

54.º Finalmente, en caso de sentencia condenatoria, se debe disponer la continuidad y modificación de las medidas de protección, el tratamiento terapéutico a favor de la víctima, el tratamiento especializado al condenado, la continuidad o modificación de las medidas coercitivas civiles, la emisión de providencias de implementación del cumplimiento de las medidas de protección y de cualquier otra a favor de las víctimas o sus deudos (artículo 20 de la Ley 30364).

55.º De estimar una gravedad manifiesta en el delito cometido se podrá, desde luego motivadamente, imponer la pena privativa de libertad efectiva.

IV. DECISIÓN

57.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

ACORDARON

58.º **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 19, 20, 23 al 25, 33, 42, 44 al 46, 49, 51 y 52 al 54 del presente Acuerdo Plenario.

59.º **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

60.º **DECLARAR** que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo

Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

61.º **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano* y en la Página Web del Poder Judicial.
HÁGASE saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SILDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

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

ACUERDO PLENARIO N° 10-2019/CIJ-116

BASE LEGAL: Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

ASUNTO: Organización criminal y técnicas especiales de investigación

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

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

de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ– y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

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

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

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

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

4.º Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a las diferencias

hermenéuticas entre organización criminal y banda criminal, las siguientes personas:

1. Michael García Coronel – abogado.
2. Arturo Mosqueira Cornejo – Fiscal Provincial
3. Irene Mercado Zavala – Fiscal Provincial.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra: **A.** Michael García Coronel. **B.** Irene Mercado Zavala. **C.** Arturo Mosqueira Cornejo.

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

7.º Ha sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO y NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA: LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

1.º El 20 de agosto de 2013, se promulgó la Ley 30077 – Ley contra el Crimen Organizado, en su Exposición de Motivos mencionó que el artículo 44 de la Constitución estatuye como un deber primordial del Estado, entre otros: “[...] *proteger la población frente a las amenazas contra su seguridad* [...]”. Sobre esta base el Estado elaboró diversas medidas punitivas frente a los hechos antisociales, a la vez que las concretó a través de preceptos legales, de carácter material y procesal, para garantizar su eficacia, asumiendo como límite el respeto de los derechos fundamentales y los valores, directivas y principios constitucionales. En esta perspectiva, añadió el legislador, que para poder enfrentar ciertas clases especiales de delitos –cuyas características dificultan su persecución e, incluso, en el caso del crimen organizado pueden socavar los cimientos de economía legal de cualquier Estado– es menester contar con instrumentos legales y operativos que permitan recabar adecuadamente las fuentes de investigación o de prueba.

∞ Es de tener presente, desde luego, que en materia de crimen organizado –en tanto, genéricamente, es de concebirlo como un “[...] *entramado que dispone de gran cantidad de medios personales y materiales que le facilita su actividad delictiva*” [CALDERÓN ARIAS, EMMA/LARA HECHAVARRÍA, LESLY: *La cualificación de los métodos especiales de investigación en América Latina y el Caribe*, Cali, Octubre 2016, p. 9]– las intervenciones normativas son aspectos importantes de un conjunto de factores, entre los que se encuentran, adicionalmente, no solo los desarrollos jurisprudenciales, sino también el compromiso institucional y político –de todos los poderes públicos– y los comportamientos de la sociedad civil. El control del crimen organizado y la reducción al mínimo su capacidad de dañar a la sociedad depende no solo del aparato del Estado: leyes, policías, fiscales y jueces, sino también de la movilización de la ciudadanía en contra de esta amenaza, debiéndose exigir públicamente la aplicación estricta de la ley y de la fuerza coercitiva y coactiva del Estado en contra de esta amenaza [NOGUEIRA D'ARGENIO, MARÍA LUCÍA: *Las especiales técnicas de investigación de los delitos de lavado de activos*. En: Revista Pensamiento Penal, Montevideo, 2014, pp. 1-2].

∞ La combinación conjunta de todos ellos es la clave para combatir con eficacia este grave problema, en el entendido de que la peligrosidad de la criminalidad organizada no sólo está conectada a (i) su brazo violento (eliminación física de adversarios y de víctimas, así como sosteniendo un clima de intimidación y alarma social) o (ii) su masiva presencia en los más variados mercados ilícitos (drogas, armas y explosivos, trata de personas, etcétera),

sino también se deriva de (iii) su capacidad de infiltración en la política, en la economía, en la sociedad [Confróntese: MILITELLO, VINCENZO: *Lucha contra la criminalidad organizada de tipo mafioso y el sistema penal italiano*. En: *Problemas actuales de la justicia penal*, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLÁS (Director), Editorial Colex, Madrid, 2013, pp.119-120].

2.º En el articulado de la Ley 30077 –en adelante, la Ley– se incorporaron disposiciones generales para todas las técnicas especiales de investigación. La regulación de las mismas se consolidó porque se asumió, con razón, que las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes, carecen de efectividad frente a este tipo de delincuencia, y se consideró que las técnicas especiales de investigación están perfiladas con el propósito de interceptar tanto carga, como información acerca de cualquier operación sospechosa dentro de una organización criminal, antes de que esta sea completada exitosamente, justificadas por la necesidad de llevar a cabo investigaciones en el seno de agrupaciones criminales para desentrañarlas [CALDERÓN ARIAS, EMMA/LARA HECHAVARRÍA, LESLY: *Ob. Cit.*, pp. 10-11].

∞ Es de destacar, respecto de las técnicas especiales de investigación:

A. Su aplicación, según las exigencias del caso concreto.

B. Su empleo, con el escrupuloso respeto de dos principios claves. 1. De razonabilidad –entendido como no arbitrariedad– y 2. De Proporcionalidad –la necesidad, es un sub-principio del género que es el principio de proporcionalidad–, entre otros.

C. Asimismo, en el artículo 15, inciso 1, de la Ley se estableció la obligatoriedad de colaboración por todas las instituciones y organismos del Estado, funcionarios y servidores públicos para la oportuna y eficaz realización de estas técnicas especiales de investigación.

3.º En el artículo 3 de la Ley se precisó su aplicación, de un lado, (i) a más de 50 tipos penales, entre los cuales destacan: trata de personas, extorsión, marcaje o reglaje, secuestro, tráfico ilícito de drogas en sus diversas modalidades, contra la salud pública, ambientales, tráfico ilícito de armas, pornografía infantil, contra la Humanidad, contra la Administración Pública, lavado de activos, entre otros; y, de otro lado, (ii) a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante específica su comisión mediante una organización criminal, y a cualquier otro delito cometido en concurso con los delitos antes citados.

∞ Es de tener en cuenta, por lo demás, que el artículo 2 de la Ley solo introdujo un criterio operativo para definir el ámbito objetivo o los alcances del proceso con especialidades procedimentales en materia de crimen organizado a los efectos de la aplicación de sus preceptos. El citado artículo 2 de la Ley no se erige, por tanto, en un tipo penal, sino consagra la institucionalización de un verdadero proceso con especialidades procedimentales.

∞ El nombrado artículo 2, en su inciso 2, definió el conjunto de individuos a los que se aplica las disposiciones que contiene. En efecto, la Ley comprendió: “*La intervención de los (i) integrantes de una organización criminal, (ii) personas vinculadas a ella, o que (iii) actúan por encargo de la misma* [...] *que puede ser* [en todos los casos] *temporal, ocasional o aislada* [pero] *debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal*”.

∞ Por último, según ya se aclaró en el Acuerdo Plenario 8-2019/CIJ-116, de la fecha, que el género del injusto de organización es la organización criminal, mientras que son especies de ella (i) la organización criminal propiamente dicha y (ii) la banda criminal –en razón a su diferenciación por las notas características de su estructura interna, menos compleja en la segunda, y por la naturaleza de los delitos que integran su plan criminal sustantivo–. A ambas figuras típicas se extiende, por razones obvias, los alcances de la Ley 30077.

4.º Cabe agregar que, mediante el Decreto Legislativo 1244, de 29 de octubre de 2016, se establecieron diversas modificaciones a la Ley 30077. Por tanto, entre la lista de delitos comprendidos en el artículo 3 de la citada Ley se agregaron los delitos tipificados en los artículos 108-C,

108-D, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B y 310-C del CP.

∞ Dicho Decreto Legislativo, igualmente, modificó el artículo 24 la Ley, para que las personas condenadas como líderes y financistas de organizaciones criminales, así como los agentes que atenten contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables, no puedan obtener los beneficios penitenciarios referentes a la redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional. De igual manera, esta prohibición se extendió a los que desde esa integración o vinculación cometan los delitos de homicidio calificado, sicariato, trata de personas, trata de personas con agravantes, robo con agravantes y secuestro.

