



UNIVERSIDAD DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



TÍTULO

**EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y LA PRISIÓN
PREVENTIVA, ENFOQUE CONSTITUCIONAL EN EL CASO
HUMALA- HEREDIA.**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER

NIXON CORONEL PORTILLA

ASESOR

Mg. JAVIER DIAZ DIAZ

Chiclayo – 2019

**EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y LA PRISIÓN
PREVENTIVA, ENFOQUE CONSTITUCIONAL EN EL CASO
HUMALA- HEREDIA.**

Tesis presentado por el Bachiller en Derecho, Sr. **NIXON CORONEL PORTILLA**,
a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para
optar el Título Profesional de Abogada.

Nixon Coronel Portilla
Bachiller

Mg. Javier Díaz Díaz
Asesor

APROBADO POR:

Dr. Lito Becerra Angulo
Presidente

Dr. Teófilo Ramón rojas Quispe
| Secretario

Dr. Thomas Hugo Meza Ponte
Vocal

DEDICATORIA

A mi Familia:

Con todo mi cariño y mi amor a las personas que hicieron lo posible en la vida para que yo pudiera lograr mis sueños, gracias por motivarme y brindarme su apoyo incondicional.

A Ustedes por siempre mi corazón y mi Agradecimiento.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por llenar mi mente y mi espíritu con su calma y su infinito amor, por deparar el destino que tengo.

A la Universidad Particular de Chiclayo, especialmente a la Facultad de Derecho, a mis Catedráticos por inculcarnos sus conocimientos, por su ardua labor y dedicación para con sus Alumnos; por su esfuerzo en convertirnos en buenos Profesionales, así como por su pasión en la actividad Docente.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO	4
INTRODUCCIÓN	10

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- Realidad problemática	11
1.2.- Planteamiento del problema.	11
1.3.- Formulación del problema.....	16
1.4.- Justificación e importancia del estudio.....	17
1.5.- Objetivos.....	18
1.5.1.- Objetivo general.....	18
1.5.2.- Objetivos específicos.	18
1.6.- Hipótesis	18
1.7.- Variables.....	18
1.7.1.- Variable independiente.....	18
1.7.2.- Variable dependiente.....	18
1.8.1.- Tipo de investigación	19
1.8.2.- Diseño de Investigación	19
1.8.3.- Método	19
1.8.4.- Técnicas e instrumentos	19
1.8.5.- Población y muestra.	20
1.8.6.- Tratamiento y análisis de los datos.	20

CAPITULO II

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

2.1.- Definición de Lavado de Activos.	21
2.2.- El Lavado de Activos en la Legislación Peruana	21
2.3.- Omisión de Comunicación de Operaciones o Transacciones Sospechosas.....	22
2.4.- Reglas de Investigación	22

2.5.- Disposición Común	22
2.6.- Diferencias entre lavado de activos y encubrimiento.	23
2.7.- Análisis de las conductas objetivas y subjetivas en el lavado de activos.	24
2.8.- Técnicas de lavado de activos.	26
2.9.- Mecanismos de lavado de activos.	31
2.10.- Instrumentos de lavado de activos	32
2.11.- El lavado de activos en el Perú.	34

CAPITULO III

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LA LEY 30077

3.1.-DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. .	37
3.1.1.- Concepto.	39
3.2.- PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS SUSTANTIVAS	40
3.3.- EFECTOS DEL CRIMEN ORGANIZADO.	42
3.4.- LA CONVENCION DE PALERMO Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL.	43
3.5.- DELINCUENCIA ORGANIZADA Y CORRUPCIÓN EN EL PERÚ.....	43
3.6.- LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO N.º 30077.....	45
3.7.- EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.	46
3.7.1. Técnicas especiales de investigación.....	46
3.7.1.1. La interceptación postal e intervención de las comunicaciones	46
3.7.1.2.- La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos.....	46
3.7.1.3.- La figura del agente encubierto y agente especial.....	47
3.7.1.4.- Las acciones de seguimiento y vigilancia	47
3.7.2.- Medidas limitativas de derechos	47
3.7.2.1.- El levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria y bursátil.....	47
3.7.2.2. Incautación y decomiso	48
3.7.2.3. Cooperación internacional y asistencia judicial	49
3.8.- ORGANIZACIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN - MINISTERIO PÚBLICO, EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.	49

3.9.- ASPECTOS PROCESALES.	50
3.9.1.- Ámbito de aplicación	50
3.9.2. Cambios globales en el proceso penal referido al crimen organizado.....	50
3.10.- ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN	57
3.10.1.- Fundamento.....	57
3.10.2.- Agente encubierto y especial.....	58
A- Definición.....	58
B.- Regulación legal	59
C.- Valoración	60
D.- Exención de responsabilidad.....	61
3.10.3.- Circulación y entrega vigilada.....	61
A- Definición.....	61
B.- Objeto	62
C.- Procedimiento.....	62
D.- Envíos postales.....	62
3.11.- PROBLEMAS PROBATORIOS	62
3.11.1.- Del agente encubierto.....	62
A.- Efectos probatorios.....	62
B.- La ilicitud probatoria derivada de la infiltración	63
B.1. Violación a la intimidad.....	63
B.2. Violación del domicilio	63
B.3. Testimonial del agente encubierto	63
3.11.2.- De las operaciones encubiertas	64
A. Definición	64
B. Procedimiento	64
Valoración.....	64
3. De la circulación y entrega vigilada.....	65
a.- Efectos probatorios	65
b.- Prueba preconstituida originada a raíz de la investigación policial	65

c.- Preconstitución de la prueba durante la fase de investigación	65
d.- Identificación y recogida del cuerpo del delito	65
e.- Extensión de los efectos reflejos de la prueba prohibida.....	65
3.12.- TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN	66
3.12.1. Aspectos generales	66
3.12.2. Aspectos diferenciales	66

CAPITULO IV

LA PRISION PREVENTIVA

4.1.- ASPECTOS GENERALES DE LA PRISIÓN PRTEVENTIVA	68
A. Antecedentes.....	68
B.- Prisión.....	71
C.- Prisión Preventiva.....	71
4.2.- PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:	73
a. Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.	73
b. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad. ..	74
c. Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).	74
- <i>Peligro de fuga</i>	75
- <i>Peligro de Entorpecimiento</i>	75
4.2.1.- Otros requisitos o presupuestos adicionales de la prisión preventiva	77
A.- ANÁLISIS CASACIÓN 626-2013 MOQUEGUA.....	77
B.- FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA PRISIÓN PREVENTIVA	78
C.- DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	82
4.3.- PLAZO LEGAL	83
4.4.- PLAZO RAZONABLE.	84
4.4.1.- EVOLUCIÓN DE SU REGULACIÓN POSITIVA	84
A.- PRIMERAS MANIFESTACIONES.....	84

B. SISTEMA EUROPEO	85
C.- SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.	86
4.4.2.- CONCEPTOS PREVIOS.	86
A.- ¿Tiene límites la razonabilidad?.....	87
B.- el control constitucional como elemento de análisis de un derecho fundamental	91
C.- El derecho al plazo razonable como derecho fundamental.....	95
4.4.3.- EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	96
4.4.4.- CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RAZONABILIDAD DEL PLAZO.	99
4.4.5.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INOBSERVANCIA DEL PLAZO RAZONABLE DEL PROCESO: CLAUSURA DEL PROCESO.....	100
4.4.6.- CONSTITUCIÓN DE 1993: EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE COMO MANIFESTACIÓN IMPLÍCITA AL DEBIDO PROCESO.	101

CAPITULO V

FACTORES DE LA PRISION PREVENTIVA

5.1.- FACTORES.....	103
5.1.1.- ÉNFASIS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL PLAZO LEGAL	103
5.1.2.- POSICIÓN ASUMIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO ES UNIFORME SU CRITERIO EN CUANTO AL PLAZO RAZONABLE DE LA PRISION PREVENTIVA.	106
El proceso penal contra Chacón	107
La Ejecutoria del Tribunal Constitucional.....	109
5.2.- AFECTACIÓN DE DERECHOS DEL INVESTIGADO CON MANDATO DE PRISION PREVENTIVA.	113

CAPITULO VI

ANALISIS DE LA SENTENCIA DE PRISION PREVENTIVA DE HUMALA TASSO Y NADIME HEREDIA

6.1.- ANÁLISIS.....	116
CONCLUSIONES	126
RECOMENDACIONES	127
BIBLIOGRAFIA.....	128

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, la sociedad peruana ha experimentado un alarmante incremento de la delincuencia, especialmente de aquella que actúa en bandas organizadas la misma que se caracteriza por actuar, con extrema violencia, utilizando armamento automático de corto y largo alcance, además de vehículos modernos y equipos de comunicación, efectuando sus actividades delincuenciales en diversas ciudades y zonas del país donde la presencia policial es limitada en su cobertura, escogiendo además entre sus objetivos a personas y/o empresas con poder económico, con lo que se ponía en riesgo la marcha económica del País.

Actualmente, Ollanta Humala y Nadine Heredia afrontan en libertad una investigación por el presunto delito de lavado de activos. Se los investiga debido a que, en primer lugar, habrían recibido dinero ilegal del gobierno de Venezuela para la campaña presidencial del 2006, el cual se les habría entregado mediante valijas diplomáticas en la embajada venezolana; y, en segundo lugar, habrían recibido dinero ilícito de Odebrecht y OAS para financiar la campaña presidencial de Humala el 2011. Además, se sostiene que habrían destinado parte de estos montos para su uso personal. Según las declaraciones de Jorge Barata, la pareja habría recibido US\$ 3 millones de dólares del departamento de Operaciones Estructuradas de la constructora brasilera.

Las modalidades del lavado de activos investigadas son las de conversión y ocultamiento.

Dentro de la investigación también está comprendido el Partido Nacionalista, cuyos fundadores son los investigados. A continuación, se abordará el panorama del financiamiento privado de los partidos políticos, sobre la caracterización de los investigados como supuesta organización criminal y las modalidades de lavado de activos que se habrían cometido.

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO.

1.1.- Realidad problemática

La problemática de la actividad criminal previa o “delito previo” nos conlleva a analizar ésta circunstancia ya que solo será relevante para los casos en que por alguna razón la actividad criminal previa o “delito previo” se halle acreditado, no porque se haya tenido que investigar previa o conjuntamente con el lavado de activos en forma específica, sino porque este ya está determinado al momento en que se inicia la investigación, así mismo también puede darse al momento de dictarse la condena; en general, no se requiere realizar un debido proceso respecto al delito previo, siendo suficiente una vinculación general y abstracta de los activos ilícitos con la actividad criminal en cuestión.

La norma establece qué delitos deben considerarse como actividad criminal a la que deben vincularse los activos materia del lavado; este modelo se inició con la determinación singular del tráfico ilícito de drogas; ii) el modelo que señala una categoría de delitos, o delitos que reúnen determinadas características, por ejemplo, referirse a delitos graves; iii) el modelo que considera a todos los delitos idóneos para producir activos (o de los que se pueden derivar activos) sobre los cuales se pueden realizar las acciones propias del delito de lavado de activos.

1.2.- Planteamiento del problema.

Realizada la detención preventiva de Ollanta Humala y Nadine Heredia se ha debatido sobre su posible condena como autores del delito de lavado de activos.

El lavado de activos se define como *“todo acto o procedimiento realizado para dar apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito”*.

En esa medida, el delito sanciona a la persona que, conociendo o pudiendo presumir el origen ilícito de ciertos bienes o ganancias, los convierte, transfiere, adquiere, usa, guarda, administra, custodia, recibe, oculta, mantiene en su poder, transporta

o traslada, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

El delito de lavado de activos, entonces, requiere la existencia de un delito previo (también denominado delito fuente o delito precedente) del cual se deriven las ganancias ilícitas que el agente intenta dotar de legitimidad. Este delito previo no debe haber sido condenado o investigado para que proceda la sanción por lavado de activos; por ello, se ha señalado que *el lavado de activos es un delito autónomo*. No obstante, para su sanción, se requiere la acreditación de la existencia del delito previo mediante indicios razonables.

En el caso de Ollanta Humala y Nadine Heredia se han presentado –por lo menos– cinco opciones de delito previo del cual se derivarían las ganancias ilícitas que habrían utilizado en el financiamiento de las campañas políticas del 2006 y el 2011: el cohecho, el tráfico de influencias, la apropiación ilícita, el peculado y el injusto de organización.

1.2.1 El delito de cohecho

Existen diversos tipos de cohecho, los cuales se encuentran regulados en nuestro Código Penal, desde el artículo 393° al 398°. Este delito, a grandes rasgos, sanciona la “compra-venta” de la función pública, toda vez que el funcionario público acepta o solicita una ventaja de cualquier índole por parte de un particular a fin de realizar u omitir actos propios de su cargo, o en violación de sus funciones.



Para la configuración del delito respecto a la supuesta recepción de dinero de Ollanta Humala y Nadine Heredia para el financiamiento de la campaña no se cumple con uno de los elementos del tipo penal. Ciertamente, la presunta recepción del dinero se habría realizado antes de que Ollanta Humala ejerciera el cargo público de presidente.

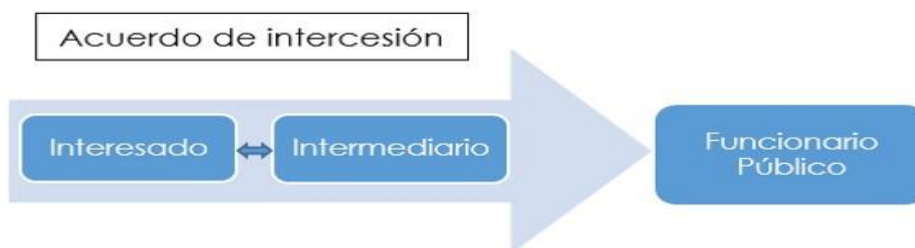
La situación variaría si es que el ofrecimiento y aceptación de la ventaja se hubiera dado:

- Posterior a la elección de Ollanta Humala como Presidente de la República. De acuerdo a la Convención Interamericana contra la Corrupción, se considera funcionario público a la persona que ya ha sido electa para un cargo, aun cuando no haya asumido formalmente el mismo.
- Una vez que Ollanta Humala y Nadine Heredia asumieran como Presidente y Primera Dama.

1.2.2 El delito de tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias se encuentra regulado en el artículo 400° de nuestro Código Penal. Este delito sanciona el acuerdo de intercesión ante la administración pública, acuerdo que está conformado por: a) el ofrecimiento del traficante de influencias de interceder sobre un funcionario público que ha de conocer, conoce o esté conociendo un caso judicial o administrativo de la persona interesada; y, b) la entrega o promesa de una contraprestación por parte de la persona interesada.

Siendo ello así, la estructura del delito de tráfico de influencias queda determinada de la siguiente manera:

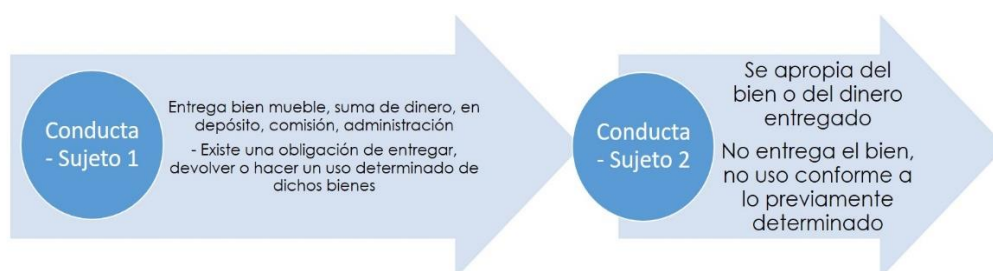


En relación al presente caso, se ha señalado que Nadine Heredia habría sido intermediaria de la empresa Odebrecht ante su esposo, Ollanta Humala. De tal manera que, al llegar a la Presidencia de la República, este último beneficie a la empresa con contratos para la ejecución de obras públicas. A cambio de dicho acuerdo, la pareja Humala Heredia habría recibido dinero para financiar la campaña presidencial.

Cabe hacer dos observaciones a este planteamiento. En primer lugar, la verificación de que existe un funcionario público sobre el cual se va a influir. En este punto habrá que tomar en cuenta que, al momento de la supuesta entrega del dinero, Ollanta Humala aún era candidato presidencial y no funcionario público. En segundo lugar, la existencia de un caso judicial o administrativo. Si bien podría plantearse que se trata de potenciales contratos, a la fecha de la entrega del beneficio estos no existían o, existiendo, Ollanta Humala no podría intervenir a su favor precisamente por su condición de candidato presidencial.

1.2.3.- El delito de apropiación ilícita

El delito de apropiación ilícita se encuentra regulado en el artículo 190° del Código Penal. Este delito sanciona la apropiación o uso indebido de un bien o dinero que fue entregado en depósito, comisión, o para ser utilizado de una forma determinada.



De esta manera, se afirma que Ollanta Humala y Nadine Heredia habrían recibido dinero de la empresa Odebrecht con el objetivo de que se utilice para el financiamiento de la campaña presidencial. Si bien es cierto que parte dicho dinero habría sido utilizado en la campaña, se señala que además sirvió para realizar compras particulares de la pareja Humala Heredia.

En relación a este planteamiento, debemos señalar que el delito de apropiación ilícita podría constituirse en el delito precedente de lavado de activos. Sin embargo, habrá que establecerse el vínculo entre la apropiación ilícita y los presuntos actos de lavado. Es decir, la relación entre la entrega del dinero, el cambio de finalidad encomendada y la compra de bienes de naturaleza particular que benefician a Ollanta Humala y Nadine Heredia.

