328] La sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 28 de febrero de 1993 cuando señala: “la cuestión de la entrada y registro de un domicilio particular plantea dos problemas: primero, el de su licitud y consiguiente validez, licitud que solo se realiza si la invasión del derecho la inviolabilidad del domicilio se realiza cumpliendo algunas de las condiciones (que) (...) en principio, que exista resolución judicial (en nuestra legislación el artículo 2°.9 de la Constitución) que lo acuerde, como es el caso. En ausencia de tal resolución, la diligencia es ilícita y por ende, radicalmente nula. Pero por el contrario, la existencia de tal autorización evita la lesión de aquel derecho fundamental. Aparte de ello, la diligencia de entrada y registro debe cumplir con una serie de requisitos formales (artículo 214, 215 y 217 del CPP).

“Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales, siempre que fuere indispensable para la investigación del hecho delictivo a fin de garantizar la obtención de evidencias y retener, en su caso, las evidencias que se encuentren en su interior, levantándose el acta respectiva.

La inmovilización no podrá durar más de quince días y, excepcionalmente, podrá prorrogarse por igual plazo, previo requerimiento del Fiscal Provincial y decisión motivada del Juez Penal. La clausura temporal de locales se levantará una vez se realicen las diligencias periciales y de inspección necesarias al efecto, y no pueden durar más de diez días, salvo que existan motivos razonables para solicitar su prórroga hasta por el mismo plazo”.

526. Se trata de una medida temporal y accesoria prevista en el artículo 2 inciso 8 del Decreto Legislativo N° 988, disposición que importa una leve modificación de la misma norma contenida en la Ley N° 27379, solo referido al plazo.
527. La norma regula dos medidas cautelares provisionales: La inmovilización de bienes muebles y la clausura temporal de locales. En ambos supuestos, la finalidad es de carácter conservativo y está destinada a garantizar la adquisición de fuentes de prueba para evitar su contaminación, mientras se realizan las diligencias de inspección, constatación y pericias necesarias para la investigación. En este sentido, la inmovilización procede contra cosas muebles que por su naturaleza o dimensión no puedan ser puestas y mantenidas en depósito, es decir, que no puedan ser trasladadas a un lugar determinado con fines de depósito.^[329] Estos bienes constituyen evidencias del delito.
528. En tanto que la clausura temporal de locales está destinado a asegurar las evidencias existentes o las que se pueden obtener de las diligencias periciales. Como medidas cautelares están presididas por el peligro y la urgencia, solo estos casos pueden justificar su imposición.
529. La inmovilización no puede durar más de 15 días, salvo prórroga excepcional debidamente motivada por el mismo plazo. Asimismo,

^[329] SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. Derecho Procesal Penal, Ob. cit., págs. 1207, 1208.

la clausura de locales se levantará apenas culmine las diligencias periciales y de inspección, que en ningún caso podrá durar más de 10 días, salvo casos excepcionales en los que se podrá prorrogar por un plazo similar. En ambos casos, para prorrogar el plazo es necesario tomar en cuenta la gravedad del delito, la naturaleza de los hechos investigados y los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos.

I. El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria

530. Esta medida cautelar real tiene por finalidad que las instituciones del sistema bancario informen al Fiscal Provincial si el investigado tiene cuentas bancarias o títulos valores a su nombre en estas instituciones. En el caso del levantamiento de la reserva tributaria, su finalidad responde a que el Fiscal provincial conozca cuáles son los bienes que tiene declarados el investigado y cuál es su índice de ingresos y de egresos y si ello se compatibiliza con su actividad económica.

531. El segundo párrafo del numeral quinto del artículo 2 de la Ley N° 27379 señala que:

“En el caso de levantamiento del secreto bancario, la orden comprenderá las cuentas vinculadas con el investigado, así no figuren o estén registradas a su nombre. El Fiscal podrá solicitar al Juez el bloqueo e inmovilización de las cuentas. Esta última medida no puede durar más de quince días y, excepcionalmente, podrá prorrogarse por quince días más, previo requerimiento del Fiscal Provincial y resolución motivada del Juez”.

532. Lo anotado significa que el levantamiento del secreto de las cuentas bancarias y de ser el caso su bloqueo e inmovilización, no solo afecta a aquellas cuentas de pertenencia del investigado, sino de personas relacionados a él.

533. Para poder realizar tal acto es necesario precisar si efectivamente la cuenta que no pertenece al investigado está relacionado con él; es necesario en tal sentido que el Fiscal Provincial explique cuál es el iter razonativo que lo ha llevado a relacionar al titular de la cuenta que se pretende levantar el secreto bancario o inmovilizar los efectos halladas en ella, con el investigado; si no se explica esta conexión la solicitud debe ser declarada improcedente, al no guar-

dar relación con el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.

534. El tercer párrafo del numeral quinto del artículo 2 de la Ley N° 27379 señala:

“En el caso del levantamiento de la reserva tributaria, la orden podrá comprender a las empresas o personas jurídicas que por cualquier razón están vinculadas al investigado y consistirá en la remisión al Fiscal de información, documentos o declaraciones de carácter tributario”.

535. En este caso al igual que en la reserva del secreto bancario, es necesario que el Fiscal Provincial identifique la relación del investigado con las empresas o personas de las cuales se solicita se levante la reserva tributaria.

J. La exhibición y remisión de información

536. La remisión de información es una medida cautelar consistente en un requerimiento a las instituciones públicas o privadas para que remitan la documentación que obra en su poder que guarde relación con el objeto de la investigación y sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos.
537. Se trata de una medida cautelar que busca facilitar la labor de la investigación fiscal, a través de la colaboración forzada de las instituciones públicas o privadas, a efectos de que presten su apoyo incondicional, pero coactivo al esclarecimiento de los hechos investigados.
538. Por ello la Ley señala que en caso de negativa injustificada a remitir la información requerida, se entablará las acciones penales por resistencia y desobediencia a la autoridad, previsto en el artículo 368 del Código Penal, sin perjuicio de que el Juez Penal autorice la incautación de la información requerida, previo requerimiento del Fiscal Provincial y decisión motivada del Juez Penal.

XX. III. Procedimiento y procedencia de las medidas limitativas de derechos

539. El artículo 3 de la Ley 27379 modificado por el Decreto Legislativo N° 988, establece que:

“La solicitud del Fiscal Provincial deberá ser fundamentada y acompañará copia de los elementos de convicción que justifiquen las medidas que requiere para el éxito de la investigación preliminar. El Fiscal deberá indicar el tiempo de duración de las medidas solicitadas y las especificaciones necesarias para concretarlas, en especial qué autoridad o funcionario, policial o de la propia Fiscalía, se encargará de la diligencia de interceptación de correspondencia.

Cuando el Procurador Público o la Autoridad Policial soliciten cualquiera de las medidas previstas en el artículo 2º y el Fiscal las considere procedentes, las solicitará al Juez en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior”.

540. La solicitud del Fiscal debe ser fundamentada, lo cual implica que debe contener los elementos de convicción que determinen razonablemente la existencia de peligro procesal, que supone la constatación de los actos por parte del investigado que manifiesten una inequívoca voluntad de obstruir la actividad probatoria o de evadir la acción de la justicia.
541. El Fiscal debe plantear los problemas técnicos que acarrearía para la investigación si no se impone una medida cautelar limitativa de derechos o establecer las posibles consecuencias que acarrearía la concesión de la medida restrictiva de derechos, adoptando un criterio que exprese en su razonamiento la aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de legalidad. Para este efecto, la norma obliga al Fiscal, a acompañar copia de los elementos de convicción que justifiquen las medidas.
542. Es imprescindible que el Fiscal establezca según su investigación qué hechos considera incluidos en cada uno de los tipos delictivos que investiga, con ello se evita incurrir en confusión y falta de concreción a la hora de establecer qué medida cautelar es la aplicable al caso en concreto.
543. Asimismo el Fiscal debe señalar cuál es en su criterio la medida cautelar que solicita, el tiempo de duración de dicha medida, las especificaciones necesarias para concretarlas, en especial qué autoridad o funcionario, policial con o sin la intervención de la propia fiscalía se encargará de ejecutar la medida cautelar concedida.

544. El artículo 3 de la Ley 27379 modificado por el Decreto Legislativo N° 988 permite que el Procurador Público o la Autoridad Policial soliciten también las medidas cautelares descritas en ambas normas. En estos casos si el Fiscal lo considera procedente solicitará al Juez la aplicación de las mismas. El artículo 4 de la Ley 27379 modificado por el Decreto Legislativo N° 988, regula la procedencia de la medida.

545. Las características del procedimiento son:

- a) El Juez debe resolver en el plazo de 24 horas la solicitud del Fiscal, mediante una resolución debidamente motivada.
- b) Solo la decisión denegatoria del Juez puede ser apelada, la misma que será resuelta por la Sala Penal Superior en el plazo de 24 horas.
- c) Este procedimiento es reservado y se procederá al registro de la medida una vez culminada, manteniéndose en reserva la identidad de la persona afectada.
- d) El Juez fijará el plazo de duración de las medidas limitativas de derechos, que no deberá exceder de 90 días, prorrogables por el mismo plazo. La fijación del plazo está en relación del tiempo razonable para poder llevar a cabo eficientemente la investigación y para esto se debe valorar la complejidad de la investigación (la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos), y la actividad procesal del investigado; entendida como la defensa obstruccionista, por la que busca dilatar o retrasar la investigación utilizando los recursos o resortes procesales que prevé la ley.
- e) La resolución del Juez será transcrita por el Fiscal, y en el oficio se indicará el nombre la persona afectada; así como las especificaciones especiales de la medida.
- f) El Juez, en cualquier momento puede solicitar información respecto de la ejecución de la medida.
- g) Cuando se trata de bienes que tienen que inscribirse en los Registros Públicos y no se encuentran a nombre del implicado,

el Fiscal cursará los partes a dicha entidad, transcribiendo la resolución judicial que ordena la medida.

- h) El Fiscal en el plazo de 24 horas debe cumplir con lo ordenado por el Juez. Culminada con la diligencia, el Fiscal deberá hacer llegar al Juez el acta que se levantó.
- i) Ejecutada la medida por el Fiscal, el Juez inmediatamente pondrá en conocimiento de la persona afectada la medida ordenada. Esta decisión puede ser apelada por el afectado en el plazo de tres días.
- j) El derecho del tercero de buena fe se encuentra protegido.

XXI

EL PROCESO DE PÉRDIDA DE DOMINIO

XXI. I. Definición

546. El Proceso de Pérdida de Dominio o extinción de la propiedad o posesión, es un mecanismo procesal cuya consecuencia es la pérdida por parte del titular a favor del Estado del derecho a la propiedad o la posesión a través de una resolución judicial firme.
547. Se trata de un proceso porque prevé un conjunto de actos procesales programáticos, mediante los cuales la pretensión de pérdida de dominio procede desde el momento en que se inicia los actos de investigación, pasando por la presentación de la demanda y la consecuente resolución final, existe un conjunto de actos procedimentales que fijan la competencia del Fiscal, Juez y Procurador Público, los plazos de los actos procesales y la forma en que las partes deben proceder, así como el modo de formalizar el procedimiento de Pérdida de Dominio.
548. Los antecedentes del Proceso de Pérdida de Dominio se encuentran en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena, 1988; el Convenio sobre blanqueo, detención, embargo y confiscación de los productos de un delito, Estrasburgo, 1990; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, 2000 y la Ley N° 793 del 27 de diciembre del 2002 promulgada por el Congreso de la República de Colombia que establece las reglas que gobiernan la extinción de dominio.
549. El Decreto Legislativo N° 992 que crea el Proceso de Pérdida de Dominio de fecha 21 de julio de 2007, fue modificado por el De-

creto Legislativo N° 1104 de fecha 19 de abril de 2012 y complementada por su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 093-2012-PCM de fecha 8 de septiembre de 2012.

550. La Ley N° 30077 incorpora el Decreto Legislativo N° 1104 como una herramienta aplicativa para excluir el patrimonio adquirido ilícitamente como producto, consecuencia o por estar relacionado con algunos de los delitos previstos en la Ley contra el crimen organizado.

551. El artículo 2.1 del Decreto Legislativo N° 1104 define la Pérdida de Dominio, cuando señala que:

“La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso”.

552. El término “dominio” debe ser entendido como propiedad o posesión de objetos, instrumentos, efectos y ganancias de bienes materiales o inmateriales.^[330] El artículo 2.2 del Decreto Legislativo N° 1104 limitaba el proceso de pérdida de dominio:

“(…) cuando se trate de objetos, instrumentos efectos o ganancias de los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado”.

553. La Ley de Pérdida de Dominio crea un supuesto de extinción de la propiedad y/o de la posesión, toda vez que agrega a los supuestos de extinción de la propiedad regulados constitucionalmente^[331], tales

^[330] “Llama la atención la elección del sustantivo dominio, que no goza de legitimidad de uso en la Constitución Política y que más bien hace alusión a unas de las emanaciones inherentes al derecho de propiedad”. ROJAS VARGAS, Fidel. “La nueva Ley de Pérdida de Dominio”. En Revista Jus Doctrina & Practica. N° 4 Lima, abril, 2008, pág. 10.

^[331] En general los supuestos de extinción de la propiedad implican la conversión de la propiedad privada en pública por motivos de necesidad pública, de interés social, por razones de equidad, etc.

como la expropiación^[332], la muerte o la enajenación, la resolución judicial firme que declare la pérdida de dominio y la extinción de los derechos y/o títulos de bienes principales o accesorios.

554. Al respecto, la Defensoría del Pueblo considera que “se trata de una nueva forma de extinción de la propiedad que tiene por finalidad terminar el vínculo real entre el propietario y el bien, a favor del Estado. Se genera por el origen ilícito de la relación de propiedad y en caso de concretarse la pérdida de dominio no existe ninguna contraprestación por parte del Estado, precisamente por este tipo de origen”.^[333]
555. El Proceso de Pérdida de Dominio establece una regla de distinción entre aquellos bienes adquiridos lícitamente, de aquellos otros cuya ilicitud surge de su relación con personas y circunstancias relacionados con delitos de crimen organizado, esta distinción resuelve la antinomia que surge del artículo 70 de la Carta Magna que expresa: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejercer en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.
556. La propiedad confiere al titular los siguientes derechos:
- La de usar el bien, es decir destinar el bien a objetos acordes con su naturaleza.
 - Le permite disponer de los frutos y productos que el bien produce.
 - Le permite disponer del bien. Esto a su vez le confiere la potestad de destruir, modificar o cambiar el bien o de enajenar el mismo.

[332] La expropiación es el ejercicio de la potestad del Estado Social de Derecho, de quitar la propiedad individual sobre un determinado bien en beneficio del interés colectivo, siempre que se cumpla con los presupuestos constitucionales prescritos en ella. Así la expropiación supone el reconocimiento que hace el Estado de que el afectado es titular de un derecho y justamente por eso, la Carta Magna exige su resarcimiento.

[333] Informe de la Defensoría del Pueblo. Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009. Lima, agosto de 2007.

- La propiedad permite la perpetuidad de la titularidad del bien, mientras exista y no se extinga por su uso o por causales establecidas en la ley.

Así, la propiedad es un derecho real amplio del que se deducen otros derechos como el de posesión.

557. El derecho a la propiedad requiere ser interpretado de manera sistemática. Esto implica un análisis ponderativo externo e interno. La ponderación interna exige que se defina el contenido, alcances y finalidad de aquellos ámbitos protegidos por el derecho a la propiedad: bienes inmuebles (artículo 885 del Código Civil) y/o muebles (artículo 886 del Código Civil) sobre los cuales se ejerce derechos.
558. La ponderación externa supone contrastar el concepto “derecho de propiedad inviolable”, con las normas que definen que se entiende por “dentro de los límites de la ley”, esto implica, confrontar las disposiciones relativas a bienes o valores jurídicos cuya preservación y mantenimiento tienen prevalencia o son definitorios en cuanto delimitan con mayor especificación, situaciones concretas sobre las que se construya el sentido y aspecto material de la norma.
559. Una de las disposiciones a partir de las que se interpreta el artículo 70 de la Constitución, es la Ley de Pérdida de Dominio, esta establece una limitación al derecho de propiedad, por lo cual no puede ser ejercitado de manera absoluta, si entra en colisión con otros derechos o se opone a las formas permitidas de adquisición previstas por la ley.
560. De este se desprende que la Constitución solo ampara el derecho de propiedad y por ende el de posesión como derivación extensiva del primero^[334] que tenga un origen lícito, por lo que el derecho de propiedad garantizado no es arbitrario, sino que está limitado en su ejercicio a objetivos sociales por un lado y por el otro a que la

^[334] “Que el derecho de posesión (...) es una derivación extensiva del derecho de propiedad (...)”. Exp. N° 198-96-AA/TC. Lima, 20 de octubre de 1997.

adquisición del bien sea producto de los recursos adquiridos bajo las formas prescritas por la ley.^[335]

561. En síntesis, el derecho de propiedad es un derecho fundamental^[336], su protección constitucional no es absoluta, toda vez que su ejercicio tiene un límite extrínseco, en razón de la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales, que en el presente caso se trataría del bien común y los parámetros que la ley civil permite. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional cuando señala que “(...) como en múltiples oportunidades se ha resaltado, los derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho de propiedad no tiene carácter absoluto (...)”.^[337]
562. Así, no hay espacio para el ejercicio arbitrario de los derechos, pues el ejercicio del derecho de propiedad o de posesión debe estar matizado por las razones sociales y los intereses generales, pues una sociedad cimentada en un Estado de Derecho, se sustenta en prácticas sociales coherentes con esos fundamentos, solo así es posible asegurar un orden justo, en el que la adquisición de patrimonios sea producto del trabajo honesto. Por otro lado el Estado ejercita todo su poder coercitivo contra aquellos que pretenden adquirir patrimonios o los han adquirido como producto de actividades ilí-

^[335] El derecho de propiedad, en el contexto de un Estado social y luego de un Estado constitucional, impone obligaciones al propietario. Este tiene una facultad de disposición sobre sus bienes. No obstante, esta facultad tiene límites impuestos por la Constitución misma, límites que se orientan a que tales bienes sean aprovechados económicamente no solo en beneficio del propietario, sino también de la sociedad de la que hace parte y a que ese provecho se logre sin ignorar el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables. Ese es el sentido de la propiedad en cuanto función social y ecológica.

^[336] “Los derechos constitucionales de las personas son el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-038/95. Bogotá, 8 de mayo de 1995. Fundamento Jurídico No 4.

^[337] Exp. N° 2727-2002-AA/TC. Lima 3 de mayo de 2002.

citas, en las que priman intereses egoístas sobre los intereses generales de la sociedad.

563. Las consecuencias jurídico-patrimoniales que establece la Ley de Pérdida de Dominio surgen de la conexión que media entre la realización de uno de los delitos previstos en la Ley N° 30077 y la pérdida de los derechos patrimoniales de las personas que detentan bienes que constituyan instrumentos, efectos, ganancias ilegales y acciones provenientes o relacionadas con delitos de crimen organizado.

564. Precisando podemos señalar lo siguiente:

- Es la respuesta que el ordenamiento jurídico impone ante la comisión de un delito y consiste en la privación del derecho a la propiedad que tiene el autor, partícipe o tercero que no pueda acreditar buena fe, de aquellos objetos, instrumentos, efectos, ganancias ilegales y acciones en agravio del Estado.
- La pérdida de la titularidad de la propiedad es una consecuencia jurídica lógica del delito, en tanto es producto del ejercicio de una actividad ilegal.
- La consecuencia jurídica de la pérdida del derecho a la propiedad requiere de un proceso cuya naturaleza, no es penal, ni civil en estricto, aunque incorpora regulación procesal compatible con ambas, es por ello que la Ley se refiere a que *la pérdida de dominio constituye una regulación de orden procesal*, que busca el que se legitime el patrimonio obtenido ilícitamente.
- Esta consecuencia jurídica no tiene un fin preventivo o resocializador, como ocurre con la pena, sino un fin sancionatorio, que se consigue con la pérdida de todo derecho patrimonial sobre los bienes muebles o inmuebles sobre los cuales se declare la pérdida de dominio.
- Tiene naturaleza sancionatoria, en tanto es la retribución que el Estado impone a quien adquiera bienes, ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal.
- No genera para el tercero de buena fe responsabilidad penal o consecuencia jurídica patrimonial.

XX. II. Características del Proceso de Pérdida de Dominio

565. El Proceso de Pérdida de Dominio tiene las siguientes características:

- a) **Es autónomo.-** Porque se trata de una acción independiente tanto del *ius puniendi* del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible, sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público.
- b) **Es público.-** Es una acción pública porque el ordenamiento jurídico solo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el tesoro público y la moral social.
- c) **Es objetivo.-** Es una acción que se sustenta en hechos y medios de prueba, excluye por tanto, la suposición, la presunción o la incertidumbre.
- d) **Reconoce la firmeza del título del tercero de buena fe y a título oneroso.-** El artículo 3 literal a) del Decreto Legislativo N° 1104, que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio, permite que los terceros de buena fe que a título oneroso adquieran bienes de terceros pueden oponerse al proceso de Pérdida de Dominio.
 - d). 1. Elementos para reconocer la firmeza del título de tercero de buena fe.
 - i. **Debe de haber buena fe en la adquisición del bien.-** La buena fe requiere el ignorar la inexactitud de lo que señala el registro público, de este modo, solo podrá alegar

buena fe aquel que desconocía que sobre el bien recaía una anotación de embargo, anotación de demanda, etc.

Asimismo “quien desee alegar la mala fe del adquiriente, debe probar que este conocía sobre la falta de titularidad y poder de disposición del transmitente o bien, sobre la posesión de hecho a título de dueño por persona distinta del transmitente. (...) En cuanto al momento en que debe ser exigible la buena fe, no hay duda en que esta debe aparecer en el instante de la adquisición del tercero; tal es lo dispuesto por el artículo 2014 del Código Civil. (...) Por tanto, solo cabría hablar de buena fe cuando media inscripción del derecho del adquiriente. Antes no se constituye en tercero registral, por cuanto no ha inscrito su derecho”.^[338]

- ii. **El bien debe ser adquirido por un tercero.-** El tercero es aquel que no es parte en el proceso penal por algún delito de crimen organizado o no ha celebrado contrato para adquirir un bien con persona procesada por alguno de los delitos en el artículo 3 de la Ley 30077.

La calidad de tercero también se refiere a la inexistencia de parentesco por consanguinidad, afinidad o derivados de uniones de hecho que adquieran por cualquier modalidad bienes, objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos.

- 1) **Parentesco por consanguinidad.-** El artículo 236 del Código Civil señala que:

“El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco

^[338] GUEVARA MANRIQUE, Rubén y GUEVARA BRINGAS, Rubén. “La fe pública registral: ¿Cómo nos beneficia”. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de San Martín de Porras, Editorial Gráfica Horizonte, Lima, 1999, págs. 7, 8.

se determina por el número de las generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado”.

Esto implica que no puede ser tercero de buena fe aquel que tenga una relación que llegue hasta el cuarto grado con la persona a quien compró los bienes, objetos, instrumentos, efectos o ganancias provenientes de la comisión de los hechos delictivos o con cualquiera de los posibles compradores de buena fe, que como producto del tracto sucesivo aparezcan en el tiempo desde que el bien se encuentra relacionado con alguno de los delitos previstos en el artículo 3 de la Ley Contra el Crimen organizado.

2) Parentesco por afinidad.- El artículo 237 del Código Civil señala:

“El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge”.

Bajo lo previsto por el artículo 237 del Código Civil no puede alegar la calidad de terceros de buena fe en un Proceso de Pérdida de Dominio aquellos vinculados por afinidad.

3) Uniones de hecho.- El artículo 326 del Código Civil señala:

“La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de im-

pedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”.

La unión de hecho para efectos jurídicos es análoga al parentesco por afinidad que produce el matrimonio, por lo que no puede invocar ser tercero de buena fe en un proceso de Pérdida de Dominio aquel que tenga los mismos grados de parentesco aplicables para el caso de los cónyuges.

- 4) **Los testaferros.**- Testaferro es aquel que tiene la propiedad nominal de un bien, sin que sea capaz de explicar con qué recursos adquirió dicho bien.

La regla de experiencia nos indica que se presentan situaciones, que en el curso de un proceso penal se establece que existen bienes que están a nombre de testaferros de una persona involucrada en alguno de los delitos de crimen organizado. En tales casos la buena fe se pierde, debiendo el tercero acreditar que no tiene la condición de testaferro y que adquirió el bien de buena fe.

- iii. **La adquisición del bien debe ser a título oneroso.**- “La onerosidad de la prestación es otro de los requisitos necesarios para la eficacia del principio de la fe pública registral. La transferencia del derecho debe ser la derivación de un acto jurídico con prestaciones recíprocas”.^[339]

El tercero debe adquirir el bien a título oneroso, para ello debe acreditar los recursos con los que adquirió el bien, ya sea con recursos propios, un crédito bancario, o

^[339] GUEVARA MANRIQUE, Rubén y GUEVARA BRINGAS, Rubén. “La fe pública registral: ¿Cómo nos beneficia”. Ob. cit., pág. 9.

cualquier otro medio legítimo; no se admite alegar que se adquirió el patrimonio a título gratuito, ya sea bajo las modalidades de herencia, anticipo de la misma, tercio de libre disposición, donación, prescripción adquisitiva o cualquier otra modalidad que no comporte el haber pagado en su integridad en valor del bien.

“En cuanto a la adquisición hecha por medio de la usucapción, es menester indicar que dicha figura no está sujeta al calificativo de oneroso o gratuito. Por tal razón, quien adquiere por usucapción e inscribe su derecho no encuentra protección registral. El usucapiente que inscribe su derecho lo encuentra protegido por lo dispuesto en el artículo 2013 y especialmente, por el 952 del Código Civil”.^[340]

Incurrir en algunas de estas causales presume la mala fe del adquirente. Igual consecuencia siguen aquellas adquisiciones que han sido realizadas por un tercero no vinculado de modo alguno con el investigado procesado por crimen organizado, pero han adquirido bienes embargados a personas investigadas o procesadas por delitos comprendidos en la Ley de Crimen Organizado.

- e) **Es jurisdiccional.**- Es una acción jurisdiccional porque tiene que ser declarado por un juez penal, en un procedimiento en que se establece la ilegitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, corresponde a un típico acto jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, la declaración de pérdida de dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción.

En la ciudad de Lima se encuentra la mayoría de procesos relacionados con pérdida de dominio vinculados a

^[340] GUEVARA MANRIQUE, Rubén y GUEVARA BRINGAS, Rubén. Ibidem, pág. 9.

los actos de corrupción de la década de 1990 al 2000, gobierno de Alberto Fujimori Fujimori; el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a través de la Resolución Administrativa N° 304-2013-CE-PJ de fecha 28 de noviembre de 2013, dispuso que el Primer Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Lima, a partir del 15 de diciembre de 2013 adicionalmente a sus funciones de Juzgado Penal Especializado conozca procesos de Pérdida de Dominio con competencia supraprovincial para casos que se tramitan en las Cortes Superiores de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao.

Esta función adicional fue reiterada mediante Resolución Administrativa N° 339-2013 CE-PJ de fecha 27 de diciembre de 2013, al establecer que el Juzgado Especializado en lo Penal (actualmente denominado Juzgado Penal Transitorio Especializado en Delitos Aduaneros, tributarios y de Propiedad Intelectual Supraprovincial de Lima y Callao) es el único que puede conocer de procesos de pérdida de dominio para casos que se tramitan en las Cortes Superiores de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao.

- f) **Es una acción pública**^[341]. - Los sujetos legitimados para incoar la acción de pérdida de dominio son las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios y la Procuraduría Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.
- f) 1. Sujetos legitimados para demandar acción de pérdida de dominio

[341] Es una acción pública porque el ordenamiento jurídico solo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el tesoro público y la moral social.

- i.) **Primera interpretación.**- El Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 234-MP-FN del 21 de enero de 2014 en su artículo 5 primer y tercer párrafo de la competencia señala:

“Las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, tienen competencia en la investigación de delitos de Lavado de Activos, tipificados en el Decreto Legislativo N° 1106, siempre que los hechos revistan gravedad, complejidad, masividad y repercusión nacional y/o internacional, que superen el ámbito de un Distrito Fiscal, o se cometan por una organización criminal, y cuyas ganancias o efectos delictivos se ubiquen en distintas zonas del territorio nacional o en el extranjero. (...)

Las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, tendrán competencia para intervenir en el proceso de pérdida de dominio –regulado en el Decreto Legislativo N° 1104– a nivel nacional, independientemente del lugar en el que se encuentren los bienes, cuando el proceso de pérdida de dominio esté referido a objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos de competencia de la Sala Penal Nacional”.

Conforme se aprecia, las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio tendrán competencia para intervenir en el proceso de pérdida de dominio, esto es, aquellos generados por una organización criminal dedicada a la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, y trata de personas previsto en el artículo 2 literal a) del Decreto Legislativo N° 992 Ley de Pérdida de Dominio

primigenia (21 de julio de 2007), ampliada por Decreto Legislativo N° 1104 que modifica la legislación sobre pérdida de dominio y que amplía en el artículo 2 numeral segundo el marco de delitos a la minería ilegal, al medio ambiente, a los delitos de tráfico ilícito de drogas, de terrorismo, de secuestro, de extorsión, de trata de personas, de lavado de activos, de delitos aduaneros, de defraudación tributaria, de concusión, de peculado, de cohecho, de tráfico de influencias, de enriquecimiento ilícito y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

Cabe preguntarnos si la competencia se extiende a todos los supuestos previstos en el artículo 3 de la Ley de Crimen Organizado: Homicidio calificado (Art. 108° del CP), Secuestro (Art. 152° del CP), Trata de personas (Art. 153° del CP), Violación al secreto a las comunicaciones (Art. 162° del CP), Delitos contra el patrimonio (Arts. 186°, 189°, 195°, 196°-A y 197° del CP), Pornografía infantil (Art. 183°-A del CP), Extorsión (Art. 200 del CP), Usurpación (Arts. 202° y 204° del CP), Delitos informáticos (Arts. 207°-B y 207°-C del CP), Contra la propiedad industrial (Art. 222° del CP), Delitos monetarios (Arts. 252°, 253° y 254° del CP), Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos (Arts. 279°, 279°-A, 279°-B, 279°-C, y 279°-D del CP), Tráfico ilícito de drogas (Sección Segunda del Capítulo II del Título XI del Libro Segundo del CP), Tráfico de inmigrantes (Art. 303°-A, 303°-B del CP), Delitos ambientales (Art. 310°-A, 310°-B, 310°-C del CP), marcaje o reglaje (Art. 317°-A del CP), Genocidio, desaparición forzada y o tortura (Arts. 319°, 320° y 321° del CP), Delitos contra la administración pública (Arts. 382°, 383°, 384°, 387°, 393°, 399°, 400° y 401° del CP), Falsificación de documentos (Art. 427° del CP) y Lava-

do de activos (Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto Legislativo N° 1106).

Al respecto debemos indicar que el Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio tendrá competencia para intervenir en el proceso de pérdida de dominio –regulado en el Decreto Legislativo N° 1104, pese a que es una norma posterior a la Ley contra el Crimen Organizado, no se refiere a los supuestos que prevé la Ley N° 30077 que incluye supuestos no previstos en el Decreto Legislativo N° 992- Ley de Pérdida de Dominio primigenia (21 de julio de 2007), ampliada por Decreto Legislativo N° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio.

Este aparente vacío en el Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio puede solucionarse a través de dos alternativas prevista por el propio reglamento y una tercera no prevista.

La primera se refiere a la delegación de investigaciones prevista en el artículo 7 del Reglamento aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 234-MP-FN que señala:

“Las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, podrán delegar, en los lugares en los que no tengan sede, el conocimiento de la investigación o la actuación de algunas diligencias al Fiscal designado conforme al artículo 8º del presente Reglamento”.

Como se aprecia, la delegación de facultades comporta que un Fiscal distinto del especializado en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, investigue y actúe algunas diligencias dispuestos por el Fiscal competente.

Esto a su vez plantea dos supuestos:

- Fiscal de Investigación Preparatoria o Fiscal Provincial en aquellos delitos en los que no haya entrado en vigencia el CPP a través de una Resolución suscrita por el Fiscal encargado de la Fiscalía Superior Nacional Coordinadora de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, quien con el informe que emita el Fiscal Especializado en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, dispondrá vía delegación de facultades que el Fiscal del territorio donde se pretende llevar a cabo un proceso de pérdida de dominio se encargue de llevar a cabo dicho proceso.
- Fiscal de Investigación Preparatoria o Fiscal Provincial en aquellos delitos en los que no haya entrado en vigencia el CPP a través de una Resolución suscrita por el Fiscal encargado de la Fiscalía Superior Nacional Coordinadora de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, quien con el informe del Fiscal Especializado en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, dispondrá la competencia para realizar algunas diligencias de investigación propias del proceso de pérdida de dominio en el ámbito de su distrito fiscal.

ii.) Segunda interpretación.- La omisión en la que incurre el Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, es a través de lo previsto en el artículo 8 de esta norma y que se refiere a las Fiscalías de Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio designadas en los Distritos Fiscales.

“El Fiscal Superior Nacional Coordinador de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos

y Pérdida de Dominio, en coordinación con los Presidentes de Junta de Fiscales Superiores de los Distritos Fiscales de todo el país, propondrán al Despacho de la Fiscalía de la Nación, se designe a una Fiscalía Superior y a una Fiscalía Provincial –dentro de cada Distrito Fiscal y según corresponda–, para que conozcan, sin perjuicio de la carga procesal propia, de las investigaciones y/o procesos por lavado de activos y Pérdida de Dominio en el ámbito de la competencia territorial de su Distrito Fiscal, de conformidad con la normatividad vigente. Lo dispuesto tiene como finalidad, centralizar la información generada en las investigaciones preliminares y procesos judiciales por este tipo de delitos a nivel nacional. Los Despachos Fiscales asignados informarán directamente a la Fiscalía Superior Nacional Coordinadora de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, la que efectuará el seguimiento de dichas investigaciones”.

Como se aprecia, el artículo 8 del Reglamento acotado se refiere a que se designe de manera permanente a una Fiscalía Superior y a una Fiscalía Provincial que sin ser de la especialidad, tenga competencia para haga de Fiscal de Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.

iii.) Tercera interpretación.- Una interpretación realizada por las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que ha tomado el criterio que en aquellos casos en que las investigaciones en delitos contra la Administración Pública han generado procesos de pérdida de dominio, estas Fiscalías se declaran competentes para conocer de estos procesos.

Es decir, se trata de casos que involucran delitos de corrupción de funcionarios, esto guarda relación con los

delitos previstos en la Ley contra el crimen organizado que establece en el artículo 3 numeral 19 una relación de delitos contra la Administración Pública a los cuales se aplica el Proceso de Pérdida de Dominio. Estos son los artículos 382 (Concusión), 383 (Cobro indebido), 384 (Colusión simple y agravada), 387 (Peculado doloso y culposo), 393 (Cohecho pasivo propio), 393-A (Soborno internación pasivo), 394 (Cohecho pasivo impropio), 395 (Cohecho pasivo específico), 396 (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 397 (Cohecho activo genérico), 397-A (Cohecho activo internacional), 398 (Cohecho activo específico), 399 (Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo), 400 (Tráfico de influencias) y 401 (Enriquecimiento ilícito) del Código Penal.

Esta interpretación encuentra fundamento en la Directiva N° 001-2014-MP-FN- Directiva de las Fiscalías Especializadas en delito de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de fecha 5 de febrero 2014 que señala en el artículo 9 que:

“Las FISCLAAPD, tendrán competencia para intervenir en el proceso de Pérdida de Dominio (regulado en el Decreto Legislativo N° 1104 y su reglamento Decreto Supremo N° 093-2012-PCM) a nivel nacional, independientemente del lugar en el que se encuentren los bienes, cuando el proceso de Pérdida de Dominio esté referido a objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos de competencia de la Sala Penal Nacional. En los demás casos, asumirán competencias las Fiscalías de cada distrito fiscal designados conforme el artículo 8 del Reglamento, debiendo tener presente en su actuación, los lineamientos establecidos por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en la Resolución Administrativa N° 039-2013-CE-PJ”.

El segundo párrafo del artículo 8 de la Directiva N° 001-2014-MP-FN indica que:

“Los procesos cuya acusación ha sido observada y devuelta durante el control efectuado por el órgano jurisdiccional, seguirán siendo de competencia de la fiscalía que previno hasta su culminación, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios”.

Como se aprecia, el fundamento para que una Fiscalía, como las especializadas en corrupción de funcionarios, conozca de un proceso de Pérdida de Dominio que normalmente corresponde a la Fiscalía de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio (FISCLAAPD) se sustente en el principio de unidad de la acción y en la regla de la unidad de criterio.

En cuanto a la competencia de la Procuraduría de Pública esta corresponde a la de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, no existiendo cuestionamiento sobre que esta es la única que puede conocer sobre estos procesos.

- g) **Es limitado temporalmente.**- La pretensión de pérdida de dominio prescribe a los 20 años conforme lo establece el artículo 3 literal b) de la Ley de Pérdida de Dominio, debiendo precisarse que el plazo de prescripción se empieza a contar desde el momento en que se descubre la ilicitud de los bienes o se presume que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos a los que se refiere la norma acotada.

Cabe realizar una precisión para indicar que el plazo se puede contar además desde la vigencia de Decreto Legislativo N° 992 del 21 de julio de 2007 y luego modificado por la Ley N° 29212, complementado con su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2007-JUS y su modificatoria del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2007-JUS, el que luego fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio.

Esto implica que el plazo de prescripción se puede contar desde la vigencia de la Ley de Pérdida de Dominio

primigenia, para aquellos casos en que se dan los supuestos de procedencia o bajo aquellos casos que se originaron en la vigencia del Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio.

En el caso del descubrimiento de la ilicitud de los bienes, también se puede contar desde la Disposición de apertura de Diligencias Preliminares que establece se investigue la ilicitud de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provenientes de la comisión de los hechos delictivos, en aquellos casos en que estaba vigente la Decreto Legislativo N° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio.

La prescripción en la pretensión de pérdida de dominio tiene como efecto jurídico el extinguir la acción resarcitoria del Estado sobre aquellos bienes de cuya ilicitud presume, al imposibilitar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto materia de demanda cuya consecuencia es la impunidad a la hora de perseguir los bienes muebles o inmuebles de origen directo o indirectamente delictivo.

“El ‘carácter estrictamente personal’ de la prescripción en el tratamiento legislativo que se traduce en dos consecuencias, a saber: a) sus efectos no se extienden a los demás copartícipes; y b) corre, se suspende o interrumpe, separadamente para cada uno de los intervinientes del hecho delictivo”.^[342]

- h) La prescripción de la persecución del delito, no limita u obstruye la demanda de pérdida de dominio.-** La prescripción del delito que dio origen a la presunción sobre el patrimonio ilícito, no interrumpe, suspende o genera impedimento alguno para iniciar o continuar

^[342] MARTICORENA COLLANTES, Omar Hugo. “La individualización de los efectos de la prescripción penal”. *Gaceta Penal & Proceso Penal*. Tomo 3, setiembre, 2009, Editorial Gaceta Jurídica, pág. 60.

con la acción de pérdida de dominio, al tener un plazo de prescripción independiente, por lo que no sigue la suerte de la prescripción del delito conforme lo establece artículo 3 literal c) del Decreto Legislativo N° 1104.

En síntesis, no resulta relevante que se haya extinguido la acción penal por el delito del cual se derivan los objetos, instrumentos, efectos o ganancias, inclusive en contra de los sucesores que estén en poder de estos.

566. Se trata así de una acción pública, jurisdiccional, autónoma, directa que tiene un plazo de 20 años para su persecución penal que afecta al patrimonio o a las ganancias que genera este patrimonio, cuando sea producto de una actividad ilícita vinculada al ámbito penal.
567. Para efectos de aplicar la Ley de Pérdida de Dominio desde la perspectiva del artículo 3 de la Ley N° 30077- Ley Contra el Crimen Organizado solo es necesario que las actividades ilícitas que produjeron los efectos, sean dinero, bienes, ganancias o cualquier producto sean provenientes de la infracción penal.
568. Se consagra así una acción que tiene por fin establecer si los bienes adquiridos por investigados tiene origen o son consecuencia de la comisión delitos de criminalidad organizada, que no es una pena, ni una consecuencia accesoria de la responsabilidad penal, pues su fin en esencia, es el extinguir los derechos de propiedad o de posesión de bienes adquiridos como consecuencia de actividades ilícitas, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su propietario o poseedor, esto implica el cese de dependencia entre el bien mueble o inmueble y el poseedor o propietario del mismo, sea que lo haya obtenido de buena o de mala fe.

XXI. III. Principios y reglas probatorias aplicables al Proceso de Pérdida de Dominio para casos de criminalidad organizada

569. El Proceso de Pérdida de Dominio para casos de criminalidad organizada no supone una presunción de culpabilidad prohibida en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, toda vez que en ningún caso el derecho fundamental a la presunción de inocencia

no tolera que alguno de los elementos constitutivos de la imputación (procedencia ilícita del bien), se presuma en contra del titular o poseedor del bien, los efectos de ello son por un lado, que la carga de la prueba respecto de la ilicitud en la obtención del bien corresponde al Ministerio Público; por otro lado, si el poseedor o titular del bien opta por la posibilidad de probar la licitud del bien solo debe probar los hechos impeditivos o extintivos que aduzca en su favor.

570. El Proceso de Pérdida de Dominio se rige en cuanto a la actividad probatoria por principios y reglas de la prueba, esto son:

- a) **Principio de carga de la prueba.**- La carga de la prueba o carga probatoria es aquella conducta en un marco de alternativas posibles en la que los sujetos procesales realizan actividades tendientes a incorporar al proceso, medios de prueba con el fin de producir en el ánimo del juzgador una certeza psicológica sobre la existencia o no de los hechos afirmados.

La carga de la prueba es un imperativo del propio interés de las partes, así la carga propone una propuesta de conducta, a efectos de que el sujeto procesal que desea crear convicción en el órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados, los acredite a efectos no solo para tener la posibilidad de ver amparada su pretensión, sino que además, contiene el fin de evitar que la falta de la prueba le ocasione efectos perjudiciales.

La carga de la prueba corresponde a quien afirma, no al que niega el hecho, salvo los hechos impeditivos o extintivos que alegue. "Las reglas sobre la carga de la prueba son aplicables en momentos procesales distintos. Como reglas de distribución de los hechos que cada parte tiene que probar, su importancia se muestra fundamental en la fase probatoria, o incluso antes, cuando las partes se encuentran frente a la necesidad de formular la proposición de pruebas".^[343] Ello en razón a que

^[343] FERNÁNDEZ LOPÉZ, Mercedes. Prueba y presunción de inocencia. Iustel, Madrid, 2005, pág. 73.

la carga de la prueba constituye un elemento de la relación jurídica comprendida dentro de la situación activa o mejor dicho dentro de una posición activa.^[344]

Si el demandado confrontado con los actos de investigación que determinen la ilicitud sobre el origen del patrimonio decide replicar estableciendo una posición favorable a sus intereses, la regla de la carga probatoria exige que esta alegación de hechos a su favor sean constitutivos, modificativos, impeditivos, o extintivos de la responsabilidad penal que deba ser acreditada.

Es aquí que la posición pasiva del imputado cambia como producto de la probanza de los hechos favorables, de este modo a cada parte le corresponde probar la existencia de los presupuestos fácticos que las normas penales contienen en el extremo que le es favorable, como sucede cuando afirma hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad. Como bien afirma ARAZI citando a DEVIS ECHANDÍA “(...) a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuestos a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal”.^[345]

Así cuando hay interés propio, existe la carga de la prueba que se manifiesta en un desplazamiento de la probanza de aquellos sucesos o situaciones que el imputado alegue como un hecho concreto que afecte la antijuridicidad o la culpabilidad. El fundamento del desplazamiento de la carga de la prueba se sustenta en la necesidad del sujeto procesal de colaborar en su propia pretensión con lealtad, probidad y buena fe. Así frente

[344] Como dice DEVIS ECHANDÍA “la carga debe ser incluida en la situación activa conjuntamente con la del derecho subjetivo y la potestad. Esta (la carga) debe ser descrita como una facultad o poder, puesto que estas figuras representan su aspecto fundamental para el ejercicio de una actividad libre en beneficio propio”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba*. Tomo I. Ediciones Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1970, pág. 415.

[345] ARAZI, Roland. *La Prueba en el Proceso Civil*. Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1986, pág. 83.

a la asunción de la carga de la prueba dinámica, no hay una obligación o una correlación de la contraparte o del Estado de contribuir a probar el hecho alegado.

Esto significa que la posición pasiva que puede asumir el imputado no alcanza a los hechos y circunstancias que alegue en su defensa, ello en aplicación del principio dispositivo, por el cual la carga de la prueba recae sobre quien alegue hechos constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos de responsabilidad penal. En síntesis, es deber del justiciable y/o de su defensa aportar las pruebas de los hechos que alega que sean suficiente para probar la existencia del supuesto de hecho que alega y que le resulten beneficiosos desde un punto de vista jurídico.

- b) **Prohibición de prueba diabólica.**- La regla de la prohibición de prueba diabólica señala que no es posible exigir al imputado la *probatio* diabólica de los hechos negativos. Dicho de otro modo se prohíbe que el imputado pruebe o contribuya a probar su propia responsabilidad penal.^[346] Esta regla en palabras del Tribunal Constitucional español significa que:

[346] “(...) si es a la parte denunciada a quien se exige acreditar que la sociedad colectiva carece del título de representación, significa ello una carga excesiva e intolerable. Esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado significa una carga excesiva, de difícil acreditación, e incluso, para algún denunciado, de acreditación prácticamente imposible. Tal exigencia constituye un típico caso de ‘prueba diabólica’, dado que significa exigir al denunciado una prueba de difícil e, incluso, imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención.

Esta situación tiene como consecuencia que el denunciado se encuentre en desventaja con respecto al denunciante, en relación con la posibilidad de probar (probar algo de difícil acreditación y que, por el contrario, puede efectuarlo fácilmente el denunciante) y, con ello, con la posibilidad de defenderse de manera efectiva; dicho de otro modo, la disposición cuestionada coloca en desventaja al denunciado frente al denunciante, con respecto al ejercicio de su derecho a probar y de su derecho de defensa. Esta circunstancia es por sí misma lesiva del derecho de igualdad procesal”. Exp. N.º 06135-2006-PA/TC-ICA. 19 días del mes de octubre de 2007, Asunto HATUCHAY E.I.R.L., fundamento 6 y 7.

“En virtud del derecho a la presunción de inocencia el acusado no tiene necesidad alguna de llevar su defensa más allá de la estricta negación de los hechos que se le imputaban, y de la impugnación de las pruebas que los acusadores presentaban, sin utilizar pruebas de descargo”.^[347]

Así al justiciable le asiste el derecho o potestad de no tomar ninguna acción positiva, esto es, de no contradecir los hechos calificados como punibles, ello en razón al derecho fundamental a la presunción de inocencia “tiene carácter reaccional o pasivo, no necesita un comportamiento activo de su titular, sino que la carga de la prueba corresponde a quien acusa”.^[348]

Todo lo dicho implica que demandado en un proceso de pérdida de dominio no tiene la carga de probar la licitud de su patrimonio, sino que frente a una pretensión de este tipo, puede tomar como alternativa el responder la demanda contradiciendo, no contradiciendo, o cualquier otra opción que decida asumir.

- c) **El derecho a no autoincriminación.**- El derecho a no autoincriminarse es una garantía que se desprende del derecho a la defensa, previsto en el artículo 139.14 de la Constitución que tiene dos ámbitos:
 - i. **El derecho del imputado a realizar una defensa activa.**- Se trata de un derecho que ejerce el imputado por sí mismo, y que lo faculta a través de su declaración a aclarar, precisar o rebatir las premisas de hecho de la imputación en procura de la defensa de sus intereses.
 - ii. **El derecho del imputado a adoptar una posición pasiva.**- El imputado puede guardar silencio en forma sistemática o alternativa, o tomando cualquier modalidad que constituya una posición pasiva frente a la imputación, como puede ser

[347] STC N° 64/1986, Madrid, 21 de mayo de 1986. FJ. 7.

[348] DEL MOLINO, María Soledad. “La Presunción de Inocencia como Derecho Constitucional”. Revista de Derecho Procesal, Madrid, 1993, pág. 595.

la negativa expresa o tácita a no aportar elementos o medios de prueba, o la negativa a su exhibición, este es el contenido garantizado por el derecho a la no incriminación.

La autodefensa pasiva, que es lo que garantiza el derecho a la no incriminación, permite al investigado o imputado a guardar silencio, o si se quiere tomar una posición reactiva frente a las imputaciones formuladas en su contra, lo que adquiere especial connotación cuando se prohíbe cualquier tipo de coacción en contra del imputado, específicamente a que aporten elementos de prueba que le generen o produzcan un propio perjuicio.^[349]

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que:

“Dicho derecho garantiza a toda persona no ser obligada a descubrirse contra sí misma (*nemo tenetur se detegere*), no ser obligada a declarar contra sí misma (*nemo tenetur edere contra se*) o, lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a sí misma (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Sin embargo, su ámbito normativo no se agota en garantizar la facultad de no ser obligado a declarar contra sí mismo o a confesar su propia culpabilidad, de modo que pueda entender-

[349] Para el Tribunal Constitucional “el derecho a no autoincriminarse no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, este último reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Su condición de derecho implícito que forma parte de un derecho expresamente reconocido, también se puede inferir a partir de la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental (IV Disposición Final y Transitoria) . Así por ejemplo el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce expresamente como parte de las “Garantías Judiciales” mínimas que tiene todo procesado, el “g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)”. Lo mismo sucede con el ordinal “g” del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que entre las garantías mínimas que tiene una persona acusada de un delito, se encuentra el derecho “g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional.1 Exp. N° 003-2005-PI/TC. Lima, 9 de agosto 2006.

se que, respecto a sus coimputados, el imputado sí tenga la obligación de hablar o acusar. La incoercibilidad del imputado comprende ambos supuestos y, en ese sentido, debe indicarse que este derecho garantiza la potestad del imputado o acusado de un ilícito penal a guardar silencio sobre los hechos por los cuales es investigado o acusado penalmente, tanto en lo que le atañe como en lo que incumbe a terceros”.^[350]

Para el Tribunal Constitucional Español:

“La no autoincriminación es una modalidad de autodefensa pasiva, es decir, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a declararse culpable”.^[351]

“(…) Por tanto, puede decirse, en general, que el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, cuyo contenido no es otro que el reconocimiento de la libertad del imputado en cuanto a las declaraciones que efectúe en sus dos aspectos relativos a la propia decisión de realizarlas y al contenido de las mismas, no son más que manifestaciones concretas del contenido del derecho a guardar silencio ya que, obviamente, si uno no quiere emitir declaraciones que puedan perjudicarle o no quiere declarar su culpabilidad, el mejor modo de hacerlo, aparte de la posibilidad de declarar falsamente, de lo que enseguida se hablará, es guardar silencio”.^[352]

Asimismo, “existe una relación entre la no incriminación y la dignidad humana, ya que si la persona es obligada a declarar en su contra es puesta frente a una difícil encrucijada: faltar a la verdad, lo cual puede tener repercusiones penales o procesales; o colaborar para su propia codena, lo que es contrario

^[350] Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Exp. N° 003-2005-PI/TC. Lima, 9 de agosto 2006.