5.º Ahora bien, en la lucha contra la criminalidad organizada se han regulado diversas técnicas especiales de investigación para hacerle frente por sus altos índices de impacto negativo que produce en el colectivo social. En función a la evolución que ha tenido la criminalidad organizada, como consecuencia de la globalización de la economía, es que, en su nivel más sofisticado, le permitió “[...] actuar de forma directa o indirecta, en un radio de acción global y a tiempo real, cerradas, o atomizadas, y con un funcionamiento en red, y la difícil identificación tanto de sus componentes como de la forma en la que se articulan sus actividades criminales [...], lo que forzó a los gobiernos que desarrollen instrumentos de todo orden para que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad comenzaron a explorar técnicas de investigación propias de los servicios secretos” [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: *Estrategias Multidisciplinarias de seguridad para prevenir el crimen organizado*. Tesis doctoral. Barcelona, 2015, pp. 55-56].

∞ No obstante, pese a lo consignado en el último párrafo del fundamento jurídico precedente, un sector de la judicatura, lamentablemente, ha venido pronunciándose en el sentido de que no es posible investigar a una banda criminal empleando estas técnicas especiales de investigación –aun cuando se trata de injustos de organización y que, incluso, existen figuras procesales vigentes con anterioridad a la Ley, como es el caso del agente encubierto y especial, y de circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, con una aplicación obviamente expansiva–.

∞ Cabe reiterar que el artículo 2, apartado 1, de la Ley, no es un tipo penal, sino una mera definición operativa, muy amplia de organización criminal –solo para garantizar la eficacia de su persecución procesal– y, como tal, en su comprensible amplitud, abarca lo que el Código Penal, en sus últimas reformas, denominó organización criminal y banda criminal (artículos 317 y 317-B, según el Decreto Legislativo 1244, de 29 de octubre de 2016). Las explicaciones pertinentes constan en el aludido Acuerdo Plenario 8-2019/CJ-116, de la fecha.

§ 2. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

6.º El armazón de las técnicas especiales de investigación está constituido por la normativa internacional. El 20 de diciembre de 1988, a partir de la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, también conocida como Convención de Viena, se realizó el primer intento serio para unificar los desiguales y variados mecanismos de investigación, que inclusive eran de aplicación informal.

∞ El artículo 11 de dicha Convención instituyó, en sede internacional y de cooperación judicial internacional, el procedimiento de “entrega vigilada”, con el fin de descubrir a las personas implicadas en los delitos tipificados conforme al párrafo 1 del artículo 3 de la Convención.

7.º Posteriormente, mediante la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, también conocida como Convención de Palermo (2000), que entró en vigencia en el 29 de septiembre de 2003, se logró especificar mucho más los procedimientos de investigación. En su artículo 20 reguló expresamente las denominadas “Técnicas Especiales de Investigación”, en cuyo inciso 1 se prevén los controles para la utilización de la entrega vigilada, y otras técnicas,

como la vigilancia electrónica o, de otra índole, en este caso las operaciones encubiertas.

8.º Finalmente, con la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, también conocida como Convención de Mérida (2003), también se hace mención a las “Técnicas Especiales de Investigación”, “[...] en aras de combatir eficazmente la corrupción...” –artículo 50–, para que las Partes conforme a las condiciones prescritas en su derecho interno adopten las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso a “[...] la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica (es lo que se denomina “tecnovigilancia”) o de otra índole y las operaciones encubiertas (con la actuación del agente encubierto y con la configuración de operaciones trampa de creación de personas jurídicas ficticias), así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales”. Asimismo, desde la perspectiva de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, en su artículo 40, estableció que: “Cada Estado Parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados en la presente Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que puede surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario”.

9.º Es relevante, desde la legislación internacional –esta vez de carácter regional, europea– la Recomendación Rec (2005) 10 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre “técnicas especiales de investigación” en relación a delitos graves, incluidos los actos de terrorismo, de 20 de abril de 2006 [CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros].

∞ En los “Principios Generales” señaló (2) que los Estados miembros deben adoptar las medidas legislativas apropiadas para el uso de técnicas especiales de investigación con el fin de ponerlas a disposición de las autoridades competentes en la medida en que esto es necesario en una sociedad democrática y se considere adecuado para una eficiente investigación y persecución penal. Asimismo, (3) que los Estados miembros deben adoptar las medidas legislativas apropiadas para garantizar un control adecuado de la aplicación de técnicas especiales de investigación por parte de las autoridades judiciales u otros organismos independientes a través de una autorización previa, la supervisión durante la investigación o revisión *ex post facto*. El acento está, pues, de un lado, en el uso adecuado y necesario, en una sociedad democrática, de las mismas y, de otro lado, en el control adecuado de su aplicación.

∞ Frente a este último punto es de tener presente que el medio de investigación que se acuerda en la investigación está llamado a lograr resultados que puedan utilizarse como prueba en la causa penal, por lo que para su calificación como medio de prueba han de incorporarse al juicio oral bajo los principios de contradicción, igualdad de armas, inmediación, publicidad, y demás principios propios del proceso penal acusatorio. Adicionalmente, el respeto de la (i) cadena de custodia (artículo 220, apartado 5, del Código Procesal Penal) –cuando se trate de pruebas materiales–, además de la propia (ii) licitud en su obtención y actuación, otorgará eficacia procesal al elemento probatorio que resulte de las “Técnicas Especiales de Investigación” y podrá valorarse por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica judicial.

§ 3. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – LEGISLACIÓN INTERNA

10.º El Decreto Legislativo 824, de 24 de abril de 1996, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, en su artículo 28, introdujo las figuras del “agente encubierto” y de la “remesa controlada” como técnicas especiales de investigación de carácter secreto, las cuales tenían el propósito de obtención de la prueba –en pureza, fuentes de prueba– necesaria para la acusación penal.

∞ A continuación, la Ley 27697, de 12 de abril de 2002, incluyó como técnica especial de investigación la intervención de las comunicaciones, en su artículo 2

estatuyó el carácter secreto de esta técnica de investigación. En su consecuencia, fijó las fases en las que se desarrolla el proceso de intervención de las comunicaciones, designó a los funcionarios legitimados para solicitar al juez la intervención de las comunicaciones, así como también al encargado del desarrollo de las fases de esta (el fiscal) y a su personal de apoyo. Señaló, además, los presupuestos del requerimiento de intervención de las comunicaciones, y estableció medidas de control sobre estas actuaciones que podrá ejercer el afectado.

11.º El Código Procesal Penal —en adelante, CPP— aprobado por el Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004, a diferencia de la Ley 27967, de 12 de abril 2002:

A. Instituyó como presupuesto para el conocimiento y control de comunicaciones, no un listado de delitos, sino un criterio objetivo basado en la pena del delito: que corresponda a privación de libertad superior a cuatro años (artículo 230, apartado 1). Asimismo, el citado Código otorgó responsabilidad a los terceros que tengan en su poder correspondencia relacionada a la investigación y se nieguen a entregarla (existen excepciones, claro está). La intervención de las comunicaciones comprendía las comunicaciones telefónicas, radiales “...o de otras formas de comunicación”, a cuyo efecto el fiscal debía indicar al juez tanto la identidad del medio de comunicación o telecomunicación cuando la forma de la interceptación, su alcance y su duración (artículo 230, apartado 3, del CPP).

B. El control de comunicaciones escaló un nivel superior con el Decreto Legislativo 1182, de 27 de julio de 2015, que incorporó el uso de tecnologías de la información y comunicaciones por la Policía Nacional. Se trató de la localización o geolocalización de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar, cuando el acceso a los datos respectivos “[...] constituya un medio necesario para la investigación” (artículo 3, literal c). A estos efectos es imprescindible, para su debida ponderación, tomar en consideración la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014 —su regulación por el legislador, así como su interpretación y aplicación por el juez, no puede asumirse sin la referencia que impone el principio de proporcionalidad [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL — GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 177]—.

C. En cuanto al tópico de la “remesa controlada”, el CPP cambió su *nomen iuris* por el de “entrega circulación o entrega vigilada de bienes delictivos”. Impuso que la utilización de esta técnica corresponde al fiscal; y, la autorización judicial cuando se trate de interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos (artículo 340, apartado 3). Asimismo, previa orden judicial, incorporó la posibilidad de apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos, y en caso los tengan, poder sustituirlos, así como integró el listado de los bienes delictuosos que pueden ser sustituidos.