Otro tema que debe mencionarse es que, en el supuesto que la entrega del dinero y el cambio de finalidad se hayan producido de manera simultánea (ya sea en el año 2006 o 2011), se generaría un debate en torno a la prescripción del delito de apropiación ilícita. Y ello en cuanto tiene establecida una pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Este aspecto es importante ya que se plantearía la discusión sobre si es posible el lavado de activos respecto de un delito previo (apropiación ilícita) que ha prescrito. Tomando en cuenta que el delito de lavado de activos es autónomo respecto del delito previo, la prescripción o no sanción por la comisión de este último no enervaría la posibilidad de perseguir penalmente por la comisión del delito de lavado.

1.2.4 El delito de peculado

El delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 387° de nuestro Código Penal, el delito sanciona el uso o apropiación de dinero o bienes públicos con fines privados.

En relación al presente caso, se ha señalado que Nadine Heredia y Ollanta Humala habrían recibido, del propio ex presidente de Venezuela, Hugo Chávez, donaciones de dinero para financiar la campaña presidencial de 2006 y que el dinero de las donaciones tendría fuente pública, es decir, pertenecía al estado de Venezuela. Para simular la fuente lícita de dichas donaciones, el fiscal Juárez sostiene que se habría utilizado a las empresas Inversiones Kaysamak C.A y Venezolana de Valores para realizar transferencias al entorno cercano de Nadine Heredia; por otro lado, se señala que dinero en efectivo habría ingresado al Perú a través de funcionarios diplomáticos del estado venezolano y que estos, a su vez, se lo habrían entregado a Nadine Heredia y Ollanta Humala. Este dinero, además, habría sido lavado a través de la simulación de donaciones al partido Nacionalista por parte de ciudadanos peruanos.

Al respecto, es importante señalar que para que se pruebe la hipótesis planteada habría que acreditar que el dinero de las donaciones descritas proviene, efectivamente, del erario público venezolano. Es necesario aclarar, en este supuesto, que la prueba del delito de lavado de activos no exige que el ex presidente, Hugo Chávez, haya sido procesado o investigado por el delito de peculado; tampoco es relevante que él ya no se encuentre con vida, pues siendo el delito de lavado de

activos un delito autónomo, solo se requiere indicios razonables de que haya existido actividad ilícita previa de donde extraer ganancias que, posteriormente, son lavadas.

1.2.5 El injusto de organización

El Informe del Departamento de Justicia de los Estados Unidos del 12 de diciembre del 2016 da cuenta que Odebrecht tenía como política institucional el pago de sobornos a funcionarios públicos de los distintos países en los que operaba. De hecho, contaba con un Departamento de Operaciones Estructuradas dedicado al pago de los sobornos, su contabilidad y administración.

Para especialistas como Mendoza, la propia actividad criminal de la empresa realizada a través de su Departamento de Operaciones Estructuradas se constituye en delito previo de lavado de activos. Señala que:

“La entrega transnacional de sobornos en favor de funcionarios públicos y privados –por parte de los responsables directos y mediatos de su “Departamento de Operaciones Estructuradas”–, se articula como acto criminal organizativo con suficiente idoneidad para macular delictuosamente a dichos activos (...) Por tanto, las operaciones económicas ulteriores realizadas sobre dichos bienes maculados, tanto las posteriores entregas y transferencias como su correlativa recepción y percepción, pueden cumplir la tipicidad objetiva del lavado de activos”.

De esta manera, en el caso de Ollanta Humala y Nadine Heredia puede sostenerse que la actividad delictiva de Odebrecht constituye el delito previo del cual se obtuvieron ganancias ilícitas que, posteriormente, fueron recibidas y utilizadas por los investigados.

1.3.- Formulación del problema.

¿De qué manera se configura el delito de lavado de activos y la aplicación de la prisión preventiva, que es analizada desde un enfoque constitucional en el caso Humala- Heredia?

1.4.- Justificación e importancia del estudio.

El presente trabajo se justifica bajo el aspecto de análisis que hace el Tribunal Constitucional respecto al caso en concreto en la aplicación de esta figura donde se han hecho afirmaciones que desconocen la naturaleza y oportunidad del pedido de prisión preventiva.

Considero que no es correcto cuando el Tribunal Constitucional señala que este no es un criterio de orden procesal, sino punitivo, como la gravedad de la pena que se espera o la magnitud del daño causado, en realidad esto es decir muy poco de esta institución y no hacer justicia a su gravedad y consecuencias nocivas para la sociedad. A partir de esta confusión se extrae consecuencias nocivas, pues señala que así como la gravedad de la pena por sí sola no justifica el dictado de una prisión preventiva, tampoco lo hará este dato, pues como ambos son criterios punitivos, no puede bastar solo la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización criminal.

Se justifica por cuanto el lavado de dinero es uno de los fenómenos criminales que ha concitado mayor atención en todo el mundo, tanto a nivel de la determinación de políticas preventivas en el marco del sistema financiero, como en la configuración y agravamiento de tipos delictivos. Además porque este delito tiene relación con la criminalidad organizada. Históricamente se conoce que las grandes organizaciones criminales siempre han intentado encubrir su dinero, bienes, efectos de condición ilícita en el mercado y para de esa forma mantener la estructura y además ocultar la comisión de sus delitos.

Se justifica por cuanto este fenómeno ha influido en la aprobación de normas penales y leyes especiales para combatir este tipo de criminalidad a través del sistema financiero y del sistema de represión penal. La última modificación normativa, hoy vigente, es el nuevo Decreto Legislativo N° 1106 (Lucha contra la criminalidad asociada a la minería ilegal) que no solo ha motivado un nuevo cambio legislativo sino también ha generado una importante discusión doctrinal y práctico respecto de la naturaleza sustantiva y procesal del delito previo, pues unas la han considerado como elemento objetivo del tipo penal de lavado y otras como una técnica legislativa anti-lavado.

1.5.- Objetivos.

1.5.1.- Objetivo general.

- Analizar la configuración del delito de lavado de activos y la prisión preventiva, enfoque constitucional en el caso Humala- Heredia.

1.5.2.- Objetivos específicos.

- Analizar el delito de lavado de activos y su relación con la sentencia de Humala Tasso y Nadine Heredia.
- Analizar la medida cautelar de Prisión preventiva y el uso específico en el caso de Humala Tasso y Nadine Heredia.
- Determinar los enfoques constitucionales respecto a la sentencia emitida en el Caso Humala Tasso y Nadine Heredia.

1.6.- Hipótesis

Si la pertenencia a una organización criminal que configura el delito de lavado de activos es un criterio que revela peligro procesal sea fuga o entorpecimiento probatorio y serio peligro procesal entonces se debe aplicar la prisión preventiva, específicamente en el caso de Humala – Heredia.

1.7.- Variables

1.7.1.- Variable independiente

- Organización Criminal
- Lavado de activos

1.7.2.- Variable dependiente.

- Prisión preventiva
- Análisis de la sentencia del tribunal Constitucional.

1.8.- Metodología.

1.8.1.- Tipo de investigación

Investigación descriptiva - correlacional.

1.8.2.- Diseño de Investigación

Cualitativo, no experimental.

1.8.3.- Método

Métodos inductivo y deductivo (que son métodos científicos).

Método Inductivo.- se inició la investigación partiendo de premisas para llegar a conclusiones generales.

Método deductivo.- nos ha permitido concluir, deducir, conceptos en nuestro trabajo.

Método de análisis y síntesis.- se ha descompuesto el tema de investigación en capítulos, o partes. Los capítulos de nuestro trabajo contienen partes que permite el uso del método del análisis.

1.8.4.- Técnicas e instrumentos

Las técnicas e instrumentos de investigación han permitido obtener la información necesaria para procesarla y medir nuestras variables. En la presente Tesis de investigación se utilizó la técnica del análisis de expediente, sentencias y su instrumento el cuestionario, es decir, la serie de preguntas articuladas a los objetivos de la investigación.

Se utilizó la técnica del Registro, la cual permitió obtener y analizar la información obtenida de los registros de las instituciones comprendidas en nuestro trabajo de investigación.

Finalmente, la técnica de la Observación puesto que por medio del registro visual se identificó y seleccionó la información de la realidad de acuerdo con nuestro esquema previsto y el problema que se estudia. Se complementa con

la técnica del Fichaje que permite ordenar la información válida para demostrar nuestra hipótesis.

1.8.5.- Población y muestra.

En vista que nuestro trabajo de investigación no aplicará encuesta, no podemos establecer la población y muestra correspondiente, pero sí dentro del mismo tratamiento estadístico, entrevistaremos, observaremos y ficharemos la información que obtendremos de los jueces, fiscales, policías y operadores de la justicia.

1.8.6.- Tratamiento y análisis de los datos.

La información obtenida por la aplicación de la entrevista, de la observación, del registro y el fichaje serán analizados para la contrastación correspondiente dirigida a demostrar o no nuestra hipótesis de trabajo.

En esa medida, primero se obtendrán los datos recopilados de los instrumentos de investigación aplicados. Obtenidos los datos, integraremos la información a fin de analizarlos y compararlos para la demostración de nuestra hipótesis. Finalmente, concluirlos y proponer nuestras recomendaciones.

CAPITULO II

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

2.1.- Definición de Lavado de Activos.

(HERNÁNDEZ, 1997)

El lavado de activos es el proceso de legalización o manejo legal formal de dinero y otro tipo de bienes y recursos -tales como propiedades, acciones, vehículos, y demás especies susceptibles de valoración económica- provenientes de actividades ilícitas.

La denominación de "lavado de dinero" es actualmente específica debido a que no sólo se "limpia" dinero proveniente de actividades ilícitas, sino también otro tipo de bienes, tal y como se ha mencionado.

2.2.- El Lavado de Activos en la Legislación Peruana

En la legislación peruana (Ley N° 27765) se entiende que se incurre en este delito de diversas maneras, tales como:

2.1.- Actos de Conversión y Transferencia

Esto es, cuando el agente(s) convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

2.2.- Actos de Ocultamiento y Tenencia

La persona(s) que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

Agravantes:

La pena se agravará cuando:

El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.

El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal.

Los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, el terrorismo o narcoterrorismo.

2.3.- Omisión de Comunicación de Operaciones o Transacciones Sospechosas

El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omiten comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, también será sancionado.

2.4.- Reglas de Investigación

Para la investigación de estos delitos, se podrá levantar el secreto bancario, la reserva tributaria y la reserva bursátil, por disposición de la autoridad judicial o a solicitud del Fiscal de la Nación. La información obtenida en estos casos sólo será utilizada en relación con la investigación de los hechos que la motivaron.

2.5.- Disposición Común

El origen ilícito que conoce o puede presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194 del Código Penal del Perú.

En los delitos materia de la Ley Contra el Lavado de Activos, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se

encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria.

2.6.- Diferencias entre lavado de activos y encubrimiento.

A partir del análisis de la legislación comparada e internacional se puede apreciar claramente que el lavado de activos tiene gran similitud con el delito de encubrimiento.

Los verbos típicos en la normativa internacional y la comparada resultan ser la conversión o transferencia; la ocultación y el encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación o propiedad o de derechos relativos a los bienes ilícitos y la adquisición, posesión, tenencia, utilización o administración de los bienes. Toda vez que la actividad de lavado es una acción compleja, en cuanto implica la colocación, decantación e integración de los activos, puede considerarse que los verbos típicos fundamentales son el convertir, transferir y administrar o de realizar otra conducta de cualquier otro modo (lo cual incluye verbos tales como adquisición, posesión y tenencia) que tiendan a ocultar o disimular el verdadero origen (este último elemento como elemento subjetivo del injusto distinto del dolo).

El encubrimiento consiste en un delito autónomo, aun cuando el mismo presupone la existencia de un delito previo anterior a su comisión. El encubridor actúa sin concierto previo, y conociendo el delito anterior. La característica del delito es su independencia, aunque depende de la perseguibilidad del hecho criminal anterior. Tanto en el favorecimiento como en la receptación que son dos formas típicas de encubrimiento, el autor actúa sin promesa anterior al delito previo (ya que de lo contrario sería cómplice), obrando por lo general con un fin de lucro, aunque esto último no siempre forma parte del tipo.

Dada la similitud de supuestos de hecho que presentan el lavado de dinero y el encubrimiento, en los tipos que regulan estos delitos, se crea una situación de acumulación.

La cuestión relativa a la posibilidad de considerar al lavado como un delito independiente y diferente del encubrimiento está íntimamente relacionada a la posibilidad de considerar que el autor del hecho previo puede ser autor de esta conducta, lo cual no es posible en el encubrimiento.

La confusión en cuanto relacionar al lavado con el encubrimiento se presenta dada la similitud en la naturaleza jurídica de ambos tipos legales como a los verbos utilizados. En este sentido puede entenderse que el lavado es el “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con la apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”. Sin embargo si se propicia la autonomía del delito de lavado correspondería iniciar la tipificación estableciendo que será castigado “el que, con o sin promesa anterior al hecho” lo cual permite diferenciar el tipo objetivo claramente del encubrimiento.

2.7.- Análisis de las conductas objetivas y subjetivas en el lavado de activos.

A. Tipos objetivos.

1.- *Conversión o transferencia de bienes con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.*

La conversión o transferencia es, para muchos autores, delito de lavado de dinero “*strictu sensu*”, constituyendo las demás hipótesis delictivas “formas especiales de encubrimiento”.

La *conversión* es “la transformación de un acto nulo en otro eficaz mediante la confirmación o convalidación” o también! la “acción o efecto de convertir”, y *convertir* es “cambiar, modificar, transformar algo”. Por otra parte, la *transferencia* es definida como “paso o conducción de una cosa de un punto a otro”, o alguna de sus otras acepciones es “remisión de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o de diferentes”. En el mismo sentido es importante recordar de manera general que entre los efectos de los modos de adquirir el dominio de las cosas está la *transferencia* de un derecho de dominio u otro derecho real, incluso respecto de derechos personales.

2.-*Ocultación, encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales o de derechos relativos a tales bienes.*

La *ocultación* se refiere a la substracción de una cosa que se hace para quitarla de donde puede ser vista y colocarla donde se ignore que está, esconderlos de

cualquier modo; precisamente por cuanto el ocultador conoce la penalidad, procura proceder con las precauciones consiguientes.

Tradicionalmente se previó el *encubrimiento* como una forma de participación, a través de los llamados cómplices a posteriori. Este modelo estaba dado por el Código Francés de 1810 que luego de algunas reformas, distribuyó esta materia entre la parte general y otras como delito autónomo. En esta formulación ha de entenderse al llamado encubrimiento como una forma especial de encubrimiento, valga la redundancia. En efecto, en este caso especial, el “encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales o de derechos relativos a tales bienes” es algo distinto al distinto al encubrimiento tal y cual lo regulan la mayoría de los códigos penales latinoamericanos, ya sea que los mismos distingan entre el favorecimiento real, personal o la receptación clásica.

3.- *Adquisición, posesión, tenencia, utilización o administración de los bienes.*

La *adquisición* es la acción y efecto de adquirir; “acto por el cual se hace uno dueño de alguna cosa”, como también la misma cosa adquirida. La palabra adquisición, en este último sentido, comprende, hablando en general, todo cuanto logramos o nos viene por compra, donación, u otro título cualquiera; ahora bien, con más rigor, sólo incluye lo que se alcanza por dinero, ajuste, habilidad, industria u otro título semejante mas no lo que viene por derecho de herencia. La conducta típica descrita como *adquisición* de los bienes se establece sólo para terceros, es decir, no cubre al mismo traficante de drogas y coincide, hasta cierto punto, con las que dan lugar a la receptación. Así, si bien no requiere explícitamente el fin de lucro (el fin de lucro es característico de la receptación), la utilización del verbo adquirir “abarca los supuestos que caracterizan los actos del encubridor, al que inspira el fin de lucro”.

B. TIPO SUBJETIVO

Los instrumentos internacionales establecen que quien incurre en el delito conoce o sabe el origen ilícito de los bienes o recursos. No obstante, entre los mismos instrumentos existen diferencias que implican diversidad de criterios para establecer el elemento subjetivo que en unos casos se limita al simple dolo directo

y en otros se amplía. Que el autor *sepa* implica la existencia de un conocimiento real, efectivo de que los bienes son producto de un delito. En este sentido, el conocimiento no se extiende hasta el extremo de que el delincuente sepa cuál es el delito cometido y las circunstancias de su perpetración; es suficiente que *sepa* que las cosas provienen de un delito. Aquí se ve un caso de dolo directo, ya que el individuo actuó conscientemente, con voluntad de realizar la acción, aun cuando sabía el origen espurio de los activos. En este caso ha de desestimarse cualquier hipótesis de obrar culposo o aun de dolo eventual.

Respecto de la “sospecha” del origen legítimo de los bienes puede observarse que quien dudando o sospechando del origen ilícito de los mismos igualmente realiza la actividad, obra con cierta malicia, ocultando cierto conocimiento.

2.8.- Técnicas de lavado de activos.

En este punto nos referiremos específicamente al lavado de dinero. Una técnica de lavado de dinero es un procedimiento individual o paso en el lavado de productos ilegales, similar a una transacción comercial individual legítima. Algunas de las técnicas más comunes de lavado de dinero incluyen las siguientes:

- Estructurar, o Hacer "Trabajo de Pitufo" o "Trabajo de Hormiga": En la estructuración, uno o varios individuos ("pitufos") hacen múltiples transacciones con fondos ilegales por cierto período de tiempo, en la misma institución o en varias instituciones financieras. Las grandes sumas de dinero en efectivo, que son el resultado de actividades criminales, son "estructuradas" o divididas en cantidades inferiores al límite de dólares a partir del cual las transacciones son registradas. Los fondos pueden ser depositados, transferidos telegráficamente, o usados para adquirir otros instrumentos monetarios.
- Complicidad de un Funcionario u Organización: Individualmente, o de común acuerdo, los empleados de las instituciones financieras o comerciales facilitan el lavado de dinero al aceptar a sabiendas grandes depósitos en efectivo, sin llenar el Registro de Transacciones en Efectivo (Currency Transaction Reports, o CTR) cuando es necesario, llenando CTR falsos, exceptuando incorrectamente a los clientes de llenar los

formularios requeridos, etc. Esta técnica permite al lavador evitar la detección asociándose con la primera línea de defensa contra el lavado de dinero, o sea, el empleado de una institución financiera.