^[351] STC N° 197 de 1998, Madrid, 21 de diciembre 1998.

^[352] HUERTAS MARTÍN, María Isabel. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pág. 293.

a la persona humana”.^[353] Consecuencia del derecho a la no incriminación es que no puede generar una investigación, sobre la base de la mera negativa del investigado a aportar fuentes o elementos de prueba que permitan identificar la cuantía del exceso patrimonial, la forma en que se adquirió el presunto patrimonio ilegal, etc.

En conclusión, labor del Fiscal en buscar información que demuestre la ilicitud patrimonial, sin necesidad de recurrir al demandado para que contribuya a esclarecer sobre la ilicitud patrimonial, dicho de otro modo, la prueba de cargo no puede reunirse a partir de la propia persona del demandado, lo que sí se exige, es que una vez encontrada la información es deber del Ministerio Público, advertir al investigado el marco temporal en que se desarrolla la investigación y cuál es el objeto de la misma.

d) Excepciones a la regla de la carga de la prueba.- El principio de la carga de la prueba tiene excepciones que se manifiestan en que no se requiere que se prueben los hechos admitidos, los imposibles y los notorios. A continuación haremos un breve desarrollo de cada uno de ellos:

i. Los hechos admitidos.- Un hecho admitido^[354] es aquel alegado por el Fiscal o por el imputado, y cuya realidad es

^[353] BEDOLLA SIERRA, Luis Fernando. La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Librería Jurídica COMLIBROS, Medellín, 2008, pág. 85.

^[354] “Llamamos hechos admitidos o no controvertidos a aquellos que habiendo sido afirmados por una de las partes o por algunos de los terceros legitimados, e incluso incorporados de oficio por el juzgador para la correcta solución de un caso concreto, han sido aceptados por quien actúa como contraparte o por quien tiene la carga de pronunciarse acerca de su ocurrencia o inexistencia. Ahora bien, dependiendo de la forma en que se produce su aceptación, el hecho puede ser tácitamente admitido o expresamente admitido”. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Lima, Ara Editores, 2001, pág. 171.

aceptado de forma tácita^[355] o expresa^[356] como cierta por la parte contraria y por tanto, deja de constituirse en objeto de prueba al no constituirse en un hecho controvertido.^[357]

Así, cuando se presente una admisión expresa o táctica, total o parcial sobre alguno o varios de los hechos que forman parte del debate probatorio por parte de las partes, se está frente a una causa de exención de la necesidad de probarlos.

En tal situación, no es necesario probar las alegaciones expuestas por una de las partes y admitidas por la parte contraria. El principio de economía procesal impone evitar el esfuerzo de llevar a cabo la actividad probatoria, liberando de realizar la actividad probatoria a las afirmaciones admitidas.

“Se dice que un hecho ha sido tácitamente admitido y, por tanto, que no es controvertido, cuando habiendo sido afirmado por una de las partes o por alguno de los terceros legitimados e incluso incorporados de oficio por el juzgador para la correcta solución del caso en concreto, no ha sido negado o discutido por quien actúa como contraparte o por quien tiene la carga de pronunciarse acerca de su ocurrencia o inexistencia, a pesar de tratarse de un hecho pertinente por guardar una conexión lógica jurídica con el petitorio y con el supuesto fáctico de las normas cuya apli-

[355] Un hecho es admitido de forma tácita cuando el comportamiento procesal o actividad defensiva adoptada por una parte frente a la que alega un hecho, supone su aceptación. Es de precisar que la determinación de cuando un hecho es admitido de forma tácita, corresponde al juez.

[356] Un hecho es admitido de forma expresa cuando la parte contraria a la que propone un hecho, reconoce de modo inequívoco el hecho aducido.

[357] “La prueba tiene por objeto esclarecer los hechos ‘acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes’, de suerte que aquellos confesados o admitidos, es decir, sobre los que se hallan conformes las partes a quienes afectan, y en tanto sean disponibles (por no hallarse comprometidos respeto de ellos el interés público ni de terceros), no se prueban”. MIDÓN, Marcelo Sebastián. *Derecho Probatorio. Parte General*. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza, 2007, págs. 106, 107.

cación se solicita o se discute (en otras palabras, a pesar de ser un hecho integrante del objeto concreto de prueba). (...) Sin embargo, no se considerarán hechos tácitamente admitidos aquellos que, a pesar de ser materia de reserva o silencio, corresponde a un secreto de tipo profesional, religioso, confesional, etc., en tanto que dicho silencio o reserva esté amparado por el ordenamiento jurídico”.^[358]

Asimismo, no pueden ser aceptados como hechos admitidos aquellos en los que existen evasivas o negativas meramente genéricas acerca de su ocurrencia o inexistencia, en estos supuestos se mantiene el carácter controvertido de los hechos.

“(...) se dice que un hecho ha sido expresamente admitido y, por tanto que no es controvertido, cuando habiendo sido afirmado por una de las partes o terceros legitimados, o incluso incorporado de oficio por el juzgador para la correcta solución del caso en concreto, es aceptado expresamente por quien actúa como contraparte o por aquel sujeto procesal que tiene la carga de pronunciarse sobre su ocurrencia o inexistencia”.^[359]

Estamos ante una premisa que es el resultado de la afirmación de un hecho formulado por una parte frente a la otra, la cual puede ser admitida o aceptada de forma expresa o tácita. En cualquier caso, el hecho admitido define el suceso fáctico de libre disposición en el que existe conformidad.

“En relación al silencio, las respuestas evasivas, la negativa genérica, podrán estimarse como admisión de los hechos a que se refieren. Tratándose en estricto de una admisión presunta que no necesariamente exime a todos los hechos de prueba, pues su estimación dependerá del criterio judicial”.^[360]

[358] BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob. cit., págs. 171, 712.

[359] BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ibidem, págs. 172.

[360] MATHEUS, Carlos Alberto. “Sobre la función de la prueba”. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 55, Lima, 2002, pág. 332.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿Es necesario afirmar la existencia del hecho notorio?

“Cabe advertir, finalmente, que en opinión de muy difundida doctrina, la exención de prueba de los hechos notorios nos excluye la carga de afirmarlos. Deben ser alegados y, por consiguiente el tribunal no puede tenerlos por ciertos si las partes no los han invocado. Para quienes participan de esta concepción, no existe al lado de la máxima *iura novit curia*, que establece el deber del juez de conocer y aplicar de oficio las normas jurídicas, una máxima paralela *notoria novit curi*, que consagre el deber del juez de conocer de oficio los hechos notorios y de tenerlos en cuenta aun sin que las partes los afirmen. Por último, una postura intermedia establece la necesidad de distinguir entre hechos principales o determinantes de la causa petendi (es decir, aquellos que representan el fundamento fáctico de la pretensión o defensa) y hechos secundarios o accesorios (es decir, aquellos que sin ser determinantes en sí, guardan relación con algún hecho principal). Los primeros, por el principio de la congruencia (a su vez, ínsito en la garantía del debido proceso), sean notorios o no, deberán ser articulados por los litigantes pues, de lo contrario, lisa y llanamente carecerán de virtualidad. Los hechos secundarios, en cambio, en tanto revistan la virtud de la notoriedad, podrían ser aceptados oficiosamente, es decir, considerados por el juez incluso en defecto de afirmación por las partes”.^[361]

Por último, cuando se trata de hechos cuyo derechos o cuestiones versan sobre ámbitos indisponibles, el reconocimiento o admisión de los hechos, tanto sea expreso como tácito, no pueden ser admitidos, carecen de eficacia probatoria, salvo disposición legal en contrario que se establezca que el carácter disponible del hecho controvertido.^[362]

^[361] MIDÓN, Marcelo Sebastián. Ob. cit., pág. 115, 116.

^[362] Un caso especial de admisión de hechos que no requiere actividad probatoria se da en la conformidad, conforme lo establece el Acuerdo Plenario de

ii. **Los hechos imposibles.**- Cuando aludimos a un hecho imposible, podemos referirnos tanto al objeto de prueba, como al medio de prueba. Así “una variante de los hechos evidentes, explica FALCÓN, la constituyen los hechos imposibles, los que, a su vez, se diferencian nítidamente de los hechos improbables. Mientras los hechos imposibles (verbigracia, tocar el sol con las manos, pretender imputar el homicidio de una persona viva, etcétera) no pueden suceder y, por consiguiente, intentar demostrarlos carece de sentido; los hechos improbables son aquellos cuyo grado de ocurrencia, según las reglas de la probabilidad, los coloca en un porcentaje muy pequeño, pero que pueden y deben ser probados si quieren ser usados en el proceso. Así por ejemplo, el hecho de que un testigo diga que vio determinado hecho a una distancia inusual y que resulta difícil de admitir según la experiencia común, porque es generalmente improbable, no excluya la prueba que determine que esa persona posee una visión extraordinaria”.^[363]

- El medio de prueba es imposible cuando su práctica o actuación es de imposible realización.

las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia N° 5-2008- CJ-116 del 18 de julio de 2008 que en el fundamento Décimo señala que “el relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal. En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado –es de insistir– supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos [es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal]. Ello, además, provocaría una indefensión a las partes frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (*vinculatio facti*)”.

^[363] MIDÓN, Marcelo Sebastián. *Ibíd.*, pág. 117.

- La imposibilidad del objeto de prueba se refiere a que el hecho sobre el cual recae el acto probatorio es de imposible reproducción. Debe distinguirse aquellos hechos de imposible reproducción física con total independencia del tiempo, lugar o desarrollo científico o técnico, de aquellos otros donde la imposibilidad es metafísica, y cuya imposibilidad o mejor dicho dificultad se relativiza de acuerdo al lugar, tiempo, el avance científico o técnico. Es decir, dependerá de la existencia de mecanismos o herramientas que permitan la actuación probatoria.

iii. Los hechos notorios.- Un hecho será notorio “por pertenecer a la ciencia, a la vida diaria, a la historia o al comercio social, son conocidos o tenidos como ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media”.^[364]

Cuando hablamos de un hecho notorio, evidente o axiomático nos referimos a un dato fáctico que es de conocimiento general, es decir, debe ser conocido por un número indeterminado de personas, entre ellas por el órgano jurisdiccional, que han adquirido este conocimiento a través de los medios de comunicación o les ha sido transmitido a través de la palabra, precisándose que se trata un conocimiento limitado a un lugar y a un tiempo determinado. “No obstante ello, el hecho es limitadamente notorio pues esa trascendencia será siempre vinculada a un lugar y tiempo específico”.^[365]

FERNÁNDEZ LÓPEZ señala que “nuestro Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la estrecha relación existente entre pertinencia de la prueba y hechos notorios, al señalar que el juicio de pertinencia que realice el tribunal debe estar dirigido a valorar, entre otras cuestiones que la prueba propuesta no recaiga sobre hechos exonerados de prueba, como es el caso de los hechos notorios. En segundo lugar, junto con

^[364] CASTRO Pietro, FERNÁNDEZ, Leonardo. Ob. cit., pág. 148.

^[365] CHAIA, Rubén A. La prueba en el proceso penal. Ibidem, págs. 64, 65.

los hechos notorios también quedan excluidas del objeto de la prueba las máximas de experiencia puesto que, aunque pertenecen a lo que a grandes rasgos se denominan aspectos fácticos de la decisión judicial, lo cierto es que constituyen reglas generales del saber común o especializado, aplicables a todos aquellos casos en los que sea necesario establecer algún tipo de razonamiento para dar por probado un hecho”.^[366]

En síntesis, el hecho notorio es aquel que pertenece como dato a la cultura o experiencia común de la colectividad, por ello debe entenderse como cierto el enunciado factual, ya sea que se afirme como notoriamente falso o notoriamente verdadero.^[367]

Al respecto, la Corte Suprema señala:

“Si dicha notoriedad es conocida por el Juez, (...) no merece ser probado el hecho o dicha calidad, contrario sensu, en caso de ser desconocida por el juzgador será suficiente acreditar la notoriedad mas no la producción del hecho. En ese orden de ideas, el hecho notorio no necesita ser acreditado porque no hay duda acerca de su existencia, más aun en el caso de ser negado, deberá la parte que así lo sostiene suministrar la prueba pertinente”.^[368]

En sentido contrario “no siendo notorios aquellos hechos que el órgano judicial pueda conocer oficial o privadamen-

^[366] FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Ob. cit., págs. 39, 40.

^[367] “Son hechos notorios todas aquellas cuestiones que aparecen como generalmente conocidas por el hombre medio en razón de su evidente divulgación o publicidad, y que en consecuencia no es menester su prueba, pues se presuponen también conocidas por el juzgador. Empero, así conceptualizado, su notoriedad será siempre relativa, circunscrita a los límites espaciales y temporales en donde la circunstancia tiene publicidad”. JAUCHEN, Eduardo. M. Tratado de la prueba en materia penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004, págs. 22, 23.

^[368] Casación N° 1567-2003/Ucayali. Sala Civil Permanente (Corte Suprema de Justicia). Diario Oficial El Peruano: Sentencias de Casación, lunes 18 de febrero de 2005, págs. 13567-13568.

te, sino aquellos que disfrutaban de un reconocimiento general en el lugar y tiempo en que el proceso se desarrolla. Se distingue también por su expansión o magnitud una notoriedad general o local, aunque tal distinción obviamente no pueda determinarse en la realidad de manera absoluta. Ahora bien, para el caso del hecho imposible, el hecho notorio se encuentra también limitado por el lugar y tiempo, pero a diferencia del primero en que estos criterios se determinan al momento en que se da el acontecimiento, en el segundo aquellos que se analizan al momento en que se da el proceso, no siendo relevante aquí la producción efectiva o no del hecho sino el acontecimiento generalizado de aquel, el cual lo exime de prueba”.^[369]

La carga de la prueba exige que sea la parte a la cual beneficia esta circunstancia, la que alegue el hecho notorio. No tiene dicha capacidad el juez, por tratarse de un órgano funcional sin capacidad de limitar los puntos o tema objeto de debate.

“Debe distinguirse cuidadosamente la ‘notoriedad’ del ‘conocimiento privado del juez’. Hechos notorios no son los que el juez conoce privadamente, pues estos podrían no ser conocidos por todos. Notorios son aquellos hechos que, aun no habiéndolos percibido el juez directamente, su existencia está plenamente acreditada y es de ‘dominio público’. Por otro lado, que el juez conozca privadamente ciertos hechos alegados en el proceso puede influir en el contexto de descubrimiento: su convicción sobre la ocurrencia de los mismos será absoluta. En suma, la motivación no puede resumirse en un ‘esto es así porque yo lo sé’. Sobre los hechos que el juez conoce privadamente pesa la misma exigencia de justificación que sobre el resto.”^[370]

^[369] MATHEUS, Carlos Alberto. “Sobre la función de la prueba”. Loc. cit., pág. 335.

^[370] GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba. Ediciones Jurídicas y Sociales. Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 202 y ss.

Por último, esta regla probatoria tiene una excepción que se da cuando es la propia norma, sea de naturaleza penal, procesal penal o extra penal, la que exija la prueba de la notoriedad.

- iv. **Los hechos evidentes.**- “Se llaman hechos evidentes a aquellos que suceden comúnmente a partir de una secuencia habitual, oponiéndose así a los hechos excepcionales, anormales o extravagantes. El hecho evidente es conocido a partir de las máximas de experiencias, motivo por el cual se afirma que no requiere ser acreditado, admitiendo prueba en contrario o la oposición de nuevos hechos evidentes o experiencias que los desmientan o contradigan”.^{[371][372]}
- v. **Los hechos no controvertidos.**- Los hechos no controvertidos son aquellos sobre los que las partes no ejercen contradicción, ya sea porque aceptan tácita o expresamente la validez de la inferencia.
- vi. **Las reglas de la experiencia.**- “En su dimensión más frecuente o generalizada, la expresión ‘máxima de la experiencia’ es empleada para identificar a un conjunto de preceptos verificables científicamente, extraídos empíricamente por el juez, es decir mediante la observación del corriente comportamiento humano, y que integran, junto a los principios de la lógica, las reglas de la sana crítica a las que el juzgador debe ajustarse para apreciar la prueba. En otras palabras, para quienes comparten esta visión, las máximas de la experiencia serían, apenas, un segmento de las reglas de la sana crítica en tanto estas últimas se conforman por la mixtura de dos ingredientes: los principios de la lógica y el

^[371] CHAIA, Rubén A. Loc. cit., pág. 67.

^[372] “Son aquellos que resultan de las máximas de la experiencia, que se expresan como normales en oposición a todo aquello excepcional o extravagante: son los que comúnmente acontecen como consecuencia habitualmente natural. Cuestiones tales como la ley física de la gravedad se presentan tan evidentes a raíz de la experiencia práctica, que realmente resulta innecesario recurrir a medios probatorios para corroborar extremos semejantes”. JAUCHEN, Eduardo. M. Loc. Cit., pág. 22.

conocimiento de la vida y de las cosas que posee el magistrado (máximas de la experiencia)”.^[373]

Así, la regla de experiencia se refieren al conocimiento del hombre común, en otras palabras, las máximas de la experiencia son aquellos principios abstractos conocidos y aplicados en determinada zona cultural, que sirven para verificar la prueba y que contribuyen a formar el criterio del juzgador.

Para CASTILLO ALVA “las máximas de la experiencia constituyen elementos que permiten vincular un hecho con otro. Dichas máximas se basan en reglas de sentido común y son extraídas de la experiencia social cotidiana y para algunos, incluso, se pueden obtener de los libros jurídicos. Se trata de generalizaciones empíricas que se refieren a la conducta humana en su dimensión individual y social. Sin embargo, tras este conjunto de reglas se aglomeran muchas veces una serie de valoraciones morales, prejuicios, refranes de sabiduría popular, ideas propias de la mass media por lo que recurrir a dichas generalizaciones es abiertamente riesgoso”.^[374]

Desde una posición integrativa, las reglas de experiencia son consideradas como el conocimiento adquirido a través de un conjunto de reglas de uso común, que han sido elaboradas sobre la base de la observación del comportamiento humano, y que operan como sustrato para la construcción de una presunción^[375], un indicio o como regla para valorar la actividad probatoria.^[376]

^[373] MIDÓN, Marcelo Sebastián. Loc. cit., pág. 119.

^[374] CASTILLO ALVA, José Luis, La motivación de la valoración de la prueba en materia penal. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2014, pág. 262.

^[375] Sentencia de la Primera Sala Penal Liquidadora para procesos de delitos de corrupción de funcionarios “La presunción en el sentido técnico del término puede constituir causa suficiente para destruir la presunción de inocencia, habida cuenta que en muchos delitos resulta difícil o imposible recurrir a la prueba directa, v.g., el delito de colusión desleal”. Exp N° 0002-2013, Lima, 30 de enero 2014, fundamento 57. Ponente Tello de Necco.

^[376] Para CHAIA “las máximas de experiencia son reglas de apreciación que se comportan como juicios hipotéticos y abstractos de contenido general, no

“Los requisitos que se exigen en las máximas de la experiencia son los siguientes: i) Debe tratarse de máximas aceptadas en el ambiente de la cultura media. No se aceptan como reglas las generalizaciones del propio juez o las que se extraen de su propia percepción del mundo, su particular cosmovisión de las cosas, su ideología o religión; ii) Las máximas de la experiencia no deben estar contradichas por los conocimientos científicos vigentes y aceptados en la comunidad; iii) Las máximas no deben oponerse a otras máximas de semejante valor que se apoyan en el sentido común, en la experiencia o en la observación”.^[377]

vii. Los hechos producto de presunciones legales.- “(...) las presunciones, ya sean simples, relativas o absolutas, son normas especiales que cambian el hecho que debe ser probado, es decir, son normas que, por medio de la prueba de un hecho conocido, admiten la ocurrencia de un hecho desconocido, que tiene con aquel un nexo lógico de intensidad variable (según la especie de presunción y la legitimidad del interés que se busca proteger), y el efecto de estas normas consiste en que las consecuencias legales imputadas al hecho desconocido son aplicables aunque no exista su prueba. Por tanto, el objeto de la prueba que ordinariamente sería el hecho desconocido, pasa a ser el hecho conocido”.^[378]

vinculados a las particularidades del caso, ni siquiera a las circunstancias que lo rodean. Son premisas o definiciones autónomas obtenidas de la observación y experiencia social, lo que permite aplicar sus conclusiones a casos similares con presupuestos fácticos compartidos”. CHAIA, Rubén A. Loc. cit., pág. 67.

^[377] CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pág. 263.

^[378] CATURELI Emerson. “Presunciones en Derecho Tributario”. En: Temas actuales de Derecho Tributario. COELHO PASIN, Joao Bosco, SALAS FEBRES, María Alejandra, VILAR MAYER, Pollyana, IBARRA RODRÍGUEZ, Alejandro, GAVALDÁ, Jessica K, WANDERLEY DANTAS DE OLIVEIRA, José André, TORRES ESPINOSA, Blanca, AGUILAR, Nina, PONS FRANCO, Enrique, GONZÁLES LANDAETA, Verónica, PONS y GARCÍA, Jorge Vladimir. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2005, págs. 216, 217.

“La presunción es legal, presunción de ley o del derecho, si la inferencia de lo conocido a lo desconocido la hace la ley, es decir, está predeterminada por el legislador y el juez debe aceptarla una vez que en el proceso se ha probado el hecho conocido, sin ninguna suerte de razonamiento propio”.^[379]

FERNÁNDEZ LÓPEZ señala que “hay que excluir también del objeto de la prueba los hechos presumidos. La presunción es un mecanismo de fijación de hechos en el proceso, y consiste en considerar probado un hecho a partir de la prueba de otro hecho gracias a la existencia entre ambos de una relación tal que nos permite afirmar que, probado el segundo, ha de considerarse probado el primero. Esta caracterización puede entenderse referida tanto a las presunciones iuris et de iure como a las presunciones iuris tantum. Ambas gozan de una estructura idéntica, integrada por tres elementos básicos: el hecho base o indicio, el hecho presumido y el nexo o relación existente entre ellos, pero se distinguen por las diferentes posibilidades ofrecidas para practicar prueba frente a ellas. Las presunciones iuris et de iure, a diferencia de la iuris tantum, se caracterizan por no admitir prueba en contrario, siendo su principal efecto la directa fijación del hecho presumido sin necesidad de prueba y, lo que es más importante, sin posibilidad de practicar prueba en contrario. Por tanto, los hechos presumidos iuris et de iure están excluidos del objeto de prueba si bien con algunos matices”.^[380]

571. Lo anotado implica que en el decurso del Proceso de Pérdida de Dominio el Ministerio Público deberá probar la ilicitud del origen del bien sujetándose a las reglas y principios de la prueba, en tal sentido no le corresponde al sujeto pasivo de la acción acreditar la licitud del bien; sino que es un deber del Ministerio Público el

^[379] ROCHA DEGREEF, Hugo. Presunciones e indicios en juicio penal. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1997, pág. 127.

^[380] FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Ob. cit., págs. 42, 43.

contradecir en el proceso el estatus jurídico de legitimidad de los bienes a través de la utilización de medios probatorios lícitos que sean pertinentes, útiles y conducentes para probar la procedencia ilícita del bien, se excluye por tanto las presunciones; pues estas no pueden construir certezas al ser meras probabilidades.

XXI. IV. Presupuestos que debe cumplir la carga de la prueba de la demanda de Pérdida de Dominio.

- a. Medio de prueba pertinente.- Es aquella que identifica uno o varios elementos de los hechos materia de discusión probatoria, a partir de su significado probatorio. Estamos pues ante una cualidad del medio de prueba para relacionar de forma específica la información introducida por la parte con un hecho objeto de debate a efectos de afirmar su existencia, negar su existencia, plantear una situación controvertida o una causa de justificación o atenuación de la conducta atribuida.^[381]

Para la Corte Suprema el derecho a la prueba pertinente:

“(...) se trata de un elemento de carácter instrumental que integra el contenido esencial del derecho de defensa reconocido en el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política (...)”^[382]

“El derecho a la prueba pertinente está ligado al derecho de defensa. No se puede ejercer tal derecho si no se permite a las partes llevar al proceso los medios que puedan justificar los hechos que han alegado; siempre que a) la prueba haya sido solicitada en la forma y momento procesalmente establecido, b) sea pertinente, es decir, debe argumen-

^[381] El Tribunal Constitucional español refiere que “la pertenencia es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye *thema decidendi* para el tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del tribunal, teniendo tres elementos: a) que el objeto de prueba sean hechos, b) que estén estos previamente alegados en el proceso y c) que estos hechos no sean exonerados de prueba”. STC N° 51/1985, Madrid, 10 de abril de 1985. FJ. 5.

^[382] Sala Penal Permanente R. N. N° 1768-2006-Loreto. Lima, 12 de julio de 2006, fundamento tercero.

tarse de forma convincente y adecuada el fin que persigue, y c) que la prueba sea relevante”^[383]

La pertinencia de la prueba en tanto que conduce establecer una relación entre los hechos que son relevantes para fijar el objeto del proceso, permite que la posición asumida por la parte sea a través de la utilización de cualquiera medio de prueba, en tanto sea adecuado para sustentar la pretensión planteada.^[384]

En consecuencia, un hecho será impertinente para confirmar una hipótesis cuando no sirva para sustentar su pretensión probatoria, cuando no guarda relación, no esté correlacionado con la hipótesis ni indicios o por presunciones, ni por máximas de la experiencia o leyes de la lógica que sean adecuadas y bien fundadas.

- b. Medio de prueba útil.- Se refiere al aporte concreto del medio de prueba en punto del objeto de la investigación, dicho de otro modo es la importancia que tiene el medio de prueba para probar un dato concreto. En otros términos, hablamos de la relevancia del medio de prueba para acreditar un hecho o una parte que es objeto de debate.

“Relevancia de la prueba significa posibilidad de concurrir, sustancia, más que una caracterización positiva, es ella una caracterización negativa, en el sentido de excluir las pruebas totalmente superfluas, esto es, no idóneas en la forma más absoluta para contribuir a la comprobación de la verdad. Por ello, no agregamos también la caracterización ulterior de la importancia de la prueba; a no ser que por importancia se entienda la vinculación a la comprobación en curso; y siempre que, por tanto, dicha calificación no se tome como particular incidencia de la prueba”^[385]

^[383] Casación N° 09-2007-Huaura. Lima, 18 de febrero de 2005.

^[384] “Pertinencia de la prueba significa referencia de ella a la comprobación en curso; referencia que no es necesario que sea directa e inmediata, pudiendo incluso ser solamente mediata (así, una circunstancia a probar, puede ser pertinente a fin de establecer la credibilidad de un testigo)”. LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal. Tomo II. Buenos Aires, Editorial EJE. 1963, pág. 175.

^[385] LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal. Tomo II. Op. cit., pág. 175.

- c. Medio de prueba conducencia y de relevancia probatoria.- Son conducentes los hechos provistos de relevancia para influir en la decisión del conflicto. Carecen de aquella calidad los hechos que, aunque discutidos, no son útiles para resolver la cuestión debatida y por tanto pueden ser objeto de prueba. Así por ejemplo un medio de prueba que se refiera a un hecho no afirmado por las partes, lisa y llanamente no existe, de manera que se halla marginado del objeto de la prueba por inconducente.

De este modo, el calificativo de conducente se refiere a la relación probatoria entre el medio de prueba y lo que se afirma que se pretende probar. Esto es, su valor probatorio. “Primero, conducencia connota la relación probatoria entre la prueba y la propuesta fáctica a la cual se dirige. Este es, su ‘valor probatorio’. Segundo, la propuesta fáctica así probada por la prueba proferida debe tener alguna pertinencia jurídica. Es decir, debe ser algo que esté vinculado con un elemento del tipo penal. Debe ser, en otras palabras, ‘pertinente’”.^[386]

Podemos decir así que la ley establece una serie de elementos presuntivos previos que deben existir para que sea posible decidirse por la apertura de un proceso de pérdida de dominio, estos corresponden a la existencia de indicios que se refieran a la procedencia ilícita del bien.

XXI. V. La presunción como causal de procedibilidad para demandar Pérdida de Dominio

572. El artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1104 indica que:

“La pérdida de dominio procede cuando se **presuma** que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos”.

573. La estructura presuntiva que establece el artículo 4 de la Ley de Pérdida de Dominio es de naturaleza legal. “La presunción es legal, pre-

^[386] GARCÍA VALENCIA, Ignacio Jesús. Las pruebas en el proceso penal. Tercera Edición, Medellín, Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez, 2002, pág. 88.

sunción de ley o del derecho, si la inferencia de lo conocido a lo desconocido la hace la ley, es decir, está predeterminada por el legislador y el juez debe aceptarla una vez que en el proceso se ha probado el hecho conocido, sin ninguna suerte de razonamiento propio”.^[387]

574. La presunción legal “pueden ser de dos clases: de derecho o por derecho (*iuris et de iure* o *iuris tantum*). Los primeros no admiten prueba en contrario y el juez tiene la obligación de aceptar por cierto el hecho presumido una vez acreditado el que le sirve de antecedente. De modo que, probado el hecho inicial de la presunción, se tiene por cierto el hecho final, sin que de ningún modo pueda atacarse en certeza. Es de advertir que al decir que se prohíbe la prueba en contrario, no quiere decir que no se pueda aportar prueba para destruir el fundamento de la presunción. Lo que la ley no permite es atacar el razonamiento o demostrar la inexistencia del hecho presumido, pero nada impide justificar que el hecho que se invoca como antecedente no existe o no es el que específicamente se requiere por la ley. Si son *iuris tantum* o por derecho, solo se consideran ciertas mientras no se pruebe lo contrario. De modo que, aun adoptado o probado el hecho inicial, cabe demostrar la falsedad del hecho afirmado como consecuencia”.^[388]

575. El Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio, establece una presunción *iuris tantum* que requiere por parte del Ministerio Público acreditar los siguientes presupuestos:

- Hechos básicos, se trata de datos ciertos, concretos que exteriorizan o revelan que el bien fue obtenido ilícitamente o guarda relación con un ilícito de crimen organizado.
- Un hecho presunto o aparente se trata del hecho a probar (ilicitud en la adquisición del bien) por lo que está referido a los elementos fácticos que configuran algunos de los tipos penales vinculados para la ley de criminalidad organizada.

^[387] ROCHA DEGREEF, Hugo. Presunciones e indicios en juicio penal. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1997, pág. 127.

^[388] ROCHA DEGREEF, Hugo. Ob. cit., págs. 127, 128.

- Un juicio de probabilidad que conecte a las dos primeras a través de las reglas del criterio humano que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base (la existencia de un delito previsto en la norma), y los hechos consecuencia (los bienes tienen un probable origen ilícito) o a través de las máximas de la experiencia, esto es, de una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes, conectada al principio de normalidad.
576. Una vez realizada esta evaluación es posible afirmar la presunción de ilicitud patrimonial. La pretensión fiscal como se denota versa sobre un juicio indiciario, respecto de una sospecha sustantiva que recae sobre cómo fue adquirido el bien por parte del accionado vinculado a un delito de crimen organizado, por lo que será necesario abundamiento en las investigación para establecer real y efectivamente que el bien tiene procedencia ilícita, lo que se traduce en una actividad probatoria efectiva que acredite la presencia de indicios suficientes o de elementos de juicio reveladores que apoyen la pretensión fiscal.
577. De tal forma que no basta que el Ministerio Público alegue la simple apariencia de ilegitimidad, ni la relación directa o indirecta con un delito de criminalidad organizada, pues corresponde al órgano jurisdiccional controlar la corrección jurídica de la pretensión fiscal, así el juzgador deberá evaluar a través de un juicio lógico-jurídico la situación del bien (entendida este como cualquier cosa que pueda ser incorporado a un derecho transmisible y que goza de valor), ex ante, ello implica que el fiscal deberá presentar una hipótesis respecto a cómo fue adquirido el bien, de quien se adquirió y lo más importante, deberá probar que los bienes adquiridos por el justiciable son producto o guardan relación con la comisión de alguno de los supuestos delictivos que prevé la ley.
578. En tal sentido, se requiere demostrar la vinculación entre bien presuntamente ilícito y el delito invocado, en contrario procede resolución favorable a los intereses del poseedor o propietario del bien, pues es el demandante quien tiene que probar los hechos respecto a la ilicitud del bien y no el accionado quien tiene que probar lo contrario.

XXI. VI. Supuestos concretos para demandar Pérdida de Dominio

579. El artículo 4 del Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio señala como primera causal:

A. Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal.

580. El artículo 4 literal a) de la Ley de Pérdida de Dominio señala como primera causal para el inicio de un proceso de pérdida de dominio:

“Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal”.

581. Del articulado se desprenden dos supuestos distintos:

a) 1. No es posible iniciar el proceso penal

582. Esta causal invoca la imposibilidad de iniciar una acción penal contra personas que estando involucradas en alguno de los delitos de crimen organizado previstos en el artículo 3 de la Ley N°30077 se ha extinguido la posibilidad de seguir la acción penal prevista en los numerales primero y segundo del artículo 78 del Código Penal:

1. Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia.
2. Por autoridad de cosa juzgada.

583. Cabe aclarar que la prescripción, cosa juzgada, amnistía y el derecho de gracia implican la existencia de un proceso penal previo al cual se conoce o se alega la extinción de la acción penal.

b) 2. No es posible continuar con el proceso penal

584. Esta causal se puede situar temporalmente en cualquier estado del proceso penal, como son investigación preparatoria, fase intermedia o juicio oral, circunstancias en las que se puede presentar alguna causal de extinción de la acción penal prevista en los numerales primero y segundo del artículo 78 del Código Penal.

585. De oficio o a iniciativa de parte el Fiscal y/o el Juzgado toma conocimiento que el imputado ha sido beneficiado con una amnistía o con el derecho de gracia, o es informado de la muerte del im-

putado, lo cual una vez que ha sido debidamente corroborado, el juzgado de investigación preparatoria debe declarar la extinción de la acción penal.

586. En el curso de proceso penal la defensa del imputado puede plantear excepciones: 1) de improcedencia de acción prevista en el artículo 6.1 literal b) del CPP; 2) de cosa juzgada prevista en el artículo 6.1 literal c) del CPP; 3) de amnistía prevista en el artículo 6.1 literal d) del CPP y 4) de prescripción prevista en el artículo 6.1 literal e) del CPP, de declararse fundada la excepción de cualquiera de estos supuestos, la consecuencia es el sobreseimiento definitivo del proceso (artículo 6.2 del CPP), lo que impide continuar con el proceso penal.

a) **La excepción de improcedencia de acción.**- El artículo 6.1 literal b) del CPP señala que:

“La improcedencia de acción (se da), cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente”.

La excepción de improcedencia de acción es un medio de defensa y de contradicción del ejercicio de la acción penal^[389], y busca la finalización o extinción anticipada del proceso^[390] a través de una resolución de sobreseimiento definitivo.

Desde una lectura constitucional, la excepción de improcedencia de la acción puede ser considerada como el derecho que tiene todo imputado de solicitar que se archive definitivamente los actuados, porque los hechos materia de investigación no constituyen delito o son nulos de contenido criminal^[391]. Es por tal razón la fuerte relación que existe entre este medio

[389] GARCÍA RADA, Domingo. Manual de derecho procesal penal, EDDILI. Lima, 1984, pág. 37 y ROSAS YATACO, Jorge. Derecho procesal penal. Jurista Editores, 2005, pág. 267.

[390] ARANA MORALES, William. “De la excepción de naturaleza de acción a la excepción de improcedencia de acción en el proceso penal peruano”. Actualidad Jurídica, Tomo 152, Lima, 2006, pág. 132.

[391] En este sentido CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El proceso penal. Teoría y práctica. Quinta Edición. Palestra Editores, Lima, 2000, pág. 294.

de defensa con el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2º, numeral 24, literal “d” de la Constitución.

En este sentido, la misión de la excepción de improcedencia de acción es defender el cumplimiento real del principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, pues mal se haría perseguir penalmente una conducta que no está prevista en la ley penal como punible. Asimismo, por un criterio de justicia material, no existe razón alguna para que el proceso penal, ya iniciado, siga desplegando sus efectos, sino consecuentemente, la causa iniciada con tan grave vacío debe anularse.

Dos supuestos plantea esta excepción: cuando el hecho no constituye delito y cuando el hecho no es justiciable penalmente.

- i) Cuando el hecho no constituye delito.- Este supuesto nos lleva a un análisis de la teoría del delito, por lo que para determinar cuándo una conducta constituye delito es necesario realizar un estudio analítico de sus elementos materiales que lo configuran, es decir, debe comprobarse la existencia de un comportamiento, la presencia de la imputación objetiva y subjetiva (tipicidad), la no existencia de una causa de justificación (antijuricidad) y la culpabilidad.

Necesariamente tienen que concurrir los cuatro elementos materiales de la teoría del delito, si faltara una de ellas no se acreditará su existencia en su contenido material^[392]. En esta lógica, la excepción de improcedencia de acción realiza una depuración y control de los presupuestos procesales necesarios para la validez y eficacia de la pretensión penal.

[392] “(...) en los términos de la imputación fiscal, no puede colegirse que una contratación irregular genere indicios de un interés económico. Interesarse significa mostrar especial atención por un acto administrativo a fin de favorecerse económicamente. En el presente caso, la contratación irregular de alguien no puede determinar *per se* la obtención de un interés de esta naturaleza, debiendo reconducirse en todo caso la imputación en otro tipo penal”. Exp. N° 070-2008-C. Quinta Sala Penal Especial. Lima, 24 de setiembre de 2009.

Desde esta perspectiva podemos diferenciar las causas para declarar fundada una excepción de improcedencia de acción, estas son:

1º Ausencia del comportamiento humano. La excepción de improcedencia de acción se puede presentar cuando el hecho materia de investigación o proceso penal no sea técnico jurídico penalmente un comportamiento humano, circunstancia que puede ocurrir en dos casos puntuales.

No existe comportamiento humano cuando el sujeto no haya exteriorizado su comportamiento de manera voluntaria y finalísticamente (elementos de la acción humana); o, cuando el comportamiento realizado por el sujeto se encuentra inmerso en una de las condiciones que niega su existencia, como por ejemplo: la acción fue realizada mediante una fuerza física irresistible, por una conducta refleja o en un estado de inconciencia.

En estos dos casos no existirá comportamiento humano merecedor de relevancia penal. Por lo tanto, debe declararse procedente una posible deducción de la excepción de improcedencia de acción penal que se refiera a estos fundamentos; es decir, cuando se acredite la ausencia de acción o comportamiento humano.

2º Ausencia de tipicidad.- Existirá atipicidad cuando en la conducta del sujeto activo no concurre alguno de los elementos del tipo penal. La conducta atípica es aquella que no cobra relevancia jurídica penal alguna. Por tal razón, en estos casos se puede deducir una excepción de improcedencia de acción si se comprobara que en el caso concreto faltará, bien la imputación objetiva, el elemento descriptivo, el elemento normativo del tipo penal o la imputación subjetiva.

En la doctrina penal se diferencia entre atipicidad absoluta y relativa. El primer supuesto se presentará cuando

la conducta del sujeto activo no está sancionada por la ley penal. El segundo supuesto se da cuando la conducta desplegada por el sujeto activo adolece de uno o varios elementos configuradores del tipo penal. Respecto a este extremo, la jurisprudencia ha señalado que existe atipicidad absoluta cuando:

“El hecho denunciado no constituye delito, esto es, que dicha conducta no está prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente (atipicidad absoluta)”.^[393]

Existirá atipicidad relativa cuando el hecho:

“No se adecua a la hipótesis típica de una disposición penal vigente y preexistente invocada en la denuncia penal (atipicidad relativa).^[394]

La excepción de improcedencia de la acción penal procede cuando existe ausencia de tipicidad. La lista en estos casos es muy amplia y reconocida por la jurisprudencia y la doctrina, las mismas que pueden reducirse a cuatro grandes grupos:

- Existirá ausencia de tipicidad o causa de atipicidad objetiva cuando en la acción desplegada por el agente no concurre uno u varios elementos del tipo penal objetivo que exige la ley penal para su configuración. Por ejemplo, no se afectó o colocó en peligro al bien jurídico protegido por la norma penal, no realizó el verbo rector típico, no cumplió con alguna de las modalidades que requiere la acción típica, faltó la realización de un elemento normativo o descripti-

[393] R.N. N° 2798-2003-Tumbes, S.P.P., de 16 de agosto de 2004, en SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra Editores, Lima, 2006, pág. 739.

[394] R.N. N° 2798-2003-Tumbes, S.P.P., de 16 de agosto de 2004, en SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Ob. cit., pág. 739.

vo del tipo; o por último, la conducta del sujeto se encuentra en la esfera del riesgo permitido por encontrarse amparado por el principio de confianza, prohibición de regreso o imputación a la víctima.

- Se hallará ausencia de tipicidad subjetiva, es el caso de cuando el agente actúa sin dolo o bajo un error de tipo (artículo 14 del Código Penal) o tratándose de un delito imprudente actúa sin la previsibilidad subjetiva.
- Existirá ausencia de tipicidad, de acuerdo a la teoría de autoría y participación, cuando el tipo penal requiere para su configuración que el sujeto activo del delito sea un agente con cualidades especiales y no un agente común.
- La atipicidad de una conducta también se produce cuando un comportamiento no genera un riesgo jurídicamente relevante o cuando la conducta se somete a los niveles del riesgo permitido.^[395] La imputación objetiva desaparece cuando el agente realiza un comportamiento permitido, tolerado, establecido por el ordenamiento, o cuando su conducta se ha realizado amparado por el principio de confianza.
- La atipicidad se puede presentar en el caso de un delito de realización imposible (artículo 16° del Código Penal) o el acto realizado solo se encuentre en el marco de actos preparatorios para aquellos delitos que generalmente son impunes.

3° Causas de justificación. Se declarará procedente la excepción de improcedencia de acción si la conducta típica está permitida o justificada por la norma penal; por ende, no constituiría delito. Se presentará estos casos en los siguientes supuestos:

^[395] PAREDES CASTAÑON, José. El riesgo permitido en derecho penal. Editorial Grijley. Lima, 2003, pág. 84.

- La conducta típica puede estar justificada por acreditarse que el agente actuó en legítima defensa.
- En estado de necesidad justificante.
- En cumplimiento de un deber, derecho, oficio o por actuar por mandato de la Ley.
- Cuando exista consentimiento de la víctima siempre que sea un bien jurídico de libre disponibilidad.
- Si se acreditara estos supuestos de justificación, operaría válidamente la excepción de improcedencia de acción.

4º Ausencia de culpabilidad. Operará la excepción de improcedencia de acción cuando la conducta no puede ser reprochable penalmente al autor; es decir, no es culpable el autor. Este supuesto se presentará en casos de error de prohibición y causas de estado de necesidad exculpante.

- En el primer supuesto, según el artículo 14º del Código Penal, el error de prohibición se presenta cuando el agente cree erróneamente que está actuando, aun cuando su conducta es típica, se encuentra justificado por una norma penal.
- En el segundo supuesto, el agente sacrifica un bien jurídico del mismo valor al que salva, por encontrarse en un estado de peligro insuperable que de otro modo no podría solventar (artículo 20º, numeral quinto del Código Penal).

ii) Cuando el hecho no es justiciable penalmente.- Este supuesto parte de que la ley elimina la posibilidad de que un delito sea penado, nos encontramos con esta figura cuando el hecho, no obstante estar adecuado al supuesto típico de la ley penal, carece de algún elemento de punibilidad o penalidad ulteriores a los que configuran un injusto penal, que de una u otra manera, son causas que restringen la aplicación de la pena no extensibles para todos los delitos, sino solo para algunos.

Estas causas que restringen la aplicación de la pena son las excusas absolutorias^[396] y las condiciones objetivas de punibilidad.

1. Las excusas absolutorias. Se entiende por excusas absolutorias aquellas circunstancias relacionadas con la persona del autor que pese a que presenta su conducta como típica, antijurídica y culpable, no es punible para ciertos delitos, por razones de política criminal establecidas por el legislador.

En cuanto a su naturaleza, están “vinculadas a la persona del autor y que, por lo tanto, solo le afectan a él y no a los demás partícipes en el delito”.^[397]

“El legislador es consciente de que la conducta es delictiva, y por ello lo suficientemente grave como para merecer una pena. Sin embargo, la propia valoración del legislador indica que este hecho, del que ya se ha afirmado su carácter antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Por ello lo priva de la sanción penal, basándose en apreciaciones previas de carácter político-criminal”^[398].

Desde esta perspectiva “las excusas absolutorias, son circunstancias o requisitos directamente relacionados con la *persona* del autor, que lleva al legislador a considerar que si bien se está ante un comportamiento antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Son de carácter personal, con lo cual, solo excluyen la punibilidad en aquellos intervinientes en quienes concurren”.^[399]

[396] Así lo establece la jurisprudencia en el Exp. N° 3170-94-B. Lima. Ejecutoria de 29 de septiembre de 1995. ROJJASI PELA, Carmen. Ejecutorias supremas penales, 1993-1996, Legrima, Lima, 1997, pág. 283.

[397] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Barcelona, 1996, pág. 419.

[398] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1996, pág. 226.

[399] ALCÓCER POVIS, Eduardo. “La detención en caso de flagrante delito y el derecho penal”. En Alerta Informativa. www.lozavalos.com.pe/alertainformativa, pág. 10.

Las excusas absolutorias se encuentran desarrolladas respecto de su aplicación en el artículo 208° del Código Penal y se aplican en los delitos de hurto, apropiaciones, defraudaciones y daños cuando es cometido entre cónyuges, concubinos ascendientes, descendientes y afines en línea directa, siempre y cuando vivan juntos.

También, es aplicable en el delito de resistencia a la autoridad^[400]; si, la agresión física que ejerce el sujeto activo sobre determinado funcionario público, en este caso ante un efectivo policial, agresión que incluso causó lesiones, no genera responsabilidad penal debido a que se desenvuelve en un escenario en donde el agente pretende conservar su libertad ambulatoria.^[401] Procediendo en este caso las excusas absolutorias. En cuanto a “los efectos que genera son los siguientes:

- Excluyen la pena.
- Dejan subsistente la responsabilidad civil a que diera lugar el delito excusado.
- Pueden dar lugar a sanciones administrativas o disciplinarias (siempre que no se viole el principio *ne bis in ídem*).
- No existe impedimento para aplicar medida de seguridad.

[400] El delito de desobediencia o resistencia a la autoridad se encuentra tipificado en el artículo 368° del Código Penal: “El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de su propia detención, será reprimido con pena (...)”.

[401] Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Sala Permanente en R. N. N° 1172-2003 del 25 de junio de 2003, señala: “Respecto al delito de violencia y resistencia a la autoridad, si bien se encuentra acreditado que el acusado opuso resistencia a su intervención, llegando a agredir físicamente al personal policial interviniente, como aparece del certificado, dicha conducta no es responsable, al desenvolverse en un escenario donde el acusado pretendía conservar su libertad ambulatoria, resultado naturalmente lógico que haya resistido a perderla, por lo que corresponde absolverlo en este extremo”.

- Esta exclusión punitiva es de carácter personal y no posee comunicabilidad de las circunstancias, aplicables a extraños que participen de la acción típica y antijurídica”.^[402]
- 2. Condiciones objetivas de punibilidad. En la doctrina nacional ALCÓCER POVIS afirma que “las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias o requisitos relacionados con el *hecho*. Aquí el legislador añade elementos que no pertenecen al injusto y cuya concurrencia condiciona la punibilidad. Por ejemplo, las cuantías en algunos delitos, como el contrabando (Ley N° 28008 de los delitos aduaneros que exige que la mercancía tenga un valor superior a 2° UIT) y en el hurto (Arts. 185° y 444° CP, mediante los cuales se extrae que la conducta es delictiva si el valor del bien mueble sustraído supera el monto de una remuneración mínima vital)”.^[403]

La doctrina argentina CORVALÁN señala que “de las definiciones ofrecidas por los autores (que identificaron la diversidad de elementos comunes) se extrae, como primera conclusión, que el elemento por excelencia que ha de incluirse en una definición de las condiciones de punibilidad es su desvinculación con la subjetividad del autor (ajenidad al dolo). En segundo plano, que de ellas depende que se concrete la punibilidad, entendida como la efectiva y concreta aplicación de pena, precedida por un delito completo en todos sus elementos (conducta típica, antijurídica y culpable). En tercer término, sin duda adentrarse en la discusión sobre la existencia de la punibilidad como categoría, es casi unánime la opinión

^[402] NARDIELLO, Ángel Gabriel. Estructura del hecho punible. Lineamientos doctrinales. Planteo y resolución de casos. Editorial Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2012, pág. 219.

^[403] ALCÓCER POVIS, Eduardo. “La detención en caso de flagrante delito y el derecho penal”. En Alerta Informativa. www.lozavalos.com.pe/alertainformativa. pág. 5, 6, 7.

que las sitúa por fuera de las tres categorías (tradicionales) esenciales del delito; es decir, no pertenecer ni al tipo, ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, en su concepción tradicional”.^[404]

Las condiciones objetivas de punibilidad se presentan por ejemplo, en el delito de libramiento indebido. El último párrafo del artículo 215° del Código Penal dispone que no procede el ejercicio de la acción penal si el agente abona el importe del documento dentro del tercer día hábil a la fecha del requerimiento^[405].

Otros supuestos donde se puede aplicar, sin inconveniente alguno, realizando una interpretación extensiva *favor rei* es en el desistimiento eficaz del artículo 18° del Código Penal y en los delitos de bagatela^[406].

Si bien, no resultan aplicables las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad a los delitos de crimen organizado, no podemos omitir su desarrollo para entender los alcances de cuando el hecho no es justiciable penalmente.

- b) **Excepción de cosa juzgada.** El Código Procesal Penal en el artículo 6 literal c) establece que las excepciones que pueden deducirse son:

“La cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona”.

La cosa juzgada, *res iudicata* o *exceptio res iudicata* es en sentido amplio, “la fuerza que el ordenamiento jurídico concede, no tanto a la sentencia, cuanto al proceso, al resul-

[404] CORVALÁN, Juan Gustavo. Condiciones objetivas de punibilidad. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009, pág. 243.

[405] ORÉ GUARDIA, Arsenio. Estudios de Derecho Procesal. Editorial Alternativas, Lima, 1993, pág. 313.

[406] Así, ORÉ GUARDIA, Arsenio. Estudios de derecho procesal. Ob. cit., pág. 313.

tado del ejercicio de la función jurisdiccional. Esta fuerza consiste en la subordinación a los resultados del proceso, subordinación que se resuelve en la irrevocabilidad de la decisión judicial, de modo que jurisdicción y cosa juzgada están directamente interrelacionadas”.^[407]

Desde el punto de vista constitucional, se trata de un principio de naturaleza procesal, que tiene por finalidad oponerse a cualquier otra acción penal en el que se presente la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) y respecto del cual existe sentencia firme que tenga el carácter de inmutable e inimpugnable.^[408] En otros términos, trata de impedir que la jurisdicción se vea expuesta a contradicción, lo que puede ocurrir si se inicia un nuevo proceso o se resuelve dos procesos distintos sobre la misma acción penal.

“Cosa juzgada significa bien jurídico definido judicialmente. La cosa no es el *corpus* sino el *jus*, no es el bien sino el derecho por lo que, en último análisis, la excepción de cosa juzgada no es sino la declinatoria de jurisdicción por incompetencia de los jueces para juzgar una cosa ya juzgada. (...) Por tanto, se trata de una excepción de fondo o material y no de simple incompetencia aunque, si prospera,

[407] MONTERO AROCA, Juan. Proceso civil y penal y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 369.