D. En lo referente al agente encubierto (artículo 341 del CPP) facultó su introducción a cualquier organización criminal —no solo las que se dediquen al tráfico ilícito de drogas— y reguló de forma más específica su ámbito y límites de actuación dentro de la organización criminal en la cual se infiltra, así como también instauró de forma expresa la posibilidad de cambiar los documentos de identidad de estos agentes. Igualmente, dispuso la obligación de consignar en la Disposición Fiscal de designación de agentes encubiertos tanto el nombre verdadero del miembro de la policía como el supuesto que utilizara en el caso concreto.

∞ El CPP, además, ordenó que la información que obtenga el agente encubierto ha de ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento del fiscal y sus superiores. También permitió el uso de esta información en otros procesos si es que tales conocimientos son necesarios para el esclarecimiento de un delito. De igual manera, impuso la obligación de ocultar su identidad si es necesario para su seguridad. Por último, instruyó al fiscal la obligación de solicitar autorización al juez de la investigación preparatoria para la ejecución de actuaciones que puedan afectar derechos fundamentales.

D. El 15 de junio de 2006, por Resolución 729-2006-MP-FN, la Fiscalía de la Nación aprobó el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto, que fijó los lineamientos generales que deberán observar los Fiscales para la utilización de estas técnicas de investigación secretas.

E. El artículo 207 del CPP incorporó al elenco de técnicas de investigación la denominada “videovigilancia”, “tecnovigilancia” o “vigilancia electrónica”, que igualmente la radicó en los delitos graves y contra organizaciones delictivas, siempre sin conocimiento del afectado. A la tradicional vigilancia directa —personal, por los propios agentes policiales—, se autorizó —en lo que ya se denomina “tecnovigilancia”—: 1. Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes. 2. Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado. El último párrafo del citado artículo 207, apartado 1, del CPP, estableció: “*Estos medios técnicos de investigación se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resulte menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios*”.

∞ Es de puntualizar, desde ya, que la vigilancia es una observación secreta, continua y a veces periódica de personas, vehículos, lugares u objetos para obtener información sobre las actividades e identidad de individuos. Esta, como tal, no representa una intromisión a los derechos fundamentales de los ciudadanos investigados. En ella, (i) la vigilancia directa, se pueden utilizar prismáticos, cámaras fotográficas o video gráficas con zoom, así como disfraces, coches disimulados o incluso que se aposten en ventanas o azoteas; y, puede comprender lugares abiertos y lugares cerrados pero de pública concurrencia o abiertos al público (bares, discotecas, cines, tiendas, etcétera), así como también en lugares privados, aunque en este último caso se requiere de una previa orden judicial por afectarse la libertad domiciliaria. Y, para minimizar los riesgos de los agentes policiales y alcanzar un grado de eficacia aceptable contra las organizaciones del crimen organizado, se permitió utilizar elementos electrónicos en la vigilancia, que por ello se denomina (ii) vigilancia electrónica o tecnovigilancia (microsistemas de seguimiento y grabación de imágenes —es lo que se denomina vigilancia electrónica o tecnovigilancia—). Esta última se define como “[...] todo tipo de control telemático de la actividad personal del individuo o de cuando sucede en un espacio, lugar u objeto, referido a un momento determinado, sirviéndose para ello de algún instrumento de base científica”. Los instrumentos de base científica más utilizados son los sistemas de seguimiento: (i) vía satélite, (ii) por teléfono móvil, (iii) por computadora, (iv) por movimientos bancarios —pagos con tarjeta de crédito o realización de movimientos bancarios por vía telemática—, entre otros que dicten los avances de la tecnología [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: *Ob. Cit.*, pp. 279-284].

∞ Es claro, por lo demás, que el CPP utilizó una redacción amplia o flexible para comprender los avances de la tecnología en la investigación del delito en reconocimiento a la continua evolución de la ciencia aplicada a la criminalística. En esta perspectiva estipuló lo siguiente: “*Utilizar otros medios de investigación especiales [...]: éstos “...se dispondrán cuando resulten indispensables [...]*”.

∞ En tal virtud, como señaló la STCE 49/1999, de 5 de abril, aun cuando se presenten supuestos de una insuficiente adecuación al ordenamiento que las nuevas tecnologías pueden generar —aunque comprendidas en una lógica normativa global o genérica—, ello “[...] no implica por sí misma necesariamente la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales, siempre que éstos hubieran actuado en el caso concreto respetando las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad”; aunque, como apuntó la STCE 145/2014, de 22 de septiembre: “*el legislador ha de hacer el ‘máximo esfuerzo posible’ para garantizar la seguridad jurídica [de suerte que...] la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad par aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad*”. Es imprescindible, por consiguiente, que la ley señale en qué tipo de delitos y en qué clase de circunstancias las técnicas especiales de investigación

pueden estar justificadas. En el caso nacional, desde luego, existe suficiente base legislativa para estimar que cumple con el presupuesto de tipicidad procesal, que integra el principio de proporcionalidad.

12.° La Ley 28950, de 16 de enero de 2007, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, modificó parcialmente la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación, pero fue la Ley 30077, de 1 de julio de 2014, la que incorporó la figura del agente especial, entendiendo por tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal. Se le otorgó una protección igual que al agente encubierto, en lo que se refiere a la protección de su identidad.

13.° En cuanto al agente encubierto –que se extiende, como es obvio, al agente especial– se estipula que estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que son consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito.

∞ Cabe puntualizar que el artículo 341 del CPP ha sufrido varias modificaciones. La última se produjo por la examinada Ley 30077, de 20 de agosto de 2013, de suerte que colocó en igualdad de condiciones al agente encubierto y al agente especial, aunque incorporó el principio de subsidiaridad para la aplicación de éste último, al prever que tal figura legal solo se utilizará “[...] *cuando las circunstancias así lo requieran*, [el cual solo podrá ser el] *ciudadano que por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal* [mejor dicho, desde nuestro sistema eurocontinental, ‘pruebas de cargo’]” (artículo 341, apartado 1, última oración, del CPP).

14.° La Ley 29733 – Ley de Protección de Datos Personales, de 3 de julio de 2011, en su artículo 13, inciso 4, sancionó que la incautación, interceptación o intervención de las comunicaciones, telecomunicaciones, sistemas informáticos o sus instrumentos de carácter privado o uso privado sin mandato motivado del juez o autorización de su titular carecerán de efecto legal. Esta ley, sin duda, previó lo que se denomina el “registro de dispositivos masivos de información”, en cuanto vigilancia electrónica, siempre bajo autorización judicial –al poder resultar afectado el derecho a la intimidad– salvo razones de urgencia, que luego exigirá la ratificación judicial, en la medida en que la información buscada esté contenida en dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos: discos duros de computadora, correos electrónicos o en los teléfonos móviles.

15.° El artículo 7 de la Ley 30077, titulado “Disposiciones Generales”, respecto de las técnicas especiales de investigación –Capítulo II de la Ley–, autorizó la utilización de estas últimas siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables, en función al caso concreto, es decir, caso por caso. Introdujo como presupuestos de legitimidad de estas técnicas especiales de investigación el debido cumplimiento de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Afirmó, además, y cuando corresponda, que el requerimiento fiscal y la resolución judicial deben (i) estar debida y suficientemente motivados, bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de (ii) cumplir los demás requisitos legalmente previstos, así como (iii) señaló la forma de ejecución de la medida, su alcance y su duración. En estos casos, (iv) la resolución judicial se emite de plano, sin trámite alguno y en el plazo de veinticuatro horas.

∞ Asimismo, el artículo 9 de la Ley, para la interceptación postal e intervención de las comunicaciones, determinó que toda correspondencia que no tenga relación con los hechos investigados es devuelta a menos que revele la presunta comisión de otros hechos punibles. Igualmente, el artículo 10 de la Ley, respecto del registro de la intervención de las comunicaciones, estipuló que las comunicaciones irrelevantes deben ser destruidas a menos que revele una presunta comisión de otro hecho punible. En cuanto a la circulación y entrega vigilada de

bienes delictivos, el artículo 12 estableció que las personas naturales que colaboren, con autorización o por encargo de la autoridad competente, en la ejecución de esta diligencia, se encuentran exentas de responsabilidad penal, siempre que su actuación se haya ceñido estrictamente al ámbito, finalidad, límites y características del acto de investigación. El artículo 13, en lo concerniente a los agentes encubiertos, los facultó para intervenir en toda actividad útil y necesaria para la investigación del delito que motivó la diligencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 341 del CPP. Finalmente, el artículo 14 reconoció la realización de acciones de seguimiento y vigilancia para los sospechosos o de terceras personas con las que guarda conexión, bajo los lineamientos del artículo 207 del CPP.