- **Mezclar:** En esta técnica, el lavador de dinero combina los productos ilícitos con fondos legítimos de una empresa, y después presenta la cantidad total como renta de la actividad legítima de tal empresa. La mezcla confiere la ventaja de proveer una casi inmediata explicación para un volumen alto de efectivo, presentado como producto del negocio legítimo.
- **Compañías de Fachada:** Una compañía de fachada es una entidad que está legítimamente incorporada (u organizada) y participa, o hace ver que participa, en una actividad comercial legítima. Sin embargo, esta actividad comercial sirve primeramente como máscara para el lavado de fondos ilegítimos. La compañía de fachada puede ser una empresa legítima que mezcla los fondos ilícitos con sus propias rentas. Puede ser también una compañía que actúa como test! aferro, formada expresamente para la operación del lavado de dinero. Puede estar ubicada físicamente en una oficina, o a veces puede tener únicamente un frente comercial; sin embargo, toda la renta producida por el negocio realmente proviene de una actividad criminal. En algunos casos, el negocio está establecido en otro estado o país para hacer más difícil rastrear las conexiones del lavado de dinero.
- **Mal Uso de las Listas de Excepciones del CTR:** En esta técnica, el lavador de dinero deposita los productos ilícitos en una cuenta abierta en una institución financiera a través de un comercio que ha sido exceptuado de cumplir con los requisitos del CTR. El lavador puede usar listas de excepciones para lavar dinero de una compañía de fachada sin conocimiento de la institución financiera, o las listas pueden ser usadas a través de la abierta complicidad de la institución.
- **Compras de Bienes o Instrumentos Monetarios con Productos en Efectivo:** En esta técnica, un lavador de dinero compra bienes tangibles (tales como automóviles, embarcaciones, aviones, artículos de lujo, propiedades y metales preciosos) o instrumentos monetarios (tales como giros bancarios, giros postales, cheques de gerencia o de viajero, y valores) con la masa de

efectivo que se origina directamente de una actividad criminal. A menudo, el minorista que vende el artículo al lavador lo hace a sabiendas, y hasta podría ser un empleado de la organización criminal. Posteriormente, el lavador usa los bienes comprados, para continuar su actividad criminal (por ejemplo, transporte, escondites, etc.), como método para cambiar la forma del producto, o para mantener un estilo de vida lujoso.

- **Contrabando de Efectivo:** Esta técnica involucra el transporte físico del efectivo obtenido de una actividad criminal a localidades fuera del país. El lavador puede transportar el efectivo por avión, barco, o vehículo a través de la frontera terrestre. El efectivo puede estar escondido en el equipaje, en compartimientos secretos del vehículo, o ser llevado consigo mismo, o por la persona que actúa de correo. Puede estar mezclado con fondos transportados por transportes blindados, escondido en artículos de exportación (por ejemplo, neveras, hornos microondas, etc.) o embalado en contenedores marítimos. A pesar de las limitaciones que supone el volumen físico del dinero en efectivo, los lavadores de dinero han demostrado el más alto grado de imaginación al encontrar nuevos medios para mover el producto criminal en efectivo. El contrabando de dinero en efectivo, si resulta exitoso, otorga al lavador la ventaja de destruir completamente las huellas entre la actividad criminal que genera fondos y la colocación real de tales fondos dentro del circuito financiero. Estos productos pueden posteriormente volver al lugar de origen, por medios aparentemente legales como transferencias telegráficas o transacciones con giros bancarios.
- **Transferencias Telegráficas o Electrónicas:** Esta técnica involucra el uso de la red de comunicaciones electrónicas, de bancos o de compañías que se dicen a transferencias de fondos comerciales, para mover el producto criminal de un sitio a otro. Por medio de este método, el lavador puede mover fondos prácticamente a cualquier parte del extranjero. El uso de transferencias telegráficas es probablemente la técnica más importante usada para estratificar fondos ilícitos, en términos del volumen de dinero que puede moverse, y por la frecuencia de las transferencias. Los lavadores prefieren esta técnica porque les permite enviar fondos a su destino rápidamente, y el monto de la transferencia normalmente no está

restringido. Después de transferir los fondos varias veces, especialmente cuando esto ocurre en una serie de transferencias sucesivas, se vuelve difícil la detección de la procedencia original de los fondos.

Un refinamiento adicional en el uso de transferencias telegráficas es transferir fondos desde varios sitios dentro de un país o región a una cuenta canalizadora ("*conduit account*") en cierta localidad. Cuando el saldo de la cuenta alcanza cierto nivel o "umbral", los fondos son transferidos, automáticamente, fuera del país. Los "umbrales" evitan pérdidas masivas cuando los organismos de fiscalización tienen éxito en confiscar o bloquear la cuenta.

- **Cambiar la Forma de Productos Ilícitos por medio de Compras de Bienes o Instrumentos Monetarios:** Bajo esta técnica, el lavador de dinero cambia los productos ilícitos de una forma a otra, a menudo en rápida sucesión. El lavador puede, por ejemplo, adquirir cheques de gerencia con giros bancarios o cambiar giros por cheques de viajero. Los productos se vuelven más difíciles de rastrear a través de estas conversiones; además, dichos productos se vuelven menos voluminosos, con lo cual se hace menos probable su detección si se los transporta de o hacia Estados Unidos. En algunos casos, los casinos u otras casas de juego pueden facilitar el lavado de dinero convirtiendo los productos criminales en fichas. Después de un corto tiempo, el lavador cambia las fichas por cheques o efectivo.
- **Venta o Exportación de Bienes:** Esta técnica se relaciona con situaciones en las cuales los bienes adquiridos con productos ilegales son vendidos en otra localidad o exportados. La identidad del comprador original se vuelve borrosa, lo cual hace difícil la determinación de la verdadera procedencia del delito.
- **Ventas Fraudulentas de Bienes Inmuebles:** El lavador compra una propiedad con el producto ilícito por un precio declarado significativamente mucho menor que el valor real. El paga la diferencia al vendedor, en efectivo "por debajo de la mesa". Posteriormente, el lavador puede revender la propiedad a su valor real para justificar las ganancias obtenidas ilegalmente a través de una renta de capital ficticia.

- Establecimiento de Compañías de Portafolio o Nominales ("shell company"): Una compañía de portafolio es una entidad que generalmente existe solamente en el papel; no participa en el comercio (a diferencia de una compañía de fachada). En el lavado de dinero, se usan tales compañías para enmascarar el movimiento de fondos ilícitos. Las compañías de portafolio ofrecen la cobertura confidencial de una sociedad anónima, disfrazando a sus verdaderos dueños por medio de una representación nominal tanto para los accionistas como para los directores. Ellas se pueden formar rápidamente y se convierten en entidades legales que pueden dedicarse a cualquier negocio excepto a aquellos expresamente prohibidos por las leyes bajo las cuales se establecieron, o por sus estatutos.
- Complicidad de la Banca Extranjera: Las instituciones financieras extranjeras pueden proporcionar una explicación legítima del origen de fondos lavados; una explicación que no se puede confirmar por las leyes de reserva o secreto bancario o de sociedades anónimas en el país extranjero. Así como en el tema de la complicidad de un funcionario o de una organización financiera descrito anteriormente, la institución financiera puede, a sabiendas o por ignorancia, ayudar en este proceso.
- Trasferencias Inalámbricas o entre Corresponsales: Esta técnica presume que una organización de lavado de dinero puede tener dos o más filiales en diferentes países, o que podría haber alguna clase de filiación comercial entre dicha organización y su contraparte ubicada en el extranjero. Los fondos a ser lavados entran en la filial en un país y después se los hace disponibles en un segundo país en la misma moneda o en otra diferente. Como hay una relación de corresponsalía entre las dos filiales, no se necesita transportar los fondos físicamente. Tampoco hay necesidad de transferir los fondos electrónicamente. La coordinación entre ambas terminales de la operación se lleva a cabo por teléfono, fax, o por algún otro medio arreglado de antemano. Las casas de cambio tienen mala fama por el uso de esta técnica de lavado de dinero.
- Garantías de Préstamos: Usando como garantía los depósitos de fondos ilícitos (o, por ejemplo, los certificados de depósito, valores, etc., adquiridos con productos ilícitos) el lavador de dinero obtiene préstamos

totalmente legales. A través de estos préstamos, el lavador puede adquirir bienes inmuebles, negocios, u otros bienes. Los productos criminales originales han pasado a tener otra forma y la conexión con su verdadero origen se hace aún menos aparente.

- Venta de Valores a través de Falsos Intermediarios: Bajo esta técnica el lavador se vende valores a sí mismo a través de un falso intermediario, generalmente una compañía de portafolio. El intermediario hace que suba el precio de los valores mantenidos por el lavador a través de la infusión de productos derivados criminalmente. El lavador puede entonces vender las acciones y mostrar una ganancia aparentemente legal.

2.9.- Mecanismos de lavado de activos.

Los mecanismos más importantes son los relativos a los del lavado de dinero. Un mecanismo del lavado de dinero es una empresa comercial o financiera que facilita el lavado. Muchas de las mismas empresas financieras (por ejemplo, bancos y casas de cambio) que participan en negocios legítimos también toman parte, a sabiendas o sin saber, en el lavado de fondos ilegales. Según prácticas comerciales modernas, las distinciones entre los varios tipos de negocios que ofrecen servicios financieros se han vuelto borrosas. De este modo, un negocio de cambio de moneda puede también servir para transmitir fondos, o un prestamista puede cambiar cheques y operar como agente de una compañía telegráfica, por ejemplo. Algunos de los tipos de mecanismos más comunes en el lavado de dinero son:

- Bancos, incluyendo bancos comerciales, bancos privados, e instituciones de ahorro (por ejemplo, asociaciones de ahorro y préstamos, bancos cooperativos, etc.)
- Corredores de bolsa o de productos.
- Bancos o compañías de inversiones (por ejemplo fondos mutuos)
- Cambios de moneda extranjera: La casa de cambio es probablemente el ejemplo más notable de este mecanismo usado para lavar dinero en Estados Unidos. Las casas de cambio están concentradas a lo largo de la frontera sudoeste de Estados Unidos y en varias otras áreas metropolitanas de mayor importancia de Estados Unidos, con grandes poblaciones de

origen hispánico. También son muy comunes en países latinoamericanos donde algunas veces forman un sistema bancario paralelo.

- Libradores, tenedores o beneficiarios, o cajeros de cheques de viajero, cheques, giros, o instrumentos similares: En muchas áreas de Estados Unidos las casas de cambio de cheques y giros se han convertido, cada vez más, en una fuente de preocupación por su uso potencial para el lavado de dinero. Las reglamentaciones federales y estatales que ignoraron este tipo de institución financiera no bancaria han promovido el crecimiento de estos negocios. Tal como sucede con las casas de cambio, dichas instituciones han mostrado la tendencia a convertirse en proveedores completos de servicios financieros.

- Prestamistas
- Compañías de préstamos o financieras
- Compañías que operan en el envío de remesas o envíos de dinero
- Casinos o casas de juego
- Compañías de seguro
- Operadores de metales preciosos, piedras o joyas
- Agencias de viaje
- Venta de automotores minorista (incluye automóviles, aviones y embarcaciones)
- Compañías inmobiliarias.

2.10.- Instrumentos de lavado de activos

- Principalmente nos referiremos a los instrumentos para el lavado de dinero. Según lo mencionado anteriormente, un lavador de dinero usa mucho los instrumentos financieros que también son usados por las empresas comerciales legítimas. Ciertos instrumentos financieros son más conducentes o preferidos por los lavadores de dinero por su conveniencia o porque ellos facilitan el ocultamiento de la procedencia original de los fondos que ellos representan. Los siguientes elementos son algunos de los instrumentos para el lavado de dinero más frecuentemente usados:

- **Dinero en circulación:** El dinero en circulación, o efectivo, es el medio común de intercambio en la transacción criminal original (como por ejemplo, venta de narcóticos, extorsión, robo de banco, etc.). Estos tipos de transacciones generan billetes de baja denominación. El dinero en circulación es el componente básico o materia prima que el lavador de dinero procesa para su cliente. El lavador se enfrenta con la elección básica de intentar colocar el dinero dentro del sistema financiero sin ser detectado por las autoridades competentes o contrabandear el dinero fuera del país.

- **Cheques de Gerencia:** Un cheque de gerencia es un cheque que el banco libra contra sí mismo. Es relativamente fácil de conseguir y poco costoso y se lo considera tan bueno como dinero en efectivo. Muchos lavadores de dinero adquieren cheques de gerencia con productos ilegales en efectivo, como uno de los primeros pasos de un esquema de lavado de dinero.

- **Cheques Personales:** Los cheques personales son cheques librados contra una cuenta individual o de una entidad de comercio. Nuevamente, estos instrumentos son fáciles de obtener y baratos. En algunos esquemas de lavado de dinero, el dinero está estructurado en cuentas bancarias personales mantenidas bajo nombres ficticios. La organización del lavado de dinero controla las chequeras y envía cheques endosados y completos como medio de transferir dinero. A menudo los cheques muestran sólo un nombre y ninguna otra identificación personal.

- **Giros:** Un giro es otro instrumento de cambio emitido (previo pago de una determinada suma) por el Servicio Postal, bancos, o por operadores de compañías que emiten giros. Generalmente son usados por individuos que no tienen una cuenta corriente, para pagar cuentas o enviar dinero a otra localidad. Como generalmente no se pide a los compradores que se identifiquen (a través de números de cuentas o documentos de identificación), los

lavadores de dinero naturalmente tienden a preferir la compra de giros con productos criminales, como otro paso en los esquemas particulares del lavado de dinero.

- **Giros Bancarios:** Un giro bancario es un cheque librado por un banco contra sus propios fondos, los cuales están depositados en otro banco con el cual mantiene relación de correspondencia. Uno de los giros bancarios más usados en el lavado de dinero es el giro bancario del extranjero. Los giros bancarios permiten a un comerciante legítimo (o a un lavador de dinero) mover fondos de un país a otro, tan rápidamente como se mueve el dinero en efectivo, (aunque más lentamente que a través de transferencias electrónicas).

2.11.- El lavado de activos en el Perú.

(PERCOVICH, 1999)

El delito de lavado de activos, es el sustento de la economía del narcotráfico y del terrorismo, entre otros delitos conexos. Es la etapa "final" de toda actividad delictiva, a la vez el sustento de otras nuevas. Está encaminado a ocultar o disfrazar el origen ilícito proveniente de actividades delictivas como el narcotráfico, la corrupción de funcionarios, sobornos, tráfico de armas, contrabando, entre otros.

Por esta razón el Congreso Peruano aprobó la Ley N° 27693, con el que se creó la Unidad de Inteligencia Financiera UIF-Perú, como ente especializado para perseguir el delito de Lavado de Dinero o Activos. Sin embargo esta ley, se quedaría huérfana, sino va acompañada de una reforma de la Ley de Lavado de Activos. Por tal razón el congreso aprobó la Ley N° 27765, con el que se tipifica el delito de Lavado de Activos. Con esta normatividad, se penaliza los actos de conversión y transferencia, los actos de ocultamiento y tenencia, así como las formas agravadas, omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas.

El tiempo ha demostrado que las UF, se han interconectado y se brindan información mutuamente. Hay ligas y asociaciones que recomiendan la necesidad

del amparo constitucional, porque además dicen que tales medidas reforzarían las convenciones internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, aprobada el 15 de diciembre de 2000, en Italia; la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada por la Asamblea General de la OEA reunidos en Barbados el 3 de junio del 2002 y la realizada en Uruguay, entre el 10 y 18 de setiembre del 2002, con los países miembros del Grupo de Acción Financiera para Temas de Lavado de Dinero GAFI-SUD. Todos ellos coinciden en que sus unidades especializadas tienen facultades de levantar el secreto bancario. Esta situación obliga a que la Ley Penal sobre delito de lavado de activos se ponga a la orden del día.

La Ley N° 27765, del 20 de junio del 2002, muestra la decisión del Estado para perseguir el lavado de dinero, liberándola de las actividades provenientes del narcotráfico. Tal liberalización no es restrictiva, sino ampliatoria, pues se penaliza delitos conexos, sin embargo han surgido algunas observaciones.

El primer artículo hace mención a los actos de conversión y transferencias, haciendo hincapié que el origen ilícito o la fuente ilícita no sólo vienen del narcotráfico, sino de otros actos cuyo origen se oculta. La lucha en que está empeñada el mundo para enfrentar el delito de lavado de activos, ha logrado constituir varias organizaciones internacionales con este fin, como el Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI, que cuenta con 29 países miembros, el Comité contra el Terrorismo de la Organización de las Naciones Unidas y el Nuevo Grupo de Acción contra el Terrorismo lanzado en la reunión del Grupo de los 8 en Evian, Francia.

Una vez implementada la norma en nuestro país, existen algunas observaciones surgidas en el Seminario Internacional "Control sobre el Lavado de Activos" y la del Comité de Oficiales de Cumplimiento de la Asociación de Bancos del Perú, ASBANC, quienes han planteado interrogantes, específicamente a la fórmula legal de "el que conoce o puede presumir". Se critica el hecho de que no hay forma de saber el que conoce o pudiera presumir. Los criterios son subjetivos, salvo el equilibrado y sano juicio del Juez. También se han planteado observaciones al artículo 6° de la Ley N° 27765.