[408] “El principio de la cosa juzgada consiste en revestir a las sentencias de una calidad especial, en virtud de la cual no se permite que las partes frente a quienes se profiere puedan volver a instaurar un segundo proceso con base en los mismos pedimentos y sobre iguales hechos. Este principio obedece a la necesidad de dar el carácter de definitivo a las sentencias y evitar así que se suscite por las mismas cuestiones otro proceso. Para que se presenten los supuestos de esta excepción se requiere la triple identidad o identidad de procesos. Por lo tanto, se señala que hay identidades de procesos cuando las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos”. Casación N° 3210-2005-Puno. Lima 18 de setiembre de 2006. Revista Actualidad Jurídica, Tomo N° 184, marzo 2009. Gaceta Jurídica, 2009, pág. 129.

lleva, como toda excepción, a la conclusión de desestimar la acción, en todo o en parte”.^[409]

La existencia de la cosa juzgada exige, como condición previa, el examen integral de ambos procesos a efectos de determinar si la sentencia firme ha resuelto lo que constituye la nueva pretensión penal, pues lo esencial es determinar si los procesos considerados en su conjunto, son idénticos o no, contradictorios o susceptibles de coexistir.

La institución de la cosa juzgada tiene dos vertientes, una formal y otra material. La primera produce el efecto de la inimpugnabilidad de las resoluciones judiciales, transcurridos y precluidos los plazos legales para impugnarla. La cosa juzgada material, en cambio, conduce a un efecto vinculatorio de la resolución de fondo (sentencia o auto de sobreseimiento libre) en un proceso respecto de otro.

De este modo, la cosa juzgada no solo alcanza a todas las cuestiones planteadas y debatidas en un proceso y expresamente decididas por los jueces, sino que abarca incluso aquellas que, pudiendo haber sido propuestas, no lo fueron.

La doctrina reconoce dos clases de cosa juzgada:

- a) La cosa juzgada formal, tiene por función evitar que en el mismo proceso en el que se ha dictado una sentencia firme, se vuelva a revisar la misma.
- b) La cosa juzgada material, tiene por función evitar a través de la fuerza y autoridad de una sentencia, que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre un asunto que ha sido resuelto sobre el fondo.

La admisibilidad de la excepción de cosa juzgada está sujeta a la concurrencia de la triple identidad entre sujeto, el objeto y la acción penal; por lo tanto, la existencia de

^[409] MARTÍNEZ SARMIENTO, Rafael. Estudios de Derecho. Volumen XVII, N° 54, Medellín, 1959, pág. 351.

esta triple identidad en cualquiera de los planos en los que se invoque la aplicación de este principio, ya sea, material (sustancial)^[410] o procesal (formal)^[411] es un presupuesto esencial de su fundabilidad.

La vigencia del principio del *ne bis in idem* supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada. Empero, esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada.^[412]

Sin embargo, la admisibilidad o procedencia de la excepción de cosa juzgada está supeditada a la demostración del examen integral de dos procesos, de que se trata de las mismas personas, del mismo objeto (asunto sometido a decisión judicial o por existir continencia, conexidad, accesoriedad, o subsidiariedad) o fundamento que ya ha resuelto y que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo litigio.

El *ne bis in idem* se trataría de una derivación de la inviolabilidad del derecho de defensa; esta postura es compatible con el ejercicio de los medios de defensa técnicos que dis-

[410] “El principio de *ne bis in idem* prohíbe no solo la duplicidad de sanciones, sino también de procesos por un mismo delito. En este sentido, la cosa juzgada material supone para todo hecho que haya sido objeto de un proceso penal, el agotamiento de la acción penal, desde el punto de vista real y jurídico”. SCHLÜTER, Ellen. Derecho Procesal Penal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pág. 158.

[411] El *ne bis in idem* en su vertiente procesal o material prohíbe la persecución penal múltiple en aras de evitar un doble enjuiciamiento contra los justiciables, propugnando la extinción de una segunda acción penal en un procedimiento sustanciado. En síntesis, en su ámbito procesal el *ne bis in idem* impide que un mismo hecho procesal sea sujeto de dos procesos por sobre el mismo objeto, o el inicio de un nuevo proceso en otro orden jurídico como consecuencia de la cosa juzgada.

[412] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. La garantía del “*ne bis in idem*” en el ordenamiento jurídico penal. Editorial Jurista Editores, Lima, 2006, pág. 25.

pone el imputado, como es la excepción de cosa juzgada. En otras palabras, el *ne bis in idem* material y procesal y el derecho irrestricto a la defensa técnica y material forman parte de una misma naturaleza jurídica^[413]. El *ne bis in idem* tiene dos vertientes:

- i. **Vertiente sustantiva o material.**- Se deriva del artículo 139° numeral 13 de la Constitución y se expresa en dos exigencias: La primera, es que no es posible aplicar una doble sanción siempre que se presenten los supuestos de triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) es decir una misma ilicitud, esto es cuando el interés jurídicamente protegido sea el mismo en varias normas penales, no es posible una doble sanción.^[414]

Lo que interesa es si existe igualdad de hecho y de fundamento entre las dos normas, ver si hay una misma ilicitud, es decir, si el interés jurídicamente protegido es el mismo.

La segunda exigencia se aplica al concurso aparente de leyes, en cuya virtud a un mismo contenido de injusto se puedan imponer dos penas. Así, a un individuo como consecuencia de la misma conducta y de la producción del mismo resultado cuya fundamentación sea la tutela de mismo bien jurídico. En este caso de lo que se trata es de cuidar la idea de hecho, sujeto y fundamento; en otros términos, si en rigor se castiga y se protege la misma ilicitud y si con ella la ley está protegiendo un mismo bien jurídico, si lo que se protege, es el mismo bien jurídico.

[413] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. La garantía del “*ne bis in idem*” en el ordenamiento jurídico penal. Ob. cit., pág. 30.

[414] La garantía de no ser sometido a *non bis in idem* se configura en su vertiente material como una prohibición de sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que tal reiteración constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento.

Lo mismo puede pasar cuando no existan dos sentencias, pero existan dos procesos que están vinculados, ya sean administrativos o penales, y se imputen por un lado una misma conducta o a un mismo fundamento, y se imputen por un lado tipificaciones independientes, pero que son lo mismo desde el contenido material del instituto, también estamos ante un *ne bis in idem* material.

- ii. **Vertiente procesal o formal.**- El principio de *non bis in idem* procesal o formal integra el derecho fundamental al debido proceso, prescrito en el artículo 139° numeral 3 de la Constitución, por el cual se prohíbe el doble procesamiento por los mismos hechos. Esta vertiente se ha materializado a partir de la vertiente material.^[415]

Lo acotado significa que un mismo justiciable no puede ser enjuiciado dos veces por un mismo delito, se trata de evitar dos procesos por lo mismo.^[416]

[415] “Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución”. STC emitida el 14 de abril del 2003, en el Exp. 0729-2003-HCTC y Exp. N° 2050-2002-AA/TC, Fundamento N° 18.

[416] Precisa el Tribunal Constitucional español que “(...) este principio tiene una dimensión procesal constitucionalmente relevante, de la que se deriva fundamentalmente la interdicción constitucional de un doble proceso penal con el mismo objeto, garantía que no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan solo a aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento –su grado de complejidad– como a las de la sanción que sea posible imponer en él –su naturaleza y magnitud– pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal; de modo que cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador. SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 8; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2.

- c) **Excepción de Amnistía.**- El artículo 6º literal d) del Código Procesal Penal establece que se puede deducir la excepción de amnistía.

La amnistía es una manifestación o expresión del derecho de gracia, y significa la renuncia del Estado a continuar con la persecución de un delito de carácter político a través del perdón y el olvido del delito, “esto es, un borrar en la mente del poder estatal la realización de ciertos hechos delictivos anteriormente ejecutados y respecto de los que se elimina ahora toda derivación penal. Significa por tanto, anular la relevancia penal de ciertos hechos, privando de eficacia a la norma penal material que los sanciona, lo que ha sido considerado como una derogatoria transitoria –y retroactiva– de la ley penal”.^[417]

Se trata de un acto concreto del Congreso de la República que tiene por efecto anular el propio carácter delictuoso de los hechos a que se refiere, como si nunca hubiesen existido; así, eliminada la punibilidad del ilícito, la consecuencia es la abolición de la acción penal para perseguir el delito cometido, y sin acción penal no puede haber proceso penal.^[418]

La amnistía es una potestad que el Congreso ejerce en nombre de la sociedad y que se haya preceptuado en el artículo 102º numeral sexto de la Constitución y que es concordante con el artículo 89º del Código Penal que señala que “la amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él”.

Al respecto BERNALES BALLESTEROS señala que “la amnistía solo sirve para los delitos políticos. Para quien ha

^[417] ROMERO PRADAS, Isabel María. El sobreseimiento. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 180.

^[418] En este sentido, la amnistía es la institución en virtud de la cual el poder público –generalmente, por razones políticas– anula la relevancia penal de ciertos hechos, extinguiendo las responsabilidades punitivas dimanantes de los mismos.

cometido delitos comunes –como son por ejemplo el homicidio, el secuestro o el robo– existe el indulto, que es el derecho de gracia discrecional de quien ejerce la jefatura de un Estado (...)^[419]

En síntesis, el fundamento de la amnistía es el de impedir la continuación del proceso, por lo que al condicionar la admisibilidad del juicio, es una causa de exclusión del proceso.

- d) **Excepción de Prescripción.**– El artículo 6° del Código Procesal Penal regula en el literal e) el instituto de la prescripción, por vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal que extingue la acción penal o el derecho de ejecución de la pena.

“La prescripción consiste esencialmente en la invalidación por el transcurso del tiempo del valor que habían tenido determinadas conductas descritas en la ley penal como delito. Ese paso del tiempo, en el que por todos se aprecia tal efecto destructor hace que el desvalor social y jurídico que mereció en su día un hecho no pueda mantenerse con la misma fuerza eternamente”.^[420]

La prescripción constituye una institución jurídica, directamente relacionada al transcurso del tiempo, ocurriendo que en relación con él y dadas ciertas condiciones, modifica las relaciones jurídicas preexistentes, determinando la liberación de obligaciones y/o la generación de derechos. Esta alteración de los vínculos o relaciones en función del tiempo transcurrido, en general, es común a todas las especialidades jurídicas.^[421]

[419] BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, pág. 428.

[420] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Aranzadi, 2° Edición, Valencia, 2000, pág. 766.

[421] ANGULO ARANA, Pedro Miguel. “Efectos y requisitos de la prescripción de la pena”. En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 2, agosto, 2009, Gaceta Jurídica, pág. 76. Así, REYNA ALFARO, afirma que: “La palabra prescrip-

El plazo se computa desde la producción del hecho delictuoso y no desde la toma conocimiento de la *notitia criminis*, menos aún desde que se emite disposición de formalización de investigación preparatoria.

d).1. Clases de prescripción.- La prescripción se divide en:

- i. **Prescripción ordinaria.-** La regla general del instituto de la prescripción requiere para su perfeccionamiento que el tiempo de prescripción de la acción penal sea igual al máximo de la pena fijada por la ley penal para el delito en concreto. Así, el artículo 80° del Código Penal establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es pena privativa de libertad; sino no lo fuera, se seguirán otras reglas prescriptorias.

La jurisprudencia en este sentido señala que:

“De conformidad con el artículo 80° del Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para cada delito, si es privativa de la libertad”.^[422]

- ii. **Prescripción extraordinaria.-** El plazo de este tipo de prescripción de la acción penal se produce en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley al delito cometido, si fuera una pena privativa de libertad; y si se tratara de otro tipo de pena, el plazo prescriptorio es de tres años. “El instituto de la prescripción opera cuando

ción se refiere a la acción de prescribir, y esta tiene tres sentidos claramente determinados. El primero se refiere a ordenar, preceptuar o determinar; el segundo, a adquirir la propiedad de una cosa por su posición continua durante el tiempo que la ley señala; y la tercera, aquella que nos interesa, como impedimento procesal, alude a la extinción de un delito o la acción penal y de la pena por el transcurso del tiempo prefijado por la ley”. REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Ibíd.*, pág. 169.

^[422] R.N. N° 1891-01-Arequipa, S.P.T., 18 de junio de 2003, CASTILLO ALVA, José Luís, *Jurisprudencia penal*, Tomo 3. Ob. cit., pág. 254.

transcurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito”.^[423]

Este tipo de prescripción exige para su configuración el cumplimiento de un plazo más el equivalente a una mitad del plazo ordinario, ya que, ha existido una causal para que se extienda a dicho plazo^[424].

En este sentido, el artículo 83° del Código Penal señala, que cuando se interrumpe el plazo ordinario de prescripción, comienza a correr un nuevo plazo. Sin embargo, extraordinariamente, la acción penal prescribe indefectiblemente y en todos los casos cuando el tiempo transcurrido sobre pasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción.

De esta última consideración se desprenden dos reglas:

- 1.- Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.
- 2.- La acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

La prescripción extraordinaria opera cuando se ha interrumpido el plazo establecido para la prescripción ordinaria, que de acuerdo al artículo 83° del Código penal, se presenta:

^[423] Exp. N° 3065-98-A-Lima, Ejecutoria Suprema de 13 de agosto de 1998, en ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal patrimonial 1998-2000*, Editorial Grijley, Lima, 2000, pág. 407.

^[424] “El artículo 80° del Código Penal vigente establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito si es privativa de libertad, agregando en el penúltimo párrafo que en el caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben independientemente”. Ejecutoria Suprema de 15 de noviembre de 1991. Exp. N° 687-90-ICA. En *Actualidad Jurídica*, N° 138, mayo 2005.

- 1) Por actuación del Ministerio Público.
- 2) Por actuación de las autoridades judiciales.
- 3) Por la comisión de un nuevo delito doloso.

Es decir, opera cuando la acción penal se ha ejercido y se ha realizado actuaciones judiciales, de ese modo se interrumpe el plazo ordinario de prescripción y se tendrá que adicionar o sumar al plazo ordinario un plazo extraordinario que por ley es equivalente al 50% de aquel, cumplido el cual, la acción penal prescribe inexorablemente^[425].

B. Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.

587. El artículo 4 literal b) del Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio señala como causal:

“Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito”.

588. Esta causal plantea tres supuestos:

- a) **Mecanismos de culminación anticipada del proceso.**- Se trata de supuestos donde en general el imputado acepta haber cometido el hecho delictivo, pero mantiene un cuestionamiento sobre la pena y/o la reparación civil, sin que esto signifique necesariamente el haberse determinado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito. Podemos a su vez dividirlo en tres supuestos diferentes:
 - i. **La terminación anticipada.**- “(...) es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que

^[425] CUBAS VILLANUEVA, Víctor, Ibidem, pág. 291.

se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. (...) El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468°. 4 y 5 NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos –ámbito de aplicación general– y sometido sus reglas a una pauta unitaria (...). Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular –etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero–. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (artículo 468°.1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada”.^[426]

“Con respecto a sus aspectos procedimentales, su ámbito de aplicación es general, pues resulta aplicable en los procesos por todo tipo de delito; debiendo precisarse que en el caso, de procesos con pluralidad de hechos punibles y/o de imputados, se requiere el acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos, procediendo aprobarse acuerdos parciales (esto es, de alguno de los imputados), solo si el desacuerdo de los demás se refiere a otros delitos conexos en relación con otros imputados; y si tal aprobación no perjudica la investigación; o si la acumulación resulta indispensable. (...) En cuanto a la participación que correspon-

^[426] Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116, Lima, 13 de noviembre 2009, fundamento jurídico 6, 7 y 17.

de a las partes durante su tramitación, tenemos que el fiscal y el imputado están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales (en búsqueda del consenso); por su parte el juez está obligado durante la audiencia, a explicar al imputado los alcances y consecuencias del acuerdo; y a propiciar el consenso, instando a las partes a que lleguen a un acuerdo. En lo que respecta a la participación de la parte civil y el tercero civilmente responsable, esta es facultativa, existiendo la obligación de poner en su conocimiento la instauración del procedimiento de terminación anticipada, pudiendo estos pronunciarse respecto a su procedencia y de ser el caso formular sus pretensiones”.^[427]

- ii. **Conformidad o conclusión anticipada del juicio oral.**— El artículo 372 del CPP prevé este mecanismo de simplificación procesal. “La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso —en concreto, del juicio oral— a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes”.^[428]

“En esencia, se trata de un mecanismo de simplificación procesal que permite poner fin anticipadamente al proceso, evitando la continuación del juicio oral y por consiguiente la actuación probatoria encaminada a demostrar la realización del hecho imputado, al tener como existente y cierto el hecho aceptado, con independencia de que tal aceptación, en sentido estricto, se corresponda en todos los casos a la verdad histórica, sin que ello implique la ausencia de un básico control de razonabilidad —en términos de sustentabilidad— de los cargos materia de aceptación. Esto supone una declaración de voluntad libre y unilateral del imputado expresada du-

^[427] BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto. “Legitimación de las fórmulas consensuadas simplificadoras del procesamiento penal”. En *Revista Oficial del Poder Judicial* Año 3 N° 5 Lima, 2009, pág. 86.

^[428] Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, Lima, 18 de julio 2008, fundamento jurídico 8.

rante las actuaciones iniciales del juzgamiento —entiéndase antes de iniciarse la actuación probatoria—, aceptando solo los cargos penales formulados en la acusación (conformidad relativa o limitada), aceptando además la pena y el monto de la reparación civil propuestos en la acusación (conformidad absoluta) o acordando con el fiscal la pena (conformidad negociada), necesariamente ratificada por el abogado defensor; la que de modo decisivo releva al fiscal de la obligación de producir prueba de cargo y por ello “produce en la instancia una preclusión para el acusado de poder alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de aquella, lo que constituye el sustento esencial sobre el que descansa dicha institución”.^[429]

iii. **Colaboración eficaz.**— El artículo 472 y ss del CPP prevé la institución procesal de la colaboración eficaz, por la cual la persona procesada por el delito de crimen organizado, sin tener la calidad de cabecilla y proporcionando información valiosa respecto de los hechos implicados se beneficia con una pena inferior a la prevista.

b) **Sobreseimiento.**— Es la resolución judicial expresada a través de un auto que declara fundada la solicitud de parte legitimada (Fiscal o defensa del imputado) de poner fin al proceso y consecuentemente archivar el caso. Los supuestos de sobreseimiento que pueden devenir en el inicio de un proceso de pérdida de dominio son los previstos en el artículo 344.2 literales b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; c) La acción penal se ha extinguido, y d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

El artículo 344 numeral 2 literal b) del Código Procesal Penal señala:

[429] BROUSSET SALAS, Ricardo Alberto. “Legitimación de las fórmulas consensuadas simplificadoras del procesamiento penal”. Ob. cit., pág. 88.

“El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad”.

Se trata de un supuesto que concuerda con los presupuestos de la excepción de improcedencia de acción, es decir, cuando el hecho no constituye delito, o no es justiciable penalmente tal y como lo señala el artículo 6.1, literal b) del Código Procesal Penal.

Bajo esta causal se incluyen tres supuestos:

- i. Cuando el hecho denunciado *no constituye delito* (la conducta imputada no concuerda con la descripción típica del delito materia de imputación.

Existirá ausencia de tipicidad o causa de atipicidad objetiva y/o subjetiva cuando en la acción desplegada por el agente no concurre uno u varios elementos del tipo penal que exige la ley penal para su configuración.

Así, cuando no se afectó o colocó en peligro al bien jurídico protegido por la norma penal, no realizó el verbo rector típico, no cumplió con alguna de las modalidades que requiere la acción típica, faltó la realización de un elemento normativo o descriptivo del tipo; o por último, la conducta del sujeto se encuentra en la esfera del riesgo permitido por encontrarse amparado por el principio de confianza, prohibición de regreso o imputación a la víctima.

- ii. Cuando el hecho *no es justiciable penalmente* (presencia de una causa de justificación, para los tipos penales incluidos en la ley de crimen organizado, no son aplicables la excusa absolutoria, o la ausencia de una condición objetiva de punibilidad).

Dentro de las causas de justificación pueden presentarse una anomalía psíquica grave sobrevenida (artículo 20.1 del Código Penal) o un supuesto de miedo insuperable (artículo 20.7 del CP) realizado bajo coacción permanente para el caso de los cómplices, su invocación y amparo dependerá de las posibilidades fácticas y normativas invocadas.

El artículo 344 numeral 2 literal d) del Código Procesal Penal señala:

“No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado”.

Este supuesto plantea “un supuesto de insuficiencia, que además, no solo está referido a la determinación del presunto autor (insuficiencia subjetiva), también está referido a la existencia del hecho (insuficiencia objetiva)”.^[430]

Desde esta perspectiva, estamos ante un supuesto de actos de investigación insuficientes para sostener una acusación y por ende corresponde al Fiscal solicitar el sobreseimiento.

- c) **Sentencia civil que extingue acción penal.**- El artículo 79 del Código Penal señala:

“Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito”.

Revisado los supuestos previstos en la Ley de Crimen Organizado tenemos que se prevé como uno de los delitos la usurpación agravada prevista en el artículo 195 del Código Penal, lo que resulta concordante con artículo 2 numeral segundo del Decreto legislativo N° 1104 que modifica la Ley de Pérdida de Dominio.

En este caso si se declarara la licitud de la usurpación de bienes del Estado, el consecuente efecto al patrimonio del Estado que genera un perjuicio y/o las ganancias consecuentes que el beneficiado obtenga por hacerse con la propiedad del Estado es causal suficiente para sustentar una demanda de pérdida de dominio.

- d) **Sentencia condenatoria.**- Se determina la ilicitud de la conducta, mas no del origen delictivo de los objetos, instrumentos,

^[430] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La etapa intermedia. Ara Editores, Lima, 2010, pág. 95.

efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito, de los que queden sospechas fundadas que ameriten se inicie el proceso de pérdida de dominio.

Esto implica que durante las fases del proceso el Ministerio Público alegó el origen ilícito de los bienes de los procesados, que estos no dieron respuestas o las que dieron no acreditaron la licitud del patrimonio con el que se adquirió los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.

C. Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción.

589. El artículo 4 literal c) del Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio señala como causal para el inicio de un proceso de pérdida de dominio:

“Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción”.

590. Bajo esta causal en la investigación preparatoria no se descubrió los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o los bienes fueron utilizados en la comisión del delito, sino más bien que fue descubierto con posterioridad a la emisión de la acusación y luego de emitido el auto de enjuiciamiento.

591. La consecuencia de ello es que el Fiscal no pudo afirmar la ilicitud de los bienes, instrumentos o ganancias durante la investigación preparatoria, por lo que no fue prevista en la acusación, luego no puede complementar fácticamente, pues los únicos hechos al que puede referirse la acusación son las que fueran materia de investigación preparatoria, conforme lo indica el artículo 349.2 del Código Procesal Penal cuando señala que:

“La acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica”.

592. El Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 –Control de la acusación fiscal– de fecha 13 de noviembre de 2009, fundamento jurídico octavo señala que:
- “Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico-penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal”.
593. Esto implica que durante la secuela del juicio oral se descubrió información obtenida de testigos, documentos u otros medios de información referidos a los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provenientes de la comisión de los hechos delictivos materia de enjuiciamiento que se encuentran en alguno de los supuestos de la Ley contra de Crimen organizado.
594. En síntesis, ante la imposibilidad de incorporar en la acusación hechos referidos a los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o los bienes fueron utilizados en la comisión del delito corresponde la aplicación del proceso de pérdida de dominio.
595. Cabe preguntarnos si procede el proceso de Pérdida de Dominio si la información obtenida en el juicio oral se refiere a otros hechos que no son materia de acusación, pero sí se encuentran en alguno de los supuestos de la Ley contra de Crimen organizado. En estos casos lo que corresponde es que se remitan copias al Ministerio Público para que investigue estos hechos, si por alguna razón no es posible el procesamiento de las personas involucradas, el Fiscal invocará algunas de las causales de procedencia de pérdida de dominio desarrolladas según corresponda.
596. Es de precisar que no resultan aplicables las normas del Código del Procedimiento Penales en las que se encuentra regulada la etapa de instrucción al proceso de pérdida de dominio, pues como indica el artículo 4 de la ley contra el crimen organizado rigen las normas y disposiciones del Código Procesal Penal.

D. Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad.

597. El artículo 4 literal d) del Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio establece como última causal:

“Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad”.

598. Esta causal admite cualquier modalidad no contemplada en los tres literal previos del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1104, una cláusula abierta, que puede ser complementada jurisprudencialmente con otros supuestos que la praxis puede presentar.

599. Este supuesto parte de la finalización del proceso penal mediante un sobreseimiento o una sentencia condenatoria, en el cual no fue objeto del proceso el origen o procedencia de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias relacionadas con el delito.

600. Esto supone que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias relacionadas con el delito se descubre como producto de una nueva investigación ya sea por reincidir en la comisión de un delito que forman parte de la Ley contra el crimen organizado o porque el sujeto está involucrado en un delito distinto de los que forman parte de la Ley N° 30077 y en ese contexto se descubre bienes que guardan relación temporal y circunstancial con un delito previo que forme parte de los establecidos en el artículo 3 de la Ley contra el crimen organizado.

601. Se admite bajo estos supuestos los casos en que se descubre en poder de terceros, (testaferros), bienes pertenecientes a personas sentenciadas por algún delito de los que forman parte de la Ley contra el crimen organizado, esto puede ser producto de circunstancia en los que algunos de los integrantes de la organización criminal sea atrapado después de que se juzgara a los otros miembros, este sujeto se acoge a la colaboración eficaz, y genera información relativa al patrimonio oculto de las otras personas cuyo proceso ha culminado o cuando el sujeto es investigado por algún delito que no forme parte de la Ley de crimen organizado y se descubre un patrimonio que no puede justificar y que se vincula con algún delito de crimen organizado.

602. Se aplica este supuesto a los casos en que se detectan acciones del propio sentenciado luego de culminado el proceso penal (normalmente luego de cumplirse la pena) en la que pretende o logra registrar bienes que detentaba en calidad de poseedor cuya existencia se desconocía, los había ocultado, los había registrado a nombre de terceros y/o en posesión de terceros cuya relación con el imputado no había sido revelada.

XXI. VII. Supuestos de inadmisibilidad de la demanda de Pérdida de Dominio

603. El artículo 13.3 del Decreto Legislativo N° 1104 se refiere a la inadmisibilidad e improcedencia cuando señala:

“En caso de advertir la ausencia de algún requisito formal la declarará inadmisibile, concediendo un plazo de tres (3) días hábiles para la subsanación. Vencido dicho plazo, si no se subsana, se archiva la demanda. Contra la resolución que declara improcedente la demanda o el archivo de la misma, solo procede el recurso de apelación dentro del plazo de cinco (5) días hábiles”.

604. La inadmisibilidad se encuentra descrita en el artículo 128 del Código Procesal Civil cuando señala que el juez:

“Declarara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente”.

605. Las causales específicas de inadmisibilidad están desarrolladas en el artículo 425 del Código Procesal Civil y son:

1. No tenga los requisitos legales.
2. No se acompañe los anexos exigidos por ley.
3. El petitorio sea incompleto o impreciso.
4. La vía procedimental no corresponda a la naturaleza del petitorio.

606. Aplicando las causales de inadmisibilidad al proceso de Pérdida de Dominio, estas se presentan cuando:

- a. No tenga los requisitos legales, esto sucede cuando la demanda de Pérdida de Dominio no se encuentra dentro de

los supuestos de procedencia establecidos en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1104- Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio.

También se presenta cuando el Fiscal no indique que los delitos y acciones han generado efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

Otro requisito legal se presenta cuando se ha extinguido por prescripción el derecho de demandar Pérdida de Dominio, conforme lo establece el artículo 3 literal b) del Decreto Legislativo N° 1104.

- b. No se acompañe los anexos exigidos por ley, el artículo 425 numerales 5 y 6 del Código Procesal Civil referido a los anexos de la demanda, establece una relación de documentos que debe acompañar la demanda de Pérdida de Dominio: todos los medios probatorios destinados a sustentar el petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sean necesarios para su actuación y los documentos probatorios que tuviera en su poder el demandante.

El artículo 425 numeral 5 del Código Procesal Civil se refiere a cualquier medio de prueba distinto a la prueba documental, como son los medios de prueba personales (declaración del imputado y su confesión, declaración del coimputado, declaración testimonial) brindadas en el proceso penal por delito de crimen organizado, la prueba indiciaria, la pericia, etc., las que debe cumplir con los requisitos propios de cada medio de prueba.

La prueba documental prevista en el artículo 425 numeral 6 del Código Procesal Civil tiene requisitos propios, en tanto se exige que los documentos sean legibles y estén certificados judicialmente, fedateados por funcionario competente o legalizados por Notario Público dependiendo del tipo de documento que se presente.

Por ejemplo, los documentos que formen parte del expediente por delito de crimen organizado requieren ser certificados judicialmente por el secretario o especialista competente.

Las fichas registrales y el mandato de poderes son fedateados por el funcionario competente del Registro Público.

Los documentos privados aportados por las partes, en tanto no sean los documentos originales, requieren ser legalizados por Notario Público.

607. En suma, estos son los principales supuestos para declarar la inadmisibilidad la demanda de Pérdida de Dominio.

XXI. VIII. Supuestos de improcedencia de la demanda de Pérdida de Dominio

608. La improcedencia es una calificación negativa que se hace al momento de la calificación de la demanda de Pérdida de Dominio, se trata de una calificación liminar cuya consecuencia es el rechazo de la demanda al carecer de requisitos que tienen que ver con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

609. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia civil señala:

“La declaración de improcedencia debe darse al momento de la calificación de la demanda, por lo que no se discute el derecho del demandante dentro de un proceso judicial. (...) En la calificación de la demanda es facultad del juez analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda; (...) dichos requisitos están vinculados estrictamente a **cuestiones de forma y capacidad procesal en el modo de interponer la demanda**; no corresponde ser rechazada basada en la presentación y análisis de las pruebas recaudadas, que implica un pronunciamiento sobre el fondo, lo que no es propio de un resolución que liminarmente declara la improcedencia de la demanda”.^[431]

610. La improcedencia no define el fondo de una pretensión, al respecto el artículo 128 del Código Procesal Civil señala que el juez:

“Declarar su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo”.

^[431] Casación N° 1691-99-Callao, 07 de diciembre de 1999.

611. Así, al tratarse la declaración de improcedencia de un acto en el que se declara que la demanda no cumple con los requisitos establecidos para su procedencia, no puede tener argumentos de fondo. Al respecto la jurisprudencia suprema señala:

“La resolución que revoca el auto que admite una demanda no puede contener argumentos de fondo que resultan prematuros si la resolución objeto de apelación no es una sentencia. En efecto, temas como la oponibilidad del derecho de la accionante respecto al derecho del banco ejecutante solo podrán ser expuestos de manera oportuna al emitirse pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, luego de tener a la vista todos los elementos probatorios ofrecidos por las partes y, en su caso, aquellos que el juez estime necesarios conforme a la facultad conferida por el artículo 194 del Código Procesal Civil”.^[432]

612. Asimismo, la resolución que declara la improcedencia de la demanda no puede tener fundamentos que correspondan a una resolución final. Al respecto la Corte Suprema en materia Civil señala:

“Que, la resolución cuestionada ha rechazado la demanda sin haberle dado trámite declarándola improcedente, emitiendo fundamentos de hecho y de derecho que corresponden a una resolución final, contraviendo así lo dispuesto en el artículo ciento treintinueve inciso tercero de la Constitución Política del Estado: a que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos con sujeción a un debido proceso”.^[433]

613. Las causales específicas de improcedencia están desarrolladas en el artículo 427 del Código Procesal Civil y son:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar.
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar.
3. Advierta la caducidad del derecho.
4. Carezca de competencia.

^[432] Casación N° 2611-02-Lambayeque, El Peruano, 30 de marzo de 2005.

^[433] Casación N° 1691-99-Callao, 07 de diciembre de 1999.

5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio.
 6. El petitorio fuera jurídica o físicamente imposible o
 7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.
614. El artículo 13.3 del Decreto Legislativo N° 1104 se refiere a la improcedencia de la demanda de Pérdida de Dominio, sin especificar las causales, por lo que para ello debemos interpretar el artículo 427 del Código Procesal Civil a efectos de identificar aquellos supuestos que pueden ser considerados en una resolución que declara la improcedencia de la demanda de Pérdida de Dominio:
- a) No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio, esto se presenta cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias no guarden relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos establecidos en el artículo 3 de la Ley contra el crimen organizado.
 - b) El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar, esto se presenta cuando el Fiscal que interpone demanda de Pérdida de Dominio planteando su pretensión carezca de capacidad legal para hacerlo.

La legitimidad para obrar es la posición habilitante para poder plantear demanda de Pérdida de Dominio que se otorga a las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio y a las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios quienes representan el derecho de la sociedad y como tal pueden afirmar ser parte en la relación jurídico sustantiva que da origen al conflicto de intereses.

Así, carece de legitimidad para obrar cuando el Fiscal no tiene competencia material y funcional para demandar Pérdida de Dominio o en caso de conflicto positivo y/o negativo, este haya sido resuelto por la Fiscalía Superior en contra del Fiscal que plantea la demanda.

Es regla general que quien tiene competencia para accionar una Pérdida de Dominio son las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, conforme lo establece el artículo 5 –competencia material– de la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 227-2014-MP-FN; sin embargo, también acotamos en acápite previos que las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios han asumido competencia para demandar Pérdida de Dominio, en casos derivados de investigación iniciadas en esa sede, por lo que en caso de presentarse un conflicto de competencia fiscal debemos remitirnos a la Directiva N° 06-2012-FN-MP- Criterios para determinar la competencia fiscal por conexidad, derivación, y/o acumulación de investigaciones de fecha 8 de agosto de 2012.

- c) Carezca de competencia, este supuesto se presenta cuando se plantea la demanda de Pérdida de Dominio ante un Juez que no tiene competencia para ello, recordemos que en Lima y Callao el juzgado competente para conocer de procesos de Pérdida de Dominio es el Juzgado Especializado en lo Penal (actualmente denominado Juzgado Penal Transitorio Especializado en Delitos Aduaneros, Tributarios y de Propiedad Intelectual Supraprovincial de Lima y Callao) el cual adquirió competencia material y funcional mediante Resolución Administrativa N° 339-2013 CE-PJ de fecha 27 de diciembre de 2013, al establecer que es el único que puede conocer de procesos de pérdida de dominio para casos que se tramitan en las Cortes Superiores de Lima, Lima Norte, Lima Sur y el Callao.

Mientras que para el resto del país el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1104 indica que las reglas de competencia general y específica son:

1. “El proceso será conocido en primera instancia por el Juez Especializado en lo Penal o Mixto del lugar donde se encuentren ubicados o se descubran los objetos, instrumentos, efectos o ganancias vinculados a cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 2° y en los supuestos de

aplicación referidos en el artículo 4º del presente Decreto Legislativo.

2. Si se encuentran bienes en distintos distritos judiciales, es competente el Juez del distrito en donde se inicie la primera investigación a cargo del Ministerio Público.
 3. Si con posterioridad al inicio del proceso de pérdida de dominio se toma conocimiento de la existencia de otros objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito vinculados al objeto de este proceso, ubicados en distintos lugares, mantiene la competencia el Juez que conoce la primera demanda.
 4. La Sala Penal o Mixta del mismo Distrito Judicial en el que se tramitó la pérdida de dominio es competente para conocer, en segunda y última instancia, las apelaciones que formulen las partes contra las medidas cautelares, la sentencia y otras resoluciones susceptibles de impugnación conforme al presente Decreto Legislativo.
- d) El petitorio fuera jurídica o físicamente imposible, esta situación se presenta en aquellos casos en que el derecho de demanda de Pérdida de Dominio se encuentra vigente, pero no se ha identificado bienes en poder del demandante o de terceros, planteándose que en el proceso se identificará los bienes sobre los cuales accionar.
615. En suma, estos son los principales supuestos para declarar la improcedencia de la demanda de Pérdida de Dominio.

TÍTULO III
MEDIOS DE PRUEBA
APLICABLES EN DELITOS
DE CRIMEN ORGANIZADO
CUESTIONES GENERALES

616. Los delitos de crimen organizado son no solo diversos en cuanto a los bienes jurídicos que afectan, sino complejos en la estructura del tipo penal sobre el cual se extienden. Como dice FASSONE, “el proceso de crimen organizado se caracteriza por la particular gravedad de aquellos eventos pasados y por la extrema rareza de los signos dejados por sus autores”^[434], por lo que requieren ser tratados desde la perspectiva probatoria atendiendo a los requerimientos de cada tipo penal, de modo tal que todos los medios de prueba tienen aptitud o capacidad suficiente para demostrar la existencia de algunos de los delitos previstos en el artículo 3 de la Ley N° 30077.

XXII

LA PERICIA CONTABLE

617. La pericia es un elemento y medio de prueba que tiene por finalidad el descubrir o valorar un determinado elemento de prueba en base al conocimiento especializado del perito, que puede ser de índole científica, artística, técnica o reglas o máximas de la experiencia, a los cuales el juez no tiene acceso ya que escapa a su esfera de conocimiento; es que, podemos afirmar – como lo hace WHITTHAUS – que “cuanto más técnica sea la cuestión sometida a decisión judicial, mayor importancia adquiere la pericia”.^[435]

^[434] FASSONE, Elvio. “La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada”. Ob. cit., pág. 134.

^[435] WITTHAUS, Rodolfo E. Prueba pericial. 1° edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1991, pág. 21.

618. La pericia contable es un medio de prueba en delitos de crimen organizado de contenido económico tales como los Delitos contra la administración pública, Delitos contra el patrimonio, Delito contra la propiedad industrial, Delitos monetarios, etc. De ello deviene la necesidad de desarrollar la pericia contable vinculada a los delitos de crimen organizado.

XXII. I. Concepto

619. Uno de los campos de mayor complejidad constituye la investigación de la criminalidad organizada, ya que, generalmente, se presentan una amplia gama de operaciones financieras las cuales tienen por finalidad evadir los controles gubernamentales y con ello perpetrar sus actos ilícitos tales como el blanqueo de capitales o el lavado de activos.
620. Es en este escenario en el cual la pericia contable adquiere mayor relevancia. La labor de un perito con acreditada experticia en el manejo de la información contable se hace indispensable para desentrañar todas las complejas operaciones financieras de las que se valen las organizaciones criminales para realizar las conductas delictivas.
621. Se puede definir la pericia contable como una labor de investigación desarrollada por un Contador Público Colegiado en un proceso judicial, contando con la información del expediente judicial, los libros y registros de contabilidad y la información de las partes y de terceros y realizando la aplicación de métodos y procedimientos que le permiten esclarecer los hechos puestos a su consideración^[436].

XXII. II. Fundamentos

622. La pericia contable adquiere una gran importancia como medio para la inserción en el proceso penal de información de calidad, que permita dilucidar cuestiones vitales para determinar la concurrencia o comisión de los elementos objetivos del tipo de diversos

^[436] MENDOZA GORRITTI, Justo y ANDRADE LAYA, Víctor. Taller: Pericias Contables y Económicas, Material de enseñanza – Academia de la Magistratura, Lima, 2013, pág. 12.

Medios de prueba aplicables en delitos de crimen organizado

delitos; entre ellos tenemos los desarrollados en el artículo 3 de la Ley contra el crimen organizado:

DELITOS EN LOS CUALES ES PROCEDENTE LA PERICIA CONTABLE		
MATERIA	NORMATIVA	DELITO
Delitos contra el Patrimonio	Art. 185°	Hurto
	Art. 188°	Robo
	Art. 190°	Apropiación Ilícita
	Art. 194°	Receptación
	Art. 196°	Estafa y otras defraudaciones
	Art. 198°	Fraude en la administración de Personas Jurídicas
Delitos contra la confianza y buena fe en los negocios	Art. 209°	Atentados contra el sistema crediticio
	Art. 214°	Usura
	Art. 215°	Libramiento indebido
Delitos financieros	Art. 244°	Concertación crediticia
	Art. 245°	Ocultamiento, omisión o falsedad de información
	Art. 246°	Instituciones financieras ilegales
	Art. 247°	Financiamiento por medio de información fraudulenta.
	Art. 248°	Condicionamiento de créditos
	Art. 249°	Pánico financiero
	Art. 250°	Omisión de las provisiones específicas
	Art. 251°	Desvío fraudulento de crédito promocional
	Art. 251° - A	Uso indebido de información privilegiada
Delito monetario	Art. 252°	Fabricación o falsificación de moneda de curso legal
	Art. 253°	Alteración de la moneda de curso legal
	Art. 254°	Tráfico de moneda falsa
	Art. 255°	Fabricación, o introducción en el territorio de la República de instrumentos destinados a la falsificación de billetes o monedas
	Art. 256°	Alteración de billetes o monedas
	Art. 258°	Emisión legal de billetes y otros
	Art. 259°	Uso ilegal de divisas
	Art. 260°	Retención indebida de divisas

DELITOS EN LOS CUALES ES PROCEDENTE LA PERICIA CONTABLE		
MATERIA	NORMATIVA	DELITO
Delitos tributarios	Art. 1º del Dec. Leg. 813.	Defraudación tributaria
Delitos aduaneros (Ley 28008)	Art. 1º	Contrabando
	Art. 4º	Defraudación de rentas de la aduana
	Art. 6º	Receptación aduanera
	Art. 7º	Financiamiento
	Art. 8º	Tráfico de mercancías prohibidas o restringidas
Delitos contra la administración Pública - Corrupción de Funcionarios	Art. 382º	Concusión
	Art. 387º	Peculado
	Art. 393	Cohecho pasivo propio
	Art. 394º	Cohecho pasivo impropio
	Art. 395º	Cohecho activo específico
	Art. 397º	Cohecho activo genérico
	Art. 398º - A	Cohecho de magistrados y auxiliares
Delitos informáticos	Art. 207º - A	Beneficios económicos
	Art. 207º - B	Alteración, daño y destrucción de base de datos, sistema red o programa de computadoras
	Art. 401º	Enriquecimiento ilícito
	Art. 296º	Tráfico ilícito de drogas
	Decreto Leg. 1105	Lavado de activos

XXII.III. El perito contador

623. El peritaje contable es una función exclusiva del contador conforme se ha establecido en el artículo 4º de la Ley N° 13253 "Ley de Profesionalización del Contador", que a la letra dice:

"Corresponde a los contadores públicos efectuar y autorizar toda clase de balances, peritajes, tasaciones de su especialidad, operaciones de auditoría y estudios contables con fines judiciales y administrativos. Corresponde a los auditores mercantiles, además de las atribuciones que les concede el artículo 1 de esta ley, autorizar balances con fines tributarios".

624. Dentro de la doctrina procesal se distinguen dos tipos de peritaciones:

- a. Hay peritaciones para verificar la existencia o las características de los hechos técnicos, científicos o artísticos. A estas peritaciones corresponde el llamado de perito *percipiendi*. La clase de dictamen proveniente de este tipo es un medio para la comprobación de los hechos.^[437]
- b. La otra clase de peritaciones tiene por finalidad aplicar las reglas, técnicas, artísticas o científicas de la experiencia especializada de los expertos, a los hechos verificados en el proceso, por cualquier medio de prueba, para deducir de ellos las consecuencias, las causas o las calidades o valores que se investigan. Los peritos hacen las operaciones de enunciar las reglas de la experiencia técnica pertinente y de aplicarlas a los hechos probados en el proceso, para formular las deducciones que corresponden. A esta clase de peritación corresponde el llamado perito *deducendi*.

También en esta clase de peritación se verifican o prueban hechos: los que constituyen la causa o el efecto (el perjuicio, por ejemplo) de los otros hechos probados por medios distintos, o aspectos concretos de tales hechos, que equivalen a una prueba parcial de los mismos (como el valor económico

de un objeto o un daño, la calidad artística de una obra de arte, la buena o mala calidad de una mercancía)^[438].

En ese sentido, siguiendo esta clasificación, el perito encargado de realizar la peritación contable será un perito *deducendi*, pues en las conclusiones de su informe pericial contable podrá determinar la causa o efecto de otros hechos probados.

^[437] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, Tomo II, Editorial Temis, 2002, pág. 294.

^[438] Ídem. pág. 295.

A. Los derechos del perito contador

625. Según el artículo 18° del Reglamento acotado, para el ejercicio de la pericia contable a nivel nacional, los derechos que corresponden a todos los peritos contadores son:

- a) Ser notificados por el Poder Judicial adecuadamente.
- b) Tener las facilidades del caso para la lectura del expediente, ya sea para tomar conocimiento del caso antes de la aceptación del cargo, o cuando tengan que realizar la lectura y el estudio del mismo durante la investigación pericial.
- c) Solicitar a las partes le proporcionen toda la información relacionada con los hechos motivo de la pericia.
- d) Comunicar al Juez o al Fiscal cualquier impedimento que pudiera tener en el desempeño de sus funciones como Perito.
- e) Establecer y pactar sus honorarios de acuerdo a la evaluación del trabajo a ejecutar en tiempo y monto, considerando como referencia el Arancel de Honorarios Mínimos de los Peritos Judiciales Contables, siempre que sea aplicable.

B. Las obligaciones del perito contador

626. El Reglamento para el ejercicio de la pericia contable a nivel nacional en el artículo 17° señala las obligaciones que asume el perito contable en el ejercicio de sus funciones:

- a) Estar acreditado por su Colegio Profesional para el desempeño del cargo.
- b) Cumplir con todas las disposiciones relacionadas con la actividad pericial, de orden profesional, jurídico, y sobre todo las de orden técnico aprobado en los Congresos Nacionales de Contadores Públicos.
- c) Comunicarse con el otro Perito nombrado por el Juez o el Fiscal para coordinar las labores a realizar.
- d) Excusarse ante el Juez o Fiscal para participar en la investigación pericial, tan pronto advierta que tiene impedimentos de orden legal, profesional o ético.

Medios de prueba aplicables en delitos de crimen organizado

- e) Acudir al Juzgado o Fiscalía dentro de los tres días posteriores a la notificación de su nombramiento para tomar conocimiento del caso.
- f) Asistir a todas las diligencias judiciales a las cuales sea citado, respetando el día y hora establecidos.
- g) Emitir el Informe Pericial con la mayor claridad posible llegando a conclusiones expresas y categóricas.
- h) Efectuar la presentación oportuna del Informe Pericial.

XXII. IV. El informe pericial contable

627. El informe pericial constituye el documento redactado de todas las actividades realizadas en las diferentes fases del acto pericial, incluidas las conclusiones u opiniones vertidas por el perito, que adquieren el nombre de dictamen. El Informe pericial es propiamente un medio de prueba, que puede ser realizado tanto en la investigación como en el juicio oral.

628. El informe pericial contable en el marco de una investigación de la criminalidad organizada, será aquel documento del perito contable que establezca el perjuicio ocasionado al Estado o al particular como consecuencia del delito, las reglas generales son precisadas en el Código Procesal Penal, mientras que su estructura deberá desarrollarse conforme lo aprobado en el XI Congreso de Contadores Públicos del Perú^[439].

A. Las formalidades y contenido del informe pericial contable

629. Según el artículo 178°.1 del Código Procesal Penal, el informe de los peritos oficiales contendrá:

- El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria.

^[439] MENDOZA GORRITTI, Justo y ANDRADE LAYA, Víctor. Taller: Pericias Contables y Económicas, Ob. cit., pág. 15.

- La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa sobre los que se hizo el peritaje.
 - La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo.
 - La motivación o fundamentación del examen técnico.
 - La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen
 - Las conclusiones.
 - La fecha, sello y firma.
630. Estas exigencias formales respecto al contenido de toda pericia que establece el Código Procesal Penal, deben ser tomadas en cuenta en la elaboración del informe pericial contable con la finalidad de que sean introducidas válidamente en el proceso penal.
631. Asimismo, según la especialidad de la pericia contable, se deberá tener en cuenta una estructura específica para la elaboración de su contenido, como la que establece la Resolución N° 26 aprobada en el XI Congreso Nacional de Contadores Públicos del Perú^[440], que es la siguiente:

B. Fases del informe pericial contable

632. La Directiva 008-2012-MP-FN de fecha 8 de junio de 2012- Directiva de la Fiscalía de la Nación sobre el ofrecimiento y la actuación de la prueba pericial indica en el numeral segundo que:
- “La pericia tiene dos fases o momentos: la primera, es la elaboración y presentación del informe, y la segunda, es la declaración pericial o prueba pericial propiamente dicha. Ambas fases se encuentran reguladas y diferenciadas en el CPP; así, en sus artículos 174.2 y 176.1, se establece el objeto sobre el que incidirá la elaboración de la pericia, el acceso a la información necesaria y el plazo de su entrega o presentación (primera fase); mientras que en sus artículos 181.1 y 378.5, se regula el examen y el contraexamen del perito, y el objeto sobre el que debe incidir estas

^[440] Dicho congreso se realizó en la ciudad del Cuzco, en noviembre de 1988.

Medios de prueba aplicables en delitos de crimen organizado

técnicas de litigación, todo ello, como es obvio, bajo los principios de contradicción, inmediación y oralidad (segunda fase).

Estas etapas no hacen o convierten a la pericia en dos pruebas distintas: la declaración pericial, por un lado, y el informe pericial, por otro, como erróneamente, se le entiende o podría entender –error que conlleva muchas veces a ofrecer como medio de prueba al informe o, también denominado, dictamen pericial–, La prueba pericial es única, aunque su desarrollo implique dos momentos procedimentales separables en el tiempo”.

633. La primera fase, que es la elaboración y presentación del informe pericial puede dividirse a su vez en las siguientes subfases:

- a) **Introducción:** Constituye la presentación del informe pericial y como tal, debe tener datos referenciales y de identificación.
- b) **Antecedentes:** En esta parte se expondrá una reseña de los hechos sobre la base de la información obtenida del expediente judicial o carpeta fiscal, a fin de hacer constar que se ha tomado el debido conocimiento de la comisión del delito atribuido al inculcado en lo penal.

Entre esta información se tendrá en cuenta: la denuncia del agraviado, el informe policial o atestado policial, la denuncia fiscal o la disposición de formalización de investigación preparatoria, la declaración instructiva, declaración preventiva, la resolución del nombramiento del perito, entre otros.

- c) **Objeto de la pericia:** Se refiere a algún hecho que requiera de un conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada; la misma que se establece en la disposición o resolución de nombramiento.

El hecho genera un punto o problema que requiere ser desarrollado desde una específica perspectiva no jurídica, es para ello que se convoca al perito como experto para que pueda interpretar o esclarecer aquello que es ajeno al derecho.^[441]

^[441] En ese sentido, el art. 174º.2 del CPP del 2004, señala: “La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia (...)”.

d) **Examen:** Es el proceso evolutivo que sigue el informe pericial, constituido por los ítems o pasos que se ha seguido para el análisis y valoración de la información recogida y que refleja la investigación realizada por el perito. Esta parte se debe iniciar indicando con qué fuente de información o medios ha contado el perito, (expediente judicial o carpeta fiscal, registros y libros de contabilidad, información de las partes y de terceros), etc., con el objeto de que tanto las partes como el juzgador puedan efectuar un análisis de aquella.