16.° El Decreto Legislativo 1307, de 30 de diciembre de 2016, modificó el artículo 341 del CPP correspondiente al agente encubierto y al agente especial. (i) Amplió su ámbito de actuación a los delitos de trata de persona y contra la Administración Pública. Y, respecto de los que pueden ser agentes especiales, en el apartado 7, (ii) facultó la intervención como tales de funcionarios, servidores y particulares como agentes especiales y el tratamiento que merecerán estos.

17.° El citado Decreto Legislativo también añadió el artículo 341-A CPP, con el objeto de establecer la regulación de las operaciones encubiertas que puede realizar la Policía Nacional del Perú para poder proteger legalmente personas jurídicas y bienes en general. El citado artículo otorgó al Fiscal la facultad de (i) crear, para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar las ya existentes; así como, de (ii) autorizar la participación de personas naturales encubiertas, quienes podrán participar de procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado.

∞ Del mismo modo, el Decreto Legislativo 1307 incorporó al CPP el artículo 68-A, denominado “Operativo de revelación del delito”. Es, desde luego, una técnica especial de investigación –técnica que en sí misma no importa una restricción de derecho fundamental alguno–, circunscripta, desde una perspectiva interinstitucional, a la formación de grupos de investigación integrados del Ministerio Público, la Policía Nacional u otra institución pública –siempre que no genere riesgos relevantes de frustración– (verbigracia: SUNAT, organismos de seguridad pública, Unidad de Inteligencia Financiera, Contraloría General de la República, etcétera), para el descubrimiento y esclarecimiento de un delito –obviamente complejo– para (i) identificar (lógicas de individualización, reconocimiento y determinación) y, de ser el caso, (ii) detener a sus autores, que en todo caso debe ser perennizado a través del medio idóneo.

∞ La Ley no solo incorporó, como técnica especial de investigación, las medidas instrumentales de derechos o “medios de búsqueda de pruebas y restricción de derechos” de interceptación postal, intervención de comunicaciones y acciones de seguimiento y vigilancia, también hizo lo propio, conforme a su artículo 16, aunque bajo la denominación de “Medidas limitativas de derechos”, al levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, que ya estaba previsto en los artículos 235 y 236 del CPP –solo agregó expresamente la reserva bursátil–, bajo criterios más flexibles.

18.° Desde esta perspectiva, ha de entenderse por técnicas especiales de investigación aquellos métodos de esclarecimiento o averiguación utilizados para reunir información aplicados por la autoridad penal con el objetivo de detectar e investigar delitos y sospechosos sin alertar a la persona o personas a la(s) que esta acción va dirigida. Son especialmente convenientes frente a actividades delictivas complejas para hacer frente a las organizaciones criminales y bandas criminales debido a los peligros y dificultades inherentes al logro del acceso a sus operaciones y a la reunión de información y fuentes de prueba para su utilización en los procesos penales [confróntese: UNODC: *Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada: instrucción de evaluación de necesidades*, Nueva York, 2016, p. 58].

∞ La técnica de investigación, como se sabe, es la aplicación práctica de un método concreto de



investigación, en tanto camino o medio para llegar a un fin basada en herramientas para la investigación y sanción de delinquentes. Se la clasifica en técnicas tradicionales de investigación y técnicas especiales de investigación. Las primeras son aquellas que se visualizan hacia atrás, reconstruyen hechos del pasado y ofrecen al investigador los móviles y circunstancias en que se cometió el delito, así como la determinación de las personas que participaron en su comisión. Las segundas, visualizan el presente y hacia adelante, a modo de extraer elementos de una organización criminal en plena operación; y, comprende toda información relacionada a la agrupación criminal, como el tipo de estructura que presenta, modo de operar, identificación de miembros y colaboradores de la organización, forma de reclutamiento de nuevos miembros, forma menos peligrosa para infiltrar la organización, forma de relacionarse con otros grupos criminales, examen de toma de decisiones y grado de agresividad de la organización [RIVAS GUERRA, ALEJANDRO: *Análisis sistemático de los métodos especiales de investigación en el régimen jurídico guatemalteco*, Tesis de Licenciatura, Asunción de Guatemala, noviembre 2014, pp. 90-91]. Las técnicas especiales de investigación, por lo demás, permiten obtener pruebas directas e indiciarias más certeras para comprobar los delitos de realización compleja o de alta profesionalidad delictiva; y, tienen lugar cuando las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes [DIBAN, MICHEL: *Técnicas Especiales de Investigación*. OAS/SMS/CICAD y Comisión Nacional Antidrogas de El Salvador. Seminario Taller sobre Lavado de Activos para Jueces, Fiscales y Funcionarios encargados del Cumplimiento de la Ley. San Salvador – El Salvador, octubre 2013, p. 2].

∞ Es de concebir que la criminalidad organizada, especializada, utiliza unos medios de actuación que se encuentran totalmente cerrados al exterior, por lo que la intervención de la autoridad penal exige, a menudo, trasladarse a la investigación de ese ambiente [MOLINA PÉREZ, TERESA: *Técnicas Especiales de Investigación*. En: Revista Anuario Jurídico Económico, Real Centro Universitario "Escorial María Cristina", N° 41, Enero 2006, pp. 185]. También es de tener en consideración que uno de los objetivos fundamentales de la Ley, a través de las técnicas especiales de investigación, es, desde luego, abarcar el conocimiento de las estructuras de la organización, formas de operación y ámbitos de actuación e identidad de los integrantes del grupo delictivo, así como investigar y procesar no solo a las personas físicas que pertenezcan a la organización criminal, sino las personas jurídicas de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos [confróntese: artículo 11 de la Ley Federal contra la delincuencia organizada de México, de 7 de noviembre de 1996, modificada el 7 de abril de 2017].

∞ Por lo general las técnicas o actos especiales de investigación (i) se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación, así como (ii) entrañan una limitación de derechos fundamentales. En algunos casos, la autorización, por ser de baja o de mediana intensidad, corre a cargo del Ministerio Público, y cuando se trata de una intervención intensa o grave en los derechos constitucionales requiere autorización judicial expresa (es el caso, por ejemplo, de la protección del domicilio, del secreto postal y del secreto de las comunicaciones, de la reserva tributaria y del secreto bancario). De igual manera, estas técnicas especiales tienen como nota característica que, en su mayor parte, incorporan las tecnologías de la información y la comunicación, bajo el entendido que "[...] resulta posible afirmar que, bien la mayoría de los delitos dejan rastros en formato digital que pueden ser utilizados posteriormente en la investigación criminal para la averiguación de hechos y el descubrimiento de sus responsables, bien cualquier hecho delictivo puede ser investigado a través de múltiples instrumentos tecnológicos que facilitan las labores de investigación" [ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: *El Impacto de la tecnología en la investigación penal y en los derechos fundamentales*. En: AA. VV. (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS (DIRECTOR): *Problemas actuales de la justicia penal*, Editorial Colex, Madrid, 2013, p. 317].

∞ El derecho comparado reconoció no solo las técnicas especiales de investigación, referidas a la (i) "entrega circulación o entrega vigilada de bienes delictivos" y al (ii) "agente encubierto y especial", aparte de la (iii) "vigilancia y observación físicas", que consiste –esta última– en someter al sospechoso a supervisión

física, o seguimiento y filmaciones –incluso puede comprender la supervisión de sus cuentas bancarias o el uso de sofisticados métodos de control de las operaciones–, también configuró la (iv) vigilancia electrónica, que sirve para captar las conversaciones de particulares, algunos de los cuales podrían no estar implicados en la investigación, y puede ampliarse a la utilización de dispositivos de escucha, interceptación telefónica o de correo electrónico, y a la utilización de dispositivos de rastreo; las (v) "operaciones encubiertas y el recurso a las operaciones más complejas", que es un procedimiento planeado y ejecutado, siguiendo diversas tácticas, para ocultar la identidad de su autor [RIVAS GUERRA, ALEJANDRO: *Ob. Cit.*, p. 110], cuya utilidad se expresa cuando es muy difícil acceder por medios convencionales a una conspiración delictiva, mientras que su objetivo es entrar en contacto con los sospechosos, de manera que los agentes de la ley puedan ser testigos de prácticas delictivas y exponerlas, y desde una perspectiva más compleja crear de una entidad societaria con estos fines; y, (vi) la "supervisión de transacciones financieras" que permita identificar los movimientos de fondos ilícitos a través de instituciones financieras desde un control administrativo idóneo para tener acceso a las informaciones correspondientes para determinar el movimiento de fondos y las relaciones entre los involucrados, y de esta formar permitir que los investigadores vigilen las cuentas para localizar y determinar los movimientos y la forma en que se han dispersado los beneficios financieros de delitos complejos, entre ellos el de corrupción [confróntese: UNODC: *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Nueva York, 2010, pp.201-203].