La crítica a la Ley, también hace referencia a la Receptación Aduanera. Asunto que en la Ley N° 28008, se indica: "El que adquiere o recibe en donación, en prenda, almacena, oculta, vende o ayuda a comercializar mercancías cuyo valor sea superior a dos Unidades Impositivas Tributarias y que de acuerdo a las circunstancias tenía conocimiento o se comprueba que debía presumir que provenía de los delitos contemplados en esta ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa". Esta fórmula se repetiría en el artículo 6° de la Ley de Lavado de Activos.

La voluntad internacional se ha plasmado en el Grupo de Acción Financiera sobre el lavado de capitales GAFI, máxima instancia internacional de lucha contra los circuitos de lavado de dinero y financiamiento de grupos terroristas, que ha aprobado una serie de medidas para vencer este delito conexo e internacional. Ha lanzado 40 recomendaciones, sugiriendo de manera prioritaria la Recomendación 30°, que trata de enfrentar el delito de financiamiento de terrorismo, bajo el argumento que los sucesos, tanto del 11 de setiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica, como el del 11 de marzo, del presente año, en Madrid, España, son resultado de una serie de ilícitos penales, sustento financiero de estos movimientos terroristas.

CAPITULO III

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LA LEY 30077

El avance de la criminalidad organizada, la corrupción y el lavado de activos en América Latina es una realidad. Opera como una empresa de estructura piramidal con asesoría jurídica, económica, con logística, que tiene ejecutores delictivos y se esfuerza por tener protección legal y política.

Se veía venir desde hace años y la respuesta del Estado se ha hecho sentir a raíz del conocimiento de casos tan emblemáticos que comprometen a funcionarios públicos y que ha generado alarma social para que se investiguen y sancionen ejemplarmente. Por ello existe la necesidad de unificar esfuerzos entre los aparatos del sistema judicial de nuestro Estado así como de nuestros países para conocer experiencias comunes, formas de enfrentamiento político-judicial así como para generar mecanismos de cooperación judicial internacional más eficaces e inmediatos.

Nuestra experiencia en la investigación y juzgamiento de los casos de criminalidad organizada en sus distintas manifestaciones, son de mucha importancia a la luz de los hechos conocidos en los últimos años y los que se conocen en los últimos meses.

3.1.-DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

Existen múltiples definiciones propuestas sobre delincuencia organizada: criminalidad organizada, ello por la variedad de áreas en que operan (actividades delictivas y los diferentes sectores en que se desarrollan), asimismo, por el distinto tratamiento en las legislaciones ordinarias nacionales.

Sin embargo, siguiendo a la doctrina predominante, se puede identificar su existencia, en base a la realización de delitos en los que incurre y en atene a las siguientes características: (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2015).

- 1) *Ser estructura compleja, piramidal y jerárquica.* El crimen organizado se estructura como una *empresa comercial* y con criterios económicos. Se organizan bien, planifican su trabajo, buscan beneficios y maximizan. El “*delincuente organizado*”

actúa, como “empresario” y la “organización” como una “auténtica empresa criminal”.

Ligado a esta característica tenemos al elemento de la *permanencia*, la cual, según el profesor (PRADO SALDARRIAGA, 2013) “reproduce la imagen material del potencial criminógeno de la delincuencia organizada resultando imprescindible para “lograr que su presencia e influencia se irradien y conserven sobre su entorno”.

- 2) *Comisión de delitos graves*. Para el logro de sus objetivos, el crimen organizado utiliza medios delictivos graves como la intimidación violencia y corrupción. La gravedad de los medios guarda relación con los bienes jurídicos. Según, la profesora (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ L. , 2009) el uso sistemático de la violencia (externa o interna) se manifiesta de distinto modos: *violencia en la comisión de los delitos propios de la actividad ilícita* (homicidios, robos, extorsiones, etc.); *violencia al interior del grupo para mantener la cohesión del grupo o resolver sus conflictos*; *la violencia entre organizaciones criminales para someter a los grupos competidores*; *violencia frente a autoridades y demás órganos de represión para favorecer La impunidad*; y *la violencia para la protección de sus aliados o clientes*.
- 3) *Busca beneficios económicos y poder*. Los fines de la criminalidad organizada son absolutamente lucrativos. El logro del poder puede ser político, pero con fines lucrativos. De hecho, en la actualidad existen algunas investigaciones que involucran a personajes políticos en casos de corrupción y hasta existe una comisión en el Congreso de la República que investiga la relación existente entre el narcotráfico y la política.

La criminalidad organizada constituye, en nuestros días, un fenómeno de evidente hostilidad al sistema, aunque no es un problema de reciente aparición. Sin embargo, el crimen organizado presenta en el actual contexto de la globalización, unos riesgos característicos muy particulares que lo configuraban como una amenaza sin precedentes para el Estado y la sociedad.

La criminalidad organizada, hoy por hoy, ha superado las tradicionales nota de jerarquía y corrupción para mediante el aprovechamiento de la integración supranacional y la revolución tecnológica, explotar las limitaciones mismas de los sistemas jurídicos con grave lesión no solo a bienes de titulares individuales, sino

también al sistema político y social, y a entidades jurídicas diversas, tales como la vida, la salud pública, el funcionamiento de la Administración pública y la marcha de la economía social de mercado. Por lo tanto, resulta evidente que el control punitivo del crimen organizado en nuestros días exija un máximo esfuerzo.

Es así que el 19 de agosto del 2013, se publicó la Ley N.º 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes, así como crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. De igual manera, con mayor especificidad, el 20 de ese mismo año se publicó la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado.

3.1.1.- Concepto.

En el Perú, la jurisprudencia ha avanzado un concepto, a partir de la caracterización del delito de asociación ilícita como tipo penal autónomo. En efecto, el Acuerdo Plenario N.º 04-2006/CJ-I 16, del 13 de octubre del 2006, al identificar los elementos del art. 317 del CP, considera la asociación ilícita como una agrupación relativamente organizada, permanente o estable, con un mínimo de personas, y destinadas a cometer delitos. Por su parte, en la convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional asume que esta forma de criminalidad está caracterizada por la existencia de un grupo estructurado de 3 ó más personas, que existe durante cierto tiempo, para cometer uno o más delitos graves, a fin de obtener un beneficio económico o material.

La Ley N.º 30077 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 art. 3 de la acotada Ley (art. 2, inc. 1). 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, y debe orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

Se entiende por criminalidad organizada toda actividad delictiva que ejecuta una organización de estructura jerárquica o flexible, dedicada de manera continua o permanente a la provisión y comercio de bienes, medios o servicios legalmente restringidos, de expendio fiscalizado o de circulación prohibida, los cuales cuentan con una demanda social interna o internacional, potencial o activa, pero siempre en crecimiento. Estas actividades criminales se reproducen y extienden aplicando una eficiente dinámica funcional de abuso, inserción, o gestión de posiciones, expectantes o consolidadas, de poder político, económico o tecnológico.

3.2.- PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS SUSTANTIVAS

Nueve son las notas características del crimen organizado:

- 1) La permanencia. Indica que la fundación y la vigencia operativa de los grupos criminales es por su propia naturaleza indefinida.
- 2) La estructura. Permite ordenar las actividades y mantiene la cohesión de los grupos criminales.
- 3) Los negocios ilícitos. La criminalidad organizada moderna es sobre todo una criminalidad de mercado, esto es, la organización de la oferta de servicios ilícitos en el mercado [ZAFFARONI], Esta característica la diferencia con nitidez de la criminalidad violenta tradicional que no produce ni vende, pues ella solo quita o despoja.
- 4) La planificación. Requiere de un planeamiento estratégico y táctico para la ejecución eficiente de sus actividades.
- 5) Las redes de protección. Requiere construir o solventar mecanismos de impunidad.
- 6) La movilidad internacional. El *modus operandi* de los delitos que son realizados por los grupos criminales se base en circuitos de producción, provisión, distribución o expendio que se localizan en diferentes países y regiones.
- 7) Las fuentes de apoyo. Requiere un eficiente sistema de soporte técnico o profesional, logístico y social.
- 8) El fin lucrativo. Las organizaciones criminales se conforman y operan como unidades de negocios.
- 9) La alianza estratégica o táctica.

De otro lado, cinco son los factores comunes que permiten identificar las unidades de crimen organizado:

- A) Actividades criminales de una naturaleza grave cometidas en una forma planeada con la perspectiva de obtener un beneficio.
- B) Una división jerárquica del trabajo tipo empresarial y continua que incluye sanciones internas y disciplinarias.
- C) El uso de violencia e intimidación real o implícita.
- D) El ejercicio de influencia sobre funcionarios electos y nombrados u otros pilares de control social y líderes de opinión dentro de la sociedad, o su corrupción [CHABAT].
- E) Posibilidad de afectar la gobernanza al interior de los Estados, pues el crimen organizado tiene la posibilidad de infiltrar la estructura estatal o representar una amenaza tan grande que impide el normal desarrollo de las funciones estatales [CONTRERAS y TENORIO],

El art. 3 de la Ley N.º 30077, establece para la criminalidad organizada, los siguientes delitos:

- 1. Homicidio calificado-asesinato (art. 108 del CP)
- 2. Secuestro (art. 152 del CP)
- 3. Trata de personas (art. 153 del CP)
- 4. Violación del secreto de las comunicaciones (art. 162 del CP)
- 5. Delitos contra el patrimonio (arts. 186, hurto agravado; 189, robo agravado; 195, receptación agravada, 196-A, estafa agravada y 197 del CP, supuestos típicos de estafa)
- 6. Pornografía infantil (art. 183-A del CP)
- 7. Extorsión (art. 200 del CP)
- 8. Usurpación (arts. 202 y 204 del CP).
- 9. Delitos informáticos (arts. 207-B y 207-C del CP)
- 10. Delitos contra la propiedad intelectual (art. 222 del CP)
- 13. Delitos contra la salud pública (arts. 294-A y 294-B del CP)
- 14. TID en sus diversas modalidades (arts. 296 a 302 del CP).
- 15. Delitos de tráfico ilícito de migrantes (arts. 303-A y 303-B del CP)
- 16. Delitos ambientales (arts. 310-A, 310-B y 310-C del CP)

17. Delitos de mareaje o reglaje (art. 317-A del CP)
18. Genocidio, desaparición forzada y tortura (arts. 319, 320 y 321 del CP)
19. Delitos contra la Administración pública (arts. 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del CP)
20. Delitos de falsificación de documentos (art. 427 del CP)
21. Lavado de activos (D. Leg N.º 1106, del 19/Abr/2012).

A partir de lo expuesto es de destacar que la asociación ilícita para delinquir, a diferencia de la criminalidad organizada, es un tipo penal contemplado en el Código Penal —art. 317 del CP—, con sus propias características. No cabe duda que la organización criminal, como se expresó, no es un tipo penal, sino es un concepto funcional con mayores características que la asociación ilícita para delinquir —aunque, no se debe realizar una asimilación normativa [PRADO]—, en el que comprende determinados delitos “graves”, de conformidad con el art. 2 y 3 de la Ley N.º 30077; además desde un “proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado”, a diferencia de la asociación ilícita para delinquir.

3.3.- EFECTOS DEL CRIMEN ORGANIZADO.

Los efectos que el crimen organizado genera, principalmente, son los siguientes:

- a) Desestabilización del sistema económico y político de un país, sobre todo cuando la corrupción se hace sentir entre dichas autoridades.
- b) Aleja la inversión internacional, debido a la inseguridad jurídica y la desconfianza de sus instituciones.
- c) Generan alarma en la colectividad por la gravedad de los delitos que cometen: extorsión, tráfico ilícito de drogas, trata de personas, terrorismo, lavado de activos, corrupción, etc.
- d) Se puede afirmar que la corrupción aparece como un instrumento transversal del crimen organizado.
- e) Busca tener poder en la política. No son pocos los casos que se conocen al respecto. En la actualidad, se puede apreciar la existencia de diversas investigaciones vinculadas a parlamentarios, ministros, ex magistrados y hasta ex presidentes por casos de corrupción.

3.4.- LA CONVENCIÓN DE PALERMO Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL.

El documento base de nuestra legislación es la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre del 2000, en Palermo (Italia), ratificada por el Estado Peruano el 19 de noviembre del 2001 (Decreto Supremo N.º 88-2001-RE), vigente desde el 29 de septiembre del año 2003.

En su primer artículo, la Convención de Palermo prescribe que su finalidad es *promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional*.

Según la Convención, por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe 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.

Los protocolos de la Convención de Palermo son los siguientes:

- A) Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
- B) Protocolo de las Naciones Unidas contra el contrabando de migrantes por tierra, mar y aire.
- C) Protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego.

La Convención y los protocolos están bajo la jurisdicción de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés *United Nations Office on Drugs and Crime*).

3.5.- DELINCUENCIA ORGANIZADA Y CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

La delincuencia organizada y la corrupción no son desconocidas en el Perú sobre todo, aquellos casos que se descubrieron a fines del año 2000. Estar involucrado el asesor presidencial y el Presidente de la República (ambos estar privados de libertad); también se comprendió a muchos funcionarios públicos; magistrados del

Poder Judicial y del Ministerio Público; además, se investigó a dueños de medios de comunicación escrita y televisiva, entre otras personas¹.

A partir de ello, se dictaron normas de procedimiento y se designaron jueces y fiscales especializados para investigar y juzgar casos de corrupción y violaciones de derechos humanos.

Después de más de diez años, se puede afirmar que ni el Estado, ni las instituciones tutelares adoptaron las previsiones necesarias y se ejercieron los controles administrativos requeridos a fin de evitar que se repitan los casos de corrupción, por el contrario, se han logrado nuevas organizaciones más complejas y con mayor presencia en instituciones públicas. No se aprendió la lección².

En la actualidad, se han elaborado un conjunto de leyes para hacer frente a la delincuencia organizada, corrupción y lavado de activos y pérdida de dominio. Se cuenta con los siguientes instrumentos legales:

- Ley N.º 30077 (publicado el 20-08-2013). Llamada Ley Contra el Crimen Organizado, vigente en todo el país.
- Código Procesal Penal 2004. Decreto Legislativo N.º 957. Vigente en todo el país, excepto en Lima.
- Ley N.º 27697, que faculta al fiscal para la intervención y control de las comunicaciones y documentos privados en caso excepcional.
- Ley N.º 27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en el curso de investigaciones preliminares, de carácter jurisdiccional.
- Decreto Legislativo N.º 1104, sobre pérdida de dominio.
- Decreto Legislativo N.º 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

Vid. AA. W., *La lucha contra la corrupción en el Perú*, Lima: Ministerio de Justir 2012. En mi caso, me correspondió asumir la coordinación de las fiscalías y partí cit. de los juicios penales en casos de corrupción y otros.

²Solo por citar, se puede mencionar el llamado "Caso Orellana", en Lima, que ha involucrado un número importante de abogados, autoridades judiciales, fiscales, policías, entre otros, muchos de ellos actualmente privados de libertad; o "Los Limpios de la Corrupción", en la ciudad de Chiclayo, que tiene como cabecilla al exalcalde, otros funcionarios y muchas otras personas, muchos de ellos se encuentran, igualmente, con prisión preventiva.

Es del caso destacar que, de acuerdo con la Constitución peruana, el fiscal de la Nación investiga a altas autoridades del Estado: congresistas, ministros de Estado, magistrados de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional, fiscales supremos y otros, por la comisión de delitos. Como se entenderá, tales investigaciones encuentran cierta resistencia y hasta pueden significar la presencia de una presión política y mediática, que debe de superarse con un trabajo de investigación objetiva, imparcial y prudente. En la actualidad, un área especializada de mi despacho se encuentra investigando 17 casos de singular trascendencia³.

3.6.- LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO N.º 30077

La Ley N.º 30077, publicada en agosto del 2013, da configuración legal a los delitos de criminalidad organizada, sobre todo en materia penal y procesal. Según esta ley, en su segundo artículo, considera una organización criminal: “[...] cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente ley.

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”.

En el artículo 3 de la Ley N.º 30077 se establece que es aplicable a más de 50 tipos penales, entre los cuales destacan el delito de trata de personas, secuestro, extorsión, homicidio calificado, tráfico ilícito de drogas (en sus diferentes modalidades), contra la administración pública y lavado de activos.

Asimismo, en ese artículo se precisa que los alcances de ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediada:

³ También es del caso señalar que tratándose de investigaciones seguidas contra congresistas por delito de enriquecimiento ilícito, la Fiscalía de la Nación, —por disposición expresa de ley especial— no puede ordenar el levantamiento del secreto bancario.

t una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el artículo en referencia.

3.7.- EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.

El proceso penal es el medio o instrumento que tiene el fiscal para realizar la investigación y el juez para dictar sentencia en un caso determinado. En el Código Procesal Penal, vigente en el mayor territorio del país, ya se hace mención a modernas técnicas de investigación, las mismas que, con algunas especificaciones, han sido recogidas en la ley en comento y que se destacan en las líneas siguientes:

3.7.1. Técnicas especiales de investigación

3.7.1.1. La interceptación postal e intervención de las comunicaciones

De acuerdo con el artículo 8 de la ley en comento en concordancia con el art. 226 del CPP, se puede interceptar, incautar y abrir documentación pública o privada que se dirija al imputado de manera directa e indirecta, siempre en sea *indispensable* para la investigación. Se especifica que el trámite y realización de las medidas tienen carácter reservado e inmediato. En el art. 9 se establece que solo se intercepta e incauta la correspondencia vinculada al delito vinculado a la organización criminal, procurando no afectar la correspondencia de terceros no involucrados. En tal sentido, el fiscal, delegando en su adjunto o en la policía, realizará la interceptación e incautación; se procederá a la retención de la correspondencia y envíos vinculados con el delito, efectuándose la apertura, examen o análisis en sede de la fiscalía o donde el fiscal lo estime más conveniente para la investigación.