Asimismo se deberá desarrollar y explicar sucintamente cual ha sido la metodología empleada, por ejemplo^[442]:

“En base al contenido de las fuentes de información referidas en el punto precedente, se ha aplicado el **método inductivo y deductivo, así como el procedimiento analítico**, utilizando también las técnicas y teorías científicas aceptadas y utilizadas en forma regular por la profesión contable, para así obtener datos y conclusiones relevantes; además, se ha procedido a obtener el conocimiento objetivo e independiente de las operaciones que conforman los cargos atribuidos a los procesados y, para poder, desde el punto de vista técnico, aplicar el **método descriptivo de investigación**, sustentado en las técnicas de lectura, estudio, verificación de los documentos, se ha sometido las fuentes de información a la evaluación necesaria (consistente en compulsar, contrastar, confrontar y evaluar la documentación fuente proporcionada, recurriendo a las normas, técnicas y procedimientos aplicables al Peritaje Contable, aprobadas por la profesión contable en Convenciones Nacionales de Peritos y ratificadas en Congresos Nacionales de Contadores Públicos del Perú”. También deberá hacerse referencia a cuales fueron los dispositivos legales que sirvieron en el desarrollo de la peritación contable.

e) **Conclusiones:** Las conclusiones representan la opinión del profesional, como resultado de la labor de investigación realizada.

[442] MENDOZA GORRITTI, Justo y ANDRADE LAYA, Víctor. Taller: Pericias Contables y Económicas, Ob. cit., pág. 17.

Estas deben tener por eso, una relación directa con el objeto de la pericia y nunca deben inmiscuirse en la cuestiones de Derecho.

El trabajo de la Primera Convención Nacional de Peritos Contables realizado en 1988 indica que las conclusiones deben resultar como una consecuencia del análisis o fundamentación de una o más consideraciones, y no pueden resultar como elementos nuevos que, antes, no fueron tratados en todos los aspectos para llevar al perito al convencimiento de la evidencia de sus afirmaciones.

Las conclusiones deben ser concretas y precisas; deben ser verificables por cualquiera de las partes en el proceso, así como también por el juzgador y no deben ser muy extensas en su explicación, ya que los argumentos o sustentos de estas se encuentran en el examen. Terminando de exponer las conclusiones, el perito deberá cerrar su informe expresando “Por tanto sírvase, usted, señor juez, tener por cumplido su mandato”. Luego se consignará la fecha, sello y firma del perito o los peritos autores del informe^[443].

Por otro lado, el artículo 178°.2 del CPP señala:

“El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso”.

Esto constituye una limitación a la capacidad de pronunciamiento del perito contable, quien debe centrar el dictamen pericial sobre el objeto de la pericia, no pudiendo realizar apreciaciones jurídicas sobre la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado.^[444]

^[443] Ídem. pág. 18.

^[444] En tal sentido, JURADO BELTRÁN refiere que “Un problema práctico e importante que se plantea en muchos dictámenes periciales deriva del hecho de que al perito le resulta difícil no realizar ciertas valoraciones jurídicas que se encuentran en el límite objeto de su dictamen y de su competencia (perito arquitecto que deslinda responsabilidades técnicas entre diversos agentes de la construcción, perito topógrafo que deslinda si un camino es público o

Por otro lado, respecto al informe pericial de parte, el artículo 179° del Código Procesal Penal precisa:

“El perito de parte, que discrepa con las conclusiones del informe pericial oficial puede presentar su propio informe, que se ajustará a las prescripciones del artículo 178°, sin perjuicio de hacer el análisis crítico que le merezca la pericia oficial”.

El informe pericial de parte y el informe pericial oficial seguirán las reglas y pautas establecidas en los artículos 178 y 180 del CPP.

Las conclusiones del informe pericial de parte que difieran del informe pericial oficial, pueden tratar sobre el método o procedimiento utilizado, la técnica aplicada, el uso de insumos, la cantidad y/o calidad de la muestra analizada, el periodo de tiempo en que se evaluará la información, la valoración o interpretación realizada, etc.

Cabe señalar, que tanto el informe pericial oficial como el de parte deberán ser sometidos al debate pericial.

XXII. V. La pericia contable en la investigación preparatoria

A. La pericia contable en la investigación de los delitos de criminalidad organizada

634. La importancia de la pericia contable en el marco de la investigación de los delitos de criminalidad organizada debe ser ana-

privado, perito médico que informa sobre la *lex artis* (...). Es evidente que nos encontramos ante una «zona gris», que permite que los peritos «rocen» o superen una frontera en principio infranqueable: interpretar las normas jurídicas. Y es evidente también que, de la misma manera que hay jueces muy celosos de que lo anterior no se produzca, hay también otros mucho más permisivos y que entienden que el perito si puede “encontrar” en el trasfondo jurídico de su objeto de pericia pero con dos condiciones básicas: 1. Que se limiten a ofrecer una opinión sobre una norma de naturaleza técnica; 2. Que no pretendan en ningún caso extraer consecuencias jurídicas – materiales de influencia decisiva para dictar Sentencia”. JURADO BELTRÁN, David. La prueba pericial civil. Análisis práctico del procedimiento probatorio pericial. Editorial Bosch, Barcelona, 2010, pág. 69.

lizada desde el contexto en el cual se desarrolla este fenómeno delincuencial.

635. La criminalidad organizada en escala global ha evolucionado, las mafias se han reforzado y transformado en sujetos empresariales y en verdaderos holdings económicos financieros, hasta el punto de incidir en las decisiones de los gobiernos, en el sistema de crédito y en las reglas de los mercados^[445]; es decir, la criminalidad organizada ya no es solo una mera internacionalización de organizaciones y de sus actividades criminales, sino que, estamos frente a una potencia económica criminal con una estructura de gran complejidad a nivel organizativo^[446].
636. Entre sus diversas actividades criminales tenemos el intercambio de armas, drogas, informaciones industriales y militares, dinero de origen ilícito, materiales radioactivos, prostitución, trata de blancas, órganos humanos, embriones, obras de arte, entre otros; son bienes cuyo intercambio a nivel mundial ha generado un nuevo sector de la actividad económica^[447].
637. El ingreso proveniente de dichas actividades ilícitas ha fomentado que se acumulen increíbles patrimonios en los principales jefes de las organizaciones criminales, otorgando con ello, un poder económico y político sin precedentes y en constante aumento. De ahí, que uno de los principales problemas de los líderes criminales es invertir dicha liquidez ilegal acumulada en el tráfico comercial, limpiando de esta manera los beneficios derivados de las operaciones ilícitas^[448].

[445] FORGIONE, Francesco. Mafia export. Como la 'Ndrangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo, Anagrama, Barcelona, 2010, pág. 37. En igual sentido ANARTE BORRALLÓ, Enrique. Conjeturas sobre la criminalidad organizada, En: FERRÉ OLIVE, Juan y ANARTE BORRALLÓ, Enrique (Eds.) Delincuencia Organizada, Universidad de Huelva, España, 1999, pág. 15.

[446] BLANCO CORDERO, Isidoro. Criminalidad organizada y mercados ilegales, En: Revista EGUZLIKORE, Número 11, Diciembre, San Sebastián, 1997, pág. 214.

[447] Ídem, pág. 215.

[448] Ídem, pág. 219.

638. Estas operaciones que tienen por objeto el ingreso de patrimonios ilícitos en el mercado comercial, se denominan “lavado de activos” o “blanqueo de capitales”^[449], las mismas que, se ven facilitadas en dos aspectos: a) A nivel internacional, por la existencia de “paraísos fiscales”, territorios en los que está garantizado, no sólo una presión fiscal baja o nula, sino también el secreto bancario^[450]; y b) A nivel nacional, la creación por parte de los grupos criminales de empresas dedicadas al sector servicios, debido a que este tipo de empresas son las más adecuadas para el ocultamiento y el manejo de dinero sucio^[451], y fáciles de relacionar con las entidades bancarias^[452].
639. En ese escenario global y con el avance cada vez mayor de la criminalidad organizada en nuestro país, es que con la finalidad de evi-

^[449] El origen de tal expresión se remonta a la utilización por parte de las organizaciones mafiosas, fundamentalmente en los Estados Unidos, de cadenas de lavanderías automáticas para colocar los fondos de origen ilícito y el dinero obtenido de manera ilegal con el objetivo de encubrir su origen.

^[450] BLANCO CORDERO, Isidoro. Criminalidad organizada y mercados ilegales. Ob. cit., pág. 224. Asimismo, cuando se habla de “paraísos fiscales”, no solo se alude a las islas perdidas del Caribe o del Pacífico; hay también un país como Suiza, en el corazón de Europa, del que se calcula que por sí solo alberga en las cajas fuertes de sus bancos una tercera parte de toda la riqueza de las familias más acaudaladas del planeta: 11 billones de dólares, casi cuatro veces el PBI de Alemania. Cfr. FORGIONE, Francesco. Mafia export. Como la 'Ndrangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo. Ob. cit., pág. 35.

^[451] BLANCO CORDERO, Isidoro. Criminalidad organizada y mercados ilegales. Ob. cit., pág. 224.

^[452] “la utilización del sistema bancario y financiero para reciclar los beneficios que se obtienen de distintas actividades delictivas ha sido una práctica extendida e impune durante muchos años, prácticamente en todo el mundo. Partiendo de cierta complicidad del sistema financiero, se ha utilizado dicho sistema para la transformación de capitales de origen ilícito, provenientes de la comisión de delitos graves, en dinero de libre sospecha. Sin duda, todo ello no hubiera sido posible si las entidades bancarias e intermediarios financieros hubieran puesto un poco de diligencia y colaboración, detectando las transacciones de origen poco claro”. FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. “Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada, en: FERRÉ OLIVE, Juan y ANARTE BORRALLA, Enrique (Eds.) Delincuencia Organizada, Universidad de Huelva, 1999, pág. 85.

denciar estas actividades relacionadas al lavado de activos y otras formas evolucionadas de criminalidad, la pericia contable constituye uno de los medios idóneos para la dilucidación de las complejas operaciones contables durante el proceso del lavado de dinero.

B. La dirección fiscal de la investigación con la finalidad de recabar elementos para una pericia contable

640. La función del Fiscal como director de la investigación del delito debe entenderse a partir del contexto de la reforma procesal penal iniciadas a partir de la década de los 80° y en contraste con la anterior regulación del Código de Procedimientos Penales de 1940.
641. En efecto, el escenario del fiscal como promotor de la acción penal, antes de las reformas de la década de 1980 –como señala DUCE– se encontraba reducido a funciones de carácter más bien burocrático y no como investigadores activos, cuestión que normativamente era entregada a los jueces de instrucción y realizada en la práctica por la policía^[453].
642. En nuestro ordenamiento jurídico, y a pesar de la regulación de nuestra Constitución Política de 1993, que en su artículo 159° ya estable-

^[453] Asimismo, si bien el modelo inquisitivo pretendía asignar al Ministerio Público una labor esencial en la etapa de juicio oral, como señala Duce, “sin embargo el hecho histórico de que la etapa de instrucción se haya engullido al juicio y que, en la práctica del sistema inquisitivo reformado, los jueces asuman un rol protagónico en la producción de la prueba en el juicio, relegó también al Ministerio Público a un papel secundario en esta etapa”. Cfr. DUCE, Mauricio. “El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina: Visión General acerca del Estado de los Cambios”. En página web: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/463.pdf>, consultado el 07 de febrero de 2015; en nuestro sistema procesal penal peruano recordemos que con la regulación del procedimiento sumario, no existía el juicio oral como etapa del proceso penal sino que el Juez luego de realizada la instrucción y correr traslado a las partes del dictamen acusatorio, quienes se pronunciaban sobre la posibilidad de llevar a cabo una audiencia de informe oral, emitía sentencia, por tanto, en el procedimiento sumario la labor fiscal ni siquiera se encontraba en un papel secundario, sino que pasaba totalmente desapercibida.

cía al Fiscal como director de la investigación del delito^[454]; vemos que, materialmente dicha función no era de cumplimiento efectivo, debido en gran parte por la vigencia de los procesos penales de corte inquisitivo donde el Juez Instructor adquiría mayor relevancia.

643. Por ello, uno de los objetivos de la reforma era propiciar un fortalecimiento institucional del Ministerio Público con la finalidad de que pueda cumplir eficientemente, ya no solo su función como promotor de la acción penal, sino que, sea el encargado de dirigir desde su inicio la investigación del delito^[455].

644. En ese sentido, la nueva labor de dirección del fiscal encuentra su función principal en ser el estratega y planeador de la investigación fiscal elaborando los pasos a seguir para el esclarecimiento de los hechos, será proactivo en la investigación y dirigirá los actos de investigación que realice la Policía garantizando en su desarrollo los derechos y garantías constitucionales^[456].

645. El Código Procesal Penal acorde con las exigencias de la reforma procesal penal, ha regulado normativamente las atribuciones del Fiscal como director de la investigación del delito, así ha establecido:

“Artículo IV. Titular de la acción penal.

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prue-

[454] Art. 159° Const. Política del Perú de 1993.

Corresponde al Ministerio Público:

4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

[455] Entre las consecuencias necesarias que originó este cambio de roles, significó la indefectible abolición del modelo de juez instructor, Cfr. DUCÉ, Mauricio. El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina: visión general acerca del Estado de los Cambios. Ob. cit., pág. 68.

[456] En igual sentido ORÉ GUARDIA, Arsenio. El Ministerio Fiscal: Director de la investigación en el Nuevo Código Procesal Penal del Perú. En página web: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/ministeriofiscalaog.pdf>, consultado el 07 de febrero de 2015, pág. 15.

ba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad (...).

646. Entonces, tenemos que el fiscal será el director de la investigación desde su inicio; sin embargo, la propia norma refiere que la dirigirá proactivamente, es decir, no basta solo con ser formalmente el director de la investigación, sino que dispondrá y actuará todos los actos de investigación necesarios para lograr los fines de la investigación. De esta manera, se garantiza una defensa de los intereses de la sociedad.
647. La labor de dirección proactiva del fiscal en la investigación del delito debe responder necesariamente a una estrategia o planeamiento que le permita utilizar eficientemente los recursos de los que dispone en el plazo legal establecido en la norma para el desarrollo de la investigación.
648. Sin una debida estrategia de investigación trazada y previamente coordinada con la policía nacional, no será posible una adecuada gestión en la persecución del delito, ya que debe entenderse que la Fiscalía no es experta en pesquisas y otras actuaciones técnicas sino que es competencia de la Policía Nacional, quien deberá poner a su disposición todos sus recursos para seguir la ruta de investigación previamente establecida^[457]; de no establecerse una estrategia y una coordinación previa, existe mayor riesgo para la producción de malas prácticas, tales como:
- Que se programen diligencias o actuaciones que no tienen ninguna relación con los hechos del caso.

^[457] En ese sentido, señala ANGULO ARANA que: “respecto a la totalidad de la investigación, no parece un mandato lógico que se espere que el Fiscal oriente y solicite en detalle, todas las actuaciones técnicas y periciales de la policía, ya que generalmente, no poseerá formación y experiencia cabal en criminalística ni respecto de los medios tecnológicos con que cuenta la policía y sus posibilidades y limitaciones, desconociendo igualmente, respecto muchas prácticas y la debida interpretación de sus resultados. Entendemos, por tanto, que al fiscal le corresponde trazar las coordenadas generales que hagan de la investigación un ejercicio legal válido de búsqueda de material probatorio incriminante”. ANGULO ARANA, Pedro. *La Función del Fiscal*, Jurista Editores, Lima, 2007, págs. 580, 581.

- Que existan repeticiones de actuaciones que ya fueron llevadas a cabo y de las cuales ya se obtuvo información para el caso, lo que genera dilación del proceso.
- Que no se cumpla con evaluar la documentación recabada de las investigaciones dentro del plazo establecido, generando prórrogas consecutivas en los plazos de investigación.
- Que no se ejerza un debido control de legalidad en las diligencias llevadas a cabo por la policía, propiciando que se generen nulidades de dichas actuaciones.

649. Ahora bien, en la investigación de delitos de crimen organizado uno de los aspectos esenciales en los cuales deben incidir los actos de investigación reside en recabar, obtener y asegurar los documentos contables y financieros necesarios para que se lleve a cabo la pericia contable.

650. Sin embargo, como refiere SACCANI, “el investigador deberá tener en cuenta que, en la mayoría de los casos, la información relacionada con los movimientos de cuentas bancarias del sujeto investigado será la que mejor ilustre acerca de los movimientos y el destino final de los fondos posiblemente relacionados (...) lamentablemente, esta valiosa información no estará disponible a menos que de forma fortuita se encuentren los extractos bancarios en formato electrónico entre los archivos recuperados de la computadora del sospechoso, cada vez más común con la actual administración de cuentas bancarias vía internet (...) para superar estos escollos, será primordial llevar a cabo un análisis preliminar que permita justificar tal medida, que será desarrollado en el aparato siguiente (métodos indirectos). En todos los casos deberá seguirse la recomendación del abogado que lleve el caso”^[458].

651. Entre los procedimientos de búsquedas de pruebas que puede utilizar el fiscal encontramos:

^[458] SACCANI, Raúl R. Tratado de auditoría forense: La investigación y prueba de los delitos de cuello blanco, La Ley; KPMG, Buenos Aires, 2012, pág. 595.

Procedimiento	Art. CPP
Las pesquisas	Art. 208° CPP
El allanamiento	Art. 214° CPP
El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria	Art. 235° - 236° CPP

652. Para el éxito de estas medidas y con ello el aseguramiento de las pruebas para la pericia contable, es necesario una eficiente planificación y estrategia fiscal para que se logre una mayor celeridad en su tramitación y la debida observancia del procedimiento para evitar futuras nulidades.

C. Cuestiones respecto al nombramiento del perito

653. El artículo 173°.1 del Código Procesal Penal ha establecido respecto al nombramiento de peritos, que:

“Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente. En su defecto lo hará entre los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

654. La elección del perito cuando se trata de una pericia de oficio, es dispuesto por el Juez de la investigación preparatoria quien oficiará a la Oficina de Registro de Peritos Judiciales (REPEJ) o del Registro de Peritos Fiscales (REPEF)^[459] a efectos de que designe entre los competentes.

655. Entre las nóminas del registro de peritos fiscales para el Distrito Fiscal de Lima, tenemos que actualmente (2015) la cantidad de peritos contables fiscales asciende a 86 peritos debidamente inscritos en el Registro de Peritos Fiscales^[460].

^[459] Creado mediante Resolución de la Junta de Fiscales Supremos N° 115-2011-MP-FN-JFS, de fecha 6 de diciembre de 2011. Su reglamento fue aprobado mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1197-2012-MP-FN, de fecha 17 de mayo de 2012.

^[460] Conforme a la información proporcionada mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1644-2014-MP-FN, de fecha 05 de mayo de 2014.

656. Es de acotar que no siempre es posible contar con peritos especializados capaces de cumplir con el mandato judicial, a este efecto el artículo 173°.2 del CPP señala que:

“La labor pericial se encomendará, sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que presentarán su auxilio gratuitamente. También podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes”.

657. En consecuencia, se entiende que, además de los registros oficiales de peritos judiciales y fiscales, y sin necesidad de designación expresa se podrá encomendar la labor pericial a la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía contra la Corrupción, instituciones que cuentan con peritos contables a su disposición o también a otros organismos del Estado (Colegios de Contadores Públicos del Perú), Universidades (Facultades de Contabilidad), institutos de investigación o personas jurídicas en general.

658. Conforme se aprecia, la norma procesal prevé la posibilidad que el Juez o el Fiscal de la Investigación Preparatoria puedan requerir a instituciones públicas, privadas (Facultades de Contabilidad, Colegio de Contadores) o personas jurídicas (Estudios Contables, empresas auditoras) en general para brinden su colaboración, para lo cual el requerimiento fiscal o la resolución judicial que dispone que la entidad brinde su colaboración debe indicar que tipo de profesionales requiere para que realicen la labor encomendada, el tiempo que requieren disponer de ellos, si la labor será de gabinete en las instalaciones, oficinas o dependencias de la institución en la que laboran o en las del órgano funcional que las requiere, o si la labor será de campo en cuyo caso deberá coordinarse la logística y los viáticos que se requerirán para cumplir con la labor encomendada.

659. En cuanto a la cantidad de peritos, el artículo 173°.1 del CPP indica que:

“Sin embargo, se podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas”.

660. Lo que busca esta regulación es brindar un mayor capital humano para la realización de la pericia; en nuestro caso, la pericia contable. En efecto, la complejidad del asunto, como lo es la investigación de la criminalidad organizada hace necesaria la presencia de más de dos peritos que colaboren en el desarrollo del acto pericial contable con la finalidad de analizar la gran cantidad de documentación contable de donde extraerán sus conclusiones. Asimismo, la diversidad de peritos permitiría un adecuado debate previo y uniformización en cuanto a la metodología para abordar la peritación contable, así como en la contrastación de opiniones antes de emitir las conclusiones finales del informe pericial.

D. Cuestiones respecto al nombramiento del perito contable de parte

661. El artículo 177° del CPP del 2004- perito de parte, establece de manera general la posibilidad del nombramiento de un perito de parte, así señala lo siguiente:
1. “Producido el nombramiento del perito, los sujetos procesales, dentro del quinto día de notificados u otro plazo que acuerde el juez, pueden designar, cada uno por su cuenta, los peritos que consideren necesarios.
 2. El perito de parte está facultado a presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica le aconseje.
 3. Las operaciones periciales deben esperar la designación del perito de parte, salvo que sean sumamente urgentes o en extremo simples”.
662. La doctrina comparada entiende por perito de parte a aquel cuya contratación la realizan directamente los litigantes, para que se presenten Informes en apoyo a sus planteamientos, o aquellos profesionales que perteneciendo a una repartición pública preparan

informes sobre el resultado de su labor. No es necesario que estén en Nómina, pero sí deben estar hábiles para el ejercicio de la profesión, en el caso de los que tienen esa condición^[461].

663. El artículo 177.1 del CPP faculta a las partes para acreditar peritos que podrán participar en la labor pericial que realicen los peritos oficiales propuestos por el Ministerio Público o designados por el Juez de Investigación Preparatoria. La importancia de la norma radica en la posibilidad de que un perito de parte comparta las mismas experiencias sobre las cuales se forma la convicción de sus otros colegas, lo que permitirá un acercamiento directo con las técnicas, métodos e insumos utilizados, así como la forma de pensar y razonar aplicada al objeto materia de pericia.

664. El artículo 177°.2 del CPP, establece que:

“Los peritos de parte estarán facultados para presenciar las operaciones periciales, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica les aconseje”.

665. Esto es trascendente, pues el perito de parte, en el contexto del desarrollo de la pericia puede observar aquellos errores, defectos u omisiones en la técnica, método utilizado en el uso de la muestra analizada, en la aplicación de reactivos o insumos necesarios para develar la información, de modo que cualquier observación deberá constar en el informe oficial y con mayor detalle ser tratado en el dictamen pericial.

666. En el caso de la pericia contable los peritos de parte podrán presenciar las operaciones periciales del perito oficial, el análisis de los métodos, técnicas o procedimientos empleados en la labor pericial contable, así como el uso de instrumentos y/o equipos utilizados en la labor pericial contable, respecto de los cuales puede hacer observaciones, las que pueden recaer sobre la naturaleza del método empleado (aplicación técnica deficiente, uso de técnica o procedimiento incorrecto o no aplicable para lo que será objeto de

^[461] MENDOZA GORRITTI, Justo y ANDRADE LAYA, Víctor. Taller: Pericias Contables y Económicas, Ob. cit., pág. 10.

análisis, técnica desfasada, entre otros); asimismo, también observarán el manejo eficiente de la documentación contable, si logran realmente analizar la totalidad del material contable puesto a su disposición o si no se logra analizar completamente, entre otros; circunstancias respecto de las cuales deberá dejar constancia según las técnicas que manejen.

667. En síntesis, los peritos de parte pueden presenciar las diferentes operaciones periciales por el perito oficial, determinando en su informe la objetividad y eficiencia aplicada por el perito del Ministerio Público o de oficio, de igual modo reviste de mayores garantías al derecho de defensa posibilitando sentar observaciones, dejando constancia de alguna inconsistencia en el procedimiento del perito oficial que consideren conveniente señalar.
668. En esta dinámica, el perito de parte puede en su informe afirmar la existencia de un procedimiento alterno para determinar de manera más eficaz y confiable los resultados a obtener o establecer la existencia de un procedimiento complementario que sea necesario para la obtención de resultados precisos o con el menor margen de error.
669. Por último, el artículo 177º.3 del CPP, establece que:
- “Las operaciones periciales deben esperar la designación del perito de parte, salvo que sean sumamente urgentes o en extremo simples”.
670. Este apartado, establece dos excepciones a la regla que las operaciones periciales deban de esperar al nombramiento del perito de parte. Estas son:
- i. Casos en que la fuente de prueba se encuentra en riesgo.- Esto puede suceder porque producto del paso del tiempo se deteriore, pueda perder algunas de sus propiedades o características necesarias para determinar su calidad, el tiempo haga inutilizable la fuente de prueba, exista el riesgo de contaminación o destrucción, etc.
 - ii. Casos de la simplicidad de las operaciones periciales.- Se trata de casos en que no existe cuestionamientos sobre el procedimiento, técnica o mecanismo empleado para realizar operacio-

nes periciales, así como la secuencia o ítems que forman el procedimiento de la operación pericial. Sin embargo, el concepto de simplicidad no impide que el perito de parte, luego de culminada la labor por el perito de oficio, pueda analizar si se cumplió con lo establecido en el procedimiento y si se usó los materiales o insumos que se requerían para la operación pericial.

671. Ahora bien, tratándose de una pericia contable en el marco de una investigación de casos de criminalidad organizada, es necesario que exista una eficiente labor de colaboración entre el Ministerio Público y la Policía Nacional para resguardar dichos documentos que pueden haber sido proporcionados por las partes, incorporados por la Fiscalía o la Policía ya sea producto de una incautación o un secuestro, en cualquier caso se requiere implementar la cadena de custodia a efectos de preservar la integridad de los documentos como exige el principio de mismidad (relación entre lo obtenido y lo analizado) de los elementos probatorios.

E. Cuestiones respecto al procedimiento de designación y obligaciones del perito contable

1) Sobre el objeto de la pericia contable.

672. El objeto de la pericia contable puede ser el determinar el perjuicio económico al patrimonio del Estado, las instituciones bajo su dependencia; o el exceso patrimonial como en los casos de enriquecimiento ilícito y/o de lavado de activos; o la determinación de los daños y perjuicios causados por el delito a la institución, a la sociedad u organismo perjudicado como en el caso de los delitos ambientales, contra la propiedad industrial, etc.
673. Visto así cuando el artículo 174°.2 del CPP establece que el objeto, punto o problema sobre el cual recaerá la pericia, lo que en buena cuenta trata de decir, es que se determine si existe un menoscabo efectivo y objetivo al patrimonio del sujeto pasivo del delito y/o al sujeto pasivo de la acción o se determine el origen y/o la cantidad de bienes que detenta el sujeto activo contrastándolo con aquello que ha declarado a la administración tributaria (SUNAT) y a la administración municipal (SAT).

2) Respecto al plazo para la presentación del informe pericial contable

674. El artículo 180°.1 del CPP establece como regla general respecto al plazo de la pericia, lo siguiente:

“El plazo para la presentación del Informe Pericial será fijado por el Fiscal o el Juez, según el caso”.

675. Según el citado artículo, el plazo de presentación del informe pericial y con ello el plazo de duración del procedimiento pericial deberá ser establecido por el Fiscal o el Juez, según cada caso en concreto. Asimismo, el artículo 174°.2 del CPP señala que:

“La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia y fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando al perito y a las partes”.

676. Teniendo en consideración que la prueba pericial contable, consta de dos fases puntuales: 1) La elaboración del informe; y 2) la sustentación; ambas en sí mismo forman la prueba pericial contable, sin distinguir entre estos dos ámbitos como anteriormente se hacía^[462]. La elaboración del informe constituye la primera fase, que concluiría con la presentación del informe pericial al Fiscal quien de acuerdo a su estrategia lo podría o no incluir en su Disposición dictamen

677. De aquí surgen las siguientes preguntas: ¿Cuál sería el plazo razonable para la presentación del informe pericial? ¿Cuáles son las consecuencias jurídico-procesales del retardo de la presentación del informe pericial?

678. La norma procesal no establece expresamente si se debe realizar una audiencia donde se designe y establezcan las obligaciones del perito contador. En esa audiencia, se escuchará los fundamentos por las cuales el perito nombrado debe plantear en caso que se trate de una pericia dispuesta judicialmente, el plazo que necesita para la realización de su labor pericial y para presentar su informe pericial.

^[462] Cfr. Directiva N° 008-2012-MP-FN. Ofrecimiento y la Actuación de la Prueba Pericial. Fundamento 2. Publicado el 15 de agosto de 2012.

679. Para la determinación del plazo de presentación del informe pericial, lo que incluye el tiempo que dure el acto pericial, dependerá de varios factores entre ellos:
- La complejidad del asunto, como en los casos de criminalidad organizada.
 - La cantidad de personas de las que se revisará información.
 - La cantidad de la información contable que se deberá examinar.
 - El tiempo que tardará en remitirse la información.
 - En casos que se requiera auxilio de instituciones fuera del territorio nacional o de países, el tiempo que demore el trámite para la obtención de la información.
 - La cantidad de peritos intervinientes en el acto pericial.
680. Estos parámetros deben ser justificados por el perito, luego de lo cual las partes deben tener la oportunidad de emitir sus opiniones al respecto. Culminada la audiencia se emitirá la Disposición o Resolución de nombramiento correspondiente donde se fijará el plazo de entrega del informe pericial.
681. Si bien, dentro de la regulación de la pericia en el CPP, no se establece expresamente qué sucede cuando se presenta un informe pericial fuera del plazo establecido en la Disposición o Resolución; entendemos que siendo la pericia en su primera fase como una actuación procesal, se encuentra sometida a los plazos procesales previstos en el Código Procesal Penal del 2004. El incumplimiento de la entrega del informe pericial en el plazo establecido, conlleva la **caducidad** de lo que se pudo o debió hacer, conforme a lo señalado en el artículo 144° del CPP, por tanto, “el peritaje, como cualquiera otra prueba, extemporáneamente entregado carece de valor probatorio^[463]”.
682. Se trata de una expresión del principio de preclusión de los actos procesales, por el cual solo se puede incorporar actos probatorios dentro

^[463] ARENAS SALAZAR, Jorge. La prueba pericial en materia penal, Ediciones Doctrina & Ley, Bogotá, 2014, pág. 164.

de la fase procesal que corresponde, si la norma no permite su incorporación en otra fase del proceso por haber sido presentada extemporáneamente carece de valor, salvo claro que pueda ser presentada como prueba nueva y cumpla los presupuesto para su invocación.

683. El principio de preclusión o de eventualidad preceptuado en el artículo 151.3 del CPP, señala que el proceso se desarrolla por etapas, concluida una etapa o fase se pasa a la siguiente sin posibilidad de retrotraerse a la fase concluida. CHIOVENDA entiende que “la preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o en general, actos procesales”.^[464]

F. Cuestiones sobre la prueba pericial contable en la investigación de la criminalidad organizada

1) Sobre los documentos contables o financieros de interés para el desarrollo del acto pericial contable

684. Para SACCANI existen diversos tipos de registros y documentación bancaria de interés que puede servir para el análisis del procedimiento pericial contable. Es así que, considera –conforme lo ha establecido la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC en sus siglas en inglés)– que los documentos que identifican las operaciones y características de los productos bancarios (cuentas corrientes, caja de ahorro, plazos fijos, entre otros) son: el legajo del cliente (que incluye el formulario de apertura o vinculación, también llamado en otros países “formato de apertura”), el registro de firmas autorizadas, el estado de cuenta o extracto bancario, los depósitos, los cheques, transferencias, los préstamos y las tarjetas de crédito^[465].

^[464] CHIOVENDA. Principios de derecho procesal civil. Tomo II. Madrid, Editorial Reus, 1923, pág. 396.

^[465] UNODC, Riesgo de Lavado de Activos en Instrumentos Financieros y Comerciales, 2da. Versión, pág. 13 y ss. Citado por SACCANI, Raúl R. Tratado de auditoría forense. La investigación y prueba de los delitos de cuello blanco, La Ley; KPMG, Buenos Aires, 2012, pág. 596 y ss.

685. Precisando los tipos de registro tenemos:

- El legajo del cliente: Este documento contiene información sobre la identificación de las personas físicas o jurídicas, generalmente contenida en los formularios de vinculación y/o apertura de la cuenta corriente, caja de ahorro o producto que se trate.

El conjunto de esta información debería permitir aspectos tales como la identificación, ubicación y localización, actividad económica, ingresos y gastos, activos, pasivos y capital, referencias comerciales o personales, principales clientes o proveedores del titular.

- Registro de firmas: El formato de registro de firmas suministra información sobre las personas que están autorizadas para el manejo de la cuenta corriente. Generalmente aparece el nombre, identificación, huella dactilar y la calidad del autorizado (nivel de autonomía que se concede al titular para el manejo de la cuenta, según las instrucciones impartidas). El registro de firmas es la evidencia del contrato entre el banco y su cliente. Cuando este abre una cuenta, la entidad está obligada a requerir que firme un formulario donde quedará registro de su firma manuscrita y de la de aquellas personas que el cliente autorice.
- El estado de cuenta o extracto bancario es el reporte periódico de las transacciones de crédito y débito de las cuentas del cliente. El banco elabora un extracto detallado mensual, en orden cronológico, de todas las operaciones realizadas en la cuenta corriente y totaliza las entradas y salidas de dinero en un resumen^[466].

Con la información del estado de cuenta corriente se puede establecer el origen y destino de una cuenta corriente y las diferentes maneras como se trasladan los fondos.

^[466] Cfr. UNODC, Riesgo de lavado de activos en instrumentos financieros y comerciales. Ob. cit., pág. 18.

- Cheques: Son órdenes de pago puras y simples libradas contra el banco en el cual el librador tiene fondos depositados a su orden en cuenta corriente bancaria, o está autorizado para girar en descubierto.
- Transferencias bancarias: Es un sistema mediante el cual se transfieren fondos entre distintas cuentas bancarias sin necesidad de transportar físicamente el dinero. Las transferencias, pueden realizarse a través de cajeros automáticos, home banking, o las sucursales de la entidad bancaria. Este documento es importante ya que permite identificar o confirmar el origen o destino del dinero desde o hacia una cuenta corriente y algunos datos sobre las personas involucradas.
- Préstamos: Es un producto financiero característico de entidades financieras y cooperativas. Son fondos provistos a una persona física o jurídica por una entidad financiera, con o sin garantía, a distintos plazos de vencimiento (corto, mediano o largo plazo).

Los préstamos paralelos o “back to back”, han sido instrumentos comunes para maniobras de lavado de activos o evasión impositiva. Consisten en una transacción en la que dos entidades con sedes principales en diferentes países, acuerdan prestarse mutuamente principales equivalentes, según los tipos de cambio vigentes, de sus respectivas divisas. Cada parte recibe intereses de su contraparte como pago del préstamo realizado con base en los tipos de interés vigentes para cada divisa.

Los principales de cada divisa son intercambiados al principio y al vencimiento del préstamo, al tipo de cambio de contado vigente al comienzo del mismo. En relación al lavado de activos, los préstamos back to back permiten justificar el movimiento de divisas entre países, generar ganancias por intereses, entre otros.

- Tarjeta de crédito: Las tarjetas de crédito son instrumentos que permiten disponer de una cuenta de crédito con el límite que le haya concedido la entidad financiera que emitió la tarjeta. El titular de la tarjeta (el deudor o acreditado) puede disponer

de los fondos que le permite la entidad financiera (el acreedor o prestamista) hasta el monto dispuesto, así como los intereses y comisiones bancarias pactados en los plazos previstos.

El estado de cuenta es el reporte periódico de las transacciones asociadas a la tarjeta de crédito asignada a un cliente de la entidad. La entidad financiera elabora un extracto detallado periódico, en orden cronológico, de todas las operaciones realizadas con la tarjeta y totaliza las entradas y salidas de dinero en un resumen. El análisis de los resúmenes mensuales de gastos con distintas tarjetas de crédito puede ser una valiosa fuente de información para revelar el estilo de vida que lleva en sujeto investigado, identificando las compras o consumos, las diferentes maneras como se trasladan los fondos y los canales utilizados.

Asimismo, el perito contador también podrá utilizar para el acto pericial, la información obtenida de:

- El expediente judicial.
- Los libros y registros de contabilidad.
- Informes o documentos de terceros.
- Información de terceros.

2) **Sobre los métodos y técnicas para el análisis de la documentación contable**

686. Para el acto pericial, el perito contable realiza una serie de técnicas y procedimientos que le permite formarse una opinión sobre los hechos o documentos, puestos en su conocimiento. Entre las técnicas tenemos los siguientes^[467]:

- a. **Rastreo o seguimiento.**- Consiste en examinar en forma secuencial y parte por parte, los documentos contables y financieros.

^[467] MENDOZA GORRITTI, Justo y ANDRADE LAYA, Víctor. Taller: Pericias Contables y Económicas. Ob. cit., pág. 13.

- b. **Análisis.-** Es la descomposición de una cuenta en las partes que la integran.
 - c. **Comparación.-** Es la acción de comparar dos elementos de datos y proporciona una indicación de acuerdo o desacuerdo.
 - d. **Comprobación.-** Es un proceso para determinar la exactitud.
 - e. **Inspección.-** Es el examen de registros, documentos o activos tangibles.
 - f. **Cálculo.-** Verificación de la exactitud aritmética de los documentos fuente y de los registros contables o de la ejecución de los cálculos independientes.
 - g. **Observación.-** Acción de presenciar el proceso o procedimiento que realizan terceros.
 - h. **Confirmación.-** Medio de tomar información suficiente mediante una solicitud y acuse de recibo.
 - i. **Indagación.-** Búsqueda de la información apropiada que se solicita a personas conocedoras de dentro o fuera de la entidad.
 - j. **Conciliación.-** Determinación de las partidas necesarias para que los saldos de dos o más cuentas relacionadas, o estados concuerden entre sí.
 - k. **Revisión.-** Examen crítico de cualquier operación procedimiento, estado, evento, o una serie de transacciones.
687. Adicionalmente, el perito contable realiza una serie de procedimientos durante la realización del acto pericial como los siguientes^[468]:
- a. **Lectura y estudio de la carpeta fiscal o expediente judicial.-** Es una práctica que se utiliza muchas veces para determinar el objetivo de la pericia cuando el juzgador no ha sido explícito en la resolución de nombramiento.
 - b. **Obtención de las piezas más importantes de la carpeta fiscal o expediente judicial.-** Se realiza mediante solicitud al juez, con el objeto de estudiarlas con mayor detenimiento.

^[468] Ídem, pág. 14.

- c. **Revisión de la situación legal y contable de los libros y registros de contabilidad y libros sociales.**- Se efectúa con la finalidad de verificar si cumplen con los requisitos legales.
- d. **Examen de los asientos y partidas contables con su documentación sustentatoria.**- Con la finalidad de verificar si la información contable presentada se encuentra debidamente sustentada con otros documentos.

XXII. VI. La cadena de custodia

688. La cadena de custodia es el sistema de aseguramiento de la evidencia física, compuesta por personas, normas, procedimientos, información, contenedores y lugares, que avalan el principio de mismidad, garantiza la autenticidad de la evidencia física que se recolecta, analiza y que se exhibe en juicio oral.

689. El sistema de cadena de custodia tiene 6 subsistemas:

- 1. *Custodios.*- Son las personas encargadas legalmente de buscar, localizar, documentar, levantar, marcar, embalar, preservar, rotular, etiquetar, manipular, enviar y recibir la evidencia física; examinarla, analizarla, cotejarla, remitirla, almacenarla y llevarla al juicio oral para que sea exhibida y valorada por el juez.

La calidad de custodios es establecida por el Fiscal y en los casos que este no se encuentre por la Policía, quien determina las personas y las entidades encargadas de evaluar y de determinar la existencia de huellas, elementos, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva encontrados en la escena del delito o dejados en las inmediaciones que permitan esclarecer los hechos denunciados.

Asimismo, determinará la incorporación a la investigación de los elementos materiales descubiertos, recogidos, y asegurados en el desarrollo de la diligencia de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal, así como los elementos materiales obtenidos mediante grabación, audio video (pública o privada), fotografía, correo electrónico, mensaje de datos,

telefónico o cualquier otro medio, en el que se incluyen documentos de cualquier índole hallados en las diligencias de investigación, o que hayan sido entregados voluntariamente por los que lo tenían en su poder o hayan sido abandonados.

2. *La norma.*- Se refiere al Reglamento de Cadena de Custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes incautados. (Resolución 729-2006-MP-FN, Lima 15 de julio de 2006).

Este reglamento sustenta la actuación de las personas, en cuanto a los procedimientos, la información, los contenedores, y los lugares en que se guarde la información. Consta de 5 capítulos, así como disposiciones transitorias y finales.

Así, los procedimientos establecidos en el reglamento están destinados a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso. Las actas, formularios y embalajes forman parte de la cadena de custodia.

Los procedimientos referidos a la cadena de custodia están establecidos en el artículo 4 del reglamento acotado, bajo la denominación de principios y son:

- a) El control de todas las etapas desde la recolección o incorporación de los elementos materiales, evidencias y bienes incautados hasta su destino final. Así como del actuar de los responsables de la custodia de aquellos.
- b) La preservación de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados, para garantizar su inalterabilidad, evitar confusiones o daño de su estado original, así como un indebido tratamiento o incorrecto almacenamiento.
- c) La seguridad de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados con el empleo de medios y técnicas adecuadas de custodia y almacenamiento en ambientes idóneos, de acuerdo a su naturaleza.

- d) La mínima intervención de funcionarios o personas responsables en cada uno de los procedimientos, registrando siempre su identificación.
 - e) La descripción detallada de las características de los elementos materiales y evidencias además de los bienes incautados o incorporados en la investigación de un hecho punible; del medio en el que se hallaron, de las técnicas utilizadas, de las pericias, de las modificaciones o alteraciones que se generen en aquellos, entre otros.
3. *Los procedimientos.*- Se refiere a las formas establecidas en el Reglamento de Cadena de Custodia para buscar, levantar, rotular, etiquetar, documentar, recolectar, resguardar, preservar, enviar, transportar, recibir, analizar, examinar y cotejar la evidencia física de acuerdo con las normas científicas, técnicas y legales.
 4. *La información.*- Se refiere a las referencias y datos involucrados en el proceso. La información puede ser general como la contenida en las actas, los registros, los informes y los dictámenes periciales. La información propia o específica de la cadena de custodia, que se registra en los rótulos, las etiquetas, los recibos y demás actividades relacionadas con la evidencia física.
 5. *Los contenedores.*- Se refiere a las envolturas, empaques, estuches, envases y demás elementos usados para empacar y embalar la evidencia física y que están en contacto directo o indirecto con ella.
 6. *Los lugares.*- Son los sitios físicos en donde se encontró, se resguarda, o se deposita directamente la evidencia, o en donde se almacenan los contenedores secundarios (es decir, las cajas, congeladoras, vitrinas, anaqueles y estantes en las que se encuentra el contenedor primario).

La cadena de custodia se inicia con el aseguramiento, inmovilización o recojo de los elementos materiales y evidencias en el lugar de los hechos, durante las primeras diligencias o incorporados en el curso de la Investigación preparatoria; y,

concluye con la disposición o resolución que establezca su destino final. (Artículo 8. Del procedimiento de la Cadena de Custodia).

Los lineamientos mínimos de la cadena de custodia están establecidos en el artículo 13 del Reglamento y son:

- i) Iniciar la colección de elementos materiales y evidencias con los objetos grandes y movibles, posteriormente se recolecta aquellos que requieren de un tratamiento o técnica especial, seleccionándolos y clasificándolos.
 - ii) Utilizar embalajes apropiados de acuerdo a su naturaleza, etiquetándolos o rotulándolos para una rápida ubicación e identificación o precintándolos según el caso, consignándose como mínimo: 1) ciudad de origen, 2) autoridad que ordenó la remisión, 3) forma de recojo de los bienes incautados, 4) número de investigación o proceso, descripción [a) clase, b) cantidad, c) estado, d) color], 5) fecha, 6) hora, 7) lugar donde se practicó la colección y 8) la identificación del responsable.
 - iii) Se debe llenar el formato de cadena de custodia por duplicado, el cual no podrá tener modificaciones o alteraciones.
690. La cadena de custodia es aplicada para asegurar e inmovilizar los documentos que servirán de insumo para la realización de la pericia contable, de ello su necesidad de que permanezcan en custodia y se mantenga su intangibilidad para evitar cualquier posible cuestionamiento sobre su existencia y la veracidad de su contenido.

XXII.VII.La Coordinación Interinstitucional

691. La Ley Orgánica del Ministerio Público establece en el artículo 6° que:

“Cuando fuere necesario para el eficaz ejercicio de las acciones y recursos que competen al Ministerio Público, el Fiscal de la Nación podrá dirigirse solicitando, por escrito, a los Presidentes de las Cámaras Legislativas y de la Comisión Permanente del Congreso, de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de Justicia, a los ministros de Estado y, en general, a los

organismos públicos autónomos, personas jurídicas de derecho público interno, empresas públicas y cualesquiera otras entidades del Estado, las informaciones y documentos que fueren menester”.

692. Para la investigación y obtención de la evidencia de la comisión de delitos de cuello blanco –señala SACCANI– “es muy importante, prima facie, establecer un equipo multidisciplinario para asegurar la gestión efectiva del caso. Este equipo comprenderá un rango de profesionales que incluye contadores forenses expertos en análisis financiero; oficiales de las fuerzas de seguridad; funcionarios de las fiscalías y otros(...) el equipo de investigadores debería incluir especialistas con la experiencia para analizar volúmenes significativos de información financiera y contable y bancaria, registros contables (incluyendo balances; declaraciones juradas de impuestos y patrimoniales, en el caso de funcionarios públicos; documentación aduanera; entre otros)”. Asimismo, el citado autor advierte que ‘los propios fiscales’ deberán contar con similar experiencia, para poder presentar el caso en forma efectiva. En última instancia, será responsable de la obtención de evidencia necesaria para establecer las conductas delictivas, las medidas provisionales y el eventual decomiso de activos”.^[469]
693. Actualmente, una cooperación interinstitucional eficiente con la policía es indispensable para el alcanzar con éxito los objetivos de la investigación, así SÁNCHEZ VELARDE afirma que, en determinados casos –excepcionales por la naturaleza del delito o las personas imputadas– el propio Fiscal puede realizar toda la investigación desde su despacho, recibiendo declaraciones, solicitando informes, haciendo constataciones, disponiendo pericias, pero no debe ser la regla, pues difícilmente cubriría todos los casos que se denuncian. En tal sentido, remitirá las denuncias a la policía a fin de que realice las investigaciones, con las indicaciones que estime necesarias^[470]. En el proceso penal actual la coordinación interins-

^[469] SACCANI, Raúl R. Tratado de Auditoría Forense. Ob. cit., pág. 60.

^[470] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Código Procesal Penal Comentado, Editorial IDEMSA, Lima, 2013, pág. 85.

titucional hace indispensable la existencia de un marco legal que facilite su intercomunicación.^[471]

XXII. VIII. La formación de la prueba pericial contable y su valoración

A. La validez de la prueba pericial contable

694. Todo dictamen pericial debe estar revestirlo de ciertas formalidades procesales, los cuales debe tomar en cuenta el juzgador previa a la apreciación o valoración de la prueba pericial. Las más importantes son:

- a) Haber sido requerido por las partes u ordenado por el Juez competente.
- b) El perito contable debe tener capacidad, entendido como capacidad absoluta o procesal para ejercer el cargo de perito y sustentar el examen solicitado. Asimismo se encuentra involucrada la idoneidad del perito contable, aptitud para ejercer el cargo de perito, esto es, no encontrarse incurso en las causales de impedimento para ejercer el cargo establecido en el artículo 175° del CPP.
- c) El perito contable de oficio debe prestar juramento ante el Juez para asumir el cargo. El dictamen deber ser rendido en forma legal. Esto es que debe estar firmado, con los datos del perito a cargo de la realización de la pericia, su incumplimiento acarrea la nulidad del peritaje.
- d) La pericia encomendada no puede ser delegada a un tercero aunque este se trate de otro perito, ya que la conclusión o conclu-

^[471] En tal sentido, Raúl Saccani señala que “las investigaciones conjuntas pueden ser difíciles de coordinar, por lo que los investigadores deberán evaluar si están dadas las condiciones para llevar a cabo un esfuerzo de estas características. Se deberá verificar la existencia de un marco legal apropiado que permite a las autoridades competentes conducir una investigación conjunta en ausencia de un requerimiento de asistencia legal mutua que habilite compartir la información”. SACCANI, Raúl R. Tratado de Auditoría Forense. Ob. cit., pág. 61.

siones deben ser realizadas por la persona que valoró los hechos y los resultados deben ser obtenidos del método científico o la técnica usada. Puede aceptarse consultas u apoyo de terceros para casos específicos, pero no su reemplazo u intervención en las conclusiones establecidas por el perito o peritos.

- e) Para la realización del peritaje se debe utilizar medios legítimos, que se entiende como la obtención de datos, instrumentos u materiales obtenidos lícitamente.

B. El examen de la pericia contable en el juicio oral

695. La pericia como todo medio de prueba, para que pueda convencer al juez en la fundamentación de una sentencia condenatoria es necesario que se admita dentro del proceso y luego sea examinado el perito y contra examinado por las partes en el juicio oral, bajo los principios de contradicción^[472], inmediación, publicidad y oralidad^[473], esto constituye la segunda fase de la pericia: la declaración pericial o prueba pericial propiamente dicha.

696. El artículo 181º del Código Procesal Penal, establece lo siguiente:

“1. El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene. Tratándose de dictámenes periciales emitidos por una entidad especializada, el interrogatorio podrá entenderse con el perito designado por la entidad”.

^[472] Desde la perspectiva comparada Ottavio Sferlazza, advierte que en Italia, en el juicio, “el principio de contradicción es llevado a cabo a través de aquella institución de origen anglosajón que es el examen cruzado (*cross examination*). Las preguntas las hacen directamente el Ministerio Público y los defensores; El presidente tiene el poder de admitirlas o no. El presidente tiene poderes más amplios que aquellos que se ejercen en el proceso angloamericano; puede intervenir para asegurar la “lealtad del examen y la corrección de las contestaciones”; puede hacer preguntas en forma directa e incluso indicar “temas de nuevas pruebas o ampliadas”, que sean útiles para la plenitud del examen”. SFERLAZZA, Ottavio. Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada, Fontamara, México D.F., 2006, pág. 70.

^[473] Respecto al principio de oralidad, cabe señalar que:

697. El Código Procesal Penal mediante esta regulación ha resaltado como finalidad del examen o interrogatorio del perito, el obtener una mayor explicación respecto al objeto de la pericia, sin embargo, y conforme al procedimiento del examen pericial, este puede dividirse en etapas puntuales donde cada una buscará un determinado objetivo y de acuerdo a la estrategia de las partes.
698. Entonces tendremos dos estructuras sobre las cuales se desenvolverá el debate pericial: El examen directo o interrogatorio y el contraexamen o contrainterrogatorio del perito, cada una con objetivos propios. Siendo el examen el medio idóneo para que el perito transmita la información idónea para explicar los alcances y conclusiones a las que ha arribado.^[474]

C. El examen directo del perito contable

699. El examen directo se define como el primer interrogatorio o examen que se efectúa por la parte que ofreció al testigo propio^[475], con el propósito de establecer o aportar prueba sobre alguna de sus alegaciones^[476], generando de esta manera convencimiento en el juzgador sobre la veracidad de las mismas.^[477]
700. El principal objetivo que se persigue en un examen directo es obtener toda la información necesaria para sustentar una o varias de las

^[474] En ese sentido, Baytelman y Duce, consideran que la denominación más idónea es examen, puesto que, describe mejor la función del litigante durante el desarrollo de la misma, al no solo formular preguntas y obtener respuestas de los testigos, sino también, ofrecer evidencia en el transcurso de la misma para obtener mayor información de acuerdo a su estrategia. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación penal: juicio oral y prueba, Edición Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, pág. 109.