§ 4. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – PRINCIPIOS REGULATORIOS

19.º Con la instauración del Estado de Derecho, se incorporó una serie de principios, derechos y garantías que intentan proteger a los individuos contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado. Ellos conforman la base política de orientación para la regulación del Derecho penal de un Estado, el marco político dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal. Tienen la máxima jerarquía, de carácter constitucional, de suerte que emanan de la ley suprema que otorga fundamento de validez [MAIER, JULIO: *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, 1996, pp. 473-474].

∞ Pero no solo se encuentran en la legislación nacional, sino también en la legislación internacional, en los tratados suscritos y ratificados por el Estado peruano. En materia penal, aquellos principios que tienen incidencia en el proceso penal, en general, y en las técnicas especiales de investigación, en específico, cumplen la función de orientar a las entidades que intervienen, tanto particulares como públicas, a actuar dentro del marco de legalidad, y así luchar contra el crimen organizado de una manera más efectiva, habida cuenta de que los mecanismos tradicionales de persecución penal se muestran deficientes ante estas nuevas modalidades de criminalidad moderna.

20.º Los principios que rigen las técnicas especiales de investigación son ocho [confróntese: UNODC: *Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada*, Septiembre 2005, Bolivia, pp. 13-14]. El entendido básico es que estas técnicas deben ser utilizadas con especial ponderación y teniendo presente que revisten un carácter subsidiario y excepcional, debiendo ser sometidas a estrictos y rigurosos controles legales y judiciales [NOGUERA D'ARGENIO, MARIA LUCIA: *Ob. Cit.*, p. 27].

1. Principio de legalidad. En materia procesal penal, conforme al artículo IV del Título Preliminar del CPP, "Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada [...]". Sin embargo, la mera existencia de una autorización legal no implica necesariamente que no esté vacía de contenido, lo que originaría que, en el caso concreto, se "legitimen" medidas de investigación desproporcionadas.

2. Principio de excepcionalidad o de subsidiariedad. Ante la insuficiencia de los métodos tradicionales de investigación del hecho punible, se erigen las técnicas especiales de investigación como la última salida para no dejar impune el delito; por consiguiente, se aplican en caso de ausencia o insuficiencia de fuentes de investigación o de prueba –la medida intrusiva se adopta cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos fundamentales que inciden primordialmente en el derecho a la intimidad [NOGUEIRA D'ARGENIO, MARÍA LUCÍA: *Ob. Cit.*, p. 17. STC 4750-2007/PHC-TC, de 9 de enero de 2009]–. Sin embargo, ello no implica agotar previamente todas las medidas de investigación, para que frente a la insuficiencia de sus resultados recién se proceda a utilizarlas. En el caso concreto, ha de analizarse si efectivamente, por la naturaleza, complejidad y características de la infracción delictiva, se requieren este tipo de técnicas de investigación. Esta labor exige un juicio de comparación entre las medidas disponibles y escoger entre aquellas que tengan la misma eficacia, la menos dañina desde el punto de vista de los derechos fundamentales.
3. Principio de proporcionalidad. Es el más característico en cualquier diligencia que vulnere los derechos fundamentales, e importa una ponderación, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, entre dos intereses en conflicto: el sacrificio de los derechos e intereses afectados y el beneficio que resulte para el interés público y de terceros –prohibición del exceso–, de modo que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adaptación resulte para el interés público y de terceros [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Ob. Cit.*, p. 215]. Se ha de tomar en cuenta la gravedad del hecho –el más relevante–, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes en el caso concreto –aunque, más bien, este criterio objetivo está vinculado al principio de intervención indiciaria–, la vulnerabilidad de la víctima o la alarma social, y la relevancia del resultado perseguido con la restricción de derechos, siempre desde una valoración ex ante (STSE de 24 de mayo de 2017).
 - ∞ El Tribunal Constitucional Español ha manifestado que el principio de proporcionalidad “*exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el artículo 9 de nuestra Constitución*” (STCE 66/1985).
 - ∞ Dentro de los presupuestos del principio de proporcionalidad se encuentran, como presupuesto formal el principio de legalidad y como presupuesto material el principio de justificación teleológica. Este último introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan de gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos –analizándose el fin en sí mismo considerado y que tienda a la consecución de fines legítimos– [GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Editorial INPECCP-UCLM-CENALES, Lima, 2018, p. 81).
 - ∞ Asimismo, el principio de proporcionalidad, además, requiere el cumplimiento de requisitos extrínsecos e intrínsecos. Son dos los requisitos extrínsecos: jurisdiccionalidad de la medida en tanto se afecta de modo grave los derechos fundamentales, y motivación de las resoluciones judiciales [GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Ob. Cit.*, p. 127].

∞ Dentro de los requisitos intrínsecos se encuentran una serie de sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad es un juicio de valor de objetivos de la decisión jurídica que dispone medidas frente a los derechos fundamentales, teniendo presentes los propósitos contenidos en la determinación de la decisión para confrontarlos con los objetivos preestablecidos en el sistema jurídico-constitucional y así concluir si son legítimos frente a este; el resultado del juicio de idoneidad, además, determinará la duración de la medida [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Ob. Cit.*, p. 214]. El segundo componente es el juicio de necesidad, también denominado de intervención mínima, o de subsidiariedad, que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones –incluso protecciones y promociones que pueden tener efectos colaterales sobre otros derechos– que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos –como dice la STSE de 27 de septiembre de 2016: “*la valoración de la necesidad dependerá fundamentalmente de las circunstancias de cada caso, y entre ellas de los cauces por los que haya discurrido la investigación, de los que se pretende seguir y de las posibilidades racionales de continuar exitosamente aquella*”–; en buena cuenta, a los efectos de estas técnicas, solo cabe acudir a ellas “[...] *si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque ni no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención*” (STSE 844/2002, de 13 de mayo). Finalmente, el último componente es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, determina si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá declararse inadmisibile [LONDÑO AYALA, CÉSAR: *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2009, pp. 386-387].

∞ En esta perspectiva, para dictar una tal medida resulta imprescindible: **A.** Con carácter genérico, los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad. **B.** Los datos objetivos que pueden considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave [del previsto por la Ley], que deben ser accesibles a terceros. **C.** Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afecta por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de la persona. **D.** Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva. **E.** La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que se ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cuál ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado (confróntese: STSE de 18 de abril de 2013).

4. Principio de celeridad. La aplicación de las técnicas especiales de investigación debe darse con prontitud y diligencia, por la finalidad de las mismas, y dentro del marco de la oportunidad de sus actuaciones. Incluso es posible que puedan otorgarse prórrogas, siempre que no vicié de ineficacia las fuentes de investigación o de prueba que puedan recabarse.
5. Principio de reserva. Las técnicas especiales de investigación se dictarán y ejecutarán dentro de la más estricta reserva o sigilo –una de las características más importantes es no ser detectado y por ello siempre se debe procurar realizarla de forma disimulada o no detectable,



pues de otra forma, de advertirlo el sospechoso, reduciría drásticamente sus actividades ilícitas [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: *Ob. Cit.*, p. 279]—. Ha de velar por seguridad de los agentes oficiales que las ejecutan, requerirá un férreo control y supervisión por el Ministerio Público y sus actuaciones, en aras de garantizar la confiabilidad de lo obtenido, deberán ser protocolizadas con el más estricto apego a las reglas correspondientes —la existencia de salvaguardas en defensa de los derechos de los afectados es fundamental—.

6. Principio de pertinencia. Autorizada la técnica especial de investigación, su ejecución ha de tener en cuenta la relación costo-beneficio y la complejidad de la investigación. Solo se recabarán aquellas informaciones relevantes para el debido esclarecimiento de los hechos investigados. Este principio sirve para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida; y, además, para la elección de la medida pertinente —ésta es la que requiere una justificación desde el punto de vista de este principio—.

7. Principio de especialidad. Las técnicas especiales tienen que estar relacionadas con la investigación de un hecho delictivo concreto, las personas, el objeto de la medida planteada y los datos previos con que se cuenta en el momento en que se acuerde utilizarlas. No se pueden utilizar para investigaciones prospectivas [GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA: *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 233-34]. Los agentes oficiales —policías, fiscales y otros intervinientes legalmente autorizados— deberán ser idóneos, es decir, aptos o capaces, así como especializados o cualificados para lograr los objetivos de estas técnicas especiales, de suyo complejas y peligrosas.