3.7.1.2.- La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

Conforme a la ley, se faculta al fiscal para disponer la circulación o entrega vigilada de cualquier bien relacionado a la presunta comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal. Se dispone que se encuentren exentas de responsabilidad aquellas personas que colaboren, con autorización o por encargo de la autoridad competente. Asimismo, tampoco se podrá imponer alguna medida o consecuencia accesoria ni medida preventiva a la persona jurídica que obra dentro de los márgenes permitidos.

3.7.1.3.- La figura del agente encubierto y agente especial

El agente encubierto es aquel miembro de la policía especialmente capacitada y seleccionada que se introduce en la organización criminal, con identidad supuesta, a fin de desbaratar dicha red criminal, proporcionando informe de sus actividades, de sus cabecillas y todo aquello relacionada con la criminalidad organizada. Son designados por disposición fiscal y están facultados para participar en el tráfico jurídico y social, para adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo.

3.7.1.4.- Las acciones de seguimiento y vigilancia

La ley prescribe que el fiscal, de oficio o a instancia policial, y sin conocimiento del investigado, puede disponer que este (el investigado) 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, relacionado con la videovigilancia. La videovigilancia en lugares públicos la decide el fiscal y las que se realizan en lugares cerrados la ordena el juez a pedido del fiscal.

3.7.2.- Medidas limitativas de derechos

3.7.2.1.- El levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria y bursátil

Se rige conforme a lo establecido en el Código Procesal Penal. La Constitución Política del Perú, en su art. 2, inc. 5 prescribe que “El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

De conformidad con el Código Procesal Penal el juez, a pedido del fiscal, ordenará reservadamente, y sin trámite alguno, el levantamiento del secreto bancario cuando exista necesidad y pertinencia para el esclarecimiento del caso investigado. Asimismo, una vez recibido el informe, el juez, también a pedido del fiscal, podrá proceder a la incautación de documentos, títulos, valores, sumas de dinero depositados u otro bien, incluyendo el bloqueo o inmovilización de las cuentas, siempre que sean necesario y pertinente para fines del proceso. Por otro lado, el juez puede autorizar, siempre ha pedido fiscal, el registro y búsqueda de

información, de las entidades del sistema bancario o financiero, debiendo justificar tal medida por la afectación plural a los derechos y precisando los límites de la intervención. El Código también precisa que no se requerirá orden judicial cuando las operaciones bancadas no se encuentren dentro del marco del secreto (conforme a lo estipulado en los artículos 142 y 143 de la Lev N.º 26706), siendo suficiente el pedido directo del fiscal investigador. Los mismos procedimientos rigen en caso del levantamiento de la reserva tributaria.

3.7.2.2. Incautación y decomiso

La incautación, conforme al Código, tiene distintos momentos de realización y objetivos. En el Acuerdo Plenario 5-2010/CJ-116, de 16 de noviembre del 2010, se afirma que la incautación, como medida procesal, tiene configuración dual, tanto como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (propiamente instrumental) y como medida de coerción; en ambos casos es un acto de autoridad que limitadas facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

La ley prevé que en todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal, la PNP no necesita autorización del fiscal ni orden judicial para la incautación de objetos, instrumentos, efectos o ganancias o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de organización criminal, cuando se trate de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, debiendo darle cuenta inmediata al fiscal.

Para los bienes u objetos precisados en la ley, son de aplicación las reglas y el procedimiento de la Ley de Pérdida de Dominio, siempre que se presente uno o más de los supuestos previstos en el art. 4 del D. Leg. N.º 1104: 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.

Cuando los bienes provienen de delitos en agravio del patrimonio del Estado, la recepción, registro, calificación, administración y disposición es de competencia de la Comisión Nacional de Bienes Incautados (Conabi).

3.7.2.3. Cooperación internacional y asistencia judicial

Constituye el instrumento legal de suma utilidad y cuya oficina se encuentra en el Ministerio Público y bajo la dependencia directa del fiscal de la nación.

La Cooperación Judicial Internacional es uno de los instrumentos centrales que los Estados utilizan para enfrentar la delincuencia organizada transnacional y para ello se cuenta con marco normativo, no solo nacional (constitucional y de desarrollo legal ordinario —entre ellos las normas del Código Procesal Penal y la Ley de Lucha Contra el Crimen Organizado—), sino también internacional, como los tratados y convenciones suscritas y ratificadas.

3.8.- ORGANIZACIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN - MINISTERIO PÚBLICO, EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

En los últimos años, la Fiscalía de la Nación ha creado tres subsistemas para la lucha contra la criminalidad organizada, dichos subsistemas son: a) Fiscalías Especializadas Anticorrupción, b) Fiscalías Especializadas en Lavado de Activos y Pérdida de Dominio; y c) Fiscalías Especializadas en Crimen Organizado.⁴ Todas estas fiscalías especializadas, dan cuenta directamente al Fiscal de la Nación, a través de los fiscales coordinadores.

Entre los aspectos relevantes en torno a estas fiscalías especializadas tenemos:

- El proceso especial de colaboración eficaz.
- El Programa de Asistencia y de protección a víctimas, testigos y colaboradores, a cargo del Ministerio Público.
- Los testigos protegidos a cargo de la Fiscalía de la Nación.

A la fecha, suman aproximadamente 570 fiscales a nivel nacional.

3.9.- ASPECTOS PROCESALES.

3.9.1.- Ámbito de aplicación

La investigación, juzgamiento y sanción para los integrantes de la organización criminal, señalados en el art. 3 de la ley, se rige por el NCPP (art. 4 de la Ley N.º 30077).

Empero, más allá de incorporar, objetivamente, dentro de las disposiciones del NCPP: fuero competencial material, en cuanto presupuesto del órgano jurisdiccional referido a la competencia penal, la ley en referencia debe analizarse en bloque con los cambios producidos por la Ley N.º 30076. Así, no solo se configura un procedimiento con especialidades procedimentales, sino que el propio proceso común se ve modificado con una clara vocación general de “mejorar” o rodear de mayor claridad y eficacia a numerosas instituciones del proceso penal.

Se busca poner al día el proceso penal para este nuevo fenómeno delictivo grave, desde una perspectiva de eficiencia y solidez de la persecución penal del mismo.

3.9.2. Cambios globales en el proceso penal referido al crimen organizado

La Ley N.º 30076, en lo pertinente y en lo que, por extensión, es propio para el “proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado”, incorporó dieciséis cambios, sin perjuicio de las modificaciones que inciden en el Derecho procesal de ejecución —con clara vocación restrictiva— y en el proceso auxiliar de cooperación judicial internacional.

Son los siguientes:

1. La titularidad de la acción penal, a cargo del Ministerio Público, encuentra una precisión, respecto a las relaciones con la policía. El incorporado apartado 4) del art. II del TP NCPP obliga al fiscal a tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la PNP, fijada en el ordenamiento. De tal suerte, que no es posible disponer una comisión investigativa a un órgano policial no habilitado legalmente para una determinada clase de delitos.
2. La investigación del delito bajo la conducción del MP impone la colaboración con la PNP, en forma conjunta y coordinada. A estos efectos la Fiscalía debe

diseñar protocolos de actuación. Con esta finalidad, el fiscal de la Nación ha de dictar las correspondientes “Instrucciones Generales” y coordinará con el órgano policial encargado de la coordinación con el MP. El problema, que pretende superar la ley, empero, siempre estará sujeto a tensiones y, a final de cuentas, al modo de entender la dirección jurídica y la conducción de las investigaciones como base del señorío del fiscal respecto de esa etapa procesal. Por lo demás, es distinto mencionar un reglamento de ordenación de diligencias y, de otro lado, un protocolo de actuaciones.

3. Sobre la base de que es el fiscal quien decide la estrategia de investigación del caso concreto, sin embargo deberá escuchar las recomendaciones que, al efecto, le brinde la PNP. En esta perspectiva, el informe policial debe indicar, cuando estas se hayan emitido, su contenido y resultado.
4. El art. 67 del NCPP fija el marco de la función policial de investigación del delito. La nueva ley solo cambió la frase “en su función de investigación”, por la frase “en cumplimiento de sus funciones”. Esta última aclaración no es razonable, primero, porque la policía tiene su marco de relación de subordinación funcional con el MP exclusivamente en el ámbito investigativo; y, segundo, porque en las demás funciones policiales, no existe vínculo alguno.
5. El abogado defensor, en el ejercicio de su misión de defensa o patrocinio, está prohibido de recurrir a mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la impartición de justicia. Esta adición al art. 84 del NCPP si bien ratifica el principio de moralidad procesal, es reiterativo de la prohibición genérica establecida por la Ley Procesal Común, el art. 112, inc. 6 del CPC, sobre la actuación de mala fe procesal o temeridad.
6. El art. 85 del NCPP ha sido ampliamente reordenado. Primero, se precisó en el caso de diligencia no inaplazable que el abogado de oficio designado exige la reprogramación de la diligencia por una sola vez. *Mutatis mutandis*, tal

reprogramación también será en el caso de la designación de un nuevo abogado de confianza. Eso porque se construyó mal la frase del último extremo del 2.º apartado; en vez de una coma, debió consignarse un punto seguido y, de este modo, evitar el gerundio. Segundo, la inasistencia del defensor que no asiste injustificadamente a una diligencia o que abandona la diligencia que se está realizando (amonestación, multa y suspensión). Tercero, la renuncia del defensor no lo libera de participar en diligencias urgentes a las que ha sido citado, y la renuncia debe ser puesta en conocimiento del juez en el término de 24 horas antes de realización de la diligencia. Cuarto, la aplicación de la sanción es de conocimiento y registro por la Presidencia de la Corte Superior —lógica de lo que se denomina “*dación en cuenta*—, y la ejecución efectiva es atribución del Colegio de Abogados. Un símil se procederá, como es obvio, aunque no se diga, respecto de la Corte Suprema.

7. En materia de confesión se incorpora a los presupuestos formales o intrínsecos de la confesión las notas de sinceridad y espontaneidad, que importan, primero, la aceptación de cargos sin ocultar nada conocido por el imputado respecto del hecho, de sus circunstancias o de la intervención de otras personas.
8. El desarrollo del interrogatorio del testigo (art. 170 del NCPP) permite, en el momento del contrainterrogatorio —por parte del defensor a cuya parte afecta la exposición del primero—, preguntas sugestivas. Se entiende por tales, aquellas preguntas que importan introducir en el ánimo del testigo alguna idea, insinuándosela o haciéndole caer en ella. Creo que esta introducción es, sencillamente, nefasta, pues intenta hacer caer y torcer la lógica declarativa de un testigo, dominando su voluntad. Ganará, con ello, la habilidad del interrogador y no el esclarecimiento de los hechos.
9. La pertenencia del imputado a una organización criminal —o su reintegración a ella— ya no es un presupuesto material flexibilizado para dictar prisión preventiva, siguiendo el modelo germano, sino solo un supuesto de peligro

de fuga. Se entenderá, empero, a estos efectos, que debe acreditarse, a nivel semipleno o de mera probabilidad, que existe el riesgo de que el imputado podrá utilizar los medios que le brinde la organización criminal para facilitar su fuga. Es preocupante que no incluya el peligro de obstaculización, toda vez que el art. 270, inc. 3 del NCPP solo reconoce el supuesto de inducción, no de actuación autónoma de la organización, que por lo demás no requiere de una inducción de uno de sus miembros para actuar.

10. En cuanto a la prolongación de la prisión preventiva, la Ley N.º 30076 estipuló que la especial dificultad o prolongación incide tanto en la etapa de investigación preparatoria cuanto en las etapas intermedia, de enjuiciamiento e impugnativa del proceso penal declaratorio de condena. La comparecencia simple se dictará cuando, primero, el fiscal no solicita la prisión preventiva; y, segundo, de mediar solicitud de prisión preventiva, no concurran sus presupuestos materiales. El fiscal y el juez deben motivar su decisión. Es obvio que la segunda decisión será la única que merezca tal motivación reforzada. Por otro lado, en concordancia con el art. 287 del NCPP, la comparecencia restrictiva se aplicará solo si el peligro de fuga o de obstaculización puede razonablemente evitarse: solo podrá optarse por ella en el supuesto segundo. Otra restricción que puede imponerse es la de prohibición de comunicación o de aproximación a la víctima o de otras personas —no solo delitos de violencia doméstica si no otros ilícitos penales que puedan importar afectar el entorno jurídico de aquella—, siempre que en este último caso no peligre irrazonablemente el derecho de defensa.
11. El desalojo preventivo, en cuanto medida de coerción real de carácter anticipada, una vez impuesto y la resolución esté firme, se ejecuta dentro del término de 72 horas de concedida. Lo “inmediato” del desalojo a que se refiere el apartado cinco del art. 311 del NCPP cuando la Sala Superior así lo dispone, debe tomar en cuenta ese plazo —por error se dice “término”—. Esta norma es de vigencia generalizada.
12. El plazo ordinario de las diligencias preliminares ya no es de 20 días sino de sesenta días. Éste puede ser superior, por decisión del fiscal, cuando las características, complejidad y circunstancias de los hechos de investigación

así lo aconsejen. El reclamo del afectado se efectuará ante el JIP.

13. La confesión que determina la concurrencia premial con el premio por terminación anticipada es solo aquella útil y anterior a la celebración del juicio. En pureza, lo expuesto es obvio, pero también limitado. La lógica de la confesión como beneficio premial ya está regulada en el nuevo texto del art. 161 del NCPP y con mayor propiedad, no hacía falta una regulación pretendidamente *ad hoc*. De otro lado, en la misma línea de esa norma, se excluye a los reincidentes y habituales —lo que merece nuestra censura—; y, en lo atinente a la terminación anticipada, se excluye a los integrantes, vinculados o a quienes actúen por encargo de una organización criminal —que también es reprochable porque se confunde un premio procesal con una atenuación privilegiada.
14. El nuevo art. 119-A del NCPP dispone, en lo nuevo, que por excepción es posible realizar el juicio, en lo que respecta a la presencia del acusado, mediante el sistema de videoconferencia, siempre que el traslado del reo en cárcel presente dificultades por la distancia entre la sede la audiencia y la ubicación del establecimiento penal o porque exista peligro de fuga. Ello significa, de un lado, la existencia de dos locales de audiencia; real y virtual, y que el reo podrá observar, e intervenir si correspondiere, pero desde el establecimiento penal u otra sede factible en todas las incidencias de la audiencia. Ello presupone la imposibilidad de realizar el juicio en una sede judicial contigua al establecimiento penal. Cabe acotar que el art. 381 del NCPP, no modificado, se pone el caso de testigos y peritos que se encuentren en lugar distinto al del juicio, en que será posible tomarles declaración o examinarlos mediante video-conferencia. En caso de órganos de prueba protegidos también es viable la recepción de su declaración o examen este método (art. 248, inc. 2, lit. e NCPP).

La Ley N.º del 30077 incorporó seis cambios específicos —que dan lugar a un proceso con especialidades procedimentales— en: *(i)* el plazo de las Diligencias preliminares e investigación preparatoria formal; *(ti)* en las medidas instrumentales

restrictivas de derechos —el NCPP, bajo inspiración italiana, las denomina “búsqueda de pruebas y restricción de derechos — de interceptación postal, intervención de comunicaciones, levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil e incautación; (iii) en los actos especiales de investigación, a los que incorporó los actos de seguimiento y vigilancia, la información por las personas públicas y privadas —morales y naturales—; (iv) en el derecho probatorio.

De otro lado (v) estableció que rige el NCPP- la aplicación del NCPP para este procedimiento se generalizó- y que la competencia corresponde a la Sala Penal Nacional —es un fuero ordinario especial—; además, (vi) adelantó la vigencia las medidas de protección y el proceso por colaboración eficaz.

La misma Ley N.º 30077 incorpora doce cambios en el NCPP, que rige para todo el ordenamiento procesal penal. Son los siguientes:

- La interceptación e incautación postal, producido el mandato judicial, la apertura, examen y análisis de la correspondencia y envíos se efectuará en el lugar donde el fiscal considere más conveniente para los fines de la investigación —ya no será en la oficina fiscal, como era antes—.
- El control de comunicaciones: intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación, incluye ahora la geolocalización de teléfonos móviles. El cambio importa, además, que el ejecutante del control es la Fiscalía o la dependencia policial que se indique —ya no se trata de personas—; que la comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones será mediante oficio en la que se transcribirá la parte pertinente de la resolución autoritativa; que los concesionarios deben facilitar en forma inmediata lo ordenado en tiempo real y en forma ininterrumpida, todos los días del año, y sus servidores deben guardar secreto, salvo que se les cite como testigos; quedos concesionarios deben otorgar el accesoria compatibilidad y conexión de su tecnología con el “Sistema de Intervención y Control de las comunicaciones de la PNP”, incluso al renovar sus equipos; que el plazo de la interceptación es no superior a 60 días —antes era de treinta días—, que puede renovarse por plazos sucesivos a instancia del fiscal por el juez de investigación preparatoria.

- El registro de la intervención de comunicaciones se asegura mediante grabación. Lo recolectado —se utiliza indebidamente el término anglosajón de ‘evidencias’ en vez de decir ‘prueba material’— se entrega al fiscal, quien debe conservarlas; durante la ejecución de los denominados “actos de recolección y control de las comunicaciones” se dejan constancia en el acta; que el fiscal —indebidamente se consigna la intervención en esta fase del juez, pues no interviene en la misma— ordenará la transcripción de los datos relevantes en acta propia, sin perjuicio de conservar la grabación completa, siendo el juez quien dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes, si la investigación no se formaliza el fiscal hará lo propio; que el fiscal, con celeridad e inmediatez, comunicará al Juez las grabaciones que se refieran a otros delitos; que las actas de recolección y control de las comunicaciones se incorporarán a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes.

En lo concerniente a la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, se comprende los bienes y ganancias materia del D. Leg N.º 1106 —antes era la Ley N.º 27705—.

En lo relativo al agente encubierto, la identidad supuesto se entrega por el fiscal —no por la Dirección General de la PNP— y por el plazo de seis meses, prorrogables por el mismo por periodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo.