^[475] BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. Litigación estratégica en el nuevo proceso penal, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, pág. 168.

^[476] FONTANET MALDONADO, Julio. Principios y técnicas de práctica forense, Jurídica Editores, San Juan, Puerto Rico, 2002, pág. 2.

^[477] QUIÑONES VARGAS, Héctor. Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño: un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, págs. 147, 148.

hipótesis de la teoría del caso^[478]. En el caso del examen directo de un perito, el objetivo es que se logre proporcionar la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicar su significado en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del Tribunal^[479].

701. En examen directo a un perito contable, la intervención del litigante que lo haya propuesto deberá enfocarse en acreditar la experticia del perito, la fiabilidad del procedimiento y la certeza de sus conclusiones, haciendo las preguntas necesarias e indispensables para tal caso. De ahí que resulte necesario que los abogados y fiscales se encuentren familiarizados con lo básico por lo menos del procedimiento pericial que van a examinar.

702. En tal sentido, para el examen directo a un perito contable se deberá tener presente los siguientes aspectos:

- a. **Acreditación:** Lo que se busca es presentar al perito como un experto en la especialidad y por tanto como el profesional más idóneo para realizar el procedimiento pericial^[480].

La acreditación no es genérica, no se produce en abstracto; por el contrario, la acreditación es un ejercicio concreto y específico donde se demuestra, acredita el conocimiento y experiencia del perito sobre las materias en los cuales se requiere su conocimiento especializado^[481]

Tratándose de un perito contable, en la acreditación podrían realizarse las siguientes preguntas:

- ¿Cuántos años lleva ejerciendo la profesión de contador o auditor?

[478] NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral, Editorial IDEMSA, Lima, 2010, pág. 828.

[479] PEÑA GONZALES, Oscar. Técnicas de litigación oral: Teoría y práctica, APECC, 2º edición, Lima, 2013, pág. 519.

[480] Cfr. NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral. Ob. cit., pág. 828.

[481] FONTANET MALDONADO, Julio. Principios y técnicas de práctica forense. Ob. cit., pág. 212.

- ¿Se encuentra inscrito en el Colegio Público de Contadores?
 - ¿Cuántos años de estudios ha tenido en el área contable y cuáles son sus grados académicos alcanzados?
 - ¿Ejerce la docencia en dicha área de especialización?
 - ¿En universidades o instituciones públicas?
 - ¿Ha participado en algún evento académico como expositor o ponente?
 - ¿Tiene publicaciones relativas a la especialidad?
 - ¿Cuántas veces ha realizado este tipo de pericias?
- b. Sobre el procedimiento pericial y conclusiones:** Cuando se ingrese a realizar preguntas sobre el procedimiento pericial del cual derivaron sus conclusiones, debe tenerse en cuenta las siguientes pautas:
- Se deben realizar preguntas de forma temática.
 - Se debe resaltar que el análisis de los documentos o datos contables objeto de la pericia solo puede ser realizado por un experto y no por la sola interpretación del juez.
 - Se debe resaltar cuál ha sido el método de análisis para la pericia contable y si se ha contado con todos los documentos o datos contables necesarios para emitir conclusiones.
 - Se debe realizar las preguntas necesarias con la finalidad de hacer más entendible el lenguaje técnico utilizado por el perito contable.
 - Se debe establecer cuál es el margen de error del procedimiento pericial contable.

D. El contraexamen del perito contable

703. El contraexamen encuentra su fundamento constitucional como una de las manifestaciones del derecho de defensa reconocido en el artículo 139°.14 de la Constitución Política de 1993 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, así como en

el principio de contradicción, el cual permite que se logre hallar la verdad de lo que se afirma mediante la debida contrastación^[482].

704. El contraexamen, señala FONTANET, “es el interrogatorio que hace la parte contra quien se ha ofrecido el testimonio del declarante, la cual, se encuentra circunscrita al ámbito en el cual se desarrolló el examen directo y las relacionadas a la credibilidad del testigo”.^[483]

705. En el caso de la prueba pericial, dentro de su proceso de formación y para que esta pueda existir como prueba, es necesario que se produzca en el seno de un proceso regido por los principios de dualidad e igualdad de partes o de posiciones, así como por el principio de contradicción o audiencia bilateral^[484], de ahí que algunos manifiesten que sin la existencia del contraexamen no existiría la prueba pericial.

706. En ese sentido, nuestra Corte Suprema ha resaltado la necesidad del debate pericial como un requisito para la valoración de la prueba pericial. Así en el fundamento jurídico cuarto, del Recurso de Nulidad N° 3500-2010-Cusco señala:

“Cuarto: Que, en ese contexto, resulta necesario que el referido Dictamen Pericial sea valorado en forma conjunta con las pruebas obrantes en autos, para lo que previamente debe ser sometido al contradictorio y se determine de manera fehaciente la inocencia o la culpabilidad del

[482] Para ASECIO MELLADO, el *principio de contradicción*, que se manifiesta especialmente en el derecho de defensa, pero que excede al mismo en tanto garantiza la existencia de una dualidad de posiciones, es consecuencia del carácter dialéctico del proceso en tanto método de averiguación de la verdad. Hallar la verdad exige que exista oposición entre ambas partes y que cada una exponga sus argumentos y versiones con plenas facultades e igualdad de condiciones. El proceso, en suma, no puede ser un monólogo, pues en tal caso no podría cumplir su función. ASECIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 258.

[483] FONTANET MALDONADO, Julio, Principios y técnicas de práctica forense. Ob. cit., pág. 118. En similar sentido, BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. Litigación estratégica en el nuevo proceso penal, Ob. cit., pág. 205.

[484] CLIMENT DURAN, Carlos. La Prueba Penal, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 759.

acusado, por lo que resulta necesario que se declare nula la sentencia –de conformidad con el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales– para que en un nuevo juicio oral sea esclarecido el hecho incriminado; que, en el nuevo juzgamiento debe realizarse las siguientes diligencias: I. Citarse a los peritos que emitieron el dictamen pericial (...) a fin de que expliquen los resultados del mismo (...).^[485]

707. El objetivo del contraexamen del perito contable es restar credibilidad a lo informado por el perito de la parte adversaria. Para lograr un exitoso contraexamen, el abogado litigante debe extremar su preparación a través de la lectura del peritaje, la lectura de todo lo que ese perito ha publicado, la lectura de lo publicado referente a la materia del peritaje, la revisión del currículum vitae del perito y la conversación con el perito propio; para esto, es importante que el perito que proponemos sea nuestro principal aliado y señalarnos lo que debemos conocer y leer para atacar al perito de la contraparte^[486].
708. El Código Procesal Penal establece en el artículo 378°.8 lo siguiente:
- “8. Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus **propios dichos u otra versión de los hechos presentados en el juicio**”.
709. Como se observa, de la regulación normativa, el objetivo del contraexamen del perito contable es restar credibilidad a la información brindada y a su propia persona; para tal fin, se deben realizar las preguntas que tengan como objetivo atacar estos dos planos en el desarrollo del contraexamen:

^[485] En igual sentido, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 4488-2009-Amazonas, fundamento cuarto ha señalado: “que, no obstante las contradicciones existentes en las pericias obrantes en autos –tanto de las elaboradas en la investigación preliminar como en el juicio oral– la Sala Juzgadora omitió disponer un debate pericial sobre las posiciones en conflicto, por lo que se impidió el correcto esclarecimiento de los hechos (...) por lo que es del caso declarar su nulidad (...)”.

^[486] VIAL CAMPOS, Pelayo. Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno, Librotécnica, Santiago de Chile, 2009, pág. 284.

ATACAR LA CREDIBILIDAD E IDONEIDAD DEL PERITO CONTABLE	ATACAR LA METODOLOGÍA Y CONCLUSIONES DE LA PERICIA CONTABLE
• Atacar la idoneidad del perito como experto en contabilidad o auditoría y que sea competente para realizar la pericia	• Atacar el rigor técnico o científico de las conclusiones de la pericia contable.
• Atacar si el perito públicamente ha defendido opiniones técnicas disímiles con las empleadas en la pericia contable	• Atacar si en la peritación se ha vulnerado alguna garantía constitucional del imputado.
• Atacar su falta de experiencia en la elaboración de pericias contables.	• Demostrar si el dictamen pericial no ha sido debidamente fundamentado.
• Demostrar la existencia de un interés o parcialidad que puede manifestarse en un interés pecuniario, prejuicio o tiene interés en el resultado del proceso.	• Atacar si las conclusiones del dictamen han sido ambiguas o no han sido claras, firmes y como consecuencia lógica de sus fundamentos.
• Atacar si el perito contable ha violado anteriormente la reserva legal o el secreto profesional.	• Atacar si se tiene que el perito ha violado la reserva legal o el secreto profesional que ampare los documentos contables que sirvieron de base para la pericia contable^[487].

[487] En ese sentido, DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la Prueba Judicial, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 2002, p. 335. Debe diferenciarse este supuesto del contemplado en el artículo 175°.1 del Código Procesal Penal, el cual hace referencia que existirá impedimento de que se nombre a un perito, si se encuentra incurso en los supuestos del art. 165° incisos 1 y 2, que regulan la abstención para rendir testimonio a aquellos sujetos vinculados por el secreto profesional y aquellos que conocen un secreto de Estado; en el presente supuesto no es la calidad del sujeto de donde nace el impedimento, sino, de los documentos que son proporcionados para ejercer su labor pericial y los cuales se encuentran sometidos a la reserva legal o secreto profesional, por tanto, este no configura un impedimento de nombramiento sino una deficiencia del procedimiento que tendrá efecto en la valoración del juez.

E. Sobre la eficacia probatoria de la prueba pericial contable

710. Toda pericia debe cumplir con ciertos requisitos o elementos, los cuales debe tomar en cuenta el Juez para la apreciación o valoración de la prueba pericial:

- a) La pericia contable debe existir legalmente y no adolecer de nulidad.- La nulidad establecida en el artículo 149° y ss., del CPP es una garantía procesal que busca denunciar los vicios o defectos que se generen en el procedimiento de la incorporación de medios de prueba, uno de ellos puede ser la pericia.

El objeto de la nulidad desde la perspectiva procesal es la de denunciar aquellos actos que afecten la actividad procesal-procedimental, a través de un acto procesal de impugnación dirigida a incorporar un efecto jurídico distinto de aquel que se pretende dejar sin efecto, en salvaguarda de la adecuada actuación de los actos procesales.

Son supuestos de nulidad los casos de falta de inhibición del perito, quien al tener función de auxilio jurisdiccional (artículo 58 del CPP, concordado con el artículo 273° y ss., de la Ley Orgánica del Poder Judicial) requiere inhibirse en los casos previstos en el artículo 53.1 del CPP, si no lo hace, la pericia deberá ser declarada nula,^[488] para ello la parte a quien

^[488] Artículo 53° del CPP. Inhibición:

1. Los Jueces (personas que cumplan función de auxilio judicial- dígame peritos) se inhibirán por las siguientes causales:
 - a) Cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. En el caso del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriven, subsistirá esta causal incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio. De igual manera se tratará, en lo pertinente, cuando se produce una ruptura definitiva del vínculo convivencial.
 - b) Cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima, o contra sus representantes.
 - c) Cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil.

perjudique la pericia podrá presentar, solicitar y practicar los medios de que intente valerse para acreditar el vicio procesal.

- b) El objeto de la pericia contable debe ser pertinente.- Esto implica que debe existir relación entre los hechos y la causa, el hecho que va a probar debe incidir directamente con la causa y la finalidad del proceso, de lo contrario aunque resulte probado en el dictamen, carecerá de eficacia.
- c) Debe ser un medio que conduzca a esclarecer un hecho a probar.- Los hechos que son materia de prueba se pueden acreditar por un dictamen pericial, en tanto se requiera de una ciencia, técnica o procedimiento conducente para esclarecer o determinar hechos que son materia de debate.
- d) La especialización científico-profesional con la materia de la que dictamina.
- e) La imparcialidad del perito, entendida como la actuación objetiva y profesional de este en el cumplimiento del encargo encomendado, caso contrario será sancionado con la subrogación o tacha.
- f) En cuanto a sus derechos, MANZINI señala que “el perito tiene el derecho de libertad en la investigación científica dentro de los límites de las instrucciones impartidas por el Juez, que deben reducirse a determinar el objeto del peritaje, sin intervenir en los métodos, estudios, investigaciones y experimentos que deben realizarse para llegar a un dictamen preciso y seguro”^[489].
- g) La pericia contable debe ser debidamente fundamentado o motivado, ningún examen debe ser elaborado en base a va-

d) Cuando hubieren intervenido anteriormente como Juez o Fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima.

e) Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.

^[489] MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editorial EJE. Buenos Aires, 1954, pág. 383.

loraciones, abstracciones o meras conjeturas u opiniones; por lo que debe estar sustentado en bases sólidas, producto de la observación, el análisis, la aplicación de las reglas técnicas, el método científico cuya especialidad revista al perito. Por lo que el dictamen pericial realizado debe soportar la comprobación y contrastación en el caso de ser refutado u observado.

- h) Las conclusiones deben ser claras, precisas, convincentes y por ende consecuencia lógica de los fundamentos utilizados.
- i) Los resultados deben ser concretos, concordantes y firmes para ser susceptibles de credibilidad.
- j) El informe pericial contable deber ser puesto en conocimiento de las partes, como garantía del debido proceso y por ende del derecho de defensa, el principio de bilateralidad y los principios que rigen la actividad probatoria a efectos de que las partes puedan, de ser el caso, solicitar su ampliación, discutir su contenido, tacharlo o impugnarlo parcial o totalmente, etc.

F. Criterios para determinar los estándares de calidad de la técnica o método empleado en el informe o dictamen pericial contable

- 711. La primera labor del juez respecto de la prueba pericial es determinar el grado de aceptabilidad del método, técnica o ciencia aplicada en el peritaje; para ello utiliza como método el científico intuitivo que tiene como herramientas las reglas de la lógica y de la experiencia.
- 712. Desde esta perspectiva, se requiere que exista una metodología que sistematice pautas o estándares de trabajo, criterios y normas de actuación, que en conjunto otorgan rigor técnico o científico a la pericia. Estas pautas se aplican por igual al peritaje de oficio o de parte. Para ambos se exige el mismo nivel de profesionalismo, que se traduce en la calidad de los instrumentos con los que realiza su labor.
- 713. Es importante resaltar que el juez realiza una labor de control sobre los conocimientos aplicados, excluyendo aquellos cuyos resultados descansan sobre una ejecución técnicamente deficiente o que se proyecten sobre bases no definidas o indeterminadas, o cuando se utilice procedimientos deficientes o no especificados o cuando

se utiliza un método de análisis desfasado, o se utiliza un método de análisis cuyo grado de aceptación técnica o científica ha sido cuestionado por la comunidad científica; o porque la mayoría de las leyes sobre las que descansan son de naturaleza estadística y por consiguiente arrojan probabilísticos variables. Estos elementos deben ser expuestos como producto del debate contradictorio y ser objeto de valoración con la sentencia.

714. Ahora bien, el dictamen pericial no comporta una mera opinión científica o técnica, sino la aplicación de los criterios o principios que regulan el conocimiento del perito y que son aplicados a un espectro de la realidad, delimitado a un espacio, tiempo y circunstancias en atención al objetivo procesal concreto que se pretende obtener.
715. En este contexto se exige que la pericia esté motivada. GIANFORMAGGIO dice que motivar “significa justificar y justificar significa, justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en línea de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control”.^[490] La motivación obliga al perito a justificar los criterios, técnicas usadas y las conclusiones a las que ha arribado.
716. La motivación permite comprobar que la actividad pericial ha sido legítima, cuando esta comporta una causa formal y material. Es formal cuando el peritaje se materializa como producto de un determinado procedimiento. Es material cuando el contenido de la pericia está justificado en base a la aplicación de una ciencia, disciplina o técnica que forme parte del sistema de conocimientos vigentes que corresponda aplicar al caso en concreto, y de las cuales se pueda identificar cual ha sido el juicio lógico que fundado en criterios técnicos o científicos se ha aplicado racionalmente.
717. “Los dictámenes periciales deben suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen su convicción sobre la materia en que

[490] GIANFORMAGGIO, L. “Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico”. En: *La teoria generale dell diritto. Problemi e tendenza attuali*. Studi dedicati a Nóberto Bobbio. U Scarpelli editor. Edizioni Di Comunita, Milan, 1983, pág. 136.

se expiden (...). Deben exponerse las diligencias practicadas y las opiniones que a los facultativos firmantes del dictamen les merezcan los hechos, expresando el razonamiento que fundamente la opinión técnica a que lleguen, conforme a los principios y leyes científicas, de modo que sirvan al juzgador para apreciar las consecuencias de orden jurídico procesal”^[491]

718. Un estándar de calidad probatorio o estándar de prueba (convicción) supone “criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea los criterios que indican cuándo está justificada como verdadera la hipótesis que lo describe”^[492].
719. Desde esta perspectiva, “no se puede pedir al juez que posea una ciencia igual o superior al del científico, debemos contentarnos con que el juez controle, adecuadamente, el grado de aceptabilidad conforme al del conocimiento común, de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento y conclusiones seguidas y que aporta el científico, única manera de que se satisfaga con la lente jurídica los modos de control que posee la opinión pública frente a ese cometido”^[493].
720. Es una obligación del juez el asegurarse que la pericia que se introduce en el proceso, como medio de prueba para la fijación de hechos, responda efectivamente a cánones de validez científica^[494]

^[491] WITTHAUS, Rodolfo E. Ob. cit., págs. 57, 58.

^[492] GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. Revista Doxa Nº 28. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Madrid, 2008, pág. 129.

^[493] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Doctrina general del derecho procesal. Barcelona, José María Bosch Editor. 1993, pág. 463.

^[494] La validez es la correlación entre los resultados hallados luego de aplicarse un método o procedimiento científico o técnico con los resultados obtenidos por los mismos sujetos en otras mediciones realizadas simultáneamente o con posterioridad. Para establecer la validez se usa la siguiente técnica: i) calificación con los diferentes resultados obtenidos; ii) incremento del porcentaje de éxito en relación a otros métodos o procedimientos ya existentes; iii) análisis de las diferencias entre los resultados. Todos estos factores son determinantes a la hora de justificar su aceptación.

o técnica, que están relacionados con la controlabilidad, refutabilidad empírica y aceptación o credibilidad mayoritaria de la comunidad académica.

721. Para cumplir con este estándar de calidad probatorio, el juez requiere saber qué conocimientos presuntamente científicos o técnicos están dotados de validez, para ello se requiere determinar si la calidad de ciencia o técnica empleada es racional y objetiva.
722. "Por conocimiento racional se entiende: a) que está constituido por conceptos, juicios y raciocinios y no por sensaciones, imágenes, pautas de conducta, etc. (...). Por tanto, el punto de partida como el punto final de su trabajo son ideas; b) que esas ideas pueden combinarse de acuerdo con algún conjunto de reglas lógicas con el fin de producir nuevas ideas (inferencia deductiva). Estas no son enteramente nuevas desde un punto de vista estrictamente lógico, puesto que están implicadas por las premisas de la deducción; pero no gnoseológicamente nuevas en la medida en que expresan conocimientos de los que no se tenía conciencia antes de efectuar la deducción; c) que esas ideas no se amontonan caóticamente o, simplemente, en forma cronológica, sino que se organizan en sistemas de ideas, esto es, en conjuntos ordenados de proposiciones (teorías). Que el conocimiento científico de la realidad es objetivo, significa: a) que concuerda aproximadamente con su objeto; vale decir que busca alcanzar la verdad fáctica; b) que verifica la adaptación de las ideas a los hechos recurriendo a un comercio peculiar con los hechos (observación y experimento), intercambio que es controlable y hasta cierto punto reproducible. Ambos rasgos de la ciencia fáctica, la racionalidad y la objetividad, están íntimamente soldados".^[495]
723. Estos criterios genéricos son los que se deben de emplear para áreas del saber no reconocidas de forma uniforme como ciencias exactas, que son necesarias o cuando menos útiles para un acercamiento probatorio correcto del objeto del proceso o cuando menos de algún elemento que forma parte del hecho procesal.

^[495] BUNGE Mario. La ciencia, su método y su filosofía. México, Editorial Siglo XXI. 1978, pág. 10.

724. Se suma a estos criterios, aquellos relacionados con las opiniones que los peritos aportan en la audiencia en donde se les examina, como dice IGARTUA SALAVERRÍA “lo relevante en la valoración de lo que declara el perito o el experto; no es el gesto, la rotundidad o la expresión facial del declarante sino la corrección de sus conclusiones (...) cual tampoco puede fundarse como en cambio acontece en la valoración del testimonio en la genuinidad y atendidibilidad del recuerdo sino sobre la confiabilidad de la declaración en términos rigurosamente científicos, (lo cual explica la previsión legal de que el juez pueda auxiliarse de un perito de oficio, cosa que no ocurre cuando de la valoración de un testimonio se trata)”^[496].
725. Es decir, que la credibilidad de un experto dependerá fundamentalmente de la fiabilidad de su informe, pero también el juez deberá estar convencido de que la persona tiene conocimiento, habilidad, entrenamiento o la educación suficientes para cumplir los requisitos de un experto en el campo científico o técnico respecto del cual elaboró la pericia. Es importante contextualizar el concepto de la credibilidad^[497], no como sinónimo de verdad, sino como una cantidad de hechos psicológicos y comunicativos percibidos mediante los sentidos de las cualidades y calidades personales y profesionales del perito.
726. El testimonio del experto habitualmente adopta una de las formas siguientes: (a) una opinión, (b) una respuesta a una pregunta hipotética, (c) una disertación con información sobre un tema pertinente, o (d) una combinación de las anteriores. Para determinar estos factores se requiere realizar mínimamente las siguientes preguntas:

^[496] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas)”. En: *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación* Madrid, 2007, pág. 2.

^[497] “La credibilidad es la cualidad transmitida comunicativamente de una afirmación (declaración) acerca de la realidad (percibida subjetivamente) a la vez, pretende, ella misma, constituir la realidad”. FISCHER Thomas. “Análisis de credibilidad y valoración de la prueba. Acerca de la carga de la «función específica»”. En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, 2011, fascículo 9, pág. 1529.

- 1) Al formular una opinión, ¿Se consideró todos los hechos relevantes?
 - 2) ¿Cuánta confianza se puede atribuir a los hechos en los cuales se basa la opinión del perito?
 - 3) ¿El perito tiene el conocimiento adecuado sobre los principios técnicos y científicos sobre los que versa su pericia?
 - 4) ¿Son los principios o teorías en los cuales se basa el experto generalmente aceptados como confiables por los expertos en el área?
 - 5) ¿Empleó el perito métodos de evaluación apropiados?
 - 6) ¿Defiende satisfactoriamente el perito las inferencias y conclusiones obtenidas?
 - 7) ¿Es el perito razonablemente objetivo?
727. En el análisis final, la pregunta importante que debe hacerse el juez, es si la opinión del perito es lógica, coherente, objetiva, se puede explicar por sí misma y se puede defender. El valor de la opinión del experto depende de las respuestas a estas preguntas.

G. Parámetros para alcanzar el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” de la pericia contable

728. En el procedimiento penal suele afincar la cuestión en resolver más allá de toda duda razonable, que por su cercanía con la exigencia de convicción plena que se pide para el uso de la prueba científica puede tener íntima relación.
729. El estándar a verificar se analiza con la regla del medio apropiado que corresponda según la ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos. Estamos pues ante un estándar que se expresa como en una cantidad objetiva de prueba, un *quantum* de prueba exigible o cuando menos el estándar de prueba que contenga un grado de probabilidad muy calificada.
730. Así, el sistema de libre valoración de la prueba en materia penal se sustenta en lo que se denomina prueba más allá de toda duda razonable, se trata de un concepto que corresponde “(...) a una exigen-

cia moral y política, según la cual una sentencia de condena debe ser admitida solo cuando hay certeza de la culpabilidad del imputado, aunque esta exigencia no sea traducible en determinaciones analíticas del grado de prueba correspondiente (...). El criterio de más allá de toda duda razonable puede ser superado solo donde la conexión entre una causa y un efecto esté contemplado en una ley de naturaleza deductiva o casi deductiva y cuya aplicación permita atribuir determinado y suficiente grado de certeza”.^[498]

731. De lo dicho, se concluye que este principio es entendido como valoración libre de vínculos externos, sin que esto signifique que la pericia no pueda aportar razones como son los datos e informaciones válidamente aportadas al proceso, así como de las inferencias del tipo deductivo. Las razones que constituyen la valoración libre son las constituidas por “todos” los datos e informaciones disponibles.
732. Por tanto, el juez, al valorar el informe pericial, no solo se circunscribe al contenido de ella, que incorpora como criterios de valoración complementarios lo declarado por el perito, las respuestas a las interrogantes de la partes, de ser el caso las otras pericias que han sido objeto de debate, la confrontación entre peritos, etc. Desde esta perspectiva se analiza:
- a) La percepción sobre la coherencia interna de la pericia y la motivación de la percepción.- Tres son los componentes de este presupuesto:
 - i. **La percepción.**- Es aquello que se capta a través de los sentidos y que, por consiguiente, condiciona lo que se entiende de un determinado fenómeno, siendo importante el nivel de información que posea al respecto y la experiencia vivida en relación con el mismo. La percepción sobre la pericia científica

^[498] TARUFFO, Michelle. “El conocimiento científico y estándares de prueba judicial”. Revista: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2005, XXXVIII, número 14, septiembre-diciembre 2005, Universidad Autónoma de México, En: Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Sistema de información científica. <http://www.redalyc.org/pdf/427/42711413.pdf>, págs. 32, 34.

debe recaer sobre su coherencia e inteligibilidad, además no debe resultar contradictorio entre sus diversos extremos.

- ii. **La coherencia.-** Supone que entre los diversos elementos que forman parte del dictamen pericial no existen elementos incompatibles entre sí. La coherencia se refiere además a la contextualización del relato del perito sobre el método, técnica o procedimiento utilizado.
- iii. **La inteligibilidad.-** Se refiere a las condiciones en que el dictamen transmite sus procedimientos, ideas y conclusiones. A mayor grado de claridad mayor probabilidad de que el dictamen supere el test de rendimiento y por tanto sea creíble; en sentido contrario, a menor grado de explicación del dictamen este puede acabar siendo confuso, obscuro, absurdo, arbitrario o ilógico.
- b) **La valoración personal de la percepción.-** Cuando se habla del medio ambiente, los valores constituyen una indicación de cómo la gente cree que deberían ser las relaciones y las influencias mutuas entre los sistemas humanos y los sistemas naturales físicos.

El valor se caracteriza por su polaridad (gran estima o gran rechazo), por su grado (lo que se experimenta o vive en diversa intensidad y por su jerarquía superior e inferior). Los valores obtenidos entre lo que hemos percibido y la valoración que se otorga a la representación se combinan para obtener un posicionamiento personal que se denomina **actitud**, se trata de manifestaciones de la voluntad que orientan la acción en uno u otro sentido.

La actitud constituye una postura expresiva que corresponde a una cierta disposición anímica. Puede considerársela como cierta forma de motivación social que impulsa y orienta la acción hacia determinados objetivos y metas.

Estas valoraciones que se ponen en juego al emitir juicios, son considerablemente diferentes según la persona, los individuos o los grupos, la actitud cambia en función del conocimiento acerca de la temática y la valoración que le otorga a la misma el grupo social al que se pertenece.

- c) **Las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos técnicos, científicos o académicos.**- El juez debe valorar que los hechos acreditados con la pericia no sean contradichos o impugnados con otras pericias u otros medios de prueba, asimismo debe valorar razonablemente dichas pruebas, en relación con las restantes utilizando las reglas de la lógica y de la experiencia que han sido desarrolladas previamente.

XXII.IX. Cuestiones sobre la valoración de la pericia contable

A. El valor probatorio de los informes de la Contraloría General de la República

733. La Contraloría General de la República es el organismo superior del Sistema Nacional de Control a cargo de supervisar los actos de las instituciones sujetas a control, entre otros, que involucra la facultad de desarrollar el control preventivo, determinando la oportunidad y modalidades en que este se puede ejecutar y desarrollar^[499].
734. En ese sentido, el **control preventivo** es una atribución de la Contraloría General de la República, por el cual formula oportunamente recomendaciones para mejorar la capacidad y eficiencia de las Entidades en la toma de sus decisiones y en el manejo de sus recursos, así como los procedimientos y operaciones que emplean en su accionar, a fin de optimizar sus sistemas administrativos, de gestión y control interno^[500].
735. Una de las modalidades en que la Contraloría General de la República realiza su control preventivo son los informes de veeduría. En

^[499] Art. 1.1 de las Disposiciones Generales de la Resolución de Contraloría N° 094-2009-CG. Contralor General autoriza aprobar Directiva N° 002-2009-CG/CA "Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República - CGR y los Organismos de Control Institucional - OCI", de fecha 21 de agosto de 2009.

^[500] Art. 1.4 de las Disposiciones Generales de la Resolución de Contraloría N° 094-2009-CG. Contralor General autoriza aprobar Directiva N° 002-2009-CG/CA "Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República - CGR y los Organismos de Control Institucional - OCI", de fecha 21 de agosto de 2009.

ese sentido, según lo establece el inciso 1.1.1 del apartado VI relativo a la Disposiciones Específicas de la Directiva N° 002-2009-CG/CA de la Contraloría General de la República (vigente al momento de la emisión de los informes señalados anteriormente), los informes de veeduría cumplen los siguientes fines:

FINALIDAD DE LOS INFORMES DE VEEDURIA
(Directiva N° 002 – 2009 – CG/CA, 21AGO09)

ALTERTAR	DISUADIR	RECABAR
Se alerta al Titular de la Entidad o quien haga sus veces de la <u>existencia de riesgos</u> que pudieran afectar la transparencia, probidad o cumplimiento de objetivos y de la normatividad correspondiente.	Se disuaden los intentos de actos de corrupción	Se recaba la información que será utilizada para fines de control posterior, de ser el caso.

736. Al respecto, la normatividad de la Contraloría General de la República define el informe de veeduría durante la ejecución contractual como un “documento que contiene los logros y los riesgos detectados como resultado de las visitas de veeduría en cada una de las etapas de ejecución de los contratos y según el alcance previsto. En caso no se detectara hecho alguno, se dejará constancia del informe y se hará de conocimiento al Titular de la Entidad o quien haga sus veces^[501]”.

737. Todo informe de veeduría debe tener el siguiente contenido^[502]:

^[501] Apartado VII Glosario de términos de la Directiva N° 002-2009-CG/CA “Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República – CGR y los Organismos de Control Institucional – OCI”, de fecha 21 de agosto de 2009.

^[502] Apartado VI Disposiciones específicas de la Directiva N° 002-2009-CG/CA “Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República – CGR y los Organismos de Control Institucional – OCI”, de fecha 21 de agosto de 2009.

**CONTENIDO DE LOS INFORMES DE VEEDURÍA
DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL**

1. Origen de la veeduría
2. Reporte General del objeto contractual
3. Estado situacional de la obra, adquisición de bienes, contratación de servicios o concesiones (verificación de aplicación de recomendaciones realizadas en vista anterior, de ser el caso).
4. Logros y <u>riesgos</u> detectados en la visita de inspección física
5. <u>Recomendaciones</u>

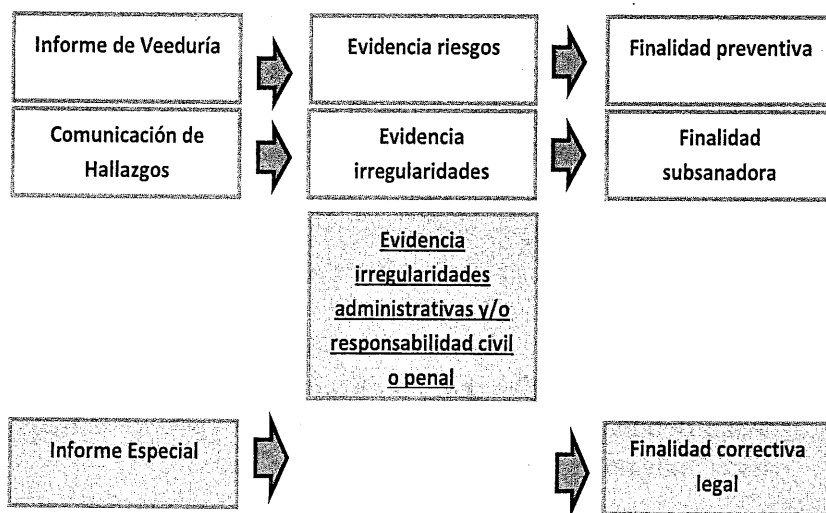
738. Por consiguiente, normativamente solo se exige que en el contenido de los informes de veeduría durante la ejecución contractual se deban detallar los “riesgos detectados en la visita de la inspección física” más no la existencia de “irregularidades”.
739. Las “irregularidades” son aquellos hechos que si no son debidamente subsanados pueden dar lugar a hechos que revelen indicios de la existencia de delito. Así, según la Resolución de Contraloría N° 259-2000-CG, de fecha 07 de diciembre de 2000, dichas irregularidades o hechos indiciarios de la existencia de delito se encuentran en el contenido de dos informes:

**INFORMES QUE ADVIERTEN LA EXISTENCIA DE
IRREGULARIDADES y/o INDICIOS DE LA
EXISTENCIA DE DELITO**

INFORME DE COMUNICACIÓN DE HALLAZGOS	INFORME ESPECIAL
Se evidencian “las presuntas deficiencias e irregularidades identificadas como resultado de la aplicación de los procedimientos de control gubernamental empleados ^[504] ”.	Se evidencian “hechos y circunstancias que constituyen indicios de la comisión de delito o de responsabilidad civil ^[505] ”.

740. En ese sentido, según la normatividad de la Contraloría General de la República el único informe que advierte la existencia de posibles

hechos delictivos es el informe especial, el cual deberá motivar las acciones legales correspondientes, tal y como puede apreciarse en el siguiente esquema:



XXII. X. El valor probatorio de los informes de inteligencia financiera

741. Señala ROSAS CASTAÑEDA, que el “reporte de inteligencia financiera, elaborado por la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF – PERU), sobre la base de los reportes de ‘operaciones sospechosas’ de los sujetos obligados, puede ser considerado como medio probatorio al ser asumido por el fiscal como elemento sustentatorio para la investigación y el proceso penal. Entonces, el informe o reporte de inteligencia elaborado sobre la base de los ‘reportes de operaciones sospechosas’ de los sujetos obligados adquiere la naturaleza de ‘pericia institucional’ que aporta elementos para comprobar que operaciones financieras de personas o grupo de personas pueden ser compatibles con actos de lavado de activos o que representan una modalidad de lavado de activos.”^[503]”

[503] ROSAS CASTAÑEDA, Juan. “La utilidad del informe de inteligencia financiera para determinar el indicio de ‘manejo de sumas de dinero que revelen operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias’ en el delito de

742. Debemos hacer una precisión, en el sentido de que el reporte de inteligencia financiera, en estricto es fuente, elemento de prueba y medio de prueba, en aplicación supletoria del artículo 201-A del CPP.

XXII.XI. Cuestiones interpretativas sobre el contenido de la pericia institucional extraprocesal

743. La Ley N° 30214 del 29 de junio de 2014 incorpora el artículo 201-A al Código Procesal Penal y se refiere a la calidad de pericia institucional extraprocesal que se asigna a los Informes técnicos oficiales especializados de la Contraloría General de la República.
744. Lo que debemos resaltar de la norma, es la calidad de pericia o dictamen pericial ^[504] que se asigna a los Informes técnicos oficiales

lavado de activos”, En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Gaceta Jurídica, Tomo 61, Julio, Lima, 2014, págs. 135, 136.

[504] “La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso. Es por esta última razón que los ordenamientos procedimentales como el colombiano, prevén que el dictamen pericial, en su condición de prueba dentro del proceso correspondiente, debe ser sometido a la posibilidad de contradicción de las partes, mediante mecanismos como las aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave. Este carácter dual es confirmado por autores como Silva Melero, quien sostiene que el dictamen pericial cumple una doble función. De un lado “(...) llevar al proceso conocimientos científicos o prácticos que el juez podría conocer, pero que no está obligado a ello, y que son precisos para adoptar la decisión.” Por otro lado, el dictamen también opera como “concepto de pericia de constatación de hechos”, o lo que es lo mismo “(...) constataciones objetivas, que pueden ser independientes de la persona del inculpado.” A idéntica conclusión arriba la jurisprudencia constitucional. Sobre el particular, en la sentencia T-796/06 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se pone de presente cómo el dictamen pericial responde a una naturaleza jurídica dual. De un lado, es comprendido como “(...) un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende

especializados de la Contraloría General de la República. Esto significa que el análisis o exámenes que realiza la Contraloría a través de sus técnicos respecto de hechos o circunstancias de la cual han tomado conocimiento a través de actos de control programados o no, son considerados como pericia institucional extraprocesal.

745. Así, los informes de Contraloría expresados en hallazgos de auditoría, auditorías especiales o auditorías forenses son fuente de prueba, elemento de prueba y medio de prueba dependiendo de la fase procesal en la que se encuentre el proceso.

A. La pericia institucional extraprocesal como fuente de prueba

746. El primer párrafo del artículo 201-A al Código Procesal Penal señala que los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República en el cumplimiento de sus funciones tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal en el caso establecido por el literal b) del inciso 2 del artículo 326 del presente Código.
747. Cuando la norma indica que los informes técnicos especializados elaborados por la Contraloría General de la República han sido realizados antes de iniciar la investigación preparatoria, la información sobre la que se sustenta estos informes, constituyen fuentes de prueba.

a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.” De otro, la experticia también es comprendida como “(...) un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso”. Corte Constitucional de Colombia Expediente D-8217. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral segundo literal a) parcial del artículo 25 de la Ley 1395 de 2010. Bogotá, D.C., 01 de marzo de 2011.

748. La fuente de prueba es un concepto se refiere a información transmitida por personas u objetos que existen en el mundo real y material y que son anteriores o preexistentes al procedimiento o al proceso penal. En otros términos, la fuente es una realidad externa al proceso que emerge y se forma extraprocesalmente con independencia de que exista un procedimiento o proceso.^[505]
749. Las fuentes de prueba se materializan a través de personas^[506] o cosas^[507], se trata en este sentido de datos empíricos de los que se obtiene información relevante para esclarecer hechos que existen en la realidad y que son perceptibles por los sentidos.
750. Como se aprecia, la fuente de prueba son conocimientos transmitidos a través de declaraciones o información almacenadas en diversos soportes que transmiten conocimientos empíricos sobre hechos externos y/o internos.
751. Ahora bien no es lo mismo las valoraciones técnicas que el informe de la Contraloría realiza, de los documentos que esta contiene, como dice NEYRA FLORES “(...) los informes periciales solo contienen afirmaciones del investigador y como tales no pueden ser fuente de prueba. El problema del valor probatorio, entonces, se limita al modo en que puedan emplearse en el proceso las actas e informes del perito (...)”.^[508]

^[505] Afirma MONTERO AROCA que “fuente es un concepto extrajurídico que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, pues existe independientemente de que llegue a realizarse o no un proceso. Si no entra al proceso no tiene consecuencias procesales, pero sí puede tener efectos materiales. Las fuentes preexisten al proceso, son hechos del pasado”. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 4ª Edición, Madrid, Editorial Thompson-Civitas, 1998, pág. 137.

^[506] Las personas emiten información por medio del conocimiento que adquirieron a través de sus sentidos.

^[507] Las cosas aportan información a través del registro de sucesos que mantienen.

^[508] NEYRA FLORES, José Antonio. “Mínima actividad probatoria y principio de presunción de inocencia”. En *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima, Edición Especial*. Año 1, N° 1. Editorial Alternativas. Lima, diciembre del 2003, pág. 245.

752. Desde esta perspectiva, fuente de prueba será la información que como anexo contienen los Informes técnicos oficiales especializados de la Contraloría General de la República, dígame descargos del funcionario investigado, Actas de registros, de inspecciones, de levantamiento de documentos, de inmovilización de documentos, actas de incautación o de allanamientos, así como fotografías, grabaciones en audio-video, declaraciones, entre otros documentos.

B. La pericia institucional extraprocesal como elemento de prueba

753. El primer párrafo del artículo 201-A al Código Procesal Penal señala que los informes técnicos especializados (...) cuando habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción.

754. El elemento de prueba es un dato objetivo que se pretende incorporar legalmente al proceso por uno de los sujetos procesales y tiene la capacidad de producir el conocimiento objetivo de un dato o una circunstancia relativa a los hechos sujetos a investigación preparatoria.

755. “Estos elementos se comprueban mediante la utilización de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proceso, siendo útil al juzgador para rechazar o admitir en todo en parte las cuestiones sobre las que debe decidir. Incorporados al proceso, significa que deben existir objetivamente y en conformidad con las garantías dispuestas por la ley. No ha de resultar de simples conjeturas, impresiones, imaginaciones u opiniones carentes de base externa al juez. Si esta regla es infringida por el juzgador, la fuente de prueba sería incontrolable e ilegítima”.^[509]

756. El elemento de prueba tiene relevancia para el escenario jurídico-procesal en tanto permite establecer como cierto o como probable los hechos que se están investigando, de este modo permite sustentar o reforzar la tesis o hipótesis de la parte que la incorpora al proceso penal.

^[509] CHAIA, Rubén A. La prueba en el proceso penal. Buenos Aires, Editorial Hammurabi SRL, 2010, pág. 88.

757. Los Informes técnicos oficiales especializados de la Contraloría General de la República son elementos de prueba, en tanto interpretan la fuente de prueba a través de conocimientos técnicos y/o científicos de los diferentes especialistas de la Contraloría. De lo acotado se desprende que para efectos de la Disposición de la apertura de diligencias preliminares, la fuente de prueba será la información documental que contiene los Informes técnicos oficiales, teniendo las conclusiones de estos últimos el valor probatorio de elemento de prueba.

C. La pericia institucional extraprocesal como medio de prueba

758. El tercer párrafo del artículo 201-A al Código Procesal Penal señala que la respectiva sustentación y el correspondiente examen o interrogatorio se efectúa con los servidores que designe la entidad estatal autora del informe técnico.

759. El párrafo acotado se refiere al medio de prueba. El término medio indica la vía, el camino o el método por el que se llega a un determinado fin. El fin si hablamos del medio de prueba, es el de acreditar las afirmaciones de hechos sobre las que debaten las partes. De este modo “a través de los medios de prueba se introducen en el proceso determinadas proposiciones o enunciados fácticos (en la fase que se denomina de traslación)”.^[510]

760. El medio es la actividad que se debe desarrollar para que una cosa o una persona transmitan la información útil y relevante que tiene o que contiene al juzgador. Así “los medios de prueba son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso la reconstrucción de los hechos acontecidos en la pequeña historia que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso. Son los instrumentos regulados por el Derecho para la introducción en el proceso de las fuentes de prueba. Visto así, son instrumentos de intermediación requeridos

^[510] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba indiciaria y el estándar “del más allá de toda duda razonable”. (Análisis de 11 cuestiones básicas). Ob. cit., pág. 34.

en el proceso para dejar constancia material de los datos de hechos. Es un concepto esencialmente jurídico”.^[511]

761. Del medio de prueba se valen las partes para tratar de convencer al juez de la tesis que sostienen, a través de la actuación de información con aptitud de proporcionar sustento sobre los hechos objeto de debate, asimismo de ello se vale el juez para verificar las afirmaciones que introducen las partes.

762. “Esta es la función que cumple un medio de prueba. Es un método previsto por la ley adjetiva, utilizando para aportar al juez, a las partes y en definitiva a la causa, el conocimiento necesario para verificar las proposiciones realizadas en torno a los hechos ventilados en el proceso”.^[512]

763. Ahora bien, ¿qué requieren los Informes técnicos oficiales especializados de la Contraloría General de la República para convertirse en medio de prueba-pericia? La pericia para ser medio de prueba requiere de dos actividades diferenciadas: el acto pericial y el informe pericial.

1. Acto pericial

764. Dentro del acto pericial se encuentra detallado el procedimiento a seguir para la realización de la pericia, el cual consta de tres fases:

- a. **El reconocimiento o percepción.**- Es la primera fase de la pericia. Consiste en la identificación o reconocimiento de la persona o cosa sobre la cual va a recaer la pericia, en el estado en el que se encuentre. En ese sentido señala CAFFERATA NORES^[513] que “tal exigencia tiende a dejar constancia del estado

^[511] RIVERA MORALES, Rodrigo. “La prueba como sustento de la decisión judicial”. En: *Advocatus* N° 20, Revista editada por los alumnos de la Facultad de la Universidad de Lima, setiembre de 2009, pág. 32.

^[512] CHAIA, Rubén A. La prueba en el proceso penal. Editorial Hammurabi SRL., Buenos Aires, 2010, pág. 89.

^[513] CAFERATA NORES, José I. y HAIRABEDIAN, Maximiliano. Con la colaboración de Milagros Gorgas. *La Prueba en el Proceso Penal*. Con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia

en que se hallaban las personas o cosas sobre las cuales versa la pericia, o la forma de producción del hecho examinado, antes de operar sobre ellos”, es decir que actúa de modo preventivo cuando se prevé que puedan ser modificados o alterados durante los procedimientos periciales.

En esta fase la labor del perito –según CLIMEN DURÁN–^[514] estará enmarcada en el desarrollo de dos objetos:

- i. Consistente en la abstracta exposición de alguna de las reglas del particular área de conocimiento especializado del perito; es decir que solo proporcionará al juez la certeza de la existencia de unos principios o reglas de la experiencia relativas para que pueda extraer deducciones de los hechos.
- ii. Comprende la labor previa de percibir los hechos y objetos sobre los que recae la pericia y se extiende a la emisión de las conclusiones correspondientes, tras la aplicación de reglas técnicas a esos mismos hechos u objetos. Esto es generalmente lo que realizan los peritos, identifican el hecho u objeto materia de la pericia y emiten sus conclusiones del caso.

En ambos casos existe una “actividad perceptiva en el perito que es previa a su actividad propiamente técnica o deductiva. Dicho de otra manera, se distingue entre el aspecto técnico del informe pericial, por un lado, y el aspecto fáctico o perceptivo (o perceptual) de tal informe, por otro lado, el cual suele preceder a aquel otro y viene a constituir frecuentemente su soporte material”^[515]. En ese sentido, los peritos necesariamente deben encontrarse en contacto directo con la persona u objeto de la pericia, para que luego puedan ser debidamente examinados y apreciados en su informe pericial.

de Córdoba., Sexta Edición. Editorial Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 89.

[514] CLIMEN DURÁN, Carlos. La Prueba Penal. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch, Tomo I. Valencia, 2005, págs. 738, 739.

[515] CLIMEN DURÁN, Carlos. La prueba penal. Tomo I. Ob. cit., pág. 740.

- b. **Las operaciones técnicas o el análisis.**- Es la relación detallada de todas las operaciones y labores practicadas, aspectos de incidencia o dignos de resaltar que se hayan observado o acontecido durante el procedimiento, los resultados y fecha de práctica.^[516] Constituye el fundamento para la valoración y conclusiones a las que los peritos lleguen.
- c. **La deliberación y la redacción de conclusiones.**- Son las conclusiones producto del tránsito por las etapas anteriores, y supone una exposición racional e inteligible de los resultados derivados de los análisis y operaciones realizadas por los peritos conforme a los principios o reglas de su ciencia o arte.^[517] En ese sentido, deberán ser específicas, ceñirse a estas, y podrán tener carácter afirmativo, dubitativo o negativo, según los resultados que se haya podido lograr con la ejecución de las propias del tipo de pericia encomendada.

Estas conclusiones periciales –como señala PABÓN PARRA– “constituyen por sí mismas el elemento probatorio que se incorporará, pues los restantes puntos del informe constituyen su soporte o fundamento e introducen los criterios científicos, técnicos o artísticos que coadyuvarán a su valoración”.^[518]

2. El informe pericial

- 765. El informe pericial constituye el documento redactado de todas las actividades realizadas en las diferentes fases del acto pericial, incluidas las conclusiones u opiniones vertidas por el perito, que adquieren el nombre de dictamen. El Informe pericial es propiamente un medio de prueba, que puede ser realizado tanto en la investigación como en el juicio oral.
- 766. Sin embargo debe diferenciarse de la prueba pericial. Mientras que por un lado el informe pericial recoge la opinión experta o espe-

^[516] PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *La Prueba Pericial. Sistema Acusatorio*. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. 1ª edición. Medellín, 2006, pág. 246.

^[517] CLIMEN DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo I, Ídem, pág. 737.

^[518] PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Ob. cit.*, pág. 246.

cializada emitida por uno o varios peritos expresa y recogida por escrito, y que constituye la base sobre la cual se practicará la prueba pericial durante el acto del juicio oral; la prueba pericial se realiza en puridad durante el juicio oral, mediante la comparecencia personal del perito o de los peritos ante la presencia del tribunal sentenciador y de las partes acusadoras y acusadas, contestando a las preguntas y repreguntas que estas les dirijan^[519]. Es decir, que la diferencia sustancialmente radica en los momentos en que se actúan tanto el informe pericial (antes del juicio oral) como de la prueba pericial (en el juicio oral).

767. Visto así el artículo 201-A del CPP al afirmar que la calidad de pericia institucional extraprocesal, no implica que estemos ante una prueba pericial, sino ante un medio de prueba que adquiere tal calidad en atención a lo dispuesto por la Ley N° 30214 que crea el artículo bajo comentario cuando señala que el juez desarrolla la actividad y valoración probatoria de conformidad con el artículo 155°.2 y el artículo 158°.1 del presente Código.

D. La sustentación y el correspondiente examen o interrogatorio puede ser realizado por servidores de la Contraloría General de la República distintos de los que realizaron el informe de control

768. La norma bajo comentario flexibiliza la regla que establecía el CPP respecto de que los peritos que realizaron la pericia debían sustentar la misma en juicio oral, esto representa una afectación al principio de inmediación y al principio de contradicción.
769. Respecto del principio de inmediación, porque el juez y las partes deberían tener la oportunidad de interrogar a los autores del informe de control, sobre aquello que sea de interés para esclarecer algún ámbito del acto pericial, esto es, sobre:
1. La descripción del estado de los hechos.
 2. Las respectivas fechas de la situación habida o circunstancias.

[519] CLIMEN DURÁN, Carlos. Ob. cit., pág. 763.