8. Principio de jurisdiccionalidad. El CPP optó por establecer que las autorizaciones para las técnicas especiales de investigación deben provenir del Ministerio Público, al entender implícitamente que el nivel de afectación a los derechos fundamentales —especial a la intimidad y autodeterminación informativa— es de débil o mediana intensidad. Pero, en caso puedan configurar una intensidad fuerte en el núcleo esencial de los derechos fundamentales se requerirá, siempre, orden de juez competente mediante una resolución fundada.

∞ La incidencia más numerosa de las técnicas especiales de investigación en cuanto a la utilización de la tecnología incide en el derecho a la vida privada. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concebido este derecho de una manera muy amplia, de suerte que abarca múltiples aspectos de la identidad física y social de la persona. Cubre la integridad física y psicológica de una persona, la identificación del género, el nombre y la orientación sexual, así como la información sobre su salud, e incluso la identidad étnica. Protege, además, el derecho al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior [ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: *Ob. Cit.*, p. 320].

∞ De otro lado, para ponderar la compatibilidad de las medidas dispuestas por la autoridad pública, las SSTEDH *Friedl vs. Austria*, de 31 de enero de 1995, y *Peck vs. Reino Unido*, de 28 de enero de 2003, precisado que ha de considerarse, entre otros parámetros, el contexto específico en que la información en cuestión ha sido recopilada y conservada, la naturaleza de los registros, la forma en que se utilizarían posteriormente esos registros procesados informáticamente, así como los resultados que pueden obtenerse y su grado de afectación sobre la intimidad del individuo.

§ 5. UTILIZACIÓN DE DRONES Y SATÉLITES EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

5.1 LOS DRONES

21.° Dentro de la legislación internacional, la Convención de Chicago sobre Aviación Civil Internacional

de 1944 ya regulaba en su artículo 8 las aeronaves sin piloto: “*Ninguna aeronave capaz de volar sin piloto volará sin él sobre el territorio de un Estado contratante, a menos que se cuente con autorización especial de tal Estado y de conformidad con los términos de dicha autorización*”. Asimismo, en el ámbito europeo, por ejemplo, se cuenta con: (i) la Ley 18/2014 de España, que posibilita operaciones civiles con aeronaves a control remoto; (ii) el Real Decreto 1036/2017, que regula la utilización civil de aeronaves a control remoto; (iii) el Reglamento (UE) 2018/1139, que armoniza la regulación de los drones que tengan los países miembros, entre otras normativas. Esto demuestra la concientización respecto al uso de las nuevas tecnologías y la necesidad de regularlas positivamente dentro del ordenamiento jurídico.

22.° En la legislación nacional se tiene la Ley 30740, Ley que regula el uso y las operaciones de los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (RPAS), de 22 de marzo de 2018. En otro nivel normativo, se cuenta con la Resolución Directoral 501-2015-MTC/12, Norma Técnica Complementaria “Requisitos para las Operaciones de Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia”, de 3 de noviembre de 2015; así como diversas ordenanzas municipales, como la Ordenanza 405-MSI, de veintiocho de octubre de 2015, que regula el uso de aeronaves no tripuladas pilotadas a distancia por control remoto que circulan en la jurisdicción del distrito de San Isidro, al igual que su Reglamento, aprobado por Decreto de Alcaldía 021-2015-ALC/MSI, de 11 de diciembre de 2015), que restringe la circulación de drones en el Bosque El Olivar, dada su condición de Zona Monumental, pero pueden operar en áreas libres del distrito que tengan las características de malecones, acantilados y/o parques (artículo 5). Ello debido a la posible injerencia de los drones a derechos como la intimidad y en resguardo de la tranquilidad pública.

23.° De acuerdo a la Real Academia española de la Lengua, el término “dron” es un anglicismo que proviene del término “drone”, que significa “aeronave no tripulada”. Existen comúnmente dos tipos de drones: aquellos que operan de forma autónoma, o sea que no requieren la intervención de un operador humano durante la mayor parte de su funcionamiento (debido a que previamente requieren una configuración por parte del usuario); y aquellos drones a control remoto, que están permanentemente siendo manipulados por un piloto. Estos drones pueden incorporar diferentes dispositivos dentro de su estructura, lo que facilita la obtención de tomas de fotografías o filmaciones en video, así como el acceso a zonas que un humano comúnmente no podría llegar por sus propios medios.

24.° En esta perspectiva, es evidente que los drones, en cuanto instrumentos tecnológicos, están en condiciones de facilitar la obtención de fuentes de investigación o de prueba. A través de distintos dispositivos incorporados dentro del dron es posible obtener información penalmente relevante para el posterior enjuiciamiento de organizaciones y bandas criminales, como la toma de fotografías, videgrabaciones, etcétera.

25.° Dentro del ordenamiento procesal penal está regulada, como una medida de búsqueda de prueba, la Videovigilancia, según el Capítulo I, Título III del Libro Segundo del CPP, específicamente en el artículo 207¹. Esta técnica especial de investigación —naturaleza

¹ Artículo 207. Presupuestos y Ejecución

1. En las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas, el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar:

a) Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y,
b) Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado. Estos medios técnicos de investigación se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultare menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios.

derivada del artículo 14 de la Ley 30077²— tiene como objetivo obtener fuentes de investigación o de prueba que permitan sustentar un eventual requerimiento fiscal, como la prisión preventiva o alguna otra medida de coerción, así como la propia acusación y, en su caso, la sentencia si se incorpora al juicio oral como medio de prueba.

∞ Los drones son un instrumento tecnológico mediante el cual se puede obtener fuentes de prueba por hechos penalmente relevantes. Se erige en una técnica especial denominada “videovigilancia”, que tiene (i) la capacidad de incorporar dentro de sí dispositivos digitales destinados a realizar tomas fotográficas y registro de imágenes (artículo 207, apartado 1, literal ‘a’, del CPP); y, de la misma manera, (ii) puede ser utilizado para cumplir labores de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado (artículo 207, apartado 1, literal ‘b’, del CPP).

26.º En orden a lograr su eficacia procesal o probatoria, las grabaciones obtenidas por los drones deben superar un filtro de constitucionalidad. Por tanto, es imperativo el cumplimiento de los siguientes cuatro requisitos:

A. Principio de legalidad. Esta modalidad de videovigilancia debe tener una previa previsión legal, puesto que de lo contrario toda la información recabada se tornará ilícita.

B. Principio de proporcionalidad. Ante la eventual afectación de derechos fundamentales, como en su caso los derechos a la imagen (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), a la inviolabilidad de domicilio (artículo 2, inciso 9, de la Constitución), a la intimidad personal y familiar (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), entre otros, es necesario que su utilización superen el test de proporcionalidad.

C. Autenticidad e inmediatez temporal. Una vez grabada la información que contiene medios de investigación o de prueba inculpativos, siempre por mandato del Fiscal debe seguirse el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones (concordancia, en lo pertinente, de los artículos 207, apartado 5, y 231 del CPP). Recuérdese que la orden de videovigilancia es una atribución del Ministerio Público—salvo cuando se afecte la libertad domiciliaria (artículo 207, apartado 3, del CPP)—y el procedimiento de ejecución es el contemplado para la intervención de comunicaciones con arreglo a las reglas del artículo 231 del CPP.

∞ Es importante garantizar la fiabilidad de lo obtenido, lo cual se logrará con la aportación original del soporte físico donde se encuentra almacenada, lo que se justifica en la necesidad de evitar reproducciones irregulares y manipulaciones indebidas que el contenido esencial de la información obtenida—videograbación y/o imagen—, con el riesgo fundado de una malinterpretación del contexto en que fue tomada [QUISPE FARFÁN, FANY: *Uso de la videovigilancia en la investigación del delito*. En: *Los actos de investigación contra el crimen organizado*. AAVV. CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR — GIRAÓ, MIGUEL (COORDINADORES), 2016, Instituto Pacífico, pp. 574-575].

∞ Lo expuesto no debe llevar a la errónea interpretación de que solo los archivos originales tienen capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia. En caso se pretenda utilizar una copia, debe seguirse la protocolización correspondiente por quien tiene la fe pública judicial notarial.