El plazo ordinario especial de la investigación preparatoria para procesos complejos es de ocho meses, mientras que para organizaciones criminales es de 36 meses. La prórroga por un plazo igual la decide el juez de investigación preparatoria. Además, un supuesto de complejidad se refiere a cuando se comprendan los delitos materia de esta Ley N.º 30077, a los integrantes, los que actúan por encargo y los vinculados a organizaciones criminales.

Los delitos objeto del proceso por colaboración eficaz son, además, los casos de criminalidad organizada previstos en la Ley de la Materia.

En lo atinente al registro de la intervención de comunicaciones, si durante su ejecución se tome conocimiento de delitos contra la vida e integridad personal, y cuando se trata de delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el fiscal excepcionalmente, dando cuenta al Juez

para su convalidación, incorporará dicho número al procedimiento de intervención ya existente, siempre y cuando el juez de investigación preparatoria en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

Con respecto a la investigación preparatoria se tiene dos cuestiones:

- **Plazo de las diligencias preliminares.** El plazo es de 60 días para todo delito vinculado a organización criminal. El fiscal puede fijar un plazo distinto en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación (art. 5, inc. 1, de la Ley N.º 30077). Para determinar la razonabilidad del plazo, el juez ha de considerar 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, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a la organización criminal (art. 5, inc. 2 de la Ley N.º 30077).
- **El carácter del proceso.** Todo proceso seguido contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se considera, en sí mismo, complejo, de conformidad con el apartado 3) del art. 342 del NCPP.

3.10.- ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

3.10.1.- Fundamento

La lucha contra la delincuencia organizada, es decir, el descubrimiento y sanción de delitos de una enorme gravedad y de gran impacto social, cometidos por organizaciones criminales, que cuentan con material altamente sofisticado y con sujetos de comprobada eficacia delictiva, resulta cada más difícil para los aparatos estatales de represión criminal.

Se han introducido tres mecanismos que dan respuesta a ese fenómeno social, de tal manera que pueda compatibilizarse el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos los imputados en un proceso penal, con una mayor

eficacia en la lucha contra la criminalidad, esencialmente contra la criminalidad organizada.

Los actos especiales o técnicas especiales de investigación se iniciaron, a nivel mundial, en la lucha contra las drogas y el terrorismo, y luego se fueron extendiendo, con plena previsión legal, a otros delitos especialmente graves: corrupción y criminalidad organizada transnacional. Se trata del agente encubierto (art. 13 de la Ley N.º 30077) y de la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (art. 12 de la Ley N.º 30077), así como, recientemente, de las operaciones encubiertas.

3.10.2.- Agente encubierto y especial

A- Definición

Es una medida —o medio de investigación especial—, regulada en el art. 341 del NCPP, que consiste en la entrada de uno o varios policías o ciudadanos integrados, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en el entramado de la misma, con objeto de descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y castigo de la organización, con todos los elementos que la integran. Asimismo, los civiles pueden ser agentes especiales de conformidad con el art. 341, inciso 1, parte *in fine*, del NCPP.

El objeto es obtener un mejor resultado en las investigaciones [FERNANDO y MANSOUR], En efecto, la finalidad del acto de infiltración a través del agente encubierto y/o especial es obtener la información necesaria apta para enervar la presunción de inocencia de los investigados. El último destinatario y máximo interesado en la información averiguada es el Estado [GÓMEZ DE LLANO]. SU adopción es excepcional y debe estar sometido a un test de proporcionalidad: (i) examen de idoneidad, el agente encubierto debe ser un medio apto para captar información de cargo con efectos penales; («) examen de necesidad, al tratarse de una injerencia intensa en los derechos y libertad se debe verificar que exista una organización criminal y que por sus características represente una verdadera amenaza, igualmente debe comprobarse que no exista otra medida idónea de búsqueda y obtención de información; y, (iii) examen de proporcionalidad que debe

considerar circunstancias como la duración de la infiltración, las facultades que se otorgan al agente encubierto, etc. [BERNAL CUELLAR].

La intervención del agente encubierto-especial solo está permitida para el esclarecimiento de “hechos punibles de importancia considerable”. Es imprescindible, para acudir a esta técnica de investigación, que el esclarecimiento no sea posible, o en todo caso que la averiguación presente una dificultad considerable, y por tanto que otras medidas de investigación fueran inútiles.

El agente encubierto y el agente especial vienen amparados en su cometido por una identidad supuesta. Participa en el tráfico jurídico bajo una ‘identidad alterada’, para cuya creación y conservación son admitidas la expedición y modificación de documentos de identidad y demás registros de datos personales. Además, se le permite adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, así como diferir su incautación. Debe poner a disposición de quien lo autorizó la investigación toda la información que vaya obteniendo, para su aportación al proceso.

El agente encubierto accede mediante el engaño, no solo al conocimiento de delitos cometidos en vías de preparación, sino también a todo un cúmulo de datos privados sobre las personas investigadas y su círculo de allegados. El derecho afectado, en estos casos, es la autodeterminación informativa, esto es, el derecho a elegir libremente al destinatario de la conversación y al testigo de la esfera privada.

La infiltración policial a través de un agente encubierto es, por tanto, un acto de investigación que limita, en determinada medida, derechos fundamentales. Su relevancia está, precisamente, en el hecho mismo de su secretismo y uso del engaño como método de investigación. Sin embargo, las investigaciones encubiertas ante delitos graves no pueden excluirse —no pueden sacrificarse por conveniencia.

B.- Regulación legal

Como puede observarse, el art. 341 del NCPP precisa como requisito previo la existencia de una investigación relacionada a un caso de criminalidad organizada.

Para la lícita actuación de los agentes encubiertos-especiales se precisa de una previa autorización del fiscal encargado; se necesita una disposición, que a todos los efectos será reservada. Para hacerlo se requiere de “[...] *indicios de su comisión*,

esto es, sospecha inicial simple. La autorización la proporciona el fiscal, y conocimiento y registro de la Fiscalía de la Nación. El plazo es de seis meses prorrogables por disposición motivada del fiscal de la investigación.

C.- Valoración

La información obtenida será puesta en conocimiento de la autoridad y será valorada “[...] *como corresponde*”. La condición de su valoración está en la legalidad de la designación del agente encubierto y/o del agente especial, y en que no se hayan afectado de modo grave derechos fundamentales, a menos que se haya recabado la pertinente orden judicial habilitadora. La eficacia de los elementos de prueba que obtengan los agentes encubiertos quedará condicionada por el respeto a las garantías del proceso penal, esencialmente las de defensa procesal y presunción de inocencia. No tendrá eficacia si se hizo incurrir a un sospechoso en un “delito provocado”. La misión de la policía es descubrir el delito no facilitar la comisión de otro delito, por lo que rige la regla *venire contra factum proprium*, en cuya virtud el Estado no puede castigar a aquel a quien él mismo, precisamente, ha inducido a llevar a cabo un hecho punible. El agente provocador es, precisamente, aquel que induce a otros, le genera la idea criminal, a cometer hechos punibles para, inmediatamente después, poder detenerlo.

En definitiva, deben aplicarse las reglas comunes de valoración de un testigo en este casos, pues la sola declaración del agente no puede generar no tiene la entidad para fundamentar una condena, sino que debe estar rodeada de otros elementos objetivos (datos, testimonios, etc.) que le permitan al juzgador emitir una sentencia condenatoria en el caso específico.

Distinta es la figura del confidente. Su inadmisibilidad es obvia al no identificarse ni declarar en el plenario. Ello en modo alguno elimina la posibilidad de utilizar “fuentes confidenciales de información”, siempre que se circunscriban exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. Es, pues, solo un indicio procedimental, que no puede, por lo demás, utilizarse como dato directo y único para la adopción de medidas limitativas de derechos [RIVES SEVA].

El testimonio que también se rechaza es el del agente provocador, entendiéndose como tal a la persona—policía o civil— que hace incurrir en un delito a un tercero; él es la causa del delito. El delito provocado, por consiguiente, es aquel que llega a

realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho delictivo, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo (STSE del 9 de octubre de 1987).

D.- Exención de responsabilidad

Es posible que durante el desenvolvimiento de la operación el agente encubierto cometa hechos delictivos. En consecuencia, el apartado 6) del art. 341 del NCPP introduce una exención de responsabilidad, pero se debe tratar de delitos propios del desarrollo de la investigación, siempre y cuando sean consecuencia necesaria de la investigación, guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma no constituyan una inducción al delito.

3.10.3.- Circulación y entrega vigilada

A- Definición

Es una medida concebida inicialmente para la lucha contra el tráfico ilícito de drogas (Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988) y, luego, extendida a otros delitos graves, de carácter organizado, destinada a perseguirlos con eficacia. Por esta medida se permite, conforme al art. 340, inc. 1 del NCPP, los elementos integrantes de la organización delictiva (STSE del 20 de marzo de 1996).

Lo que se pretende es que una serie de bienes delictivos, que en principio debían ser de inmediato intervenidos y detenidos quienes los tuvieran en su poder, circulen por territorio peruano o salgan o entre en él sin interferencia obstativa de la autoridad ó sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a los expresamente fijados por la ley, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines. La intencionalidad legal es, entonces simple: legitimar el seguimiento policial controlado de los bienes delictivos, para localizar su origen y destino y, con ello, a los responsables de las redes de producción o distribución.

B.- Objeto

Se extiende a las remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos. Según el apartado 4), los bienes delictivos son: drogas tóxicas y demás sustancias prohibidas, materias primas o insumos destinados a su elaboración, bienes y ganancias en el delito de lavado de activos, bienes relativos a los delitos aduaneros, y bienes materiales.

C.- Procedimiento

Esta medida la puede adoptar el fiscal, a cuyo efecto emitirá una disposición —la decisión debe ser específica de su objeto y finalidad—. Para su adopción rige el principio de proporcionalidad, debe tenerse en cuenta su necesidad o relevancia a los fines de la investigación en relación con las características del bien delictivo de que se trate, la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia. Se trata de descubrir un delito cometido por una organización criminal, que se encuentra fuera del conocimiento de las autoridades.

D.- Envíos postales

Cuando el bien delictivo se encuentre en envíos postales, el apartado 3) del citado art. 340 del NCPP estipula que la apertura o la sustitución de su contenido se realizarán respetándose las garantías judiciales (STCE 329/2004), excepto el requisito de la presencia del interesado —por razones obvias de eficacia de la entrega vigilada—. La intervención postal es aquella medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones postales decretada normalmente contra un investigado —emisor o receptor de la comunicación— [GUERRERO PERALTA].

El acto de apertura preliminar del envío postal se mantendrá en secreto hasta la culminación de las diligencias preliminares, pero puede prolongarse por quince días luego de formalizada la investigación preparatoria.

3.11.- PROBLEMAS PROBATORIOS

3.11.1.- Del agente encubierto

A.- Efectos probatorios

El objeto de la infiltración de un agente encubierto en la organización criminal, reside en el enjuiciamiento de los hechos punibles mantenidos por las acusaciones.

La prueba para poder recibir la valoración del juez debe practicarse en el juicio oral mediante lícitos medios de prueba y bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicción e igualdad. Cabe excepcional los supuestos de prueba preconstituida.

B.- La ilicitud probatoria derivada de la infiltración

B.1. Violación a la intimidad

La sola integración y presencia del agente en el grupo criminal organizado, vulnera los derechos a la intimidad en el sentido amplio y estricto, siempre que el inicio de investigación encubierta venga marcado por las siguientes vicisitudes en la preceptiva autorización judicial, sobre la prueba resultante pesa una total prohibición de valoración. En este sentido, la infiltración practicada, en todo momento, sin contar con la obligada autorización judicial inicial; la infiltración ejecutada en un primer momento con autorización judicial, pero desarrollada en un segundo momento, tras el agotamiento del plazo de duración establecido por el órgano judicial, sin autorización de concesión de prórroga; autorización judicial inicial conferida sin respeto a las exigencias dimanantes del principio de prohibición de exceso, y ausente de una motivación suficiente; infiltración desenvuelta en su totalidad bajo la exclusiva autorización del Ministerio Público, sin haber procedido el fiscal a comunicar al juez de instrucción la adopción de la infiltración, en punto a satisfacer el principio de exclusividad jurisdiccional imperante en las medidas limitativas de derechos fundamentales [GIMENO].

B.2. Violación del domicilio

Se debe considerar a la información lograda en virtud de la entrada del agente encubierto en un lugar privado o domicilio *ex constitutione*, sin contar con autorización judicial o sin concurrir flagrancia delictiva.

B.3. Testimonial del agente encubierto

La normativa procesal de la infiltración no modifica, en modo alguno, las reglas generales sobre la aportación y valoración de la declaración testifical en el acto oral. La declaración del agente no ratificada, en forma alguna, en el juicio oral, tiene el valor de una denuncia y, por tanto, no constituye un medio de prueba sino, un objeto de actividad probatoria. Los hechos de

desconocimiento propio del agente, han de ser aportados al juicio oral mediante la prueba testifical. En cualquier caso, la prueba para poder recibir la valoración del Tribunal ha de practicarse en juicio oral mediante lícitos medios de prueba y bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicción e igualdad [GÓMEZ DE LIAÑO].

3.11.2.- De las operaciones encubiertas

A. Definición

La Ley N.º 30077, del 20.8.2013, incorporó las denominadas “Operaciones Encubiertas” como un nuevo acto de investigación especial en el ámbito de la criminalidad organizada. El art. 341-A del NCPP identifica este acto de investigación especial como propio de la sub-fase de “diligencias preliminares, destinado a las tareas de identificación de personas naturales y jurídicas, de bienes y de actividades, en todos los casos, referidos o vinculados a la criminalidad organizada. Ese es su objeto.

Como se trata de un acto de investigación restrictivo de la garantía-derecho fundamental de defensa procesal, pues se realiza sin el conocimiento de los investigados, requiere que la policía nacional —que es el órgano ejecutor sea autorizada, mediante una Disposición fundada, por el Ministerio Público.

B. Procedimiento

Es el fiscal el órgano facultado para disponer la realización de operaciones encubiertas, mientras que la policía es el organismo calificado para su realización, sin que ello signifique la necesidad de las labores de superintendencia del Ministerio Público, que no el reemplazo o marginación de la Policía. La ley fija competencias específicas que no pueden ser alteradas por el fiscal instructor.

La Fiscalía debe emitir una disposición, con arreglo al art. 122, inc. 2 NCPP, pues al importar esta diligencia una restricción de una garantía-derecho fundamental se necesita de la respectiva motivación y su acomodación a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad.

Valoración

La eficacia procesal del resultado de una operación encubierta está condicionada a

la estricta legalidad del procedimiento jurídico de autorización.

3. De la circulación y entrega vigilada

a.- Efectos probatorios

La circulación y entrega vigilada de bienes de origen delictivo constituye, una diligencia de investigación sumarial de la delincuencia limitativa de derechos fundamentales, que participa, en su caso, de la naturaleza jurídico procesal de acto de aseguramiento de la prueba apto para enervar la presunción de inocencia en el juicio oral, en tanto en su adopción y en su práctica vengán plenamente satisfechas las exigencias legales y constitucionales al respecto.

b.- Prueba preconstituida originada a raíz de la investigación policial

Las diligencias policiales previas al proceso recogidas en los atestados carecen de valor probatorio alguno. Sin embargo, esta regla ha recibido matizaciones en relación con determinadas situaciones contenidas en el atestado que, respecto de las exigencias de la prueba preconstituida, constituyen una fuente de datos objetivos e irrepetibles.

c.- Preconstitución de la prueba durante la fase de investigación

La intervención del juez, junto con la observancia del resto de exigencias formales, materiales y objetivas, convierte el acto de aseguramiento de la fuente de prueba, en un supuesto de prueba preconstituida, sobre la cual, el juez puede extender su absoluto conocimiento en la fundamentación de la sentencia.

d.- Identificación y recogida del cuerpo del delito

La intervención del juez en la identificación y ocupación del cuerpo del delito pre constituye prueba sobre el delito de tráfico ilegal, que precisará de la lectura de documentos en el acto del juicio oral. Ergo, cuando la PNP certifica el contenido ilícito de las remesas en el atestado, pre constituye el hecho objetivo del delito pero resulta necesario la ratificación y declaración testifical en el acto oral.

e.- Extensión de los efectos reflejos de la prueba prohibida

La circulación y entrega vigilada configurará un acto de aseguramiento de la prueba que enerva la presunción de inocencia, no solo cuando se cumpla los requisitos de

prueba preconstituida sino también en la disposición de la operación fuera observadas las exigencias legales. Los resultados de la circulación y entrega vigilada han de quedar excluidos de la apreciación en sentencia cuando la operación integre prueba ilícita. Aun cuando resulta factible que la diligencia de circulación vigilada conduzca a la adopción de otros medios de investigación, en verdad, la práctica acredita lo contrario. Normalmente, la disposición de una entrega controlada encuentra su razón de ser en la información obtenida a través de otras diligencias de investigación.

Si bien es cierto que el supuesto de hecho del cual parte la prueba prohibida en la circulación vigilada es frontalmente opuesto al caso de la prueba prohibida en materia de agentes encubiertos no lo es menos que la teoría refleja que residió los efectos de la prueba prohibida en el ámbito de los antes encubiertos, también ha de imperar en el ámbito de la circulación y entrega vigilada, como en cualquier otro análisis de la extensión de los efectos de la prueba prohibida.

3.12.- TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

3.12.1. Aspectos generales

La Ley N.º 30077 cambia el *nomen inris* de la institución, pues el NCPP las rotula actos especiales de investigación. Además, confunde un acto especial de investigación con una medida instrumental restrictiva de derechos. En efecto, tienen el carácter de actos especiales de investigación: a) el agente encubierto, b) la circulación y entrega vigilada de bienes, c) las acciones de seguimiento y vigilancia, y d) la información de confidencial por las personas naturales y morales, públicas o privadas. En cambio son medidas de búsqueda y restricción de derechos: a) el control de comunicaciones, b) la interceptación postal, c) El levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, y d) la incautación.