3. Se debe indicar los instrumentos, técnicas y procedimientos utilizados.
 4. Individualizar una enumeración de la evidencia física que anuncia la clase de material que se sometió al estudio del perito.
 5. Detallar los hallazgos, que se pueden dividir en tres:
 - i. Los elementos recibidos para estudio; por ejemplo, la lista de evidencia física que el experto sometió a su estudio.
 - ii. Los documentos, tales como informes, actas, documentos médicos, etc., y
 - iii. Las declaraciones, si el perito además basa su opinión pericial en la transcripción o grabación de declaraciones de personas; por ejemplo si se trata de un caso de lesiones; la declaración del médico tratante.
 6. Asimismo, es importante que los peritos expongan los criterios de los cuales se sostienen para la realización del informe. Así deberá exponer detalladamente lo comprobado respecto a lo encomendado.
 7. Las conclusiones deberán basarse de acuerdo a los resultados obtenidos producto de las técnicas, análisis, cotejos, experimentos, o procedimientos utilizados, así como al producto de su ciencia, arte o técnica. Deberá proporcionar los anexos, si los tuviere.
770. Así, un examen a los autores del informe de control resulta necesario para realizar un análisis profundo sobre si las conclusiones son el resultado de haber aplicado el método técnico o científico al análisis de un asunto o de un problema determinado.
771. Por el principio de contradicción se realiza un control sobre la calidad de la información que se trasmite al juzgador, así como la imposibilidad de objetar el dictamen pericial y de controlar el contenido de la experticia, en ámbitos como las condiciones profesionales de los servidores de la Contraloría General de la República que realizaron el informe de control, en ámbitos como experien-

cia, conocimientos técnicos o científicos, sobre la fuente de información que se revisó, sobre aquello que no fue considerado como fuente de información, la técnica o método empleado, etc., lo que en buena cuenta permitirá una apreciación sobre la forma particular de enfocar el análisis de los hechos y las conclusiones a las que se arribaron.

772. Todo lo dicho influye en la valoración del informe de control que puede no tener la solidez necesaria, en caso los funcionarios designados por la Contraloría adolezcan de capacidad de explicarse satisfactoriamente.

E. La aclaración de los informes de control

773. El artículo 201-A, penúltimo párrafo, del Código Procesal Penal señala que:

“Cualquier aclaración de los informes de control que se requiera para el cumplimiento de los fines del proceso deberá ser solicitada al respectivo ente emisor”.

774. La aclaración es un instrumento para controlar el contenido de la pericia, de modo tal que se requiere que se precise algún aspecto técnico o fáctico que ha sido desarrollado en la pericia, pero que no ha quedado del todo claro o que admite varias posibles interpretaciones o que contengan afirmaciones contradictorias, vagas o indeterminadas.
775. La lógica indica que quienes deben realizar la aclaración deberían ser quienes suscribieron la misma; sin embargo la norma bajo comentario permite que no necesariamente los técnicos de la Contraloría General de la República que elaboraron la pericia, sean los mismos que deban encargarse de realizar las aclaraciones de los informes de control.
776. En este punto, lo que debemos acotar es que puede ocurrir que los autores del informe de control no estén disponibles para emitir una aclaración a su informe, ya sea que estén trabajando en la Contraloría General de la República o no. Lo cuestionable de la norma es la facultad de la Contraloría General de la República a decidir si

los autores del informe de control serán los que realicen las aclaraciones o de disponer que otros técnicos asuman ese encargo.

777. Si quienes realizan la aclaración son personas distintas de los que suscriben el informe de control, claramente esto generará un retardo en la absolución de las aclaraciones; se suma a ello, que puede darse el caso que la aclaración sea de un ámbito tan específico que resulte necesario un conocimiento de los hechos que solo puede haber sido obtenido al realizar la búsqueda, evaluación y análisis de la información.

XXIII LOS DOCUMENTOS

XXIII. I. Definición

778. “El documento, en sentido estricto, es fuente de prueba y accede al proceso a través de la prueba documental. De hecho, la fuente por antonomasia para ser introducida en el proceso a través del citado medio de prueba, es el documento”.^[520]
779. El documento es una manifestación de un acto, o mejor dicho una representación de un hecho-fuente, que se materializa en un soporte material o inmaterial que tenga la capacidad para almacenar, mantener la información y para poder reproducir su contenido.
780. De este modo, el documento se puede materializar en papel, CD, DVD, etc., es decir cualquier medio en el que se incorpore datos, hechos o circunstancias que puedan ser transmitidos, que tengan eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica ya sea a través de la escritura como de otros medios (fotográficos, cinematográficos, sonoros, informáticos, etc.)
781. Desde una perspectiva penal, “se entiende por documento toda declaración materializada, procedente de una persona que figura como su autor cuyo contenido tiene eficacia probatoria en el ámbito del tráfico jurídico”.^[521] Para BUOMPADRE el documento es

^[520] PARDO IRANZO, Virginia. *La prueba documental en el proceso penal*. Ob. cit., pág. 82.

^[521] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de derecho penal*, Cuarta Edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998, pág. 625.

“toda declaración del pensamiento humano, manifestada al mundo exterior, con eficacia probatoria y destinada a producir efectos en el tráfico jurídico”.^[522]

XXIII. II. Clases de documentos

782. El artículo 185° del CPP desarrolla dos grandes clasificaciones de documentos: i) la prueba documentada y; ii) la prueba documental.^[523]

La Sala Penal Especial en el caso Barrios Altos, la Cantuta, y otros; Ejecutoria Suprema, Exp. N° AV/19-2001. Lima, 4 de julio 2008; reglas para la práctica de prueba documental y documentada, señala la diferencia entre ambas clases de documentos:

A. Por un lado, incluye la prueba documental en sentido estricto. Se refiere:

A la prueba que consta en documento escrito. Se trataría de escrituras públicas, certificaciones y actas notariales; informes y manuales oficiales; oficios y comunicaciones de la autoridad pública; periódicos, revistas y libros; croquis, planos, dibujos y radiografías; papeles privados en general; y, comunicaciones o informaciones de autoridad extranjera que consten en archivos.

783. A la prueba documental audiográfica y videográfica que incluye soportes informáticos en general.

B. Por otro lado, al hacer referencia a las “actas”, se refiere a las que son levantadas como consecuencia de determinadas actuaciones o diligencias realizadas por las autoridades públicas, con contenido informativo oficial cierto y de carácter objetivo, y que en todo caso, bajo determinados requisitos específicos, están en condiciones de constituir excepciones a la denominada prueba plenaria.

784. Algunas precisiones merecen hacerse a la clasificación de prueba documental audiográfica y videográfica; en estricto se trata de signos

^[522] BUOMPADRE, Jorge E. *Derecho penal. Parte especial*, Tomo N° 3. Buenos Aires, Mave Editores, 2003, pág. 579.

^[523] Por su parte, el Artículo 233° del Código procesal civil sostiene que documento “es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho”.

gráficos distintos de la escritura, cuya reproducción de la palabra, el sonido y la imagen se consideran documentos, y por tanto, se les aplica las reglas de la prueba documental porque el concepto que maneja el CPP de documento no presupone como condición la escritura.^[524]

785. Es de acotar que las cintas de video o audio para alcanzar valor probatorio deben necesariamente visualizarse u oírse en el juicio oral, así no es posible dar valor probatorio a las transcripciones de la cinta de audio o de video, pues la fuente de prueba lo constituye la propia cinta, es esta la que se somete al contradictorio.^[525] Asimismo, no es trascendente el exigir se presente en los soportes originales, tiene la misma capacidad probatoria la copia de la cinta audiográfica o videográfica, en tanto no se alegue una posible alteración del contenido.
786. Aplicando la misma lógica, se puede considerar como documentos los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. En este contexto se encuentran aquellos generados por medios informáticos o que utilicen soportes electrónicos.^[526]

[524] Con relación a las grabaciones videográficas puede verse, que el Tribunal Supremo español señala que “es indudable que un videocasete tiene carácter de prueba documental y puede ser aportado en el juicio oral en la forma (...)”. Precisándose de “los videos no suponen un prueba distinta de una percepción visual, en tanto que la grabación no hace otra cosa que perpetuar la de una o varias personas”. STS RJ 1996/1394, del 31 de diciembre de 1996.

[525] “Respecto de la entrega de las transcripciones, ya es sabido que su valor es meramente auxiliar; ya que las intervenciones telefónicas en cuanto medio de prueba están constituidas por la propia cinta”. STS núm. 1552/2003, de 19 de noviembre. Citado por PARDO IRANZO, Virginia. Ob. cit., pág. 101.

[526] Para URBANO CASTILLO, “podría hablarse de un concepto natural, otro legal y, finalmente uno técnico de documento electrónico a efectos penales. Concepto natural: el documento electrónico es aquel documento precedente de la electrónica. Concepto legal: documento electrónico es aquel que permite acreditar hechos con relevancia en el proceso penal, mediante un soporte informático. Concepto técnico: el documento electrónico es aquel proveniente de la elaboración electrónica”. El documento electrónico: aspectos procesales”. URBANO CASTILLO, E. Internet y Derecho penal. Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, 2001, versión CD, pág. 21.

787. Ahora bien, resulta importante diferenciar entre el acto y el documento, así el documento es el continente (el formato o soporte que en que obra un determinado contenido). El contenido es aquello que se manifiesta o se expresa en el documento, esto es un acto que se inserta en el documento o la representación de un acto que se rigen para su apreciación por determinadas formalidades que pueden estar establecidas en normas procesales o procedimentales. Así, lo trascendente es que “en un documento el juez debe tener en cuenta los dos aspectos del mismo: el continente y el contenido, es decir, que lo ha realizado la persona a quien se le atribuye y que es cierto lo contenido”.^[527]

788. Una clasificación de los documentos diferencia:

- a. El documento público tiene como autor, de todo el documento como cosa, a un funcionario público de la parte cuya autoría debe atribuirse al particular. Es posible que el funcionario público sea autor tanto del documento –en cuanto continente, forma como del contenido –del acto. Estaríamos, entonces, ante documentos que no narran “actos de vista” de los funcionarios sino juicios o resoluciones de los mismos. Por ejemplo, una resolución judicial.

Como dice PARDO “(...) en los documentos públicos hay que diferenciar dos partes: por un lado, la declaración del funcionario con fe pública narrando unos hechos –actos de vista de hechos ajenos y la declaración de la voluntad de las partes. El documento da fe de la primera parte pero no puede asegurar veracidad de la segunda. Se ve mucho más claro con un ejemplo: si dos personas realiza una compra venta ante un notario, este dará fe de que se han reunido un determinado día, a una determinada hora y en un preciso lugar y que allí se ha realizado una determinada actuación pero no puede dar fe de que esa operación ha sido realmente una compra venta y no una donación encubierta”.^[528]

^[527] PARDO IRANZO, Virginia. Ob. cit., pág. 252.

^[528] PARDO IRANZO, Virginia. Ob. cit., pág. 64.

Es importante establecer si la fotocopia es un documento, para ello "(...) brevemente es necesario precisar qué es un original y qué una copia. Aquel es un documento que representa una parte de la realidad y que es elaborado por un determinado sujeto. La copia, en cambio, es otro documento que se caracteriza porque representa al original y puede ser realizado por el mismo sujeto que ha efectuado el primigenio o por otro distinto. Por tanto, el original puede representar hechos, personas o cosas, mientras que la copia representa siempre una cosa: el documento original. Téngase en cuenta, además, que en el caso de documentos en soporte informático, el original es el contenido en el CD, DVD, etc., la transcripción en papel es copia. Incluso sería más correcto afirmar que copia es la que se realiza en otro soporte igual al del original, mientras que la transcripción a papel no es más que eso, una transcripción".^[529]

- b. Los documentos privados se definen de manera negativa: documento privado es aquel que no es público, por ejemplo las cartas, diarios, artículos de periódicos, etc. "La distinción entre documentos públicos y documentos privados no introduce ninguna excepción a régimen de la prueba en el campo penal, ya que unos y todos se encuentran siempre sometidos al libre examen del juez y tanto los unos como los otros no llevan el sello de una credibilidad especial, será perfectamente lícito demostrar que ciertos hechos se desarrollan de forma distinta de la que, por ejemplo, narra el notario y el juez podrá creer o no creer lo que el instrumento público afirma haber ocurrido".^[530]

^[529] PARDO IRANZO, Virginia. Ob. cit., pág. 112.

^[530] FLORIÁN Eugenio. *De las pruebas penales*. pág. 372.

CAPÍTULO V

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

789. Si bien la Ley N° 30077 no desarrolla criterios sobre la valoración de la prueba, no es ajeno al lector que el uso tradicional de los medios de prueba son insuficientes en muchos casos para la probanza de delitos de crimen organizado, ello es consecuencia natural, pero equivocada de pensar que un delito de crimen organizado por constituir un delito de grave lesividad es de relativa fácil probanza, nada más lejos de la realidad, pues centrar el enfoque desde el estudio de los delitos que componen la Ley de Crimen Organizado, resulta muchas veces estéril, sino poco productivo.
790. Es una obligación de los operadores del derecho el generar la evolución de las categorías dogmáticas que maneja, reenfocándolas hacia el estudio de los involucrados en delitos de crimen organizado, del patrimonio inexplicable o poco creíble que han alcanzado, del contexto en que se desenvuelve la organización o de las circunstancias, modalidades y el perfil que exterioriza una determinada organización criminal.
791. La fidelidad del operador del derecho a las reglas o parámetros para interpretar y valorar los medios de prueba, como los planteados por la Corte Suprema en Acuerdos Plenarios, han convertido a la actividad probatoria en un sistema altamente formalizado, en que se puede introducir información que dañen el proceso inferencial a efectos de obtener una conclusión distinta o cuando menos varias posibles interpretaciones o conclusiones desviantes de lo acaecido en la realidad; piénsese en declaraciones contradictorias, o declaraciones de colaboradores eficaces imputados de poco fiables o complacientes con algunas de las partes, o documentos contruados

que con la finalidad de generar desconfianza de la tesis opuesta o de reforzar la propia.

792. Debemos recordar que los criterios de interpretación son fórmulas generales, planteadas en un contexto histórico y sobre la base de una posición jurídica determinada, que generalmente evoluciona a un ritmo menor de lo que se necesita, corresponde a cada uno el deber de construir y argumentar con responsabilidad la tesis que sostiene.
793. Ahora bien, los criterios para la valoración de la prueba se centran en el análisis de dos categorías probatorias. “Las pruebas representativas (o históricas o directas, como son típicamente la narración o el documento o en general, el acto comunicativo que comprende la reproducción visiva, o realizada de cualquier manera sonora) se caracterizan por el hecho de reproducir directamente un acontecimiento, de tal modo que el juez, si la comunicación es verdadera, puede afirmar y retener que el evento representado realmente acaeció. Las reglas de experiencia, en este campo vienen empleadas para conocer la genuinidad del acto comunicativo y pueden ser reglas de tipo científico (...) o más frecuentemente de tipo empírico-psicológico (por ejemplo para afirmar la fidelidad de una cierta percepción sensorial o la corrección en su evocación). Las pruebas lógicas (o críticas o indirectas) son eventos interpretables como indicadores de otros eventos. No representan el hecho (en el sentido de hacerlo presente a quien recibe la comunicación), sino que a él conduce el pensamiento sobre la base de pasos inferenciales comúnmente aceptados. Tales pasos ocurren por fuerza de un criterio que hace de puente entre lo conocido y lo desconocido. Este criterio o regla tiene carácter general y por ello es apto para subsumir la *species facti* conocida o la entera clase de hechos análogos (...) En consecuencia, el límite de la prueba crítica está en su equivocidad, mientras que el límite de la prueba representativa se halla en su posible infidelidad”.^[531]

^[531] FASSONE, Elvio. “La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada”. Ob. cit., pág. 136.

XXIV LA PRUEBA TRASLADADA

XXIV. I. Concepto

794. El artículo 20.1 de la Ley de Crimen Organizado señala:

“En los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su **actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción** debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba”.

795. La prueba trasladada es un medio de prueba: documento por excelencia que contiene una pericia, una declaración, un acta o cualquier otra información relevante que ha sido actuado en un proceso penal en curso o en un proceso que ha culminado.

796. Esto significa que solo se admite como prueba trasladada los medios de prueba que han sido actuados en un proceso penal anterior o en uno que esté en curso, no significa esto, que el medio de prueba actuado haya sido considerado como prueba en la sentencia, sino que ha sido admitido para su debate como medio de prueba.

XXIV. II. Supuestos para declarar procedente la admisión de prueba trasladada

797. Para declarar procedente la prueba trasladada es requisito indispensable la imposibilidad material de su actuación en un proceso de crimen organizado, ya sea porque la actuación sea imposible o de difícil reproducción.

- a) Actuación de imposible consecución.- Se trata de casos en los que medios de prueba ofrecidos no pueden ser actuados, aun si se hicieran todas las gestiones o diligencias necesarias para que así ocurrieran, actos como la declaración de un testigo fallecido, la realización de una pericia que no puede ser repetida, un acta de constatación, de incautación o de levantamiento de cadáver, etc.
- b) Actuación de difícil consecución.- Se trata de casos en los cuales la parte oferente del medio de prueba ha realizado todas las gestiones o diligencias necesarias para que se actúen los medios de prueba, sin embargo pese a su diligencia esta no ha podido ser materializada.

La difícil consecución puede ser debido al riesgo de la pérdida de la fuente de prueba, estos casos, se producen cuando la fuente de prueba es de cantidad o calidad insuficiente para realizar una pericia, o cuando existe la posibilidad de que la fuente de prueba se pierda o deteriore de manera irreversible.

Otros supuestos de difícil consecución son aquellos en que exista amenaza para el órgano de prueba^[532], casos como el peligro para la integridad de los testigos o peritos.

Lo mismo ocurre en aquellas situaciones en las que el órgano de prueba no es posible de localizar, ya sea porque se encuentra fuera del país o al interior del mismo pero se encuentra

[532] Órgano de prueba es el sujeto que conoce un elemento de prueba y que lo incorpora al proceso. El órgano de prueba puede ser un sujeto procesal, en este caso, el elemento de prueba es propuesto como medio de prueba, en tanto quien lo propone tiene interés en conseguir un fin concreto con la prueba ofrecida. El órgano de prueba puede ser un *extraneus*, es decir, una persona natural o jurídica (una institución) ajena al proceso, pero que es requerida por el órgano jurisdiccional a efectos que presente información relevante que tiene en su custodia y que tiene relación con el proceso. En este último caso, lo que aporta el extraño al proceso es un medio de prueba, porque el requerimiento en la que se identifica a la persona que tiene a su disposición un elemento útil para acreditar un hecho debe comprender su actuación de cara al juicio oral, esto en buena cuenta significa que se debe cumplir con el procedimiento de incorporación.

inubicable, en otros casos la falta de instrumentos, insumos o fuentes de prueba sobre las cuales realizar una pericia.

798. El artículo 20.3 de la Ley de Crimen Organizado señala:

“La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, o que demuestre una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos, así como los resultados o consecuencias lesivas derivados de los mismos, constituye prueba respecto de tales elementos o circunstancias en cualquier otro proceso penal”.

799. La sentencia firme en cuanto se refiere a la estructura, peligrosidad u otras características de la organización criminal, o que demuestre una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o consecuencias lesivas derivados de los mismos tiene la calidad de prueba.

800. Es de resaltar que cuando la norma asigna la calidad de prueba trasladada, no se trata de fuente o elemento, sino de medio de prueba; esta conclusión se extrae del hecho de que para su traslado a otro proceso penal se requiere previamente el *haber sido admitidas y actuadas a nivel judicial*. Desde la perspectiva del Código Procesal Penal, se puede dar en tres situaciones:

- a) La prueba anticipada.- La anticipación probatoria tiene por objeto procurar que las partes puedan obtener la conservación de pruebas de las que si se espera la oportunidad procesal que le acuerda el ordenamiento legal, se corre el riesgo de que se pierdan por el mero transcurso del tiempo o el acaecimiento de hechos fortuitos o artificiales provocados que alteren la situación de hecho o de las cosas”.^[533]

Se trata de un acto procesal que busca el mayor acopio de medios de prueba, conforme se establece entre los artículos 242° al artículo 246° del Código Procesal Penal, que garantizan un procedimiento excepcional de actuación e incorporación de

^[533] DI IORIO, Alfredo J. *Prueba anticipada*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970, pág. 10.

medios probatorios que se producen ante el Juez de la Investigación Preparatoria, es decir, con anterioridad al juicio oral, pero posterior a la ocurrencia del hecho que da origen al proceso.

- b) Cualquiera de los medios de prueba propuestos por las partes que hayan sido admitidos en fase intermedia y que han sido actuados en el curso del juicio oral o el medio de prueba nueva que ha sido admitido por el juzgador de juicio oral y se haya actuado.
- c) La sentencia firme.- Es aquella que tiene dos características copulativas: es inimpugnable, es decir, contra la sentencia no cabe recurso alguno y tiene la calidad de cosa juzgada, esto se da cuando existe sentencia firme en un proceso fenecido que haya resuelto la pretensión.

En el caso de la sentencia firme el juzgador podrá utilizar la información que se cite en ella, en tanto acredite la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, esto significa que los datos que proporcionen la sentencia tienen la calidad de medio de prueba.

En cuanto a la demostración, esto puede ser producto del razonamiento utilizado en la sentencia para afirmar una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos, tal como sucede en el caso de la prueba indiciaria.

En cuanto a los resultados o consecuencias lesivas derivados del delito, las conclusiones a las que arribe la sentencia, ya sea producto de pericias, informes técnicos, son utilizables en el proceso penal al cual se remite y sirven para fijar criterios respecto al grado de lesividad que causa la organización criminal.

801. El artículo 20.4 de la norma acotada señala que debe tenerse en consideración los siguientes criterios:

- 1) El valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

- 2) La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución Política del Perú.
- 3) La persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditadas en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos.

XXIV. III. Reglas de valoración de la prueba trasladada

802. La valoración de la prueba debe respetar las siguientes reglas:

- a. **La sana crítica.**- Se refiere a la apreciación de los medios de prueba relacionándola con los demás actuados y con la realidad de los hechos; y según ese examen, darle o no valor probatorio.

Se trata de una apreciación fundamentada que realiza el juez, explicando las razones por la que le asigna o rechaza un determinado valor probatorio.

- b. **La lógica.**- “La lógica jurídica no es una lógica dogmática y abstracta, sino contextual, realista, eficaz y razonable”.^[534] La lógica implica un procedimiento racional que parte de lo conocido a lo desconocido, conduciendo al juez a analizar su propio pensamiento a través de la inducción^[535] y obtener así la idea correcta del asunto a discusión.
- c. **Las máximas de la experiencia.**- “En su dimensión más frecuente o generalizada, la expresión ‘máxima de la experiencia’ es empleada para identificar a un conjunto de preceptos verifi-

^[534] HERNÁNDEZ ELVIRA, María Jesús. “La prueba indiciaria en el proceso penal”. Loc. cit., pág. 10.

^[535] La existencia de los elementos del tipo legal analizado debe ser inferida a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de experiencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas de los datos externos y objetivos acreditados (...). Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia N° 3-2010, Lima, 16 de noviembre de 2010, párrafo 33.

cables científicamente, extraídos empíricamente por el juez, es decir mediante la observación del corriente comportamiento humano, y que integran, junto a los principios de la lógica, las reglas de la sana crítica a las que el juzgador debe ajustarse para apreciar la prueba. En otras palabras, para quienes comparten esta visión, las máximas de la experiencia serían, apenas, un segmento de las reglas de la sana crítica en tanto estas últimas se conforman por la mixtura de dos ingredientes: los principios de la lógica y el conocimiento de la vida y de las cosas que posee el magistrado (máximas de la experiencia)".^[536]

Para CASTILLO ALVA "las máximas de la experiencia constituyen elementos que permiten vincular un hecho con otro. Dichas máximas se basan en reglas de sentido común y son extraídas de la experiencia social cotidiana y para algunos, incluso, se pueden obtener de los libros jurídicos. Se trata de generalizaciones empíricas que se refieren a la conducta humana en su dimensión individual y social. Sin embargo, tras este conjunto de reglas se aglomeran muchas veces una serie de valoraciones morales, prejuicios, refranes de sabiduría popular, ideas propias de la mass media por lo que recurrir a dichas generalizaciones es abiertamente riesgoso".^[537]

Debe quedar claro que las máximas de la experiencia no son presunciones^[538], sino un razonamiento construido producto de la observación del comportamiento del ser humano, en cierta medida sugestionable por lo coherente de la repetición de patrones, como tal entendida y aceptada por un círculo social determinado, es este componente lo que permite al juzgador establecer parámetros objetivos, no arbitrarios y/o ilegales en cada caso en concreto.

[536] MIDÓN, Marcelo Sebastián. Ob. cit., pág. 119.

[537] CASTILLO ALVA, José Luis, Ob. cit., pág. 262.

[538] "La diferencia entre presunciones y máximas de experiencia es que las presunciones son enunciados revestidos de autoridad". GONZALES LAGIER, Daniel. "Argumentación y prueba judicial". Loc. cit., pág. 97.

“Los requisitos que se exigen en las máximas de la experiencia son los siguientes: i) Debe tratarse de máximas aceptadas en el ambiente de la cultura media. No se aceptan como reglas las generalizaciones del propio juez o las que se extraen de su propia percepción del mundo, su particular cosmovisión de las cosas, su ideología o religión; ii) Las máximas de la experiencia no deben estar contradichas por los conocimientos científicos vigentes y aceptados en la comunidad; iii) Las máximas no deben oponerse a otras máximas de semejante valor que se apoyan en el sentido común, en la experiencia o en la observación”.^[539]

Cabe precisar que no se requiere alegar las reglas de la experiencia, el juez puede invocarlas de modo propio, sin embargo es necesario para aplicar la regla de la experiencia cierta dosis de esfuerzo intelectual y deductivo, ello excluye la convicción subjetiva del juez basado en criterios emocionales, lo que no resulta suficiente, tampoco lo es la existencia de inferencias no concluyentes^[540] que se pretendan invocar como regla de la experiencia.

- d. Las reglas de los conocimientos científicos.- Son todo aquel bagaje técnico o científico de comprobado resultado, que permite inferir al juzgador una respuesta clara respecto de lo que es objeto de prueba.

[539] CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pág. 263.

[540] “En consecuencia, la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la inferencia sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada”. STC 124/2001, Madrid, 4 de junio de 2001. FJ.5.

CAPÍTULO VI
CONSECUENCIAS JURÍDICAS
APLICABLES Y EJECUCIÓN PENAL

XXV INHABILITACIÓN

803. El artículo 21 de la Ley contra el Crimen Organizado señala respecto de la inhabilitación que:

“En el supuesto previsto en el literal c) del inciso 1 del artículo 22 de la presente Ley, se impone inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

804. La Ley contra el Crimen Organizado nos remite al artículo 36 del Código Penal cuando señala: La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

805. De acuerdo a nuestro Código Penal, la inhabilitación al ser prevista dentro de las penas limitativas de derecho adquiere la categoría de pena principal, salvo los supuestos de los artículos 39 y 40 del Código Penal en que constituye una pena accesorio^[541]. En este sentido, es una de las penas limitativas de derechos previstos en el artículo 28 del Código Penal junto a las penas de prestación de servicio a la comunidad y limitación de días libres.

806. DEL RÍO GONZALES^[542] indica que la inhabilitación es una de las tres clases de sanciones limitativas de derechos que se aplica en

^[541] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código penal comentado. 3 edición, Editorial Grijley. Lima. 2002, pág. 170.

^[542] DEL RÍO GONZALES, Oscar. La inhabilitación en la función pública. En: Gestión Pública: Sistema Nacional de Control. Lima. Junio, 2008, pág. 19 y ss.

la sentencia como principal o accesoria y produce privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; incapacidad para obtener mandato, cargo empleo o comisión de carácter público.

807. La inhabilitación consiste en la privación y restricción de ciertos derechos o facultades del sentenciado como consecuencia de la realización de un delito^[543]. En este mismo sentido, la Corte Suprema se ha manifestado al respecto en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 “Alcances de la pena de inhabilitación”, y ha señalado que:

“La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado”.

808. Asimismo, en el Acuerdo Plenario N° 2-2008-CJ-116 –Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio–, fundamento 6, señala que la inhabilitación:

“Se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos –personales, profesionales o políticos–; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades –públicas inclusive–”.

809. En similar sentido, la jurisprudencia nacional reitera que:

“La inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder de dominio para delinquir. Según su importancia o rango interno, la pena de inhabilitación puede ser principal o accesoria. La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación para un tipo delictivo concreto de la parte especial del Código Penal o de leyes penales complementarias. Sin embargo, en algunos casos, el Código Penal utiliza una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación principal y a su duración específica al final de un capítulo. Ello ocurre en el artículo 426 –delitos cometidos por funcionarios públicos–

^[543] SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. 3 edición, Editorial Grijley. Lima. 2014, pág. 632.

el cual es aplicable, por su ubicación sistemática, al tipo penal previsto en el artículo 381”^[544]

810. Respecto de la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular, previsto en el artículo 36 inciso 1, la Corte Suprema, a través del Acuerdo Plenario N° 2- 2008/ CJ-116 “Alcances de la pena de inhabilitación”, fundamento 10. C, ha señalado que:

“En cuanto a la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular, como la norma alude a una relación de derecho público e indica “privación”, es de entender que el penado pierde el cargo, no solo su ejercicio –privación de la titularidad–.”

811. El primer supuesto consiste en la privación definitiva de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, pues en este caso, de imponerse la pena de inhabilitación, esta surte el efecto de privar de los derechos desde que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito^[545].
812. *Respecto de la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público*, previsto en el inc. 2 del art. 36 señala que la pena de inhabilitación, según disponga la sentencia, generará la incapacidad para obtener algún mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, ya sea que provenga de elección popular o a través de un cargo de confianza.

^[544] Ejecutoria suprema, Exp. N° 07-2007-Lima. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Código penal. Dos décadas de jurisprudencia. Tomo I. Ara Editores. Lima. 2012. 696.

^[545] Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 “Alcances de la pena de inhabilitación”, fundamento 10. C.

XXVI
AGRAVANTES ESPECIALES:
CALIDAD DE SUJETO ACTIVO DEL
DELITO DE CRIMEN ORGANIZADO

813. La ley contra el crimen organizado ha establecido el sistema de agravantes específicas atendiendo a diversas cuestiones, bien por existir un mayor grado de injusto penal o bien mayor culpabilidad. Se trata de agravantes que están en relación a la constitución, formación y operación del crimen organizado, siempre que estos aspectos o circunstancias agravantes no sean aplicables cuando se encuentren ya previstas como tales por la ley penal.
814. Asimismo en cuanto a la pena a imponerse por estas agravantes específicas, el legislador peruano ha establecido ciertos límites legales como son: 1) El Juez aumentará la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido y 2) en ningún caso debe exceder de los treinta y cinco años de pena privativa de libertad.
815. En la doctrina nacional, ORÉ SOSA^[546] señala que para el líder, jefe o cabecilla el tercio se incrementará tomando como base el marco penal de la forma agravada [normalmente prevista para el agente que comete el delito en calidad de miembro de la organización], mas no la del tipo básico, pues de ser así, se llegaría a la inconcebible situación de que miembros de segundo orden de la organización responderían con una pena mayor que los líderes o jefes de aquella.

^[546] ORÉ SOSA, Eduardo. "Organización criminal. a propósito de la ley 30077 ley contra el crimen organizado". En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf

816. Entre las agravantes específicas que establece la ley, tenemos las siguientes:

- a) Agravante por la calidad del sujeto como resulta ser el líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.- Este tipo de agravante está diseñada sobre la base de la calidad del sujeto activo, con ello se trata de sancionar con mayor gravedad a quienes desempeñan un rol fundamental en la criminalidad organizada no solo en su subsistencia sino también en su formación o gestación.

El líder, jefe o cabecilla o aquellos que ejercen funciones de administración, dirección y supervisión, son importantes porque constituye, en realidad el *centro de decisión y funcionamiento de la organización criminal*, poseen en términos absolutos el dominio del hecho sobre la permanencia de la organización, por lo que es allí donde cabe plantear una mayor punición que la de los otros integrantes.^[547] “Estos ‘cerebros de la organización’ distribuyen los ‘roles’ en función de las aptitudes de cada uno de los individuos, que se encuentran sometidos a una férrea jerarquía, disciplina y control interno”.^[548]

A continuación desarrollamos los diferentes sujetos activos:

- i. El **líder** es aquella persona que es capaz de influir en los otros miembros de la organización criminal. Es el referente dentro de la organización, en la que su opinión es la más valorada e importante.

El líder no necesariamente puede o tiene una posición altamente jerárquica, pues el líder puede ser el jefe de la organización o no ser el jefe pero sí el líder. Con todo, el líder, sin disponer necesariamente del poder de dominio en la organización criminal, tiene la capacidad de decidir la actuación de dicha organización en base a la influencia que ejerce, que viene determinada por su capacidad o virtudes.

^[547] ZÚÑIGA Laura. *Ibidem*, pág. 628.

^[548] GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. *Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación*. Ob. cit., pág. 48.

A los demás miembros de la organización les inspira confianza saber que al frente del mismo se encuentra el líder, quien tiene la habilidad para conducir y dirigir el destino de la organización criminal.

- ii. El **jefe** de la organización criminal decide lo que hay que hacer en virtud del poder fáctico que tiene por su posición jerárquica. El jefe es la cabeza de la organización, se encuentra en el puesto superior del vértice de la estructura de la organización y tiene capacidad, el conocimiento y la ascendencia necesaria para mandar a sus subordinados. En síntesis aquella persona que está a cargo de la gestión y la direcciones institucional de la organización.
- iii. El **cabecilla** de una organización criminal es aquella persona que está al frente del grupo organizado; esto es, aquel que está a la cabeza de toda la organización criminal.
- iv. El administrador, director o supervisor de la organización criminal. Administrador será aquella persona que obtiene resultados a través de otras personas que pertenecen a la organización criminal, es el responsable de llevar a cabo las actividades necesarias para alcanzar las metas organizacionales. Desempeña ciertas funciones básicas para que la organización se encamine hacia la consecución de sus metas, para ello controla y maneja las actividades de todo los sujeto que componen la organización criminal.
- v. El **director** en la organización criminal es aquel encargado de dirigir determinada actividad. Ahora bien, la acción de dirigir está vinculado a hacer o llevar algo hacia un término o fin señalado; guiar a través de indicaciones; encamina la intención de la organización y las operaciones, da reglas para el manejo metodológico y responsable de la organización criminal.
- vi. El **supervisor** se encuentra en el nivel medio de la jerarquía administrativa, es quien dirige las actividades de otros. El supervisor es un elemento clave dentro de cualquier organización; su labor imprescindible es la de dirigir y evaluar el trabajo de todos los adheridos a la organización criminal.

- b) El **financista** es quien suministra el dinero, activos o efectos para la organización criminal, con la finalidad que desarrolle sus actividades y fomentar su funcionamiento. La financiación puede también consistir en los aportes de recursos para la adquisición de bienes, productos o servicios. Es habitual que la financiación se canalice mediante créditos o préstamos para la organización criminal.

El financiamiento a la organización criminal puede presentarse de diversos modos y mediante activos líquidos o no, siempre que sus contribuciones permitan la actuación, desarrollo o funcionamiento de la organización. En cuanto al financista, no necesariamente este está integrado totalmente a la organización criminal; es decir, no es un miembro activo de aquella sino incluso se puede ubicar fuera de la organización, pero su contribución es económica o patrimonial, lo que es decisivo para el funcionamiento de la organización criminal.

- c) El **funcionario público o servidor público**. El concepto de funcionario público o servidor público ha sido objeto de muchos debates, se manejan muchas concepciones, ya sean civiles, administrativas y hasta constitucionales. Son reguladas por distintos cuerpos legales administrativos^[549] y penales, tanto nacionales como internacionales.

Al respecto, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, utiliza el término “funcionarios”, refiriéndose

[549] El Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM promulgado el 15 de enero de 1990 y publicado el 18 de enero de 1990 conceptualizó quien es funcionario y quien es servidor público: Artículo 3.- Para los efectos de la ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares.

Artículo 4.- Considérase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley.

a todos aquellos que participan del procedimiento administrativo, sin introducir distinción alguna.

La Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República en su Novena Disposición Final, señala que constituyen definiciones básicas para efectos de esta Ley, las siguientes:

“Servidor o Funcionario Público. Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades”.

El artículo 425 del Código Penal modificado por Ley N° 30124 de fecha 12 de diciembre de 2013 y publicado en el diario El Peruano el 13 de diciembre del mismo año señala que son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”

El artículo I de la Convención Interamericana contra la corrupción (Caracas-Venezuela^[550]) establece como definición para “funcionarios público”, “servidor público”, “oficial gubernamental”: cualquier funcionario o empleado del Estado, sean estos seleccionados, designados o electos, que desempeñan actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción^[551] define al funcionario público en el artículo 2 literal a), mientras que en el literal b) funcionario público extranjero y en el literal c) define quien es funcionario de una organización internacional pública. Así:

“Por ‘funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno

^[550] La Convención Interamericana contra la corrupción fue aprobado en el Perú el 24 de marzo de 1996 mediante Resolución Legislativa N° 26757 y ratificado por Decreto Supremo N° 012-97-RE, del 21 de marzo de 1997.

^[551] Suscrita en la ciudad de Nueva York, el 31 de octubre del 2003 y aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 28357 del 06 de octubre del 2004.

del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

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;

Por 'funcionario de una organización internacional pública público' se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre".

Se observa que la concepción de funcionario público tiene una terminología en diferentes ramas del derecho. En algunos casos se suele distinguir entre funcionarios y servidores públicos, funcionarios y empleados públicos^[552], funcionarios o autoridades públicas, amparándose ello en el poder de decisión de los primeros^[553]. Pero hoy en día, en razón de las actuaciones en los casos en concreto habría que preguntarse si un servidor público no tiene poder de decisión, creemos que sí.

El poder de decisión entendido como dar órdenes a un subalterno únicamente puede ser entendido en el ámbito administrativo, no en el ámbito penal. Por tanto, si observamos el funcionamiento de la administración pública podemos darnos cuenta rápidamente que no existe un funcionario que no reciba órdenes de un superior, entonces, una concepción de funcionario público no puede apoyarse en construcciones administrativas.

En el campo penal, dejando de lado el campo administrativo, la concepción de funcionario público puede ser analizado des-

[552] Por ejemplo, en la doctrina y jurisprudencia argentina; Con más detalles, DONNA, Edgardo. El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal, en *Sistemas Penales Iberoamericanos*, Libro Homenaje al Profesor Enrique Bacigalupo, Ara Editores, Lima, 2003, pág. 1082 y ss.

[553] Así, BIELSA, Rafael. La función pública, en CABRERA VÁSQUEZ, Marco y QUINTANA VIVANCO, Rosa. *Introducción al estudio de la función pública*, SAGSA, Lima, 1985, pág. 158.

de dos posiciones: por un lado aquellos que parten del artículo 425 del Código Penal, relacionado con el artículo 40 de la Constitución^[554], que también maneja un concepto amplio de funcionario público, por otro, la interpretación del concepto de funcionario desde el propio tipo penal^[555]. Para la doctrina nacional estas dos concepciones son válidas, aquí adoptaremos la concepción de funcionario público orientada desde el tipo penal, en razón que además de ser más específica orienta sus bases desde la finalidad teleológica que solo se desprende si analizamos el correspondiente tipo penal.

Entendido así, se parte de la no distinción entre “funcionario y servidor público”, que ya se desprende tanto de la doctrina como también del propio artículo 425 del Código Penal. Distinto es que en el ámbito nacional pueda resultar relevante una diferencia entre el concepto de funcionario y autoridad pública.^[556]

Una interpretación orientada desde el tipo penal lleva también a equiparar estos conceptos, es decir, si un tipo penal, como por ejemplo, el delito de Abuso de autoridad. Entonces, una interpretación desde el tipo penal no exige una descripción exacta de funcionario o servidor público, sino basta con cualquiera de ellos, por el hecho que reciben un tratamiento penal semejante.

El concepto de funcionario público no coincide con la concepción civil o administrativa, adoptar tal planteamiento implicaría dejar sin efecto los avances tanto doctrinarios como jurisprudenciales que ha traído la interpretación amplia, lo cual también podría ser aprovechado para otorgar impunidad.

[554] ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, Editorial Grijley, Lima, 2007, págs. 51, 53.

[555] Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, Palestra Editores, Lima, 2003, pág. 36 y ss.

[556] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, Palestra Editores, Lima, 2003, pág. 42.

Ahora bien, esta agravante especial reposa en reprimir en mayor dimensión la infracción del deber institucional que tienen los funcionarios o servidores públicos. El reproche social contra estos tipos de sujetos activos de delito es más acentuado en la medida que ellos no solo disponen del poder público sino también por trasgredir las reglas éticas que orienta sus conductas funcionariales o de servicio social.

La doctrina penal y la jurisprudencia penal nacional, al respecto ha establecido que la agravante por la calidad de funcionario o servidor público, del sujeto activo no exige solo un elemento formal para su presencia, esto es, que se trate de un funcionario o servidor público sino también que este abuse de su cargo o realice un ejercicio del poder público para la cual ha sido designado.^[557]

- d) Agente usa o posee armas de fuegos. Si el agente hace uso o posee armas de guerra para cometer los delitos. La agravante se aplica a quien posee o hace uso de armas de guerra y no cualquier tipo de arma de fuego. Por arma de fuego se entiende

^[557] “Ahora bien para relacionar las figuras delictivas con los funcionarios públicos es posible discriminar subconjuntos de delitos, según que se refieran a sujetos activos –u otros sujetos– que deban ser necesariamente funcionarios públicos, o que la condición de sujeto activo o pasivo sea meramente eventual, ya que en principio cualquier delito puede ser cometido por funcionario público y cualquier funcionario público puede llegar a padecer al menos de cierta clase de delitos. Existen figuras delictivas en las que el funcionario público es un protagonista indispensable, como autor, o en alguna otra condición (...). Dentro del conjunto de figuras delictivas en las que un funcionario es sujeto activo pueden aun hacerse distinciones, ya que algunas mencionan como sujetos activos a funcionarios públicos en general, en tanto otras, por el contrario, requieren alguna clase de funcionarios públicos como sujeto activo. La condición de funcionario público asume una doble condición dentro de las figuras delictivas en las que el protagonista esencial en ciertas figuras básicas y en otras, es tomada para construir figuras agravadas por esa circunstancia”. DOMENECH, Ernesto E. “Responsabilidad penal y función pública”. En Responsabilidad de los funcionarios públicos. ECHEVESTI, Carlos A. Director. Autores DOMENECH, Ernesto E, HUTCHINSON, Tomás A, CRUCHAGA, Melchor R, PIOMBO, Horacio D. Hammurabi. José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2003, pág. 145.

aquel dispositivo destinado a propulsar uno o múltiples proyectiles mediante la presión generada por la combustión de un propelente. Su función original y más común es provocar la muerte o la incapacitación casi instantánea de un individuo desde cierta distancia, variable según el tipo y las circunstancias. Algunas armas de fuego están específicamente diseñadas para ser no letales y causar una incapacitación transitoria o tener efectos disuasorios, sirviendo como armas antidisturbios; otras se destinan a usos diversos no vinculados a la caza, el combate o la ejecución.

El término arma de guerra que utiliza la ley penal es de carácter técnico, por lo que su identificación debe realizarse caso por caso. Sin embargo, a modo de referencia se podría considerar como arma de guerra lo siguiente: 1) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20 mm; y subconjunto y piezas fundamentales y las municiones para este tipo de armas y 2) Bombas de aviación, misiles, cohetes, torpedos, minas, granadas, así como sus subconjuntos y piezas fundamentales.

Asimismo, la ley no reduce el ámbito de aplicación de la agravante solo a armas de guerra, sino también a cualquier material explosivo o cualquier otro medio análogo que tenga la capacidad de producir daño material o personal.

- e) El que abusa de su poder. En estos casos el sujeto activo, por el poder o dominio que posee, abusa de personas que están sometidas bien por el cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas.

Esta agravante está diseñada en un sentido de posición vertical entre el agente penal y la persona que está sometida a su autoridad (familiar, laboral, educativa o de extrema confianza). En efecto, el abuso de poder consiste en tratar a una persona de manera impropia y autoritaria, por el mando o la influencia de quien ejerce una superioridad (fáctica o jurídica).

Asimismo, podemos señalar que el abuso de poder tiene lugar cuando un jerarca, dirigente o superior se aprovecha de su cargo o estatus y de sus atribuciones frente a alguien que está

ubicado en una situación de dependencia o subordinación. Una forma de abuso de poder, se presenta cuando la persona que accede a un cargo o a una función se aprovecha del poder que se le otorga para utilizar a quien está bajo su mando para perseguir o hallar beneficios no para él sino para la organización criminal.

- f) El que abusa de inimputables. En este supuesto se utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito. En este aspecto existe una dificultad para determinar el ámbito de aplicación correcto de esta agravante, pues debe entenderse como el empleo de menores o inimputables para la comisión del delito-fin o a la utilización o empleo de estas personas para que conformen o integren la misma organización criminal. Creemos, que en ambas situaciones se debe aplicar esta agravante.

El ordenamiento jurídico penal ha señalado a quienes debe comprenderse como menores de edad e inimputables. Por el primer supuesto, se entiende a toda persona menor de 18 años de edad (artículo 20°. inc. 2 del CP); mientras por el segundo supuesto, son inimputables aquellas personas que padezcan anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o que sufran alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión (artículo 20°. inc. 1 del CP).

Del mismo modo, el supuesto de atentado contra inimputables se aplica esta agravante específica cuando las acciones operativas de la organización criminal están orientadas a atentar contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables.

817. La norma penal es cerrada en cuanto al tipo de afectación que debe padecer el sujeto pasivo, esto es, solo la integridad física o psicológica. La integridad física implica la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas; por su parte, la integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales.

XXVII

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

818. La persona jurídica es uno de los instrumentos que se vale el crimen organizado, tanto para generar ingresos ilícitos como para ocultar (o tratar de ocultar) a los verdaderos autores del delito. Por eso que el legislador tiene como una preocupación actual su regulación.
819. Podemos sostener que todavía en nuestro ámbito jurídico se encuentra vigente el principio *societas delinquere non potest*^[558], por el cual las personas jurídicas no pueden ser penalmente imputadas. Sin embargo, existe una alternativa de represión frente a aquellas conductas delictivas que se realizan mediante la utilización de una persona jurídica, que vienen a ser las *consecuencias accesorias*, previstas en el artículo 105 del Código Penal y el *actuar en lugar de otro*, previsto en el artículo 27 del Código Penal. Ambos fueron adoptados por primera vez por el Código Penal de 1991. Siendo objeto de numerosas modificaciones legislativas^[559]: el Decreto

[558] Véase por todos, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal. Parte general, Editorial Grijley, Lima, 2006, pág. 29; VILLA STEIN, Javier. Derecho penal. Parte general, Ara, Lima, 2014, págs. 269-271.

[559] La regulación original: Artículo 105.- Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.

Legislativo N° 982^[560], del 22 de julio de 2007, y por la Ley N° 30077, del 20 de agosto de 2013, que introduce el artículo 105 -A-^[561].

4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitiva. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

^[560] Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.”

^[561] “Artículo 105-A. - Criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas:

Las medidas contempladas en el artículo anterior son aplicadas de forma motivada por el juez, en atención a los siguientes criterios de fundamentación y determinación, según corresponda:

1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
3. La gravedad del hecho punible realizado.
4. La extensión del daño o peligro causado.
5. El beneficio económico obtenido con el delito.

820. Se dice que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no podría ser de aplicación porque no contempla los requisitos indispensables para ser objeto de responsabilidad penal, no tiene capacidad de acción y culpabilidad^[562]. Es decir, la actuación de la persona jurídica no es propia, sino que es la acción de la persona física que actúa en su representación. Además al no poder exigirle reproche alguno por no haber actuado libremente (libre albedrío) no tendría culpabilidad.
821. En efecto, en atención al principio de no responsabilidad penal de las personas jurídicas, es que no se les aplica pena sino consecuencias accesorias a los entes colectivos^[563]. Si bien para efectos prácticos, hay quienes consideran que en la praxis es lo mismo que se aplique pena y consecuencias accesorias a la persona jurídica, pues al fin y al cabo son en realidad la misma cosa.
822. Existen 2 teorías a favor de dirigir la responsabilidad penal hacia las personas jurídicas.
- a) **Modelo vicarial o de transferencia:** Esta se caracteriza porque parte del reconocimiento de la actuación de la persona física como presupuesto (hecho de conexión) para poder responsabilizar a la per-

6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.

7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

La disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

^[562] GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, en *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Comares, Granada, 1997, pp. 105; RODRÍGUEZ DEVESA, José/SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*, Dykinson, 17ª edición, Madrid, 1994, pág. 389.

^[563] Las consecuencias accesorias son sanciones penales y no es una pena. Las consecuencias accesorias constituyen auténticas medidas de seguridad ya que la sanción a una persona jurídica exige su propia peligrosidad y no culpabilidad.

sona jurídica^[564]. La persona jurídica será responsable penalmente porque una persona física actuó en su nombre o representación.

La ventaja de este modelo es que reconoce los inconvenientes dogmáticos (acción y culpabilidad) para fundamentar este tipo de responsabilidad penal, por ello termina transfiriendo la actuación de la persona física.

- b) **Modelo de responsabilidad directa o autorresponsabilidad:** Este modelo busca una responsabilidad penal independiente, sin rasgos que lo vinculen a la persona física, es decir, un derecho penal orientado especialmente hacia la persona jurídica^[565]. Es así que busca crear nuevos conceptos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica.^[566]

Respecto a nuestro país, parece haber un intento de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, no solo desde la doctrina^[567], sino también en aquel camino parece ir la actitud del legislador. Así se tiene el Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR “Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal” y el Último Dictamen del Proyecto de Ley del nuevo Código Penal, de enero de 2105. En ambos se observa el intento de introducir el modelo vicarial o de transferencia.

[564] Véase, BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bosch, Barcelona, 1998, p. 354.

[565] Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 202.

[566] Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial, en Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ara, Lima, 2012, págs. 170 y sgtes.

[567] GARCÍA CAVERO, Percy. La persona jurídica como sujeto penalmente responsable. En: La persona jurídica en el derecho penal, Editorial Grijley, 2008, págs. 67-69.

ANEXOS

LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

LEY N° 30077

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

TÍTULO I OBJETO, DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales.

Artículo 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal

1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a 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 presente Ley.

2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

Artículo 3. Delitos comprendidos

La presente Ley es aplicable a los siguientes delitos:

1. Homicidio calificado-asesinato, de conformidad con el artículo 108 del Código Penal.
2. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
6. Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
7. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
8. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
9. Delitos informáticos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 207-B y 207-C del Código Penal.
10. Delito contra la propiedad industrial, tipificado en el artículo 222 del Código Penal.
11. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
12. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
13. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del Código Penal.
14. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
15. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.

16. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
17. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
18. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.
19. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.
20. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.
21. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

Los alcances de la presente Ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo.

Artículo 4. Ámbito de aplicación

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

TÍTULO II INVESTIGACIÓN, CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES Y EJECUCIÓN PENAL

CAPÍTULO I INVESTIGACIÓN Y PROCESO PENAL

Artículo 5. Diligencias preliminares

1. Conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 334 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, el plazo de las diligencias preliminares para todos los delitos vinculados a organizaciones criminales es de sesenta días, pudiendo el fiscal fijar un plazo distinto

en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

2. Para determinar la razonabilidad del plazo, el Juez considera, entre otros factores, la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o indiciarios recabados, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a esta.