∞ El requisito de la inmediatez, en los casos de utilización de drones utilizados por particulares no implica necesariamente que si el material obtenido no es puesto a disposición del Ministerio Público en un lapso relativamente corto, este se torne ineficaz. La inmediatez busca garantizar que los riesgos de manipulación sean disminuidos considerablemente (ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ: *Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español*. En: AAVV. CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR — GIRAÓ, MIGUEL (COORDINADORES), *Los actos de investigación contra el crimen organizado*, 2016, Instituto Pacífico, p. 481). En estos casos, como su aporte se hace a través del medio de prueba documental, siempre, será necesario, realizar pericias para determinar alteraciones significativas en su contenido (artículo 186, apartado 2, del CPP).

∞ En consonancia con lo anotado, ante los posibles sesgos cognitivos y la desconfianza de las imágenes

y filmaciones—falta de perseguidor probatoria—, deberán emplearse los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario 4-2015/CJ-116, de 21 de junio de 2016, a través de la concreción de lo comúnmente denominado “prueba sobre prueba”. Siempre es de cuidar que no se considere incontestable los productos derivados de tal práctica probatoria; los jueces deben estar preparados para detectar con ayuda de peritos, salvo que la manipulación sea tan burda y fácilmente identificable, alteraciones de las pruebas videográficas.

D. Integridad. El contenido total de la videograbación o de la imagen captada a través de la videovigilancia ha de ser resguardada por el Ministerio Público, y al finalizar la medida puesta en conocimiento del juez—si la orden tuvo origen judicial— y al afectado, quien puede instar su reexamen judicial en los términos del artículo 231, apartado 3, del CPP, sin perjuicio de solicitar la realización de las pericias de autenticación correspondientes. El afectado debe conocer el conjunto de las actas levantadas, la totalidad de las grabaciones, videograbaciones o fotografías obtenidas, y de las relevantes. Esto garantiza la vigencia de los principios de igualdad de armas y contradicción.

27.º Es de enfatizar que el uso de drones puede implicar una vulneración del derecho a la libre personalidad y al proyecto de vida de cada individuo en específico. La potencial injerencia tendrá diferente repercusión tratándose de investigaciones en lugares públicos o en lugares privados. Por lugar público debe entenderse aquel espacio abierto al público al que, en principio, cualquiera podría acceder libremente y sin ningún tipo de autorización específica. Éste posee la peculiar característica de estar supervisado por las autoridades públicas, motivo por el cual sus facultades de intervención son mucho mayores que en el caso de las propiedades privadas. Se trata, por ejemplo, de los parques, calles peatonales, aparcamientos al aire libre, estadios deportivos, etcétera [GORDILLO PÉREZ, LUIS: *Videovigilancia y derechos fundamentales: los estándares del Consejo de Europa*. En: AA.VV. ABEL LLUCH, XAVIER — PICO Y JUNOY, JOAN — RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL (DIRECTORES), *La prueba judicial – Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, Tomo II, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 1568]. No obstante, dependiendo de las circunstancias, es de advertir que un espacio privado puede convertirse en público, por ejemplo, cuando se realiza una videollamada a través de la Red Social Facebook y cientos de personas observan la transmisión, conociendo a través de la cámara web el interior del cuarto donde se realiza el intercambio de información. Es por eso que caso por caso se han de analizar las circunstancias fácticas en orden a determinar si se está en un espacio público o íntimo.

28.º Lo que ocurre en el espacio público no va a requerir autorización judicial para la utilización de la videovigilancia, porque implica la ausencia de manifestaciones de la intimidad o de otros derechos fundamentales conexos en espacio público. Sin embargo, la utilización de la técnica de videovigilancia o, incluso, de vigilancia directa, requerirá

2. Estas medidas podrán dirigirse contra otras personas si, en el supuesto del literal a) del numeral anterior, la averiguación de las circunstancias del hecho investigado se vieran, de otra forma, esencialmente dificultadas o, de no hacerlo, resultaren relevantemente menos provechosas. En el supuesto del literal b) del numeral anterior, se podrá dirigir contra otras personas cuando, en base a determinados hechos, se debe considerar que están en conexión con el investigado o cuando resulte indispensable para cumplir la finalidad de la investigación, sin cuya realización se podría frustrar dicha diligencia o su esclarecimiento pueda verse esencialmente agravado.

3. Se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados.

4. Las medidas previstas en el presente artículo también se pueden llevar a cabo si, por la naturaleza y ámbito de la investigación, se ven irremediamente afectadas terceras personas.

5. Para su utilización como prueba en el juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones.



autorización judicial en aquellos supuestos en que exista “[...] una zona de interacción entre el individuo y los otros que puede revelar la vida privada, incluso en un contexto público” (STEDH Peck vs. Reino Unido, de 28 de enero de 2003). Entonces ha de verificarse la “expectativa razonable de la persona que está siendo investigada”, y es que si bien es cierto las personas participan conscientemente en actividades cotidianas en lugares públicos que pueden ser registrados, la creación de una grabación permanente de tal material perteneciente al dominio público puede dar lugar a consideraciones vinculadas a la vida privada (STEDH P.G. et. J.H. vs. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001).

29.º Para calificar de grave la afectación, *ex ante* quien busque con el dron la obtención de información en espacios públicos ha de considerar una serie de variables al momento de utilizarlo. En este sentido, cuando se pretenda grabar conversaciones en espacios públicos, el carácter de privado o no de estas marca una línea de divergencia en orden a determinar si se requiere autorización judicial o no. El problema radica en la dificultad para reconocer si efectivamente las conversaciones son privadas o no, y ello se determinaría *a posteriori*. Sin embargo, al margen de entrar a considerar el contenido de las conversaciones, el carácter privado o no de las mismas en realidad estaría determinado por el comportamiento de los propios interlocutores que reflejarían su voluntad de mantener fuera de las intromisiones ajenas dicho contenido. Así pues, es distinta la actitud de dos personas que hablan en voz alta rodeados de varias personas, que el contexto en el cual hay dos personas que hablan en una zona apartada, pese a tratarse de un lugar público, en voz baja, etcétera [ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ: *Ob. Cit.* p. 476].

30.º En lo que respecta al espacio privado, no siempre lo que se desarrolle en el interior de una vivienda gozará la protección del derecho a la inviolabilidad de domicilio. La STSE 453/1997, de 15 de abril de 1997, es ilustrativa al respecto. Expresó que “[...] la autorización judicial será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya predisposto [el titular del inmueble] para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio, no es necesaria una autorización judicial”. Asimismo, la STS 620/1997, de 5 de mayo, homologa espacios que pueden conciliar con la idea de domicilio, aunque no estén destinados a tal uso. Por ejemplo, los baños públicos. Así pues, se ha diferenciado la “zona común de lo que es propiamente el retrete donde se realizan las necesidades fisiológicas”. En el caso del primero no será necesaria una autorización judicial, sin embargo para el segundo caso sí es necesaria por la afectación al núcleo más estricto de la intimidad. Como conclusión, los datos penalmente relevantes que se obtengan de la “zona común” de los baños públicos solo requerirán autorización fiscal. Otro ejemplo de homologación lo constituyen los vestidores de centros comerciales.

31.º No solo podrán ser introducidas al proceso las videograbaciones o toma de imágenes que provengan de una estricta diligencia de búsqueda de pruebas como la videovigilancia, sino también aquellos otros datos que provengan del uso de civiles que operan drones de forma recreativa. Tanto en el primer como segundo caso, la información entrará al proceso penal a través de la prueba documental.

∞ Las grabaciones efectuadas por civiles mediante drones de uso recreativo tendrán eficacia probatoria siempre y cuando se haya respetado los derechos fundamentales implicados. Ello supone la realización de un test de proporcionalidad al momento de admitirlos como medios de prueba en la etapa intermedia. Además, como son drones operados a control remoto (necesaria manipulación por parte de un ser humano), en un eventual juicio oral debe reforzarse este medio de prueba con la declaración testimonial del piloto del dron (artículo 186, apartado 1, del CPP), contextualizando el modo de obtención de la información en espacio, tiempo, modo, etcétera.

∞ Del mismo modo, la videofilación obtenida por un dron operado a control remoto por un funcionario policial requiere necesariamente, además de su incorporación al proceso penal en la etapa intermedia, la declaración testimonial del policía en un eventual juicio oral.

Dependiendo del sujeto (civil/policía) que haya obtenido la información, la valoración tendrá diferentes niveles y exigencias. Ha de extremarse con cautela los requisitos que implican la obtención de fuentes de información por parte de la Policía Nacional, pues como son funcionarios públicos que tienen la obligación de conocer sus funciones y la forma de realizarlas, el filtro de admisibilidad debe ser mayor que en el caso de civiles que captan videos o imágenes a través de sus drones recreativos que eventualmente puedan registrar la comisión de un hecho punible [ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ: *Ob. Cit.*, p. 480].