En ambos casos se trata, genéricamente, de medidas que de uno u otro modo, limitan derechos fundamentales materiales, pero las primeras son actos directos de investigación.

3.12.2. Aspectos diferenciales

Lo destacable en materia de crimen organizado es que el control de comunicaciones, la interceptación postal, la circulación y entrega vigilada de bienes, el agente encubierto, las acciones de seguimiento y vigilancia, y la obtención de

información confidencial, cuando corresponda la autorización judicial, esta se dicta sin trámite alguno en el plazo de 24 horas—se dice, equivocadamente, “término”—. En el caso de “medidas limitativas de derechos”, el levantamiento del secreto y la reserva se dicta por el JIP reservadamente y trámite alguno, así como la incautación de bienes (art. 203, inc. 2 NCPP). La audiencia es optativa (art. 203, inc. 3 del NCPP), salvo las de reexamen.

De otro lado, para el caso de la incautación de bienes, la Policía no necesita orden fiscal o judicial en casos de flagrancia o peligro inminente de su perpetración; tampoco —esa es la novedad— resolución confirmatoria judicial.

CAPITULO IV

LA PRISION PREVENTIVA

4.1.- ASPECTOS GENERALES DE LA PRISIÓN PRTEVENTIVA

A. Antecedentes

Es remoto el origen de las prisiones, sin embargo la privación de la libertad no es una sanción antigua, en el Derecho Romano la prisión no se estableció para castigar a los delincuentes, sino sólo para custodiar a los procesados hasta que se dictara su sentencia. Así la llamada Prisión Preventiva se anticipó a la prisión en sentido estricto.⁵

Muchos fueron los factores que dieron origen a la pena privativa de libertad casi todos ellos obedecieron a lo que actualmente llamaríamos " política criminal del estado" atendiendo a necesidades sociales y económicas determinadas.

Es así que el origen de la pena de prisión puede vislumbrarse a partir del siglo XVI, momento en que se comenzará a gestar su nacimiento hasta consolidarse como pena privativa de libertad propiamente dicha en el siglo XVIII.

Así, antes del siglo XVI la prisión fue utilizada en diferentes culturas para custodiar a quienes esperaban ser juzgados (actual prisión preventiva) o para aquellos que iban a ser sometidos a tormentos. Ulpiano afirmó que la cárcel no se dirigía al castigo, sino " ad continendos homines"⁶. Es decir que en la mayor parte de la historia de la humanidad las penas privaron de numerosos bienes como la vida, la integridad física, el honor, el patrimonio, pero no de la libertad por sí sola. La libertad se privaba necesariamente para cumplir otro fin, es decir que la privación de la libertad era " un medio " para llegar a otro fin.

Pues bien, se considera que la pena privativa de libertad fue aplicada tardíamente en la historia ya que el Derecho Penal ha tenido un predominio de carácter privado. Dos pautas demuestran la innecesaridad de la pena de privativa de libertad: durante mucho tiempo hubo esclavos y siervos (Edad Media) por cuanto el control penal de

⁵ GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Sistema penal Mexicano. Fondo de Cultura Económica. México 1993 Pág. 169

⁶ Digesto, 48, 19,19, referenciado en Lecc.29. Las Penas Privativas de Libertad, sus suspensión y su sustitución, págs. 708 y sgtes. - Manual Derecho Penal, Santiago Mir Puig.

los mismos le correspondía a su señor, por lo que era comprensible que castigarlos con una pena de privación de libertad (de algún modo ya se le había privado), le privaba al señor el trabajo de sus súbditos.

Otra pauta respecto de los hombres libres en relación al control penal -al ser la venganza privada - se prefería las penas que compensaran el daño económicamente (composición o una satisfacción por medio del instinto de venganza como la muerte o castigos corporales). Es así que atendiendo a éstas pautas mencionadas sumado a la falta de organización para mantener un sistema de prisión (estructura edilicia-personal - manutención de internos) no se aplicó en mucho tiempo como pena propiamente dicha.

Asimismo es necesario mencionar que antes de ser pena, la prisión se utilizaba sólo como "sala de espera" de la pena que se iba a imponer y que era de naturaleza casi siempre extintiva, lo que variaba era la forma de ejecución. Así, la prisión preventiva estaba acompañada de trabajos forzados o era reclusión en calabozos insalubres y enloquecedores. "La prisión fue siempre una situación de alto peligro, un incremento del desamparo y con ello un estado previo a la extinción física".

Cuando la pena de muerte encuentra su fin (excepción de casos más graves) por lo que surge un más eficaz y mejor método (la prisión como pena) para intimidar o corregir o en fin, para segregar al hombre sin tener que matarlo, la prisión preventiva sigue fungiendo como siempre para retener al individuo sujeto a un proceso casi siempre inquisitivo para averiguar la "verdad"; por esto estuvo, sobre todo durante la Edad Media, acompañada de la tortura. Si la tortura era legal y necesaria, sólo se podía aplicar teniendo al sujeto en prisión preventiva.

Mientras la prisión como pena siguió evolucionando (pozos, fincas enormes de cantera, mazmorras, jaulas, monasterios, torres como la de Londres, la Bastilla), durante la Edad Media la Prisión Preventiva era importante no en cuanto a la forma sino en cuanto a la necesidad de tener disponible al autor para la investigación, por eso siguió una suerte paralela a la de la pena privativa de la libertad.

Posteriormente, durante la época de transición Feudalismo-Capitalismo, surge en Europa otro concepto de la prisión como pena: ya no se utiliza sólo para segregar o castigar, sino que pretende la reforma de los reos por medio del trabajo y la disciplina asegurándose su propio mantenimiento surgiendo las "houses of correction" o "bridewells" (siglo XVI) en Inglaterra, y las "rasp-huis" en Holanda como formas de segregación punitiva (siglo XVII) consistentes en poner al preso a raspar rústicamente con una sierra la madera para la elaboración de tintes textiles. El trabajo forzoso respondía a los intereses de la nueva clase social naciente, la burguesía. La pena de muerte cede su lugar a la prisión por lo que los hombres valían más vivos que muertos, ya que una vez que cometían el delito los hacían trabajar. Los procesados estaban siempre junto con los condenados sufriendo las mismas consecuencias. Más tarde surge la fase correccionalista y moralizadora de los siglos XVIII y XIX y por último el periodo reconciliador y readaptador del actual sistema penitenciario.

Para Von Henting, la Prisión Preventiva no se diferenció en cuanto a su aplicación de la prisión como pena, ya que todos los presos fueron sufriendo igual trato así en Europa como en los Estados Unidos de América, que durante el siglo XVIII la cárcel era prisión militar, manicomio y custodia de deudores, etc. A finales del siglo, en Walnut Street Jail no había ninguna separación entre presos, llegando hasta el aislamiento celular riguroso de principio del siglo XIX (el solitary confinement, etc.).

Al transcurrir la Historia con sus vaivenes y al surgir el Estado Moderno y un Derecho Penal Público, las necesidades hacia el control social fueron muy diferentes. La realidad económica y social que se vivía, gran cantidad de desocupados, mendigos y prostitutas, todo ello como consecuencia del cambio de sistema económico, surgimiento del mercantilismo, grandes masas de inmigración del campo a las nacientes ciudades, por cuanto la delincuencia que surgía, había que frenarla de alguna manera.

Atendiendo a la nueva clientela del Derecho Penal, si se establecían penas pecuniarias no podían ser pagadas, pero ello no fue suficiente para que el Estado Moderno implementara la pena privativa de libertad. Lo que fue necesario para que

el Estado implementara ese tipo de pena fue netamente una "necesidad económica", es decir, que el establecimiento de penas privativas de libertad derivara en una utilidad económica.

Como bien se mencionara, el crecimiento del sistema financiero, nuevas rutas comerciales, amplios mercados, todo ello requirió de mano de obra, en contraste con ello fue escaso crecimiento demográfico por guerras religiosas y disturbios internos es así, que se comenzó aprovechar la fuerza de trabajo que representaban los delincuentes, los mendigos y prostitutas. Por ende, la necesidad del Estado Moderno y las apariciones de las llamadas "Casas de Corrección"⁷, considerándolas como antecedentes más próximos de la moderna pena de privación de libertad.

B.- Prisión

Del latín prehensio-onis, que significa "detención" por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad.

La **prisión** o **cárcel** por lo común es una institución autorizada por el Gobierno. Es el lugar donde son encarcelados los internos y forma parte del sistema de Justicia de un País o Nación. Pueden ser instalaciones en las que se encarcele a los prisioneros de guerra. Forman parte del Sistema Penitenciario, que es el conjunto de prisiones y la organización respectiva que las administra.⁸

En ocasiones se confunden los términos prisión y cárcel; sin embargo, este último concepto es anterior en tiempo ya que con él se designó histórica y técnicamente al edificio en que se alojaba a los procesados, mientras que presidio, prisión o penitenciaría es un lugar destinado a sentenciados o condenados a una pena de privación de la libertad.

C.- Prisión Preventiva

Medida de seguridad adoptaba por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. Como esta

⁷La primera casa de corrección apareció en Bridewel en Londres (1555) extendiéndose en toda Europa, citado en Derecho Pena, Santiago Mir Puig

⁸<http://es.wikipedia.org/wiki/Prisi%C3%B3n>

precaución es contraria en cierto modo al principio de que toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario, su adopción requiere determinadas condiciones de apreciación conjunta, sin las cuales la medida resultaría ilegal. Son ellas que la existencia del delito esté justificada cuando menos por semiplena prueba; que el detenido se le haya tomado declaración indagatoria o se haya negado a prestarla, habiéndoselo además impuesto de la causa de su prisión; que haya indicios suficientes para creer al imputado responsable del hecho. El Juez podrá decretar la Prisión Provisional del encausado en los casos y en la forma que la ley determine.⁹

Prisión Preventiva sufre a quien se le priva de su libertad sin haber sido sentenciado, sentencia que bien puede ser tanto absolutoria como condenatoria. Es de carácter preventivo porque tiene por objeto asegurar la presencia del procesado evitando que se fugue ante la concreta e inminente amenaza de la pena privativa de la libertad mediante la sentencia, que en caso de ser condenatoria sólo prolongará la detención en el tiempo. La Prisión Preventiva no se considera propiamente una pena, sin embargo, constituye una auténtica privación de uno de los derechos más sagrados del hombre, su libertad, que frecuentemente se prolonga por años y que en caso de condena se computa incluyéndola en el tiempo de prisión impuesto, pero que en caso de absolución representa una violación de elementales derechos humanos irrecuperable.

1Así en todo proceso penal nos encontramos con la antinomia -eficacia en la ejecución del proceso penal vs. La ley sustantiva o derecho de fondo; garantías constitucionales de sujetos sometidos a proceso vs. Tutela del ejercicio poder-deber de juzgar que posee el Estado.

Por cuanto los aspectos que más intimidan de la respuesta penal lo formaliza el carácter coactivo de las actuaciones pero también se debe destacar que " todas las medidas coercitivas (cautelares) penales están en relación con un derecho constitucional".¹⁰

⁹OSORIO, M. (2000). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Eliasta, Ed. 27°, Buenos Aires, p. 797

¹⁰Gómez Colomer, Juan Luis.- "Proceso penal alemán ", referenciado en " Medidas de Coerción personal en el proceso penal " de Ángela Ester Ledesma.

4.2.- PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:

El Juez a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a. Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

Es el presupuesto del *fumus boni iuris*, que se refiere a que los primeros actos de investigación que se realizan ni bien conocida la noticia criminal deben revelar una sospecha vehemente de criminalidad, que deben advertir indicios razonables de la comisión de un delito, que puedan ser confrontadas de forma objetiva, no bastan entonces las meras conjeturas o presunciones sin fundamento.

La apreciación de los indicios razonables de criminalidad en la fase de investigación significa la existencia de motivos razonables que permitan afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida, que supongan una relación directa con el imputado, la que puede consistir en una relación de autoría, coautoría u otro grado de participación, injusto que puede ser a título de dolo o culpa. Deben concurrir varios elementos de convicción e indicios que construyan una base de cognición sólida.

La suficiencia probatoria está referida a los elementos razonables sobre la vinculación como autor o partícipe del delito. Podemos apreciar dos aspectos, uno de ellos referido al objeto de la suficiencia probatoria, que aparte de que exige una razonable fundamentación probatoria sobre la existencia del delito, también exige la vinculación del imputado con el hecho delictivo atribuido. Posiblemente en un caso concreto exista suficiencia probatoria, sobre la realización de un hecho delictivo; pero es necesario también que existan suficientes elementos probatorios respecto a la participación delictiva del procesado en ese hecho concreto. Es preciso que la suficiencia probatoria considere la participación del imputado en el hecho delictivo. (VASQUEZ VASQUEZ, 2006) , individualizando de ser el caso el grado de participación de cada uno de los imputados si son varios sujetos activos, que es además concordante con la función de seguridad que en la realidad tiene la detención judicial.

Otro aspecto de este primer requisito se refiere al estado o grado de conocimiento exigido sobre los hechos, que es el cierto grado de verisimilitud sobre la participación del imputado en el hecho, por lo que es necesario que se llegue a determinar la existencia de suficiencia probatoria en el caso concreto en atención de las circunstancias del hecho.

Los Jueces Penales para iniciar el proceso requieren únicamente de la existencia de elementos que permitan una sospecha fundada sobre la participación punible del imputado en el hecho delictivo, suponiendo que para el inicio de una relación procesal, bastará la simple imputación de la existencia del delito y la participación del imputado en el hecho; empero este grado de conocimiento sobre los hechos no bastara para constituir el presupuesto de la suficiencia probatoria, descartándose que el estado o grado de conocimiento que se tenga sobre los hechos sea el mismo que el grado de conocimiento que basta para vincular a una persona al proceso.

El grado de conocimiento exigido por el presupuesto es uno superior al requerido para iniciar el proceso; pero sin llegar al grado de certeza, de suerte que dentro de este margen pueden caber estados o grados de conocimiento como la “probabilidad” y la “duda”. Por ello Ascencio Mellado, acota que: “Debe exigirse algo más que una posibilidad y menos que la certeza (...) no basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado.

b. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

La prisión preventiva está condicionada a la conminación legal en abstracto que se determina como consecuencia jurídica a cada tipo legal, por lo que se deberá efectuar una prognosis de pena, no basta que la pena sea mayor superior a los cuatro años, en tanto la determinación de la pena está sujeta a una serie de variables, entre estas las circunstancias concomitantes a la realización del hecho punible.

c. Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Este presupuesto hace alusión al *periculum in mora*, es decir cuando existen indicios o evidencias razonables, de que el imputado no está dispuesto a someterse

voluntariamente a la persecución penal estatal, y se advierten ciertas particularidades y características personales del imputado (reincidencia, líder, cabecilla de una banda, por ejemplo), la flagrancia, las altas posibilidades de fuga, la gravedad del delito, entre otros.

El Peligro procesal, presenta dos supuestos: La intención del imputado a sustraerse de la acción de la justicia; y la intención de perturbar la actividad probatoria. Potencialidad razonable de fuga o perturbación de la actividad probatoria.

- Peligro de fuga: Según apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el imputado no se someta al procedimiento penal ni a la ejecución, presumiéndose también de que el sujeto activo se pondrá en una situación de incapacidad procesal.

Para calificar el peligro de fuga el Juez tendrá en cuenta el arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo o las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto, vínculos de carácter familiar, amical y de negocios, grado de influencia que pueda ejercer en determinados ámbitos socio-políticos, situación económica, lazos familiares en el exterior, de ser el caso su doble nacionalidad, etc.

Predecir la gravedad de la pena a inicios del proceso es algo muy subjetivo, puesto que las circunstancias valorativas que rodearon el proceso pueden variar en las etapas posteriores al realizarse la actividad probatoria, salvo que el procesado haya sido intervenido en flagrancia y se cuente con los elementos de juicio suficientes para formar un juicio de esta naturaleza en la etapa preliminar del procedimiento. Por lo que los primeros elementos que se recojan para adoptar la prisión preventiva, no son de ningún modo definitivos ni concluyentes, como para estimar cerradamente una sanción determinada.

- **Peligro de Entorpecimiento:** (Peligro de Obstaculización) Exige que el comportamiento del imputado funde la sospecha vehemente de que él:
 - Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba.

- Influirá de manera desleal con coimputados, testigos o peritos (por tanto, no es suficiente que el imputado le pida que no declare a un testigo autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente).
- Inducirá a otros a realizar tales comportamientos y si, por ello, existe el peligro de que él dificultara la investigación de la verdad.

El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. Conducta que se manifiesta en interés de aquel para esclarecer el objeto de la investigación, no necesariamente confesando su culpabilidad, sino a partir de una participación positiva en cuanta diligencia u acto procesal que fuese llamado a intervenir por la Instancia Judicial.

Para calificar el peligro de obstaculización, conforme al Artículo 270 del Nuevo Código Procesal Penal, se tendrá en cuenta el riesgo razonable que el imputado:

Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba (Art. 270.1), en este caso, el imputado es portador de elementos de prueba importantes para acreditar la imputación delictiva.

Influirá para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (Art. 270.2), las maniobras más usuales para desvirtuar una acusación de forma ilícita, es comprando testigos o peritos, esto es, corrompiendo voluntades, a fin de que se tuerza la verdad de los hechos. Claro está, que la influencia puede ser también ejercida bajo violencia o amenaza.

Inducirá a otros a realizar tales comportamientos (Art. 270°.3). La influencia hacia otros sujetos procesales, la puede ejercer el imputado de forma personal o mediando otra persona. La inducción puede ser directa o por medio de interpósita personal.