Artículo 6. Carácter complejo de la investigación preparatoria

Todo proceso seguido contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se considera complejo de conformidad con el inciso 3 del artículo 342 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

**CAPÍTULO II
TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN**

Artículo 7. Disposiciones generales

1. Se pueden adoptar técnicas especiales de investigación siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación. Su aplicación se decide caso por caso y se dictan cuando la naturaleza de la medida lo exija, siempre que existan suficientes elementos de convicción acerca de la comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal.
2. Las técnicas especiales de investigación deben respetar, escrupulosamente y en todos los casos, los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.
3. La resolución judicial que autoriza la ejecución de las técnicas especiales de investigación previstas en este capítulo, así como el requerimiento mediante el que se solicita su ejecución, según sea el caso, deben estar debida y suficientemente motivados, bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de los demás requisitos exigidos por la ley. Asimismo, deben señalar la forma de ejecución de la diligencia, así como su alcance y duración.
4. El Juez, una vez recibida la solicitud, debe resolver, sin trámite alguno, en el término de veinticuatro horas.

**Artículo 8. Interceptación postal e intervención de las comunicaciones.
Disposiciones comunes**

1. En el ámbito de la presente Ley, se respetan los plazos de duración de las técnicas especiales de interceptación postal e intervención de las comunicaciones previstas en el inciso 2 del artículo 226 y en el inciso 6 del

artículo 230 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, respectivamente.

2. El trámite y realización de estas medidas tienen carácter reservado e inmediato.

Artículo 9. Interceptación postal

1. Solo se intercepta, retiene e incauta la correspondencia vinculada al delito objeto de investigación vinculado a la organización criminal, procurando, en la medida de lo posible, no afectar la correspondencia de terceros no involucrados.
2. Toda correspondencia retenida o abierta que no tenga relación con los hechos investigados es devuelta a su destinatario, siempre y cuando no revelen la presunta comisión de otros hechos punibles, en cuyo caso el fiscal dispone su incautación y procede conforme al inciso 11 del artículo 2 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional.

Artículo 10. Intervención de las comunicaciones

1. En el ámbito de la presente Ley, la grabación mediante la cual se registre la intervención de las comunicaciones es custodiada debidamente por el fiscal, quien debe disponer la transcripción de las partes pertinentes y útiles para la investigación.
2. Las comunicaciones que son irrelevantes para la investigación son entregadas a las personas afectadas con la medida, ordenándose, bajo responsabilidad, la destrucción de cualquier transcripción o copia de las mismas, salvo que dichas grabaciones pongan de manifiesto la presunta comisión de otro hecho punible, en cuyo caso se procede de conformidad con el inciso 11 del artículo 2 de la Ley 27697.

Artículo 11. Audiencia judicial de reexamen

Ejecutadas las técnicas especiales de investigación previstas en los artículos 9 y 10, el afectado puede instar la realización de la audiencia judicial de reexamen prevista en el artículo 228 y en los incisos 3 y 4 del artículo 231 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

Artículo 12. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

1. El fiscal se encuentra facultado a disponer la circulación o entrega vigilada de cualquier bien relacionado a la presunta comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal, conforme a lo dispuesto en el artículo 340 del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 957.
2. Las personas naturales que colaboren, con autorización o por encargo de la autoridad competente, en la ejecución de esta diligencia se en-

cuentran exentas de responsabilidad penal, siempre que su actuación se haya ceñido estrictamente al ámbito, finalidad, límites y características del acto de investigación dispuesto por el fiscal para el caso concreto.

Del mismo modo, no puede imponerse consecuencia accesoria ni medida preventiva alguna a las personas jurídicas que obrasen dentro de estos márgenes permitidos.

Artículo 13. Agente encubierto

Los agentes encubiertos, una vez emitida la disposición fiscal que autoriza su participación, quedan facultados para participar en el tráfico jurídico y social, adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo, permitir su incautación e intervenir en toda actividad útil y necesaria para la investigación del delito que motivó la diligencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

Artículo 14. Acciones de seguimiento y vigilancia

El fiscal, de oficio o a instancia de la autoridad policial, y sin conocimiento del investigado, puede disponer que este o terceras personas con las que guarda conexión sean sometidos a seguimiento y vigilancia por parte de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

Artículo 15. Deber de colaboración y de confidencialidad de las instituciones y entidades públicas y privadas

1. Todas las instituciones y organismos del Estado, funcionarios y servidores públicos, así como las personas naturales o jurídicas del sector privado están obligadas a prestar su colaboración cuando les sea requerida para el esclarecimiento de los delitos regulados por la presente Ley, a fin de lograr la eficaz y oportuna realización de las técnicas de investigación previstas en este capítulo.
2. La información obtenida como consecuencia de las técnicas previstas en el presente capítulo debe ser utilizada exclusivamente en la investigación correspondiente, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad respecto de terceros durante y después del proceso penal, salvo en los casos de presunción de otros hechos punibles y de solicitudes fundadas de autoridades extranjeras del sistema de justicia penal.
3. Los referidos deberes se extienden a las personas naturales que intervengan en una investigación en el marco de la presente Ley.
4. El incumplimiento de estas obligaciones acarrea responsabilidad penal, civil o administrativa, según corresponda.

CAPÍTULO III
MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

Artículo 16. Levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil

1. El juez, a solicitud del fiscal, puede ordenar, de forma reservada y de forma inmediata, el levantamiento del secreto bancario o de la reserva tributaria, conforme a lo establecido por el Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957. La información obtenida solo puede ser utilizada en relación con la investigación de los hechos que la motivaron.
2. El juez, previa solicitud del fiscal, puede ordenar que se remita información sobre cualquier tipo de movimiento u operación bursátil, relacionados a acciones, bonos, fondos, cuotas de participación u otros valores, incluyendo la información relacionada a un emisor o sus negocios según lo establecido en los artículos 40 y 45 del Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores, en la medida en que pudiera resultar útil para la investigación. Asimismo, la autoridad fiscal o judicial puede solicitar cualquier información sobre los compradores o vendedores de los valores negociados en el sistema bursátil, de conformidad con lo establecido en el inciso a) del artículo 47 del Decreto Legislativo 861.

CAPÍTULO IV
INCAUTACIÓN Y DECOMISO

Artículo 17. Procedencia

En todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal, según lo previsto por la presente Ley, la Policía Nacional del Perú no necesita autorización del fiscal ni orden judicial para la incautación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal, cuando se trate de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, debiendo darse cuenta inmediata de su ejecución al fiscal.

Artículo 18. Proceso de pérdida de dominio

Son de aplicación las reglas y el procedimiento del proceso de pérdida de dominio para los bienes señalados en el anterior artículo, siempre que se presente uno o más de los supuestos previstos en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1104, que modifica la legislación sobre pérdida de dominio.

Artículo 19. Administración y custodia de los bienes de carácter delictivo

1. El fiscal o la Policía Nacional del Perú ejercen sus funciones de conformidad con las normas y los reglamentos que garantizan la seguridad,

conservación, seguimiento y control de la cadena de custodia de los bienes señalados en el artículo 17 de la presente Ley.

2. Para los efectos de recepción, registro, calificación, conservación, administración y disposición de los bienes a que hace referencia el artículo 17 de la presente Ley, asume competencia la Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI), de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1104, siempre que dichos bienes provengan de los delitos en agravio del patrimonio del Estado.

CAPÍTULO V VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Artículo 20. Prueba trasladada

1. En los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba.
2. En los casos en que no se presenten tales circunstancias, puede utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial, dejando a salvo el derecho a la oposición de la prueba trasladada, la cual se resuelve en la sentencia.
3. La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, o que demuestre una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos, así como los resultados o consecuencias lesivas derivados de los mismos, constituye prueba respecto de tales elementos o circunstancias en cualquier otro proceso penal.
4. Para estos efectos, debe tenerse en consideración los siguientes criterios:
 - a) El valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.
 - b) La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución Política del Perú.

- c) La persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos.

CAPÍTULO VI CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES Y EJECUCIÓN PENAL

Artículo 21. Inhabilitación

En el supuesto previsto en el literal c) del inciso 1 del artículo 22 de la presente Ley, se impone inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Artículo 22. Agravantes especiales

1. El Juez aumenta la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años, en los siguientes supuestos:
 - a) Si el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.
 - b) Si el agente financia la organización criminal.
 - c) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito.
 - d) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito.
 - e) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables.
 - f) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas.
 - g) Si el agente hace uso de armas de guerra para cometer los delitos a que se refiere la presente Ley.

- h) Si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.
- 2. Estas circunstancias agravantes no son aplicables cuando se encuentren ya previstas como tales por la ley penal.

Artículo 23. Consecuencias accesorias

- 1. Si cualquiera de los delitos previstos en la presente Ley han sido cometidos en ejercicio de la actividad de una persona jurídica o valiéndose de su estructura organizativa para favorecerlo, facilitarlo o encubrirlo, el Juez debe imponer, atendiendo a la gravedad y naturaleza de los hechos, la relevancia de la intervención de la persona jurídica en el delito y las características particulares de la organización criminal, cualquiera de las siguientes consecuencias accesorias de forma alternativa o conjunta:
 - a) Multa por un monto no menor del doble ni mayor del triple del valor de la transacción real que se procura obtener como beneficio económico por la comisión del delito respectivo.
 - b) Clausura definitiva de locales o establecimientos.
 - c) Suspensión de actividades por un plazo no mayor a cinco años.
 - d) Prohibición de llevar a cabo actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
 - e) Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
 - f) Disolución de la persona jurídica.
- 2. Simultáneamente a la medida impuesta, el Juez ordena a la autoridad competente que disponga, de ser el caso, la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores, hasta por un período de dos años.
- 3. Para la aplicación de las medidas previstas en el inciso 1 del presente artículo, el Juez tiene en consideración los criterios establecidos en el artículo 105-A del Código Penal.

Artículo 24. Prohibición de beneficios penitenciarios

No pueden acceder a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional:

- 1. Las personas a que hacen referencia los literales a), b) y e) del inciso 1 del artículo 22 de la presente Ley.

2. Los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea cualquiera de los previstos en los artículos 108, 152, 153, 189 y 200 del Código Penal.

Artículo 25. Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRICO)

El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) se encarga del diseño, implementación y administración del Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada (SISCRICO), que contenga una base de datos y elementos para almacenar información sobre la situación penal, procesal y penitenciaria de todos los procesados y condenados por la comisión de uno o más delitos en condición de integrantes de una organización criminal, vinculadas a ella o por haber actuado por encargo de la misma, así como el registro de las visitas que reciben los internos antes aludidos, con la finalidad de hacer un seguimiento administrativo a efecto de garantizar el imperio de la ley, la seguridad penitenciaria, el orden y su rápida localización en los establecimientos penitenciarios.

TÍTULO III

COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y ASISTENCIA JUDICIAL

Artículo 26. Obligación del Estado de colaborar

1. El Estado peruano, a través de las agencias del sistema penal, presta cooperación internacional o asistencia judicial recíproca, incluyendo a la Corte Penal Internacional, en las investigaciones, los procesos, así como las actuaciones fiscales y judiciales relacionados con los delitos a que se refiere la presente Ley.
2. Las autoridades competentes pueden solicitar cooperación o asistencia a otros Estados y organismos internacionales, de conformidad con los tratados multilaterales o bilaterales ratificados por el Estado en materia de cooperación o asistencia jurídico-penal.
3. En caso de que exista un tratado de cooperación internacional o asistencia judicial aplicable a los delitos contemplados en el artículo 3 de la presente Ley, sus normas rigen el trámite de cooperación internacional, aplicándose en forma complementaria lo dispuesto por la presente Ley.
4. La solicitud de cooperación o asistencia judicial solo procede cuando la pena privativa de libertad para el delito investigado o juzgado no sea menor de un año y siempre que no se trate de delito sujeto exclusivamente a la legislación militar.
5. En las circunstancias no previstas en la presente Ley, se aplican las disposiciones establecidas sobre Cooperación Judicial Internacional reguladas en el Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

Artículo 27. Cooperación judicial y principio de doble incriminación

Para que las autoridades nacionales den lugar a la cooperación o asistencia judicial, no es necesario que el hecho por el que se solicita la asistencia sea considerado como delito por la legislación nacional, salvo en las situaciones previstas en el literal h) del inciso 1 del artículo 511 del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 957.

Artículo 28. Actos de cooperación o asistencia internacional

1. Las autoridades judiciales, el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú pueden prestar y solicitar asistencia a otros Estados en actuaciones operativas, actos de investigación y procesos judiciales, de conformidad con la legislación nacional y los tratados internacionales ratificados por el Perú, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2. En especial, los actos de cooperación y asistencia son los siguientes:

- a) Recibir entrevistas o declaraciones de personas a fin de esclarecer los hechos materia de investigación o juzgamiento.

Las autoridades nacionales pueden permitir la presencia de las autoridades extranjeras requirentes en las entrevistas o declaraciones.

- b) Emitir copia certificada de documentos.
- c) Efectuar inspecciones, incautaciones y embargos preventivos.
- d) Examinar e inspeccionar objetos y lugares.
- e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos.
- f) Entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, documentación pública, bancaria y financiera, así como también la documentación social o comercial de personas jurídicas.
- g) Identificar o localizar los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito u otros elementos con fines probatorios.
- h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado requirente.
- i) Detener provisionalmente y entregar a las personas investigadas, acusadas o condenadas.
- j) Remitir todos los atestados en casos de entrega vigilada.
- k) Cualquier otra forma de cooperación o asistencia judicial autorizada por el derecho interno.

3. Sin perjuicio de los actos de cooperación y asistencia señalados, se puede autorizar la práctica de operaciones conjuntas entre autoridades peruanas y autoridades extranjeras para el análisis y búsqueda de pruebas, ubicación y captura de las personas investigadas y cualquier otra diligencia necesaria para los fines de la investigación o proceso penal, según sea el caso.

Artículo 29. Trámite de cooperación o asistencia

1. Las solicitudes de cooperación o asistencia son dirigidas a la Fiscalía de la Nación del Ministerio Público, en su calidad de autoridad central en materia de cooperación judicial internacional.
2. El Ministerio de Relaciones Exteriores brinda el apoyo necesario a la Fiscalía de la Nación en sus relaciones con los demás países y órganos internacionales, así como interviene en la tramitación de las solicitudes de cooperación que formulen las autoridades nacionales.
3. El Estado requerido cubre los gastos de la ejecución de solicitudes de asistencia o cooperación internacional, salvo pacto en contrario.

Artículo 30. Formalidades para la obtención de la Prueba

Las pruebas provenientes del extranjero, en cuanto a la formalidad de su obtención, se regulan por la ley del lugar de donde provienen y, en cuanto a su valoración, se rigen conforme a las normas procesales vigentes en la República del Perú, así como por lo dispuesto en los instrumentos internacionales aplicables en territorio peruano.

**DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS FINALES**

PRIMERA. Vigencia

La presente Ley entra en vigencia a los ciento veinte días de su publicación en el diario oficial El Peruano.

SEGUNDA. Reglamentación del SISCRICO

El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el plazo de ciento veinte días, debe aprobar un reglamento que describa el diseño informático y establezca normas y procedimientos para la administración y cuidado de la información, los grupos de internos de especial seguimiento y la gestión de la base de datos a que hace referencia el artículo 25 de la presente Ley.

TERCERA. Competencia de la Sala Penal Nacional

La investigación y procesamiento de los delitos comprendidos en el artículo 3 de la presente Ley vinculados a organizaciones criminales son de competencia de la Sala Penal Nacional del Poder Judicial.

**DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS**

PRIMERA. Vigencia del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957 para casos de criminalidad organizada

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, conjuntamente con la presente Ley, entra en vigencia el Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957 para todos los delitos previstos en el artículo 3 cometidos por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

SEGUNDA. Aplicación a investigaciones y procesos en trámite

Para las investigaciones y procesos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley seguidos contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se respetan las siguientes reglas:

1. En los casos en que se encuentren a cargo del Ministerio Público, en etapa de investigación preliminar y pendientes de calificación, es de aplicación inmediata la presente Ley bajo la vigencia del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.
2. En los casos seguidos bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales, en que el fiscal haya formalizado denuncia penal pero el juez aún no la haya calificado, se procede a la devolución de los actuados al Ministerio Público a fin de que se adecúen a las reglas del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.
3. Los procesos penales ya instaurados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, ya sea bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales o del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, siguen su trámite regular, bajo esas mismas reglas según corresponda, hasta su conclusión.

TERCERA. Adelanto de vigencia

Dispónese la entrada en vigencia a nivel nacional del Título V de la Sección II del Libro Segundo y la Sección VI del Libro Quinto del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

No se aplica la reducción de la pena establecida en el artículo 471 del Código Procesal Penal a quienes cometan los delitos comprendidos en el artículo 3 de la presente Ley como integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

CUARTA. Financiamiento

La aplicación de la presente Ley se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, y en el marco de las leyes anuales de presupuesto.

**DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS**

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

Modifícanse los artículos 80 in fine, 152 inciso 8, 179 inciso 7, 181 inciso 4, 186 in fine, 189, 225, 257-A, 272, 297, 310-C, 317 y 318-A del Código Penal, en los siguientes términos:

**“Artículo 80. – Plazos de prescripción de la acción penal
(...)”**

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.

**Artículo 152. – Secuestro
(...)”**

La pena será no menor de treinta años cuando:

(...)”

8. Se comete para obligar al agraviado a incorporarse a una organización criminal.

(...)”

**Artículo 179. – Favorecimiento a la prostitución
(...)”**

La pena será no menor de cinco ni mayor de doce años, cuando:

(...)”

7. El agente actúa como integrante de una organización criminal.

**Artículo 181. – Proxenetismo
(...)”**

La pena será no menor de seis ni mayor de doce años, cuando:

(...)”

4. El agente actúa como integrante de una organización criminal.

(...)”

**Artículo 186. – Hurto agravado
(...)”**

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos.

Artículo 189. – Robo agravado

(...)

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Artículo 225. – Condición y grado de participación del agente

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 4:

- a) Si el agente que comete el delito integra una organización criminal destinada a perpetrar los ilícitos previstos en el presente capítulo.

(...)

Artículo 257-A. – Formas agravadas

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de catorce años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa el que comete los delitos establecidos en los artículos 252, 253, 254, 255 y 257, si concurriera cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

- 1. Si el agente actúa como integrante de una organización criminal.

(...)

Artículo 272. – Comercio clandestino

(...)

En los supuestos previstos en los incisos 3), 4) y 5) constituyen circunstancias agravantes sancionadas con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando cualquiera de las conductas descritas se realice:

(...)

- c) Por una organización criminal;

(...)

Artículo 297. – Formas agravadas

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando:

(...)

- 6. El hecho es cometido por tres o más personas o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración.

(...)

Artículo 310-C. – Formas agravadas

(...)

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años, cuando:

1. El agente actúa como integrante de una organización criminal.

(...)

Artículo 317. – Asociación ilícita

El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multas e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 y 4 del artículo 105, debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan, en los siguientes casos:

- a) Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 106, 108, 116, 152, 153, 162, 183-A, 186, 188, 189, 195, 200, 202, 204, 207-B, 207-C, 222, 252, 253, 254, 279, 279-A, 279-B, 279-C, 279-D, 294-A, 294-B, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B, 310-C, 317-A, 319, 320, 321, 324, 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401, 427 primer párrafo y en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros actos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado y en la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, y sus respectivas normas modificatorias.
- b) Cuando el integrante fuera el líder, jefe o dirigente de la organización.
- c) Cuando el agente es quien financia la organización.

Artículo 318-A. – Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que, por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres, concurriendo las circunstancias siguientes:

(...)

- b. Constituye o integra una organización criminal para alcanzar dichos fines.

(...)"

SEGUNDA. Incorporación del artículo 105-A al Código Penal

Incorpórase el artículo 105-A al Código Penal, en los siguientes términos:

"Artículo 105-A. – Criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas

Las medidas contempladas en el artículo anterior son aplicadas de forma motivada por el juez, en atención a los siguientes criterios de fundamentación y determinación, según corresponda:

1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
3. La gravedad del hecho punible realizado.
4. La extensión del daño o peligro causado.
5. El beneficio económico obtenido con el delito.
6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

La disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas."

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

Modifícanse los artículos 227, 230, 231, 249, 340, 341, 342 y 473 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, en los siguientes términos:

"Artículo 227. – Ejecución

(...)

2. La apertura, examen y análisis de la correspondencia y envíos se efectuará en el lugar donde el Fiscal lo considere más conveniente para los fines de la investigación, atendiendo a las circunstancias del caso. El Fiscal leerá la correspondencia o revisará el contenido del envío postal retenido. Si tienen relación con la investigación dispondrá su incautación, dando cuenta al Juez de la Investigación Preparatoria. Por el contrario, si no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos a su destinatario, directamente o por intermedio de la empresa de comunicaciones. La entrega podrá entepderse también con algún miembro de la familia del destinatario o con su mandatario o representante le-

gal. Cuando solamente una parte tenga relación con el caso, a criterio del fiscal, se dejará copia certificada de aquella parte y se ordenará la entrega a su destinatario o viceversa.

(...)

Artículo 230. – Intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles

(...)

3. El requerimiento del Fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la autorice, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida si se conociera, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la dependencia policial o Fiscalía que se encargará de la diligencia de intervención y grabación o registro.

El Juez comunicará al Fiscal que solicitó la medida el mandato judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones. La comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de cautelar la reserva del caso, será mediante oficio y en dicho documento se transcribirá la parte concerniente.

4. Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de ley en caso de incumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento.

Dichos concesionarios otorgarán el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú.

Asimismo, cuando por razones de innovación tecnológica los concesionarios renueven sus equipos y software, se encontrarán obligados a mantener la compatibilidad con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional.

(...)

6. La interceptación no puede durar más de sesenta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria.

Artículo 231. – Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación

1. La intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación que trata el artículo anterior será registrada mediante la grabación y aseguramiento de la fidelidad de la misma. Las grabaciones, indicios y/o evidencias recolectadas durante el desarrollo de la ejecución de la medida dispuesta por mandato judicial y el Acta de Recolección y Control serán entregados al Fiscal, quien dispone su conservación con todas las medidas de seguridad al alcance y cuida que las mismas no sean conocidas por personas ajenas al procedimiento.
2. Durante la ejecución del mandato judicial de los actos de recolección y control de las comunicaciones se dejará constancia en el Acta respectiva de dichos actos. Posteriormente, el Fiscal o el Juez podrán disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar la grabación completa de la comunicación. Las grabaciones serán conservadas hasta la culminación del proceso penal correspondiente, ocasión en la cual la autoridad judicial competente dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes.

Igual procedimiento adoptará el Fiscal en caso la investigación no se judicialice, previa autorización del Juez competente.

Respecto a las grabaciones en las que se aprecie la comisión de presuntos delitos ajenos a los que son materia de la investigación, el Fiscal comunicará estos hechos al Juez que autorizó la medida, con la celeridad e inmediatez que el caso amerita.

Las Actas de Recolección y Control de las Comunicaciones se incorporarán a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes.

(...)

Artículo 249. – Medidas adicionales

(...)

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.

Artículo 340. – Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

(...)

4. Los bienes delictivos objeto de esta técnica especial son: a) las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas; b) las materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquellas; c) los bienes, dinero, títulos valores, efectos y ganancias a que se refiere el Decreto Legislativo 1106; d) los bienes relativos a los delitos aduaneros; e) los bienes, materiales, objetos y especies a los que se refieren los artículos 228, 230, 308, 309, 252 a 255, 257, 279 y 279-A del Código Penal.

Artículo 341. – Agente encubierto

1. El Fiscal, cuando se trate de Diligencias Preliminares que afecten actividades propias de la criminalidad organizada, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una Disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Fiscal por el plazo de seis meses, prorrogables por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad.

(...)

Artículo 342. – Plazo

(...)

2. 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.
3. Corresponde al Fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso cuando:
 - a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación;
 - b) comprenda la investigación de numerosos delitos;
 - c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados;
 - d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos;
 - e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país;

- f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales;
- g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o
- h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

Artículo 473. – Ámbito del proceso y competencia

1. Los delitos que pueden ser objeto de acuerdo, sin perjuicio de los que establezca la ley, son los siguientes:

(...)

- b. Para todos los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia.

(...)”

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

Incorpóranse el inciso 5 al artículo 231, el literal h) al inciso 2 del artículo 248 y el artículo 341-A del Código Procesal Penal, en los siguientes términos:

“Artículo 231. – Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación

(...)

5. Si durante la ejecución del mandato judicial de intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomará conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el Fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al Juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el Juez en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

Artículo 248. – Medidas de protección

(...)

2. Las medidas de protección que pueden adoptarse son las siguientes:

(...)

- 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 sal-

vaguardarse 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 341-A. – Operaciones encubiertas

Cuando en las Diligencias Preliminares se trate de identificar personas naturales y jurídicas, así como bienes y actividades propias de la criminalidad organizada, en tanto existan indicios de su comisión, el Ministerio Público podrá autorizar a la Policía Nacional del Perú a fin de que realice operaciones encubiertas sin el conocimiento de los investigados, tales como la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos, pudiéndose crear, estrictamente para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes.

La autorización correspondiente será inscrita en un registro especial bajo los parámetros legales señalados para el agente encubierto. Por razones de seguridad, las actuaciones correspondientes no formarán parte del expediente del proceso respectivo sino que formarán un cuaderno secreto al que solo tendrán acceso los jueces y fiscales competentes. ”

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

Modifícanse el artículo 1 y el inciso 7 del artículo 2 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, en los siguientes términos:

“Artículo 1. – Marco y finalidad

La presente Ley tiene por finalidad desarrollar legislativamente la facultad constitucional otorgada a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las personas que son materia de investigación preliminar o jurisdiccional.

Solo podrá hacerse uso de la facultad prevista en la presente Ley en los siguientes delitos:

1. Secuestro.
2. Trata de personas.
3. Pornografía infantil.
4. Robo agravado.
5. Extorsión.
6. Tráfico ilícito de drogas.
7. Tráfico ilícito de migrantes.
8. Delitos contra la humanidad.

9. Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria.
10. Peculado.
11. Corrupción de funcionarios.
12. Terrorismo.
13. Delitos tributarios y aduaneros.
14. Lavado de activos.

Artículo 2. – Normas sobre recolección, control de comunicaciones y sanción
(...)

7. La solicitud que se presente estará debidamente sustentada y contendrá todos los datos necesarios.

Tendrá como anexo los elementos indiciarios que permitan al Juez emitir bajo su criterio la respectiva autorización.

El Juez, después de verificar los requisitos establecidos en el primer párrafo de este numeral, emitirá resolución autorizando la realización de la medida hasta por el plazo estrictamente necesario, que no será mayor que el período de la investigación en el caso de la interceptación postal, y de sesenta días excepcionalmente prorrogables por plazos sucesivos a solicitud del Fiscal y mandato judicial debidamente motivado, en el caso de la intervención de las comunicaciones.

(...)”

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

Modifícase el artículo 1 de la Ley 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, en los siguientes términos:

“Artículo 1. – Ámbito de aplicación

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

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

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

(...)

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

**DISPOSICIÓN
COMPLEMENTARIA DEROGATORIA**

ÚNICA. Derogación de normas

Deróganse los siguientes dispositivos:

1. La Ley 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada.
2. Los artículos 12, 13, 14, 15 y 17 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintiséis días del mes de julio de dos mil trece.

VÍCTOR ISLA ROJAS

Presidente del Congreso de la República

JUAN CARLOS EGUREN NEUENSCHWANDER

Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

**AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA
POR TANTO:**

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los diecinueve días del mes de agosto del año dos mil trece.

OLLANTA HUMALA TASSO

Presidente Constitucional de la República

JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR

Presidente del Consejo de Ministros

**APRUEBAN REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1104
DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA
LEGISLACIÓN SOBRE PÉRDIDA DE DOMINIO**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el Decreto Legislativo N° 1104 que modifica la legislación sobre pérdida de dominio, tiene por objeto regular la aplicación y los procesos de pérdida de dominio, así como establecer los mecanismos de distribución y administración de los bienes o fondos recaudados;

Que, la pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial, a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de ciertos delitos a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso;

Que, el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1104 señala que además de los supuestos de asignación o utilización temporal o definitiva, los bienes o derechos cuya titularidad se declaran a favor del Estado podrán ser subastados públicamente dentro de los noventa (90) días naturales siguientes. El Reglamento del presente Decreto Legislativo determinará la forma y procedimientos de la subasta pública;

Que, concordante con ello, la Novena Disposición Complementaria Transitoria dispone que el Reglamento del acotado Decreto Legislativo se emitirá en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles siguientes a su publicación y será re-frendado por el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros de Economía y Finanzas, Defensa, Interior y Justicia y Derechos Humanos;

Que, en consecuencia, es necesario aprobar el

Reglamento del Decreto Legislativo N° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre pérdida de dominio, y;

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 numeral 8) de la Constitución Política del Perú y la Ley N°29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

DECRETA:

Artículo 1°.- Aprobación del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1104

Apruébese el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre pérdida de dominio, el cual consta de cuatro (04) Títulos, siete (07) Capítulos, treinta y siete (37) Artículos, siete (07) Disposiciones Complementarias Finales, y una (01) Disposición Complementaria Transitoria, que como Anexo forman parte del presente Decreto Supremo.

Artículo 2°.- Financiamiento

Las acciones necesarias para la implementación y cumplimiento del Reglamento aprobado mediante el presente dispositivo, a cargo de las entidades competentes, se financian con cargo al presupuesto institucional autorizado para cada pliego en las leyes anuales de presupuesto, y en el marco de las disposiciones legales vigentes.

Artículo 3°.- Vigencia

El presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. El Reglamento aprobado en el artículo 1° de la presente norma, se publicará en el Portal Web de la Presidencia del Consejo de Ministros (www.pcm.gob.pe), el mismo día de su publicación en el diario oficial.

Artículo 4°.- Refrendo

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Defensa, el Ministro de Economía y Finanzas, la Ministra de Justicia y Derechos Humanos y el Ministro del Interior.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cinco días del mes de setiembre del año dos mil doce.

OLLANTA HUMALA TASSO

Presidente Constitucional de la República

**REGLAMENTO DEL
DECRETO LEGISLATIVO N° 1104

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA
LEGISLACIÓN SOBRE PÉRDIDA DE DOMINIO**

**TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

**CAPÍTULO I
GENERALIDADES**

Artículo 1°.- Objeto

La presente norma tiene por objeto reglamentar el Decreto Legislativo N° 1104, que modifica la legislación sobre pérdida de dominio.

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación

El presente Reglamento es de observancia obligatoria para todos los sujetos y entidades mencionados en el Decreto Legislativo N° 1104 y los intervinientes en el proceso de pérdida de dominio, incautación y decomiso de bienes, conforme a los alcances del referido Decreto Legislativo y las normas ordinarias o especiales sobre la materia; así como para aquellos involucrados en la administración y disposición de bienes incautados, decomisados y declarados en pérdida de dominio.

Artículo 3°.- Terminología

Para fines de la aplicación del Decreto Legislativo N° 1104 y del presente Reglamento, se entenderá también por "Efectos" a los bienes o activos que se obtienen como producto directo de la actividad delictiva, incluyendo las mercancías materia del delito de contrabando y defraudación tributaria.

Asimismo, se entenderá también por “Ganancias” a los efectos mediatos del delito; esto es, los bienes, derechos, títulos, objetos o cualquier provecho patrimonial o económico obtenidos como producto indirecto de la actividad delictiva, incluidos los que provienen de actos lícitos realizados sobre los efectos del delito.

De otro lado, se entenderá por “Incautación” a la medida cautelar que puede disponerse sobre los instrumentos, efectos, ganancias del delito y los demás bienes y activos establecidos por Ley, con la finalidad de garantizar la posterior declaración de pérdida de dominio en la sentencia correspondiente.

Finalmente, se entenderá por “Decomiso” a la privación o pérdida de los instrumentos, efectos, ganancias del delito y los demás bienes y activos establecidos por Ley, y la consecuente declaración de titularidad sobre los mismos a favor del Estado, decidida por el Juez en el proceso penal.

CAPÍTULO II

PÉRDIDA DE DOMINIO

Artículo 4°.- Del dominio de los bienes

Para efectos de la aplicación de la legislación sobre pérdida de dominio, deberá considerarse que el dominio sobre bienes, derechos y/o títulos solo puede adquirirse a través de mecanismos compatibles con nuestro ordenamiento jurídico, y solo a aquellos se extiende la protección que este brinda. Asimismo, detentar o poseer los bienes o activos obtenidos ilícitamente y sus efectos mediatos no constituyen justo título, salvo en el caso del tercer adquiriente de buena fe y a título oneroso.

Artículo 5°.- De la titularidad de la acción

El Fiscal es el titular de la acción de pérdida de dominio, para la cual iniciará la investigación preliminar correspondiente y la instará ante el órgano jurisdiccional.

El Ministerio Público y, en su caso, el Poder Judicial asignarán o determinarán competencias especializadas para el conocimiento de las investigaciones y procesos de pérdida de dominio.

Artículo 6°.- De la incautación en el proceso de pérdida de dominio

El Juez a pedido del Fiscal o del Procurador Público, bajo responsabilidad y con carácter prioritario dictará la medida cautelar de incautación correspondiente, sin perjuicio de que pueda disponerse otras medidas que resulten eficaces y eficientes para cautelar los bienes sometidos al proceso de pérdida de dominio.

TÍTULO II
DE LA ADMINISTRACIÓN
DE LOS RECURSOS Y BIENES

CAPÍTULO I
DE LA COMISIÓN NACIONAL
DE BIENES INCAUTADOS

Artículo 7°.- De la Comisión Nacional de Bienes Incautados

La Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI, ejerce sus funciones de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N°1104, el presente Reglamento y demás normas complementarias y conexas.

En el ejercicio de dichas funciones, corresponde a la CONABI dictar las medidas destinadas a la mejor conservación y custodia de los bienes incautados y decomisados, a fin de evitar la pérdida, deterioro, inoperatividad, sustracción o sustitución de estos y sus componentes, así como la ocupación ilegal o indebida de inmuebles por terceras personas.

Asimismo, dictará las medidas que deberán cumplir las entidades del Estado y las entidades beneficiarias para el correcto mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

Mediante Resolución Ministerial de la Presidencia del Consejo de Ministros se aprobará la reglamentación de los procedimientos específicos o complementarios a la presente norma a fin de dotar de mayor eficacia a las funciones de la CONABI.

En todos aquellos casos no previstos, será el Consejo Directivo de la CONABI quien decida las acciones a tomar de acuerdo a las competencias previstas en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1104.

Artículo 8°.- Del Consejo Directivo

El Consejo Directivo es el máximo órgano de decisión de la CONABI, y su conformación se encuentra establecida en el Decreto Legislativo N° 1104. Sus miembros son acreditados por el Titular del Sector o entidad a la que representan, pudiendo acreditar además a un representante alterno.

El Consejo Directivo, tiene como funciones principales las siguientes:

- a. Aprobar los lineamientos, reglamentos, procedimientos y demás instrumentos de gestión de la CONABI, así como sus modificatorias de acuerdo al marco legal vigente.
- b. Solicitar al Secretario Ejecutivo los informes que estime pertinentes.

- c. Delegar en el Secretario Ejecutivo las funciones que considere convenientes.
- d. Otras que determine mediante Acuerdo.

Artículo 9°.- Del Presidente del Consejo Directivo

El Presidente del Consejo Directivo ejerce la representación de la CONABI ante las entidades públicas y privadas, nacionales y del exterior; es el encargado de hacer cumplir los acuerdos del Consejo Directivo, aprueba los actos de su competencia, y supervisa la gestión administrativa de la CONABI.

Artículo 10°.- Del Secretario Ejecutivo

El Secretario Ejecutivo es responsable de la marcha administrativa y operativa de la CONABI, debiendo dar cuenta periódicamente al Consejo Directivo sobre la gestión y administración de los recursos y bienes bajo competencia de la CONABI.

El Secretario Ejecutivo, tiene como funciones principales las siguientes:

- a. Proponer al Consejo Directivo las actualizaciones o modificaciones que requiera el marco legal vigente, para viabilizar el desarrollo de las funciones de la CONABI.
- b. Informar al Consejo Directivo sobre los actos de administración y disposición de los bienes incautados, decomisados y/o declarados en pérdida de dominio.
- c. Realizar los requerimientos de los servicios y las contrataciones que se requieran.
- d. Otras funciones que le delegue o encargue el Consejo Directivo.

CAPÍTULO II DE LOS RECURSOS Y BIENES

Artículo 11°.- Administración de recursos financieros

La CONABI administrará los recursos financieros incautados o decomisados generados u obtenidos ilícitamente por la comisión de los hechos delictivos en agravio del Estado, referidos en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1104, los cuales serán depositados en las cuentas señaladas en la Quinta Disposición Complementaria Final del mencionado Decreto Legislativo.

En el caso de los recursos financieros incautados, la CONABI cautelará la conservación de los mismos, a la espera del resultado del pronunciamiento judicial correspondiente.

En el marco de las competencias transferidas en virtud de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1104, tratándose

de recursos financieros decomisados o declarados en pérdida de dominio a favor del Estado, el Consejo Directivo de la CONABI destinará su uso para asumir los gastos relativos a la administración y custodia de los bienes bajo su competencia y los que se generen en los casos en que se desestime la pérdida de dominio o el decomiso; así como para aquellas actividades derivadas o vinculadas con la investigación, procesamiento y la defensa jurídica del Estado en la lucha contra la minería ilegal, la corrupción y el crimen organizado, previo requerimiento debidamente justificado. Dichos recursos se incorporan en el pliego Presidencia del Consejo de Ministros en la fuente de financiamiento recursos ordinarios.

Artículo 12°- Deber de informar

El Órgano Jurisdiccional competente y el Procurador Público a cargo de la defensa jurídica en el caso correspondiente deberán informar a la CONABI respecto de las sentencias a que se refiere el artículo 17° y la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1104, los recursos impugnativos recaídos sobre estas, el establecimiento de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 12° del mismo cuerpo normativo, así como toda información relevante relativa a los bienes.

Asimismo, corresponderá al Registrador Público informar, bajo responsabilidad, a la CONABI sobre la inscripción u observación realizadas.

La información que proporcionarán los obligados a que se refiere el presente artículo, deberá ser remitida por correo electrónico a la CONABI, sin perjuicio de efectuarse dicha remisión en forma física.

Artículo 13°.- De la recepción, custodia y registro

La CONABI recibirá los bienes incautados o decomisados mediante la correspondiente Acta de Entrega - Recepción de acuerdo a los formatos y procedimientos que para tal efecto apruebe. Dicha Acta será suscrita por los representantes de las entidades competentes para efectuar la entrega y de la CONABI.

Efectuada la recepción, la CONABI asumirá la custodia y procederá a su inscripción en el Registro Nacional de Bienes Incautados - RENABI.

En caso que las características del bien entregado no coincidan con las señaladas en el Acta de Incautación o Decomiso, la CONABI adoptará las acciones legales a que hubiera lugar, a fin que se determinen las responsabilidades y sanciones correspondientes.

Artículo 14°.- De los actos de administración y de disposición

Los actos de administración y de disposición sobre los bienes que recaen bajo la competencia de la CONABI, serán realizados de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1104, el presente reglamento y demás normas complementarias, con independencia de la ubicación geográfica en la cual se produjo la incautación o decomiso de los bienes.

Todo acto de administración o disposición de bienes se realizará mediante Resolución de la Secretaría Ejecutiva, previa valorización.

Artículo 15°.- Actos de administración

Los bienes incautados que reciba y registre la CONABI serán objeto de los siguientes actos de administración:

- a) Asignación en uso temporal
- b) Arrendamiento
- c) Medidas de conservación, custodia, destrucción u otras modalidades que se establezcan por la CONABI.

La administración obliga al beneficiario o poseedor al debido cuidado y uso del bien, incluyendo, en los casos de los literales a) y b), la contratación de seguros y el pago de obligaciones con entidades públicas y privadas derivadas de la posesión del bien.

Las formalidades y procedimientos de los actos de administración serán aprobados conforme a lo establecido en el artículo 7° del presente Reglamento.

Artículo 16°.- Actos de disposición

Los actos de disposición recaen sobre aquellos bienes decomisados y/o declarados en pérdida de dominio, que se encuentren bajo la competencia de la CONABI. Son actos de disposición de bienes:

- a) Asignación definitiva
- b) Venta por subasta pública
- c) Destrucción.

Las formalidades y procedimientos de dichos actos de disposición serán aprobados conforme a lo establecido en el artículo 7° del presente Reglamento.

Artículo 17°.- Actos excepcionales de administración y disposición

Tratándose de bienes fungibles, perecibles u otros incautados o decomisados, que por su naturaleza o características puedan ser objeto de pérdida o deterioro, incluidos semovientes, así como aquellos cuyo valor de custodia o conservación resulte muy oneroso; la CONABI podrá disponer su asignación inmediata, previo informe técnico de la Secretaría Ejecutiva. En estos casos, se priorizará la asignación a programas sociales del Estado o a instituciones privadas sin fines de lucro.

De no efectuarse la asignación, se procederá a la subasta pública a que se refiere el numeral 6.2 de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto

Legislativo N° 1104, o a su destrucción conforme a la naturaleza del bien, previo informe técnico de la Secretaría Ejecutiva.

La CONABI determinará el valor del bien, el mismo que será incluido en el documento de asignación, subasta o destrucción, según corresponda, y será considerado como referencia en caso de sentencia favorable al procesado.

Artículo 18°.- Limitaciones de los beneficiarios

Las entidades públicas y privadas que reciban bienes en administración de parte de la CONABI no podrán inscribir ni realizar actos de disposición alguna sobre los mismos. Es nulo cualquier acto de disposición sin autorización de la CONABI. En tal caso, los bienes revertirán automáticamente a la administración de la Comisión, sin perjuicio del inicio de las acciones legales correspondientes.

Dichos bienes permanecerán inscritos en el Registro Nacional de Bienes Incautados - RENABI hasta que se produzca algún acto de disposición sobre los mismos, quedando constancia de ello en el citado Registro.

Artículo 19°.- Devolución de bienes

Las entidades públicas y privadas sin fines de lucro que reciban bienes mediante actos de administración, procederán a la devolución de los mismos, por incumplimiento de las condiciones de la asignación otorgada y por las demás causales que establezca la CONABI en la normativa que expida para tal efecto. En ningún caso, la devolución deberá exceder de treinta (30) días de producido el requerimiento a la entidad a cargo del bien.

Dicha devolución se efectuará en las mismas condiciones en la que les fueron entregados, salvo su desgaste natural.

TÍTULO III DE LA SUBASTA PÚBLICA

CAPÍTULO I GENERALIDADES

Artículo 20°.- Subasta pública

La subasta pública es el procedimiento administrativo, regido por los principios de transparencia, competitividad y legalidad, destinado a otorgar en venta o arrendamiento los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito a que se refiere el Decreto Legislativo N° 1104 y el presente reglamento.

Artículo 21°.- Modalidades de la subasta

La subasta pública se podrá realizar bajo las modalidades de sistema a viva voz, sistema a sobre cerrado o sistema mixto. Prevalece la oferta de mayor valor al precio base del bien subastado.

En el sistema mixto, la oferta propuesta en sobre cerrado no priva al postor de su derecho de formular ofertas a viva voz.

Artículo 22°.- Plazo

Los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito cuya titularidad sea declarada por resolución judicial firme o ejecutoriada en favor del Estado, serán vendidos o arrendados en subasta pública dentro de los noventa (90) días naturales, computados a partir del acuerdo de subasta que, en cada caso, adopte el Consejo Directivo de la CONABI.

Artículo 23°.- Depósito

La CONABI depositará el producto resultante de las subastas realizadas y de otros actos de administración en la cuenta que determine la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con la Presidencia del Consejo de Ministros.

Artículo 24°.- Distribución del producto de la subasta

El producto de las subastas realizadas sobre los bienes a que se refiere el numeral 6.1 de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1104 será destinado, en primer lugar, a atender los gastos administrativos y operativos en los que haya incurrido la CONABI en la administración, custodia y subasta de los bienes.

El remanente será distribuido por la CONABI entre las entidades cuyas actividades estén preferentemente vinculadas con la lucha contra la minería ilegal, la corrupción y el crimen organizado, previo requerimiento sustentado de las correspondientes entidades; para cuyo efecto la Presidencia del Consejo de Ministros procederá de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6.6 de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1104.

Los recursos a los que se hace referencia en el presente artículo se incorporan en los pliegos correspondientes en la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios.

En caso la sentencia culmine con un pronunciamiento favorable al procesado, el producto de la subasta deberá ser entregado a este, conjuntamente con los intereses generados desde su ingreso a la cuenta respectiva.

CAPÍTULO II DE LA VENTA POR SUBASTA PÚBLICA

Artículo 25°.- De la aprobación de la venta

La venta de bienes se efectuará por subasta pública sustentada en el informe técnico que emita la Secretaría Ejecutiva, luego de la cual se dará cuenta al Juez correspondiente.

Artículo 26°.- Órgano a cargo de la subasta pública

La venta en subasta pública de bienes estará a cargo de la Secretaría Ejecutiva de la CONABI, la misma que aprueba las bases administrativas, organiza y conduce el proceso de subasta, designa el personal o terceros encargados de la ejecución del acto público de subasta y evalúa e informa de los resultados al Consejo Directivo.

El proceso de la subasta contará con la participación del representante del Órgano de Control Institucional - OCI, quien ejercerá el control preventivo correspondiente de acuerdo a la normatividad sobre la materia.

La venta de bienes inmuebles se realizará en presencia de un Notario Público, quien dará fe de la mayor propuesta económica presentada u ofertada en el acto público.

Artículo 27°.- Encargo de subasta

La CONABI podrá encargar la subasta pública a las entidades del Estado que custodien los bienes y derechos incautados o decomisados, así como a otras vinculadas a la administración y recaudación de recursos del Estado.

En estos casos, luego de deducidos los gastos de administración, se depositará el monto resultante en la cuenta correspondiente.

Artículo 28°.- De la cargas y gravámenes

La existencia de cargas y gravámenes que afecten a los bienes incautados o decomisados, no limita su libre disposición o venta por la CONABI, las cuales obligatoriamente figurarán en las bases administrativas.

Conforme a lo dispuesto en el numeral 6.4 de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1104, cancelado el precio de venta, se levantarán todos los gravámenes, cargas, medidas cautelares y demás actos que pesen sobre el bien, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención de acreedores garantizados con dicho bien. El Registrador deberá inscribir el levantamiento de dichas medidas, bajo responsabilidad. La CONABI gestionará la transferencia y levantamiento ante cualquier entidad registral a nivel nacional.

Tratándose de la venta de bienes que garanticen obligaciones de terceros, se deberá considerar los derechos reales de garantía inscritos sobre los mismos, evaluando el pago de tales créditos de conformidad con lo establecido por la Comisión.

Artículo 29°.- De las joyas, valores y bienes similares

La venta de joyas, valores y bienes similares se regulará por las normas del presente Reglamento y por aquellas normas específicas que sobre la materia establezca la CONABI.

A fin de asegurar la custodia y conservación de dichos bienes, la CONABI suscribirá los convenios necesarios con las entidades financieras del Sector Público o Privado.

Artículo 30°.- De la valorización

La valorización de los bienes a subastarse tendrá una vigencia de ocho (08) meses contados a partir de su elaboración y deberá ser efectuada a valor comercial, por persona natural o jurídica especializada en la materia con acreditada experiencia. El precio base del bien a subastarse en primera convocatoria, será el del valor comercial fijado en la tasación.

Artículo 31°.- De la publicidad

La convocatoria de la subasta pública se realizará mediante publicación por una vez en el diario oficial El Peruano y de ser necesario en otro diario de la ciudad en la que se ubican los bienes, con una anticipación mínima de cinco (05) días hábiles a su fecha de realización. Tratándose de la venta de bienes inmuebles, la publicación se hará con una anticipación no menor a diez (10) días hábiles, a la fecha de realización de la subasta pública.

En ambos casos, la subasta debe publicitarse en el portal institucional de la Presidencia del Consejo de Ministros, dentro de los referidos plazos.

Artículo 32°.- Del acto público

En el acto público de subasta, se pregonará a viva voz las condiciones de la subasta y dará inicio anunciando el bien a subastarse indicando sus características y precio base. Una vez adjudicado el bien, el comprador deberá proceder a su cancelación de acuerdo a lo establecido en las bases administrativas.

Artículo 33°.- De los bienes declarados desiertos o abandonados

Los bienes declarados desiertos y/o abandonados en una subasta pública podrán ser sometidos a nuevas subastas o ser materia de otros actos de administración y disposición, previo informe técnico emitido por la Secretaría Ejecutiva.

En caso de nueva subasta, los bienes muebles declarados desiertos o abandonados, serán reducidos en su valor un 20% (veinte por ciento) respecto de su precio base anterior, y tratándose de bienes inmuebles, dicha reducción será del 10% (diez por ciento). En ambos casos, corresponderá a la Secretaría Ejecutiva

establecer el costo beneficio correspondiente para la realización de una siguiente subasta.

CAPÍTULO III DEL ARRENDAMIENTO POR SUBASTA PÚBLICA

Artículo 34°.- Procedimiento

El arrendamiento de bienes mediante subasta pública se rige por las normas del presente Título en lo que resulten aplicables, así como por las disposiciones específicas que apruebe la CONABI.

TÍTULO IV DEL REGISTRO NACIONAL DE BIENES INCAUTADOS

Artículo 35°.- Del registro

Los bienes, objetos, instrumentos, efectos y ganancias incautados por delitos cometidos en agravio del Estado serán registrados en forma detallada en el Registro Nacional de Bienes Incautados - RENABI, a cargo de la CONABI, cuyo carácter es público.

La información consignada en el RENABI, es de uso obligatorio para los notarios y registradores previo a toda inscripción o acto de su competencia.

La CONABI, mantendrá el registro histórico de aquellos bienes decomisados y/o declarados en pérdida de dominio que hayan recaído bajo su competencia, informando de estos casos a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales.

Artículo 36°.- Información mínima

El RENABI, como mínimo, contendrá la siguiente información:

- Características y especificaciones de los bienes incautados.
- Procuraduría Pública y/o Fiscalía que conoce el caso.
- Órgano Jurisdiccional competente.
- Número y fecha del Atestado o Informe policial.
- Unidad policial incautadora.
- Identificación positiva del propietario del bien.
- Identificación positiva de los imputados o procesados.
- Estado actualizado de los procesos judiciales vinculados al bien.
- Valor del bien incautado, decomisado o subastado.

- Recursos financieros incautados (moneda nacional y extranjera) y número de boleta de depósito al Banco de la Nación.
- Armas y municiones (marca y calibre), y documento de internamiento en la Dirección General de Control de Servicios de Seguridad, Control de Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil - DICSCAMEC.
- Ubicación física donde se encuentra el bien.
- Entidad a cargo de la custodia o asignación en uso temporal o definitiva.
- Entidad beneficiaria y monto de los recursos financieros destinados.
- Nombre del adjudicatario de la subasta.
- Otras que considere la CONABI, en el marco del Decreto Legislativo N° 1104.

Artículo 37°.-De la organización y administración

La Secretaría Ejecutiva organiza y administra el Registro Nacional de Bienes Incautados - RENABI, correspondiéndole su actualización permanente, hasta la transferencia definitiva de los bienes.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Normas complementarias

Por Resolución Ministerial de la Presidencia del Consejo de Ministros, se dictarán las disposiciones complementarias necesarias para la mejor implementación de las normas contenidas en el presente Reglamento.