32.º La realidad existencial es infinita y la capacidad del ser humano para percibirla a través de los sentidos es limitada por su propia naturaleza humana. Cuando se presenta ante el juzgador una imagen o videofilación, no se debe caer en el error de considerar que aquello que se le muestra constituye prueba invencible. En estos casos la inmediatez se erige sobretudo en una garantía que contribuye a la formación de un discurso racional y justificado sobre los medios de prueba que el órgano jurisdiccional deberá objetivar y verter en la motivación de su resolución. Una imagen transmite hechos que van a ser objeto de prueba, por lo tanto, el juez no debe prejuzgar su contenido. Los hechos no están sucediendo, sino que se están reproduciendo en la Sala de Audiencias a través de una filmación realizada de un modo determinado. Ninguna prueba muestra los hechos como tales hechos punibles, sino como narraciones que los reproducen. Está clara la fuerza probatoria de la filmación de la imagen y del sonido, la cuestión fundamental es el grado de credibilidad que se le puede dar [BUJOSA VADELL, LORENZO: *Tecnologías de imagen y valoración de la prueba*. En: AA.VV. ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA (DIRECTOR), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, pp. 219-229].

33.º En conclusión, el rendimiento probatorio se vincula a la calidad técnica de lo filmado, la concreción espacio-temporal de la imagen y sonido captado por la grabación, la sugestividad del fragmento social captado, así como, en su caso, a la especificidad de la narración respecto al segmento factual fijado por la cámara ofrecida por las personas que aparecen en la imagen y, de haber, veridicidad también por el operador que captó las mismas [SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO: *La videovigilancia como fuente de prueba en el proceso penal*. En: AAVV. CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR – GIRAO, MIGUEL (COORDINADORES), *Los actos de investigación contra el crimen organizado*, 2016, Instituto Pacífico, p. 528].

3.2 Los SATELITES

34.º El satélite, de acuerdo a la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia española, es un vehículo espacial, tripulado o no, que se coloca en órbita alrededor de la tierra o de otro astro, y que lleva aparatos apropiados para recoger información y transmitirla. Los satélites captan la luz que se refleja desde la superficie de la tierra, para luego procesarla y digitalizarla en una imagen. Vale decir, obtiene una imagen de tal grado de complejidad que solo puede ser producida por una computadora usando las tomas de los satélites, usualmente de superficies a gran distancia y de conocimiento complejo. Ejemplos de estas imágenes satelitales se encuentran en Google Earth, que son de mucha utilidad en el proceso penal, sobre todo para verificar recorridos o ubicaciones en determinado momento. En esta línea, los satélites producen información que eventualmente podrá ser utilizada en el marco de un proceso penal contra la delincuencia. Asimismo, tiene un gran impacto en la investigación de delitos ambientales, sobre todo para conocer los daños de la minería ilegal, la deforestación de los bosques de la Amazonia, e inclusive detectar concentraciones móviles de personas vinculadas a la trata de personas.

∞ Los satélites también son instrumentos tecnológicos a través de los cuales se facilita la obtención de fuentes de prueba en la lucha contra la criminalidad organizada. Asimismo, pueden ser utilizados mediante la videovigilancia para realizar tomas fotográficas y hacer seguimiento a puntos específicos del globo terrestre que tengan vinculación con la comisión de un hecho punible.

36.º El Perú cuenta con 5 satélites que orbitan la Tierra. El PUCP SAT-1 y el Pocket PUCP, ambos pertenecientes a la Pontificia Universidad Católica del Perú; el Chasqui 1, desarrollado por la Universidad Nacional de Ingeniería; el

UAPSAT 1, que pertenece a la Universidad Alas Peruanas; y el PeruSat-1³. Este último es un satélite de observación terrestre que es operado por la Agencia Espacial del Perú – CONIDA (Comisión Nacional de Investigación y Desarrollo Aeroespacial), que es una entidad adscrita al Ministerio de Defensa. Constituye el satélite más potente de su clase en la región, puesto que genera imágenes con una resolución de 70 centímetros. Dicho satélite cuenta con un telescopio que capta imágenes a medida que orbita el planeta, cuando pasa sobre zonas iluminadas por el sol. Envía diariamente imágenes del territorio peruano y de todo el mundo, las cuales son programadas desde el Centro Nacional de Operaciones de Imágenes Satelitales – CNOIS para cubrir las necesidades de los diversos usuarios del país⁴.

37.º La particularidad del PeruSat-1 radica en que todas las entidades públicas tienen acceso al servicio de imágenes satelitales de forma gratuita, mediante la entrega de una contraseña por parte del CONIDA. Cuando no se encuentra en el banco del CNOIS las imágenes requeridas, entra en funcionamiento el PeruSat-1, para el procesamiento de estas en formato digital⁵. El Ministerio Público hace uso del PeruSat-1 para combatir diferentes ilícitos penales y, sobre todo, la criminalidad organizada que busca nuevas formas de expansión y desarrollo en la actualidad. Por ejemplo, para detectar rutas de narcotráfico en la sierra y selva peruana u organizaciones criminales dedicadas al tráfico de terrenos. Al contar con la información proporcionada por el PeruSat-1, generada en tiempo real y de manera gratuita, permitirá tomar acciones inmediatas y pertinentes. Ello debido a que puede utilizarse para comparar imágenes de manera periódica.

38.º No obstante las bondades que pueden ofrecer las imágenes satelitales en la persecución del delito, los jueces están poco familiarizados con esta tecnología compleja. A ello se suma la falta de precedentes judiciales que orienten la admisión y valoración de este medio probatorio sofisticado. Para superar estos problemas, se plantean los siguientes criterios de admisibilidad y valoración probatoria:

A. Las imágenes satelitales deben ser recopiladas con respeto irrestricto del núcleo intangible de los derechos fundamentales, debiendo realizarse un test de proporcionalidad con el fin de determinar si la injerencia dentro del derecho fundamental conculcado resulta legítima y proporcional. Las imágenes satelitales poseen capacidad técnica de vulnerar, al menos potencialmente, la vida privada de las personas.

B. El Satélite PeruSat-1 puede ser utilizado en la investigación de delitos vinculados con la criminalidad organizada, a través de la videovigilancia (artículo 207, apartado 1, literales 'a' y 'b' del CPP). Las imágenes satelitales se introducirán al proceso penal a través de la prueba documental, cumpliéndose además los requisitos de autenticidad, integridad, inmediatez, objetividad y exactitud.

C. Las imágenes satelitales, cumplidos los requisitos antes indicados, tienen entidad para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados. Desde la perspectiva de la exigencia de corroboración será del caso, en función al contexto del caso, contar –si correspondiera– con prueba testifical, prueba documental de informes, otras imágenes y/o grabaciones, prueba pericial, etcétera.

D. Necesariamente el procesamiento de las imágenes satelitales implica la manipulación por una serie de personas en orden a obtener la decodificación de estas. Por lo tanto, ha de seguirse con sumo cuidado el procedimiento de cadena de custodia, conforme a los parámetros establecidos en el Acuerdo Plenario 06-2012/CJ-116, para su almacenamiento, conservación y ulterior utilización en el proceso penal. Deberá certificarse las circunstancias en que fueron tomadas las imágenes satelitales y el trayecto que recorrieron, dada la alta complejidad en su procesamiento. Si, razonablemente, se desconfía de la autenticidad de la imagen satelital, será del caso acudir a los medios de prueba denominados “prueba sobre prueba”.

III. DECISIÓN

26.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema

de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

27.º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 18º, 20º, 25º-32º, 34º y 38º del presente Acuerdo Plenario.

28.º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdo Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

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

30.º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

HÁGASE saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA

² Artículo 14. Acciones de seguimiento y vigilancia

El fiscal, de oficio o a instancia de la autoridad policial, y sin conocimiento del investigado, puede disponer que este o terceras personas con las que guarda conexión sean sometidos a seguimiento y vigilancia por parte de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

³ Recuperado de: <https://rpp.pe/peru/actualidad/peru-sat-1-los-otros-cuatro-satelites-peruanos-que-tambien-orbitan-la-tierra-noticia-1171287> Consultado el 14.09.2019.

⁴ Recuperado de: <http://www.conida.gob.pe/index.php/noticias/perusat-1-satelite-de-observacion-de-la-tierra> Consultado el 14.09.2019.

⁵ Recuperado de: <https://portal.andina.pe/edpespeciales/2018/satelite/index.html> Consultado el 15.09.2019.