Segunda.- Facultad de revisión

Facúltase a la CONABI a revisar los actos de administración realizados por la COMABID y OFECOD sobre bienes, a efectos de evaluar su actual uso y finalidad de acuerdo a las condiciones inicialmente otorgados, y de ser el caso, disponer un nuevo acto de administración sobre estos bienes.

Asimismo, las entidades que tienen a cargo el uso y custodia de bienes incautados y que le han sido asignados por la COMABID y OFECOD, brindarán las facilidades necesarias para la atención de los requerimientos de la CONABI, así como para el cumplimiento de las inspecciones y controles a dichos bienes.

Tercera.- Información sobre procesos judiciales

Culminado el proceso de transferencia a que se refiere la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1104, la CONABI luego de evaluar la documentación puesta a su disposición, podrá requerir a la Secretaría Técnica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, para que en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, informe sobre el estado situacional de

aquellos procesos judiciales cuyo conocimiento resulte necesario para el adecuado ejercicio de sus atribuciones.

Cuarta.- Información sobre joyas, valores y bienes similares

Toda entidad pública o privada que mantenga en custodia joyas, valores y bienes similares, se encuentra obligada a informar a la CONABI sobre su existencia y estado, así como a prestar las facilidades necesarias para su adecuada administración.

Quinta.-Obligaciones del FEDADOI

Las obligaciones a cargo del desactivado Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado - FEDADOI, contempladas en la Ley N° 28476 serán atendidas exclusivamente con los montos resultantes del proceso de transferencia.

Sexta.-Medidas relativas a la inscripción registral de bienes

Para el caso de bienes registrables, incautados o decomisados, la CONABI adoptará las acciones necesarias para asegurar la oportuna inscripción de las medidas de incautación o decomiso en el Registro Público correspondiente.

Asimismo, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP, dictará las disposiciones pertinentes para cautelar que las anotaciones preventivas y bloqueos registrales se efectúen con carácter inmediato.

Séptima.- Aplicación de prohibiciones e incompatibilidades

Están prohibidos de participar como postores en las subastas públicas aquellas personas que se encuentren incurso en alguna de las siguientes incompatibilidades:

- Las establecidas en el artículo 22 de la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.
- Las referidas en los artículos 1366 y 1367 del Código Civil, en relación a los funcionarios y servidores públicos.
- Las aplicables a las personas naturales o jurídicas que tengan impedimento para celebrar contratos con el Estado.

Estas prohibiciones rigen hasta un (01) año después que las personas impedidas cesen o renuncien en sus respectivos cargos.

Los actos administrativos, convenios y contratos que se suscriban, contraviniendo lo dispuesto en los párrafos anteriores de la presente disposición, son nulos de pleno derecho, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar.

**DISPOSICIÓN
COMPLEMENTARIA TRANSITORIA**

Única.- De la información a cargo de FEDADOI

La Comisión de Transferencia del FEDADOI deberá informar a la CONABI el monto detallado al que ascienden los saldos asignados en virtud de la Resolución Ministerial N° 402-2005-JUS, a fin de cumplir con lo establecido en la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1104.

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA LEGISLACIÓN SOBRE PÉRDIDA DE DOMINIO

DECRETO LEGISLATIVO N° 1104

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

Que, el Congreso de la República por Ley N° 29815 y de conformidad con el artículo 104° de la Constitución Política del Perú, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, entre las que figuran la modificación de la legislación que regula el proceso de pérdida de dominio para ampliar sus alcances a los delitos vinculados a la minería ilegal, fortalecer la investigación y procedimiento, así como perfeccionar la incautación, decomiso y destrucción de los objetos, instrumentos o efectos del delito y su administración, según el caso;

Que, conforme a los alcances de la delegación de facultades legislativas, es conveniente efectuar una reforma normativa conducente a asegurar que la pérdida de dominio sea aplicable con eficacia a los delitos en los que ya opera y que se amplíen sus alcances a otros tipos penales referidos a la minería ilegal y al medio ambiente, así como los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales;

Que, es conveniente asegurar que el Estado cuente con los instrumentos legales que permitan una firme lucha contra el crimen organizado dentro del cual se insertan las actividades de minería ilegal, lo que requiere estatuir un ordenamiento eficaz de pérdida de dominio y del sistema de incautaciones o decomisos de objetos, instrumentos, efectos y ganancias provenientes del delito;

Que, la legislación actual sobre pérdida de dominio adolece de diversas deficiencias e imprecisiones en relación a su ámbito de aplicación, lo que ha generado serias dificultades en los operadores jurídicos para su aplicación práctica como herramienta destinada a recuperar los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas, al coexistir en la práctica con las normas generales y especiales sobre incautación y decomiso de bienes, lo cual hace indispensable determinar con claridad el marco normativo aplicable y las competencias específicas en cada caso;

Que, la pérdida de dominio constituye una regulación de orden procesal que, por el principio de igualdad, debe ser aplicable a todos los delitos que, por su lesividad y trascendencia social, ameritan la intervención inmediata y severa del Estado, incluyendo la minería ilegal, a efectos de potenciar la eficacia de la lucha contra el crimen organizado y contar, de este modo, con las herramientas legales que puedan ser aplicadas de modo transversal y conforme a procedimientos legales claros, pertinentes y eficaces;

Que, de igual modo, es necesario contar con una mejor regulación sobre la recepción, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, asignación en uso, disposición, subasta y, en su caso, devolución de bienes incautados, así como aquellos involucrados en la pérdida de dominio, en la medida que se ha reportado que los bienes incautados a la minería ilegal y de otras actividades delictivas vienen sufriendo deterioro y generando altos costos en su administración, lo que requiere ajustes importantes para una mayor eficacia en la forma en que se disponen de los mismos;

Que, es preciso también contar con las facultades que permitan que los bienes riesgosos, peligrosos o dañinos a la seguridad pública y que sean objeto del delito de minería ilegal y otros ilícitos conexos, puedan ser destruidos;

De conformidad con lo establecido en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y, Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA LEGISLACIÓN SOBRE PÉRDIDA DE DOMINIO

Artículo 1°.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto regular la aplicación y los procesos de pérdida de dominio, así como establecer los mecanismos de distribución y administración de los bienes o fondos recaudados.

Artículo 2º.- Concepto y ámbito de aplicación

2.1. La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso.

2.2. Se aplica cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

Artículo 3º.- Criterios de aplicación

A efectos de la aplicación del presente Decreto Legislativo debe tenerse en cuenta que:

- a) Se reconoce la firmeza del título del tercero de buena fe y a título oneroso.
- b) La acción de pérdida de dominio prescribe a los veinte (20) años.
- c) Se puede incoar la acción de pérdida de dominio aun cuando se haya extinguido la acción penal por el delito del cual se derivan los objetos, instrumentos, efectos o ganancias, inclusive en contra de los sucesores que estén en poder de estos.

Artículo 4º.- Supuestos de procedencia de la pérdida de dominio

La pérdida de dominio procede cuando se presuma que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos referidos en el artículo 2º del presente Decreto Legislativo y cuando concurren alguno o algunos de los siguientes supuestos:

- a) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal.
- b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.
- c) Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción.
- d) Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad.

En los demás casos no previstos en los incisos anteriores, se aplicarán las competencias, mecanismos y procedimientos contemplados en las normas sobre incautación o decomiso de bienes.

Artículo 5°.- Bienes afectados

- 5.1. La pérdida de dominio se aplica en los supuestos del artículo anterior sobre aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva.
- 5.2. También procede sobre bienes de la titularidad del agente del delito cuando se determine que el delito cometido ha generado efectos o ganancias; o los que se mantienen ocultos; o han sido transferidos a terceros, quienes han adquirido un título firme sobre los mismos.
- 5.3. Asimismo, procede sobre bienes de origen lícito que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con alguno de los bienes mencionados en los párrafos anteriores, en cuyo caso se presumirá su ilicitud.
- 5.4. Tratándose de organizaciones criminales procede la pérdida de dominio aun cuando no se trate de bienes que constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, siempre que estén dedicados al uso o servicio de la organización criminal.

Artículo 6°.- De la obligación de informar sobre la existencia de bienes sujetos a la presente acción

- 6.1. El Fiscal, el Juez, el Procurador Público, el Notario Público, el Registrador Público, cualquier servidor o funcionario público o cualquier otra persona obligada por ley, especialmente las pertenecientes al sistema bancario y financiero que, en el ejercicio de sus actividades o funciones tome conocimiento de la existencia de objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, deberán informarlo al Ministerio Público, en un plazo no mayor de diez (10) días naturales de haber tomado conocimiento del hecho.
- 6.2. Se reservará la identidad de cualquier persona natural o jurídica que proporcione la información a que se refiere el numeral precedente, sin perjuicio de brindarle las medidas de protección adecuadas. El Ministerio Público emitirá las disposiciones reglamentarias pertinentes.
- 6.3. En el supuesto que la información proporcionada sea falsa, tendenciosa o con el propósito de ocasionar perjuicio, la persona natural o jurídica que proporcione la misma, asume las responsabilidades civiles, penales o administrativas correspondientes.
- 6.4. Las autoridades competentes, para efectos de la aplicación del presente Decreto Legislativo, podrán solicitar información a los Estados,

organismos y entidades internacionales habilitados para este efecto por tratados o convenios de cooperación.

Artículo 7°.- De la naturaleza del proceso

El proceso de pérdida de dominio materia de la presente norma, es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Se tramita como proceso especial, constituyendo un proceso distinto e independiente de cualquier otro.

Artículo 8°.- Normas aplicables

El proceso de pérdida de dominio se sujeta a las disposiciones del presente Decreto Legislativo. Supletoriamente se aplicarán las reglas del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, del Código de Procedimientos Penales, del Código Procesal Civil y demás normas pertinentes.

Artículo 9°.- Del debido proceso

- 9.1. En el trámite previsto en la presente norma se garantiza el debido proceso, pudiendo quien se considere afectado, ejercer los derechos que la Constitución Política y las leyes le reconocen.
- 9.2. La carga de la prueba de la vinculación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias con el delito o con la organización criminal, según sea el caso, le corresponde al Ministerio Público, sin perjuicio de que la parte afectada acredite el origen lícito de los bienes, aportando el material probatorio que corresponda.

Artículo 10°.- De la competencia

- 10.1. El proceso será conocido en primera instancia por el Juez Especializado en lo Penal o Mixto del lugar donde se encuentren ubicados o se descubran los objetos, instrumentos, efectos o ganancias vinculados a cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 2° y en los supuestos de aplicación referidos en el artículo 4° del presente Decreto Legislativo, quedando a salvo la asignación o determinación de competencias especializadas creadas por el Ministerio Público y el Poder Judicial. De haberse iniciado proceso penal relacionado a los delitos establecidos en el artículo 2° del presente Decreto Legislativo y de existir en dicho lugar objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, será competente para conocer el proceso de pérdida de dominio el Juez que conoce el proceso penal.
- 10.2. Si se encuentran bienes en distintos distritos judiciales, es competente el Juez del distrito en donde se inicie la primera investigación a cargo del Ministerio Público.

- 10.3. Si con posterioridad al inicio del proceso de pérdida de dominio se toma conocimiento de la existencia de otros objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito vinculados al objeto de este proceso, ubicados en distintos lugares, mantiene la competencia el Juez que conoce la primera demanda.
- 10.4. La Sala Penal o Mixta del mismo Distrito Judicial en el que se tramitó la pérdida de dominio es competente para conocer, en segunda y última instancia, las apelaciones que formulen las partes contra las medidas cautelares, la sentencia y otras resoluciones susceptibles de impugnación conforme al presente Decreto Legislativo.

Artículo 11°.- Del inicio de la investigación

El Fiscal inicia la investigación de pérdida de dominio de oficio o por comunicación de cualquiera de las personas o entidades mencionadas en el artículo 6° del presente Decreto Legislativo.

Artículo 12°.- De las medidas cautelares

- 12.1. El Fiscal, de oficio o a pedido del Procurador Público, podrá solicitar al Juez competente las medidas cautelares que considere más adecuadas para garantizar la eficacia del proceso de pérdida de dominio sobre los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de los delitos señalados en el artículo 2° y en los supuestos del artículo 4° del presente Decreto Legislativo.
- 12.2. En el caso de bienes inscribibles el Registrador público deberá inscribir la medida cautelar ordenada, bajo responsabilidad, sin perjuicio de que se disponga la asignación o utilización inmediata de los mismos, recurriendo a los mecanismos legales pertinentes en caso se encuentren ocupados. Tratándose de bienes no inscribibles, deberá observarse los criterios establecidos en el Código Procesal Civil.
- 12.3. En los supuestos previstos en el artículo 105° del Código Penal, cuando existan suficientes elementos probatorios que vinculen a la persona jurídica con la comisión del delito y cuando exista peligro de prolongación de sus efectos lesivos o de comisión de nuevos delitos de la misma clase o de entorpecimiento de la averiguación de la verdad, el Fiscal instará al Juez a dictar, según corresponda, la clausura temporal de sus locales o establecimientos, la suspensión temporal de todas o algunas de sus actividades, el nombramiento de un administrador judicial o la vigilancia judicial de la persona jurídica.
- 12.4. La solicitud de medida cautelar deberá ser resuelta por el Juez dentro de las veinticuatro (24) horas de solicitada. De ser necesaria la inscripción de la medida deberá cursarse los partes judiciales en el mismo acto en el que se concede. Asimismo, se podrá solicitar al

Juez la autorización para la disposición de los bienes perecibles o de otros, cuya custodia sea excesivamente onerosa o peligrosa.

- 12.5. Las medidas cautelares podrán solicitarse, concederse y ejecutarse incluso antes de poner en conocimiento de los posibles afectados el inicio de la investigación establecida en el artículo 11° del presente Decreto Legislativo. Las medidas dispuestas en el proceso penal mantendrán su eficacia hasta que el Juez del proceso de pérdida de dominio disponga lo pertinente.
- 12.6. La resolución judicial que concede las medidas cautelares es apelable dentro de los tres (3) días hábiles de notificada y la concesión del recurso impugnativo no tiene efecto suspensivo. La Sala debe fijar fecha para la vista de la causa dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su elevación y absolver el grado en la misma audiencia. Excepcionalmente, cuando los hechos revistan especial complejidad, puede aplazarse el pronunciamiento hasta tres (3) días hábiles posteriores a la realización de la vista de la causa.

Artículo 13°.- Del proceso

13.1. Del desarrollo de la investigación preliminar

- a) El Fiscal inicia la investigación preliminar mediante decisión debidamente motivada una vez que toma conocimiento de la existencia de objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito conforme a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.
- b) El Fiscal en la investigación preliminar contará con la participación de la Policía Nacional del Perú a través de sus órganos especializados, así como de otras entidades públicas o privadas y con el auxilio de los peritos correspondientes.
- c) Asimismo, el Fiscal podrá solicitar al Juez la adopción de las medidas cautelares que resulten adecuadas y el levantamiento del secreto bancario, el secreto de las comunicaciones, la reserva tributaria y la reserva bursátil.
- d) La investigación preliminar se realiza en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles; excepcionalmente, mediante resolución motivada, podrá prorrogarse por un plazo igual.

13.2. De la conclusión de la investigación preliminar

Concluida la investigación preliminar, el Fiscal podrá:

- a) Demandar ante el Juez competente la declaración de pérdida de dominio, adjuntando los medios probatorios pertinentes con copias suficientes para quienes deban ser notificados.

- b) Archivar la investigación preliminar, decisión que podrá ser objeto de queja por el Procurador Público o el denunciante, de ser el caso, dentro de los cinco (5) días hábiles de notificada. El Fiscal Superior Penal conocerá de la queja interpuesta, debiendo pronunciarse dentro de los diez (10) días hábiles de recibidos los actuados, con conocimiento del Procurador Público o del denunciante, de ser el caso. De considerarla fundada, ordenará al Fiscal Provincial presentar la demanda de pérdida de dominio ante el Juez competente; en caso contrario, aprobará el archivo, lo que no constituye cosa juzgada material. Para efectos de iniciar una nueva investigación, al amparo del presente Decreto Legislativo, se requerirán nuevos elementos de prueba.

13.3. De la actuación judicial

Durante la tramitación del proceso se observarán las siguientes reglas:

- a) Recibida la demanda de pérdida de dominio presentada por el Ministerio Público, el Juez dentro del plazo de tres (3) días hábiles, deberá expedir resolución debidamente fundamentada. En caso de advertir la ausencia de algún requisito formal la declarará inadmisibile, concediendo un plazo de tres (3) días hábiles para la subsanación. Vencido dicho plazo, si no se subsana, se archiva la demanda. Contra la resolución que declara improcedente la demanda o el archivo de la misma, solo procede el recurso de apelación dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.
- b) La resolución admisorio se notifica dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su expedición, personalmente y mediante publicaciones. La notificación personal se realizará mediante cédula a las personas que pudieran resultar directamente afectadas y figuren como titulares de derechos reales principales o accesorios o de cualquier otra titularidad patrimonial, de conformidad con lo previsto en los artículos 160° y 161° del Código Procesal Civil. Se procederá a la publicación mediante edictos del auto admisorio de la demanda por tres (3) días naturales consecutivos en el Diario Oficial y en otro de amplia circulación de la localidad donde se encuentre el Juzgado.

A falta de diarios en la localidad donde se encuentre el Juzgado, la publicación se hace en la localidad más próxima que los tuviera y el edicto se fijará, además, en la tablilla del Juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión. El Juez podrá ordenar además que se publicite el objeto de la notificación mediante radiodifusión, por tres (3) días naturales consecutivos. Esta notificación se acreditará agregando al expediente declaración jurada expedida por la empresa radiodifusora, en donde constará el texto del anuncio y los días y horas en que se difundió. La resolución se tendrá por notificada el día siguiente de la última transmisión radiofónica.

La notificación por edictos o radiodifusión tiene por objeto emplazar a todas las personas que se consideren con legítimo interés en el proceso, para que comparezcan a hacer valer sus derechos.

- c) El Juez procede a la designación de curador procesal cuando no se ha ubicado al destinatario de la notificación personal y ha transcurrido el plazo de diez (10) días naturales de haberse efectuado la última notificación. Cuando se trate de persona incierta o con domicilio desconocido, se observará el mismo procedimiento.
- d) El presunto afectado o el curador procesal podrán absolver la demanda de pérdida de dominio dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución admisorio, con los medios probatorios que a su derecho convenga.
- e) Mediante auto motivado, el Juez admite los medios probatorios que estime pertinentes, conducentes y útiles ofrecidos por los sujetos procesales, señalando día y hora para la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios, la que deberá realizarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes. La resolución que deniega la admisión de prueba podrá ser apelada dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación, la que será concedida sin efecto suspensivo.
- f) La audiencia referida en el literal e) debe realizarse en un solo acto, en el local del Juzgado y deberán actuarse los medios probatorios admitidos con participación directa del Juez, bajo responsabilidad. Excepcionalmente, cuando el caso revista especial complejidad, la referida audiencia podrá suspenderse y continuarse al día hábil siguiente.
- g) Solo la observación al dictamen pericial dispuesto por el juzgado, acompañada de dictamen pericial de parte, dará lugar a una Audiencia Complementaria de Actuación de Medios Probatorios, a realizarse en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de efectuada la primera audiencia.
- h) Concluida la actuación de medios probatorios, en cualquiera de los casos a que se refieren los literales f) y g), el Fiscal, el Procurador Público, el curador procesal y los abogados de los presuntos afectados, en este orden, podrán presentar sus respectivos alegatos. Acto seguido, en la misma Audiencia, el Juez dictará sentencia. Excepcionalmente, cuando el caso revista especial complejidad, la expedición de la sentencia podrá suspenderse hasta por diez (10) días hábiles.
- i) Contra la sentencia que declare la pérdida de dominio o la que la desestime, solo procede recurso de apelación, el cual se interpone debidamente fundamentado dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación. En el caso de expedirse la sentencia en el acto de la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios o en su complementa-

ria, el afectado podrá presentar la apelación debidamente fundamentada dentro del mismo plazo.

- j) La Sala debe fijar fecha para la vista de la causa dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su elevación y absolver el grado dentro de los quince (15) días hábiles de realizada la vista.

Artículo 14°.-Nulidad

- 14.1. Los pedidos de nulidad que formulen las partes serán resueltos de inmediato, sin previo trámite, salvo que el Juez requiera información esencial para resolver, en cuyo caso correrá traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de un (1) día hábil. Con absolución o sin ella, el Juez deberá resolver al día hábil siguiente.
- 14.2. Si la nulidad es planteada en la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios, será resuelta previo traslado en dicho acto a los demás sujetos procesales.
- 14.3. El Juez podrá declarar de oficio la nulidad, de existir vicios insubsanables; caso contrario convalidará, subsanará o integrará el acto procesal.
- 14.4. La resolución que resuelve un pedido de nulidad es recurrible dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación o, si es emitida en la misma audiencia, será recurrible en el mismo acto, sin efecto suspensivo.

Artículo 15°.- De las excepciones

Las excepciones se presentan dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la demanda y son puestas en conocimiento de los sujetos procesales por el plazo de tres (3) días hábiles, para que expongan lo conveniente a su derecho. Las excepciones se resuelven en la sentencia.

Artículo 16°.- De los terceros

Los terceros afectados podrán intervenir en el proceso ofreciendo los medios probatorios idóneos que acrediten fehacientemente el derecho invocado.

Artículo 17°.- De los efectos de la sentencia

- 17.1. La sentencia que declara la pérdida de dominio y la extinción de los derechos o cualquier titularidad patrimonial y la cancelación de los gravámenes o cualquier otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien, dispondrá además su transferencia y/o titularidad en favor del Estado. Dicha resolución se inscribirá en el Registro Público respectivo.
- 17.2. La sentencia que desestime la demanda, en todo o en parte, dispondrá además el levantamiento o cancelación de las medidas cautelares dictadas o ejecutadas y la restitución del bien o de cualquier otra

titularidad patrimonial o de su valor, más los intereses legales que correspondan, respecto del bien o los bienes liberados.

Artículo 18°.- Subasta pública

Además de los supuestos de asignación o utilización temporal o definitiva, los bienes o derechos cuya titularidad se declara en favor del Estado podrán ser subastados públicamente dentro de los noventa (90) días naturales siguientes. El Reglamento del presente Decreto Legislativo determinará la forma y procedimientos de la subasta pública.

Artículo 19°.- De la cooperación internacional

Los convenios internacionales de cooperación y asistencia legal o judicial, así como cualquier otro convenio internacional que regule la colaboración internacional en materia de decomiso y de localización, identificación, recuperación, repatriación y de pérdida o extinción del dominio de bienes, son aplicables a los casos previstos en el presente Decreto Legislativo.

**DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS FINALES**

Primera.- Prioridad para la incautación o decomiso

El Juez, a pedido del Fiscal o del Procurador Público, bajo responsabilidad y con carácter prioritario, atendiendo a la naturaleza del proceso de pérdida de dominio que este Decreto Legislativo establece, determinará, cuando corresponda, la incautación o decomiso de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, asegurando su titularidad en favor del Estado para evitar su uso indebido o ilícito.

Segunda.- Creación de la CONABI

Créase la Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, para la recepción, registro, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, arrendamiento, asignación en uso temporal o definitiva, disposición y venta en subasta pública, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias generadas por la comisión de delitos en agravio del Estado correspondientes al presente Decreto Legislativo, así como los contemplados en las normas ordinarias o especiales sobre la materia.

Para el cumplimiento de sus funciones la CONABI puede disponer del concurso y colaboración de todas las entidades del Poder Ejecutivo y demás organismos del sector público en los ámbitos nacional, regional y local, incluidas las empresas del Estado, los que no pueden negar su cooperación para la custodia, administración y conservación temporal de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito conforme a lo dispuesto por este Decreto Legislativo y las demás normas ordinarias o especiales.

Tercera.- Conformación de la CONABI

La CONABI cuenta con un Consejo Directivo que está conformado de la siguiente manera:

- a) Un representante de la Presidencia del Consejo de Ministros, quien la presidirá;
- b) Un representante del Poder Judicial;
- c) Un representante del Ministerio Público;
- d) Un representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos;
- e) Un representante del Ministerio del Interior;
- f) Un representante del Ministerio de Economía y Finanzas;
- g) Un representante del Ministerio de Defensa;
- h) Un representante del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

Cada entidad designará a sus representantes en un plazo no mayor de quince(15) días naturales siguientes a la publicación del presente Decreto Legislativo.

La CONABI cuenta con una Secretaría Ejecutiva responsable de las tareas propias de su competencia. El Reglamento de la CONABI determinará las funciones del Consejo Directivo y de la Secretaría Ejecutiva y los procedimientos a que se refiere el presente Decreto Legislativo, así como los contemplados en las normas sobre incautación o decomiso de bienes, durante la investigación policial o proceso judicial.

Cuarta.- Funciones de la CONABI

Son funciones de la CONABI las siguientes:

- a) Recibir, registrar, calificar, custodiar, asegurar, conservar, administrar, asignar en uso, disponer la venta o arrendamiento en subasta pública y efectuar todo acto de disposición legalmente permitido de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.
- b) Organizar y administrar el Registro Nacional de Bienes Incautados - RENABI, que contiene la relación detallada de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.
- c) Solicitar y recibir de la autoridad policial, fiscal y judicial la información sobre los bienes incautados y decomisados, para proceder conforme a sus atribuciones.
- d) Designar, cuando corresponda, administradores, interventores, depositarios o terceros especializados para la custodia y conservación de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

- e) Disponer, de manera provisoria o definitiva, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito incautados o decomisados, así como subastar y administrar los mismos.
- f) Dictar las medidas que deberán cumplir las entidades del sector público para el correcto mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.
- g) Conducir, directa o indirectamente, cuando corresponda, las subastas públicas de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, que sean incautados o decomisados.
- h) Disponer, al concluir el proceso o antes de su finalización y previa tasación, que los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, incautados o decomisados, sean asignados en uso al servicio oficial de las distintas entidades del Estado, así como de entidades privadas sin fines de lucro.
- i) Disponer el destino de los recursos producto de las subastas públicas.
- j) Suscribir los convenios de administración de objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, con entidades públicas y privadas.
- k) Proponer el presupuesto de la CONABI y los recursos destinados al mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.
- l) Las demás que señale el Reglamento.

Quinta.- Incautación de recursos financieros

Establézcase que los recursos financieros incautados o decomisados se depositan en las cuentas que determine la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público - DGETP del Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con la CONABI.

Sexta.- Facultades de la CONABI para subasta y liquidación de objetos, instrumentos, efectos y ganancias generadas por la comisión de delitos en agravio del Estado

- 6.1. Determinada la responsabilidad penal del imputado por sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada conforme a la normatividad ordinaria de la materia y, en su caso, producida la pérdida de dominio de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito conforme al presente Decreto Legislativo, la CONABI procederá a la subasta pública de los bienes, dando cuenta al Juez.
- 6.2. Dicha entidad también está autorizada a subastar antes de la conclusión del proceso, los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito

incautados o decomisados que por su naturaleza o características puedan ser objeto de pérdida o deterioro, así como cuando el valor de su custodia o conservación sea muy oneroso. En estos supuestos, se procede a la valorización o tasación de los bienes y efectos y se producirá la subasta pública de los mismos, dando cuenta al Juez. En caso se absuelva judicialmente a los imputados, la CONABI procede a la devolución del monto de la subasta, así como al pago de los intereses legales generados desde la fecha de su tasación.

- 6.3. La CONABI puede encargar a las entidades del Estado que custodian los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito incautados o decomisados, la subasta pública de los mismos. En estos casos, luego de deducidos los gastos de administración, se depositará el monto líquido en la cuenta que determine la CONABI.
- 6.4. La subasta levanta los gravámenes, cargas o derechos de uso o disfrute, arrendamientos o contratos de opción y demás actos que se hayan anotado o inscrito, disponiéndose la entrega inmediata del bien a su adjudicatario luego de suscrita la documentación correspondiente, siendo de aplicación supletoria el Código Procesal Civil y otras normas que resulten pertinentes.
- 6.5. Queda prohibida toda anotación o inscripción de actos o contratos con posterioridad a la medida de incautación o decomiso ordenada por la autoridad judicial, quedando la partida registral bloqueada.
- 6.6. Por Decreto Supremo se determinará la distribución del producto de la subasta pública, el cual se usará preferentemente para la lucha contra la minería ilegal, la corrupción y el crimen organizado.

Sétima.- Información sobre incautación

La Policía Nacional del Perú, el Fiscal, el Juez o la autoridad correspondiente, informarán a la CONABI inmediatamente de producida la incautación o decomiso para su registro y demás funciones a cargo de esta entidad.

Octava.- Facultad para destrucción de bienes peligrosos o dañinos

Podrán ser destruidos o inutilizados por la Policía Nacional del Perú o la autoridad competente aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, en el lugar en que se encuentren o en un lugar en que no se genere riesgo a terceros, cuando:

- a) Sean peligrosos o dañinos para la seguridad pública;
- b) Hayan servido, sirvan o sean objeto para la comisión de ilícitos penales;
- c) Generen perjuicio a derechos de terceros;
- d) Sean nocivos a bienes jurídicos protegidos.

En estos casos, el representante del Ministerio Público, para asegurar la conservación del carácter probatorio del elemento o elementos destruidos o inutilizados, levantará el acta de constatación respectiva, con los medios de prueba idóneos, pudiendo ser estos filmicos o fotográficos.

Excepcionalmente, en los casos de inminente peligro o daño irreparable que pueda significar la existencia de los objetos señalados en el párrafo anterior, se faculta a la Policía Nacional del Perú o la autoridad competente a su destrucción o inutilización dando cuenta inmediata al Ministerio Público, levantando el acta respectiva.

Novena.- Custodia de drogas ilegales, estupefacientes o sustancias psicotrópicas e insumos químicos

La Policía Nacional del Perú será la encargada de la custodia de las drogas ilegales, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, para su oportuna y eficaz destrucción; para tales efectos, informará a la CONABI de manera inmediata acerca de las incautaciones realizadas y la destrucción a la que hubiere lugar.

Décima.- Custodia y disposición de insumos químicos

La custodia y disposición de los insumos químicos incautados o decomisados, así como de los medios de transporte utilizados para su traslado, se rige de acuerdo a la competencia y procedimiento dispuestos por el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1103.

Undécima.- Competencia del Ministerio Público

El Ministerio Público, en tanto titular de la acción penal, ejerce sus funciones de conformidad con las normas y reglamentos que garantizan la seguridad, conservación, seguimiento, control y cadena de custodia de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito. Dentro del plazo máximo de diez (10) días naturales deberá informar a la CONABI sobre los bienes incautados o decomisados y las medidas iniciales de custodia y conservación, para que esta proceda conforme a lo previsto en el presente Decreto Legislativo. Para el debido cumplimiento de estos fines, las entidades del sector público deberán cooperar con el Ministerio Público.

Duodécima.- Glosario

Para efectos del presente Decreto Legislativo se considera:

- a) Objeto del delito: bienes muebles o inmuebles sobre los que recae la acción delictiva.
- b) Instrumentos del delito: Bienes o medios utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, a cometer o intentar cometer el delito.
- c) Efectos del delito: Bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros animales directamente derivados de la acción delictiva.

- d) Ganancias del delito: Los efectos mediatos o indirectos del delito, es decir, los frutos o rentas de este.
- e) Subasta pública: procedimiento administrativo, regido por los principios de transparencia, competitividad y legalidad, destinado a adjudicar en arrendamiento o en venta los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, a fin de garantizar la mejor opción a favor del Estado.

Decimotercera.- Delitos tributarios y aduaneros

Exclúyase del ámbito de competencia funcional de la CONABI a los bienes incautados o decomisados provenientes de la comisión de delitos tributarios y aduaneros, los mismos que se rigen de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1053 - Ley General de Aduanas, la Ley N° 28008 - Ley de los Delitos Aduaneros y demás normas sobre la materia.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera.- Competencia funcional para el proceso de pérdida de dominio

En los Distritos Judiciales en los que se encuentre vigente el Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, será competente para conocer el proceso de pérdida de dominio en primera instancia, el Fiscal Provincial Penal así como el Juez de la Investigación Preparatoria. En aquellos lugares donde aún no se encuentre vigente dicho Código Procesal, será competente el Fiscal Provincial Penal o Mixto y el Juez Especializado Penal o Mixto, según corresponda.

Segunda.- Transferencias para la CONABI

La CONABI asume el objeto, bienes, presupuesto y competencias de:

- a. El Fondo Especial de Administración de Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado - FEDADOI;
- b. La Comisión de Administración de Bienes Incautados y Decomisados - COMABID, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos;
- c. La Oficina Ejecutiva de Control de Drogas - OFECOD, del Ministerio del Interior.

En un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles computados desde el día siguiente de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, dichas entidades informarán y, de ser el caso, transferirán progresivamente a la CONABI, bajo responsabilidad, la totalidad de los bienes, dinero y especies incautadas y decomisadas que obren en su poder, debidamente inventariados, señalando el estado situacional en que se encuentren, su ubicación territorial y entregando el acervo documentario a su cargo. En tanto no opere la transferencia, la entidad transferente mantiene la responsabilidad de la custodia y administración de los bienes a su cargo.

De resultar necesario, y para efecto de la transferencia de créditos presupuestarios de los pliegos respectivos a favor de la Presidencia del Consejo de Ministros, esta se realiza mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Tercera.- Normas de adecuación

Las investigaciones preliminares y los procesos sobre pérdida de dominio que se encuentren en trámite, así como las incautaciones o decomisos efectuados en el marco de los procesos especiales, se adecuarán a lo dispuesto por el presente Decreto Legislativo y, asimismo, se ajustarán en cuanto corresponda a las competencias de CONABI.

Cuarta.- Administración temporal

Mientras dure el proceso de implementación de la CONABI, la Presidencia del Consejo de Ministros, en los casos que considere necesario, dispondrá la recepción, registro, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, asignación en uso, disposición y venta en subasta pública, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito de minería ilegal incautados o decomisados al amparo de lo dispuesto en los Decretos Legislativos N° 1099 y N° 1100.

Quinta.- Uso de saldos de la Resolución Ministerial N° 402-2005-JUS

Los saldos asignados en virtud de la Resolución Ministerial N° 402-2005-JUS que a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo no hayan sido real y efectivamente utilizados, incluyendo aquellos que se encuentren en el marco de convenios de administración de recursos, costos compartidos o similares, serán transferidos a la CONABI, excepto el destinado a la construcción de pabellones de establecimientos penitenciarios, cuya ejecución se encuentra a cargo del Instituto Nacional Penitenciario - INPE.

La CONABI, en un plazo no mayor de noventa (90) días naturales siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, transferirá los montos a que se refiere el párrafo anterior al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con el objeto de que este los destine al cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales del Estado Peruano en materia de Derechos Humanos.

Sexta.- Transferencia de reservas del Decreto Supremo N° 039-2005-PCM

El Presidente del Fondo creado en virtud de la Ley N° 28476 transferirá al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, el monto reservado en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 039-2005-PCM, incluyendo los intereses bancarios generados, dándose por compensado al Estado Peruano en su condición de agraviado y, por tanto, cumplida la Cláusula Segunda del Acuerdo suscrito entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América con fecha 12 de enero del 2004.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos destinará dichos recursos al cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales del Estado Peruano en materia de Derechos Humanos.

Sétima.- Vigencia de las normas sobre incautación y decomiso

El presente Decreto Legislativo y lo que dispuso durante su vigencia el Decreto Legislativo N° 992, modificado por la Ley N° 29212, no dejan sin efecto la vigencia de las demás normas previstas en el ordenamiento jurídico que regulan la incautación y el decomiso, las mismas que resultan plenamente aplicables.

Octava.- Autorización a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria para disponer de mercancías

- 8.1. Facúltase a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, para que durante un (1) año, a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, disponga de manera expeditiva de las mercancías que hayan ingresado a los almacenes de la SUNAT o a los almacenes aduaneros hasta el 31 de agosto de 2011, sea en situación de abandono, incautadas o comisadas, incluidas las provenientes de la minería ilegal, procedentes de la aplicación del Decreto Legislativo N° 1053 - Ley General de Aduanas o de la Ley N° 28008 - Ley de los Delitos Aduaneros, las mismas que serán rematadas, adjudicadas, destruidas o entregadas al sector competente, según su naturaleza o estado de conservación, sin perjuicio de que se encuentren con proceso administrativo o judicial en trámite. La disposición de estas mercancías no se regirá por la normatividad aplicable para la CONABI.
- 8.2. En caso exista un procedimiento administrativo por reclamo o apelación en trámite se procederá a notificar al propietario de la mercancía de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario. En caso exista proceso judicial en trámite, la SUNAT dará cuenta a la Sala que conoce del proceso, del acto de disposición en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de efectuada la disposición de la mercancía.
- 8.3. Las entidades del sector público podrán ser beneficiadas con la adjudicación de las mercancías disponiendo de un plazo de veinte (20) días hábiles para el retiro de estas, vencido dicho plazo sin que se haya producido el retiro, la SUNAT queda autorizada para disponer nuevamente de ellas.
- 8.4. La SUNAT pondrá a disposición del sector competente las mercancías restringidas que se encuentren comprendidas en el numeral 8.1 de la presente disposición. El referido sector dentro del plazo establecido en el artículo 186° del Decreto Legislativo N° 1053 - Ley General de

Aduanas deberá efectuar el retiro de dichas mercancías o pronunciarse sobre la posibilidad del ingreso de las mercancías al país. Vencido el citado plazo, y de no haberse efectuado el retiro de las mercancías o emitido el pronunciamiento, la SUNAT conforme a la naturaleza y estado de la mercancía procederá a su adjudicación o destrucción, previo pronunciamiento de una entidad especializada en la materia.

8.5. De disponerse administrativa o judicialmente la devolución de las mercancías, la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas efectuará el pago del valor de las mercancías determinado en el avalúo más los intereses legales correspondientes calculados desde la fecha de su valoración. Para estos efectos, el valor de las mercancías corresponderá al de la fecha de su avalúo realizado por la SUNAT de acuerdo a la Ley de los Delitos Aduaneros o las Normas de Valoración de la Organización Mundial de Comercio - OMC, según corresponda. En caso no exista elementos para efectuar la valoración, este corresponderá al valor FOB que se determinará durante el proceso de la verificación física de dichas mercancías, aplicando para tal efecto el valor FOB más alto de mercancías idénticas o similares que se registran en el Sistema de Valoración de Precios de la SUNAT.

8.6. La SUNAT queda facultada para aprobar las normas necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente disposición.

Novena.-Reglamento

El Reglamento del presente Decreto Legislativo se emitirá en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles siguientes a su publicación y será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros de Economía y Finanzas, Defensa, Interior y Justicia y Derechos Humanos.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

Única.- Modificación del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957

Incorpórese el numeral 4 al artículo 223° del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, en los términos siguientes:

“Artículo 223°.- Remate o subasta del bien incautado

(...)

4. Cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos cuya titularidad haya sido declarada a favor del Estado mediante un proceso

de pérdida de dominio y en los casos de incautación o decomiso de bienes, efectos o ganancias establecidos en las normas ordinarias por la comisión de delitos en agravio del Estado, la Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI procederá a la subasta, en la forma y procedimiento establecido por la normatividad de la materia. El producto de esta subasta pública se destinará preferentemente a la lucha contra la minería ilegal, la corrupción y el crimen organizado, conforme al Reglamento de la materia”.

**DISPOSICIÓN
COMPLEMENTARIA DEROGATORIA**

Única.- Disposición derogatoria

Deróguese el Decreto Legislativo N° 992, Decreto Legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio, modificado por la Ley N° 29212; la Ley N° 28476, el artículo 6° de la Ley N° 28635; los artículos 69°, 78°, 79°, 80° y 81° del Decreto Ley N° 22095 y las demás normas que se opongan al presente Decreto Legislativo.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciocho días del mes de abril del año dos mil doce.

OLLANTA HUMALA TASSO

Presidente Constitucional de la República

ÓSCAR VALDÉS DANCUART

Presidente del Consejo de Ministros

DANIEL E. LOZADA CASAPIA

Ministro del Interior

JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

RENÉ CORNEJO DÍAZ

Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento Encargado del Despacho del Ministerio de Economía y Finanzas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE NOREÑA, Luís. Pruebas Judiciales, Imprenta Departamental, Manizales, 1981.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo. "La detención en caso de flagrante delito y el derecho penal". En Alerta Informativa. www.lozavalos.com.pe/alertainformativa
- ASENCIO MELLADO, José María. "La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita". En: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index>
- ARAZI, Roland. La Prueba en el Proceso Civil. Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1986.
- ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto. "Las garantías del imputado en el proceso penal". En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/ref-jud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>
- ANGULO ARANA. Pedro, Miguel. El Ministerio Público Orígenes, Principios, Misiones y Facultades. Editorial Tarea. Lima, 2001.
- ANARTE BORRALLO, Enrique. Conjeturas sobre la criminalidad organizada. En: Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Directores: Ferre Olive y Anarte Borrallo; Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- ARMENTA DEU, Teresa. "La verdad en el filo de la navaja. (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)". En: Revista Ius et Praxis,

volumen 13, número 2, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2007.

BEDOLLA SIERRA, Luis Fernando. La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Librería Jurídica COMLIBROS. Medellín, 2008.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Criminalidad organizada y mercados ilegales. En: Revista Eguzkilore, Número 11, San Sebastián, Diciembre 1997.

BROCCA, Marcelo. "Algunas reflexiones sobre el cuerpo del delito". En: www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal español. Parte General. Editorial Ariel. Barcelona, 1984.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Lima, Ara Editores, 2001.

CAFFERATA NORES, José Ignacio, MONTERO, Jorge, VÉLEZ, Víctor M, FERRER, Carlos F, NOVILLO CORVALÁN, Marcelo, BALCARCE, Fabián, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, FRASCAROLI, María Susana, AROCENA Gustavo A. Manual de Derecho Procesal Penal. Cátedras "A", "B" y "C". Segunda edición revisada y corregida. Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial, Córdoba, 2004.

CAROCCA PÉREZ. Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Editorial José María Bosch. Barcelona, 1998.

CARBONE, Carlos Alberto. "La prueba de grabación de conversaciones telefónicas y orales. El derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes". Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 2005.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. "La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación". Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 2, Universidad de Talca, 2010.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. "Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. una propuesta a modo de lege ferenda". Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios. Año 21 - N° 2, 2014.

- CATURELI Emerson. "Presunciones en Derecho Tributario". En: Temas actuales de Derecho Tributario. COELHO PASIN, Joao Bosco, SALAS FEBRES, María Alejandra, VILAR MAYER, Pollyana, IBARRA RODRÍGUEZ, Alejandro, GAVALDÁ, Jessica K, WANDERLEY DANTAS DE OLIVEIRA, José André, TORRES ESPINOSA, Blanca, AGUILAR, Nina, PONS FRANCO, Enrique, GONZÁLES LANDAETA, Verónica, PONS y GARCÍA, Jorge Vladimir. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2005.
- CASTILLO ALVA, José Luis, La motivación de la valoración de la prueba en materia penal. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2014.
- CHAIÁ, Rubén A. La prueba en el proceso penal. Buenos Aires, Editorial Hammurabi SRL, 2010.
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides. "La incautación en el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116". En Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 18, diciembre 2010.
- CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Criminalidad organizada, concepto. La asociación ilícita, problemas de autoría y participación. En: La criminalidad organizada. "Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos". Dir. Carlos Granados, Consejo General del Poder Judicial, 2001, Madrid.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. El proceso penal. Tomo II. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 1998.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio, TOMÉ GARCÍA, José Antonio. Derecho Procesal Penal, Editorial Ceura, Madrid, 1993.
- DEL MOLINO, María Soledad. "La Presunción de Inocencia como Derecho Constitucional". Revista de Derecho Procesal, Madrid, 1993.
- DEL POZO PÉREZ, Marta. "El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española". En: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/260>

- DEL AMO, León. La clave probatoria. Pamplona, Ediciones Universales de Navarra S.A. Navarra, 1978.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín. La organización criminal. JM Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- DE LLERENA SUAREZ-BARCENA, Emilio. Derecho Procesal Penal. Manual para criminólogos y policías. Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. 9º Edición. Bogotá, Editorial Temis, 1989.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”. En: Pérez Álvarez, F., (coord.). Serta. In memoriam Alexandri Baratta, Edición de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La teoría de la prueba indiciaria”. En <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba. Tomo I. Ediciones Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1970.
- FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad económica. En: Revista Penal, Numero 7, Salamanca, 2001.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. “¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. Revista Doxa Nº 28, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Madrid, 2008
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba. Ediciones Jurídicas y Sociales. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- GUEVARA MANRIQUE, Rubén y GUEVARA BRINGAS, Rubén. “La fe pública registral: ¿Cómo nos beneficia”. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de San Martín de Porras, Editorial Grafica Horizonte, Lima, 1999.
- GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea; DE LA CORTE, Luis; REQUENA, Laura; DE JUAN, Manuel, “La medición y evaluación de la criminali-

- dad organizada en España: ¿Misión imposible?”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, N° 9, 2009.
- GIMENO SENDRA, Vicente. “La necesaria reforma de la prisión provisional”. *Revista Peruana de Derecho Procesal* N° VI, Lima, 2003.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Civitas- Thomson Reuters. Primera edición, Navarra, 2012.
- GORIGOITÍA ABBOTT Felipe. “Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal”. En: *Revista de derecho (Coquimbo)*. Versión On-line ISSN0718-9753.http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532013000100006&script=sci_art-text
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta *Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación*. Editorial Colex, Madrid, 2004.
- GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Editorial Colex, Madrid, 1990.
- HUERTAS MARTÍN, María Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*, Editorial EDDILI, Lima, 1987.
- JAUCHEN, Eduardo. M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. “Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal”. En *Estudios de Derecho Judicial*, volumen sobre crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial. Madrid, CJPJ. Escuela Judicial, Madrid, 1998.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto “Nuevos órganos de control en la Constitución”. En: *La reforma de la Constitución*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*. En: *Delincuencia organiza-*

- da. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Dirs: Ferre Olive y Anarte Borrallo; Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal. Tomo II. Buenos Aires, Editorial EJE. 1963.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado. En: La criminalidad organizada. "Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos". Dir. Carlos Granados, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián. "El crimen organizado en Chile. Una aproximación criminológica al perfil del delincuente a través de un estudio a una muestra no representativa de condenados por delitos de tráfico de estupefacientes". Política Criminal Vol. 10, Nº 19, Julio 2015, artículo 2, pág. 48. En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A2.pdf
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Grijley, Lima 2004.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. "Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria". Revista Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 146, Lima, enero 2006.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. "La investigación en el nuevo Código Procesal Penal". En Estudios Penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos, Lima, 2003.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar Eugenio. "La Privación Cautelar de la Libertad en el Proceso Penal Peruano". Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el proceso penal: "Temas actuales desde una perspectiva comparada y Derecho brasileño". Sao Paulo, 31 julio/ 3 de agosto, 2001. En: <http://190.41.250.173/rj/bases/guia1/gord.htm>
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar E. "Las medidas cautelares reales en sede preliminar: La incautación". Ius et veritas Año IX, Nº 19, Lima, diciembre, 1999.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal po-

lítico hasta la lucha contra el crimen organizado. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.

SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. “La prueba ilícita en el proceso penal”. En: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2006/saenz06.htm>.

SALIDO VALLE, Carlos. La Detención Policial. Editorial J. M. Bosch, Valencia, 1997.

SINTURA VARELA, Francisco José. Concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia. Editorial Biblioteca jurídica Dike, Medellín, 1995.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla, México DF, 1995.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Editorial Trotta. Segunda Edición. Madrid, 2005.

ORÉ SOSA, Eduardo. “Organización criminal. a propósito de la ley 30077 ley contra el crimen organizado”. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140308_02.pdf

OVEJERO PUENTE, Ana María. Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PAREDES CASTAÑON, José. El riesgo permitido en derecho penal. Editorial Grijley. Lima, 2003.

PIETRO VERA, Alberto José, ARIAS DUQUE, Juan Carlos, ALBARRACÍN DURÁN, José David, UMBARILA RODRÍGUEZ, José Ignacio, LEVERDE NOVOA, Héctor Jaime, AREVALO CORREDOR, Silvia, VERDUGO SAUCEDO, Pedro, CHIAPE PIRAQUIVE, Yolanda, ROSERO GONZALES, Ricardo Emilio, GOMEZ PEÑA, Olga Cecilia, HOYOS QUINBAYO, Luis Carlos, CALDERÓN MONTENEGRO, Henry Alberto, SANCHEZ LUGO, Carlos Felipe, RODRÍGUEZ MORA, Pedro, CUESTA VILLAVA, Antonio José. El Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Tomo II. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005.

- PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Editorial Grijley, Lima, 1997.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317° del Código Penal". https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_65.pdf
- PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría general de medidas cautelares penales. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
- MATHEUS, Carlos Alberto. "Sobre la función de la prueba". En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 55, Lima, 2002.
- MARTICORENA COLLANTES, Omar Hugo. "La individualización de los efectos de la prescripción penal". Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 3, setiembre, 2009, Editorial Gaceta Jurídica.
- MEINI MÉNDEZ, Iván. "Procedencia y requisitos de la detención". La Constitución Comentada, Tomo I, Lima, 2010.
- MIDÓN, Marcelo Sebastián. Derecho Probatorio. Parte General. Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza, 2007.
- MORA INZQUIERDO, Ricardo, SÁNCHEZ PRADA, María. La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio. Editores Gráficos Colombia LTDA. Bogotá, 2007.
- RAMOS HERREDIA, Carlos. El rol del Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal. Estudios y Jurisprudencia. Fondo Editorial USMP, Lima, 2010.
- ROCHA DEGREEF, Hugo. Presunciones e indicios en juicio penal. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1997.
- ROSAS YATACO, Jorge. "Breves anotaciones a la investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal". En Vox Iudex. Revista de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Año II, N° 3, Trujillo, octubre 2009.
- ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia Penal, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, Tomo I.

- ROJAS VARGAS, Fidel. "La nueva Ley de Pérdida de dominio". En *Revista Jus Doctrina & Practica*. N° 4 Lima, abril, 2008.
- ROXIN, Claus. "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público". En: *El Ministerio Público en el proceso penal*. MAIER, Julio B. J., ROXIN, Claus, RUSCONI, Maximiliano A. GUARIGLIA, Fabricio O, CERLETTI, Marco L, FOLGUEIRO, Hernán L, BRUZZONE, Gustavo A. Editorial Ad- Hoc SRL., Buenos Aires, 1993.
- RUSCONI, Maximiliano A. "División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público". En: *El Ministerio Público en el proceso penal*. Aranzadi, Madrid, 1995.
- VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar. "La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional Español. Los casos, fáciles, difíciles (...) trágicos". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* N.º 9, Madrid, año 2005/2006.
- V. GREVI, Libertà personale dell'imputato e costituzione, Editorial Giuffrè, Milán, 1976.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Manual de derecho penal, Parte general*, Editorial Grijley, Lima, 2006.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal parte general*. Editorial Grijley. Lima, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*, 5ª edición, Editorial Ediar, Buenos Aires. 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl ALAGIA y SLOKAR. *Derecho Penal parte General*. Ediar. Buenos Aires. 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*, Editorial B de F, Buenos Aires Montevideo, 2005.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2013.