De acuerdo al artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal también será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en el mencionado artículo, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del

caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad”.

4.2.1.- Otros requisitos o presupuestos adicionales de la prisión preventiva

A.- ANÁLISIS CASACIÓN 626-2013 MOQUEGUA.

Una de las medidas de coerción que franquea nuestro nuevo modelo procesal penal, y que por su naturaleza es considerada la más gravosa —por cuanto tiene como finalidad privar o restringir de manera temporal la libertad de un ciudadano sometido a un proceso penal—, es la prisión preventiva, institución procesal que ha de imponerse sobre la base de presupuestos o requisitos materiales que deben ser concurrentes, que, con arreglo al artículo 268° del Código Procesal Penal son:

- i. La existencia de graves y fundados elementos de convicción que permitan acreditar la vinculación entre los hechos materia de imputación y el imputado en calidad autor o partícipe;
- ii. La prognosis de pena deba ser superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- iii. El peligro procesal, materializado en el peligro de fuga y obstaculización.
- iv. Lea también: Casación 626-2013, Moquegua: Doctrina jurisprudencial sobre audiencia, motivación y elementos de la prisión preventiva

Por otro lado, el 27 de febrero del año 2016, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, un precedente vinculante que establece, como doctrina jurisprudencial vinculante, criterios procesales sobre la audiencia, motivación y elementos de la prisión preventiva. Este precedente al cual nos referimos es la Casación 626-2013, Moquegua, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. Así las cosas, al momento de celebrarse la audiencia de prisión preventiva, que se origina en virtud del requerimiento del fiscal, que por principio de oralidad es sustentado por el representante del Ministerio Público, se le exige a este realizar una motivación sobre cada requisito o presupuesto que sustenta su pedido, pero no sólo sobre los tres presupuestos materiales que establece el artículo 268° del Código Procesal Penal, sino que también se exige la fundamentación o motivación respecto de la proporcionalidad de la medida que se solicita, y respecto

de la duración o el aspecto temporal de esta medida a imponerse, el cual también formaría parte de su pretensión.

Si bien se puede considerar que la exigencia de motivar o sustentar el porqué de la medida de prisión preventiva que se requiere sería proporcional, idónea y necesaria, así como también el deber de motivación o fundamentación respecto del porqué del tiempo de duración que se requiere es la que deba imponerse, son finalmente dos requisitos materiales adicionales para requerir una medida de esta naturaleza, cabe, sin embargo, anotar que estas exigencias que hacen los jueces de la Corte Suprema no serían del todo novedosas, porque si tomamos como punto de referencia, de que existen ya otras normas consagradas en el Código Procesal Penal y en la propia Constitución, como por ejemplo el deber de motivación en las resoluciones y requerimientos como principio que debe aplicarse en todo proceso, así como una garantía al debido proceso, y así también en cuanto a la prisión preventiva es una medida que restringe la libertad (derecho fundamental) de toda persona; con mayor razón, esta exigencia de motivar es un deber que debe observar todo operador del derecho, y que este mandato nace en la propia Constitución a través del artículo 139, inciso 5, pues también este mandato es ratificado por otras normas procesales que son inherentes a toda medida de coerción, o medida cautelar, y que así como también se exige el tiempo que debe durar ésta medida, ésta debe ser debidamente fundamentada teniendo en consideración otros derechos y principios que deben ser respetados, como es, el de ser procesado en un tiempo estrictamente razonable.

B.- FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Si bien se dijo que éste no sería un requisito formal plenamente establecido por Ley, sin embargo, es un parámetro o exigencia que consiste en realizar una debida motivación y fundamentación respecto del por qué la medida que se está requiriendo es proporcional.

Aquí lo que la Corte Suprema pretende establecer es no dejar de observar lo establecido por el artículo 253° del CPP, el cual estatuye en su inciso 2 que “la restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad”. Siendo éste un precepto general que va a regir a todas las medidas de coerción procesal, teniendo en cuenta

que la prisión preventiva se encuentra catalogada en la Sección III del CPP, que trata sobre las medidas de esta naturaleza.

Esta norma también es concordante con lo estipulado por el artículo 203° del mismo código adjetivo, el cual en su inciso 1 establece que “las medidas que disponga la autoridad, (...), deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.” Y en el inciso 2 del mismo artículo ratifica que “Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados”. Cabe señalar que el deber de motivar no solo alcanza a los jueces, sino también que este deber se extiende a los representantes del Ministerio Público, siendo una entre sus funciones, formular requerimientos ante el Poder Judicial, y estos requerimientos también deben estar debidamente motivados.

En efecto, son los principios de motivación adecuada de las resoluciones y requerimientos, y el de proporcionalidad respecto de los cuáles serán los pilares para la medida de prisión preventiva por el cual se va a requerir, y sobre todo que se ha de sustentar tanto en el requerimiento escrito, como en el sustento oral en el momento de la audiencia correspondiente. Y este deber o exigencia, tiene un amparo legal y sobre todo constitucional, por cuanto, en el primer caso, a través del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el cual confirma que “Las medidas que limitan derechos fundamentales (...), sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, (...), así como respetar el principio de proporcionalidad”. En el segundo caso, el artículo 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Perú, consagra como principio de la función jurisdiccional el deber de motivación, principio que como ya el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, este deber de motivar alcanza también a todo órgano que no necesariamente pertenezca al fuero judicial.

En cuanto al principio de proporcionalidad es menester indicar que el reconocido jurista alemán Robert Alexy, en su teoría de los derechos fundamentales, debe considerarse el principio de proporcionalidad a través de tres sub principios o test

(examen), los cuales son el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, teoría que ha sido también acogida por el Tribunal Constitucional peruano, específicamente al emitir pronunciamiento en el Caso “Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima” (STC N° 045-2004-PI/TC, fundamentos jurídicos 21-41), en virtud del cual, se ha desarrollado el contenido esencial y naturaleza jurídica del principio de proporcionalidad así como también de los tres sub-principios antes mencionados.

Sobre el particular, ha de requerirse que, cuando se trata de fundamentar los presupuestos materiales que exige el artículo 268° del CPP, es de igual exigencia fundamental, el motivar las razones que justifican ese pedido que ha formulado el representante del Ministerio Público, debiendo de fundamentar razonadamente el por qué es proporcional que se imponga la medida de prisión preventiva al imputado, debiendo el Juez también considerar y justificar su decisión, en cuanto a por qué esta medida es idónea (bajo el test de idoneidad), debiendo analizarse una relación de causalidad, entre el medio y fin (así lo señala el Tribunal Constitucional), justificando si la medida de prisión preventiva requerida como un mecanismo o medio, tendría algún vínculo con el fin propuesto por el legislador al legislar dicha institución procesal. Vale decir, que será idóneo requerir la prisión preventiva del imputado, cuando sea evidente y claro, que este mecanismo va asegurar la presencia del imputado en todas las diligencias que se requiera su presencia en el tiempo que dure el proceso penal y a la vez evitar el peligro de fuga o el peligro de obstaculización. En este caso, el Tribunal Constitucional hace hincapié en cuanto a que debe cumplirse una relación entre el medio y el fin, es decir, será idóneo en este caso, si es que la prisión preventiva (medio) cumple con el objetivo de asegurar la presencia del imputado (fin).

Asimismo, se deberá analizar bajo el test de necesidad, si la medida de prisión preventiva tendría alguna necesidad relevante, es decir, analizar si existen otros medios o mecanismos menos gravosos, o de menor intensidad que puedan afectar la libertad del imputado. En este caso, será necesario dictar la prisión preventiva para el imputado, cuando los otros mecanismos de coerción menos gravosos, no puedan asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, y por tanto sería inevitable el peligro de fuga y obstaculización. Caso contrario, de tener certeza o convicción de que los otros mecanismos o medios menos graves e intensos

(comparecencia con restricciones, pago de caución, arresto domiciliario, etc.) podrían cumplir con el fin propuesto por el legislador de evitar el peligro de fuga y obstaculización, o sea, van a asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, ya no será necesario imponer la prisión preventiva al imputado. En este caso, el Tribunal Constitucional precisa que a diferencia del examen de idoneidad (relación medio y fin), en el examen de necesidad, debe cumplirse otra relación, la cual es entre el medio y el otro medio, es decir que será necesario la prisión preventiva siempre y cuando los otros medios de coerción menos gravosos y de menor intensidad no puedan cumplir el mismo objetivo que tiene la prisión preventiva, que es la de asegurar la presencia del imputado. Caso contrario, en caso de que los otros medios menos graves, puedan cumplir el mismo objetivo o fin de la prisión preventiva, ya no será necesario imponer ésta última.

Luego de haberse realizado examen de idoneidad, y luego el examen de necesidad, corresponde realizar el último test, que corresponde al examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, y que en este caso se da “cuanto mayor es el grado de la afectación o no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la satisfacción del otro”. Esto significa que, al tratarse de la imposición de la prisión preventiva bajo los supuestos que exige la ley, el Estado va a intervenir en un principio o derecho fundamental que es la libertad, y si mayor es el grado de afectación de este principio, mucho mayor debe ser el grado de satisfacción de las razones o supuestos que exigen privar esta libertad, caso contrario sería desproporcional la imposición de esta medida. O sea, cuanto mayor es el grado de afectación la libertad del imputado, tanto mayor deberá ser el grado de satisfacción de los motivos para privar al imputado de su libertad.

Como bien dijimos en párrafos precedentes, no se trata de que el fundamentar o motivar la proporcionalidad de la prisión preventiva constituya de por sí un nuevo requisito o presupuesto material para su imposición, sino que es un deber que tiene tanto la parte requirente (representante del Ministerio Público) como del Juzgador que ha de imponerla, y que dicho sustento debe hacer interpretando de manera sistemática con otras normas que consagra la Constitución y el propio Código Procesal Penal, los cuales más allá de ser normas rectoras que deben considerarse al requerir la imposición de esta medida de coerción, constituyen el sustento del

principio de proporcionalidad el cual le es inherente también a cualquier otra medida.

C.- DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Otra de las exigencias que establece la Corte Suprema es que se debe fundamentar la duración de la prisión preventiva al momento de requerirse, y no sólo por la parte que requiere sino también por la entidad que va a imponerla, y en cuanto al deber de fundamentar la duración de esta medida, ella, no implica que se requiera un tiempo determinado de duración, sino que se fundamente del por qué debe imponerse ese tiempo de duración que se está solicitando.

Como bien se sabe, que el tiempo de duración de la prisión preventiva lo establece el artículo 272 del Código Procesal Penal, modificado recientemente por el Decreto Legislativo N° 1307, determina que “la prisión preventiva no durará más de nueve (09) meses” (inciso 1). En el inciso 2, el plazo límite no durará más de dieciocho (18) meses para casos Complejos, y según el inciso 3, el plazo no durará más de treinta y seis meses (36) para procesos de Criminalidad Organizada.

Sea cual fuere el caso, el tiempo que se solicite, debe estar debidamente sustentado, siendo por ejemplo en el primer caso, donde el plazo máximo es de nueve (09) meses, no necesariamente exige la norma, que deba requerirse precisamente ese plazo, sino que se puede dictar hasta ese plazo, de igual modo también se exige fundamentar en mérito al principio de proporcionalidad el plazo que se requiere, debiéndose evaluar, si el plazo que se exigiere sería idóneo, necesario y proporcional, pues aquí hay que analizar lo avanzado del proceso penal formalizado, teniendo en cuenta qué elementos de convicción ya han sido recabados, y qué elementos de convicción faltan recabar o qué diligencias faltan realizar, así como también considerar, si el caso se trata de flagrancia delictiva o no, ya que ese podría ser una razón para que se dicte prisión preventiva en un plazo menor a nueve meses.

Y si bien el tiempo que se exige es a criterio del requirente, ello no obsta que el Juez deba también pronunciarse sobre el plazo requerido, pues el Juez también debe evaluar y analizar si el plazo que se exige es proporcional y sobre todo razonable, en virtud al estado del proceso o de la investigación. Por ejemplo, en un proceso seguido contra X de 35 años de edad, por la supuesta comisión de un delito de

peligro común, en la modalidad de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego tipificado en el artículo 279° del Código Penal, cuyo extremo mínimo de pena es de seis años de pena privativa de libertad, si en el proceso se ha obtenido como elementos de convicción el Acta de Intervención del imputado X, en calidad de flagrancia delictiva, así como también el Acta de Registro Personal donde se acredita la posesión del arma, declaración de los efectivos policiales que intervinieron y registraron a X, el Informe de la SUCAMEC donde manifiesta que X no cuenta con licencia para portar armas de fuego, así también la Pericia de Balística donde concluye que el arma está operativa y en buen estado de conservación, sería desproporcional que se imponga a X la medida de prisión preventiva por el período máximo de nueve (09) meses, cuando ya no habrían más elementos por recabar en la investigación, salvo que X postule por una defensa negativa, cuestionando la intervención y haya requerido la realización de una pericia Dactiloscópica u otra que pudiera corroborar su tesis de defensa, pero de igual modo, es preciso y necesario fundamentar el tiempo que se está requiriendo teniendo en cuenta el estado del proceso, o en su defecto si ya se han agotado todos los actos de investigación, el fiscal a cargo del caso, incluso podría dar por concluida la investigación, y se podría continuar con las etapas correspondientes.

En todo caso, debe valorarse también el derecho del imputado a ser investigado en un plazo razonable, y respecto del cual de existir circunstancias ajenas al propio imputado pero que puedan dilatar el tiempo del proceso instaurado, ello no podría ser atribuible a éste, salvo que estas dilaciones maliciosas sean provocadas por el propio imputado.

4.3.- PLAZO LEGAL

Es el plazo establecido por la ley, costumbre valedera, reglamento u otra disposición general.

Nuestro Nuevo Código Procesal Penal en su artículo 272° expresa “La prisión preventiva no durará más de nueve meses. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses”.

Si bien el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) señala un plazo máximo de la prisión preventiva, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues

existe el plazo estrictamente necesario de la Prisión Preventiva. Resultan, por tanto, lesivo al derecho a la libertad personal los supuestos en que ha transcurrido el plazo que señala la Constitución o cuando estando dentro de dicho plazo, se ha rebasado el plazo estrictamente necesario.

Ferrajoli va más allá, aboga por un proceso sin prisión provisional, es decir, sin Plazo Legal ni Plazo Razonable, porque así no solamente se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también y sobre todo, por necesidades procesales, para que quede situado en pie de igualdad con la acusación. Acepta también que existe la posibilidad que el imputado libre altere las pruebas, pero contesta señalando que ningún valor o principio puede satisfacerse sin costos, que el sistema penal debe estar dispuesta a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser.

4.4.- PLAZO RAZONABLE.

4.4.1.- EVOLUCIÓN DE SU REGULACIÓN POSITIVA

A.- PRIMERAS MANIFESTACIONES

PASTOR, Daniel R. describe: “Las primeras manifestaciones jurídicas respecto a la lentitud de la administración de justicia las encontramos en la recopilación de Justiniano¹¹ en la que se tomaron las medidas “a fin de que los litigios no se hagan casi interminables y excedan de la duración de la vida de los hombres”, lográndose establecer el plazo de dos años para la duración del proceso penal”.

En la Charta Libertatum de 1215, se estableció que el rey inglés, con facultades para administrar justicia, se comprometía a no denegar ni retardar el derecho y justicia; y por su parte, Alfonso X “El Sabio” estableció, en concordancia con la fuente romano-justiniana, que ningún juicio penal durara más de dos años.

Con los albores de la Ciencia Jurídico - Penal en la era moderna, Beccaria¹², en 1764 y posteriormente Feuerbach en 1817, expresarían la necesidad de que el

¹¹PASTOR, Daniel R. (2004). Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. En Revista Jueces para la democracia, n° 49, Madrid, 2004. Pp. 51 – 65.

¹²BECCARIA, Cesare, De los delitos y de las penas, trad. de Francisco TOMÁS Y VALIENTE, Madrid, 1982, pp. 128 ysgts; citado por Daniel R. Pastor en Art. Cit.

proceso termine en el más breve tiempo posible, ya que ello es obligación de los Jueces.

Tales ideas finalmente fueron recogidas por el Derecho Constitucional, que inspirado en el movimiento cultural de la Ilustración del siglo XVIII, planteó como postulado base “el derecho de la persona acusada de haber cometido un delito, a ser juzgada rápidamente”. En ese mismo contexto, también se perfila la Declaración de Derechos hecha por los representantes del pueblo de Virginia, en 1776, según la cual “toda persona sometida a persecución penal tiene derecho a un juicio rápido ante un Jurado imparcial”; derecho que pasó a integrar la Constitución de los EE.UU. de 1787: “En todos los juicios penales el acusado gozará del derecho a un proceso rápido”.

Sin embargo, el derecho a la pronta conclusión del proceso penal como derecho fundamental, adquirió un mayor relieve después de producida la Segunda Guerra Mundial, en el marco de la actividad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de esa época que, frente al horror infundido por los estados totalitarios nazi y fascista, pretendieron consolidar el Estado Constitucional de Derecho y hacer realidad la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales perseguida por la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Como se advierte, pese a que el problema de la excesiva duración del proceso data de tiempos antiguos, su regulación jurídica positiva y específica se produjo después de 1945, cuando en los catálogos de derechos fundamentales se incluyeron las garantías básicas burguesas ya consolidadas y los derechos básicos llamados de “segunda generación”, tendentes estos últimos, a reconocer la transformación de las expectativas jurídicas de los individuos, derivada del desarrollo de nuevas formas de relación entre estos y el Estado.

B. SISTEMA EUROPEO

Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de 1950: artículo 5 inciso 3:

“Toda persona detenida preventivamente o internada [...] deberá ser conducida sin dilación a presencia de un Juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento”.

C.- SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La razonabilidad de la Prisión Preventiva, debe ser analizada de conformidad con el Plazo Razonable al que se refiere el Inc. 5) del Art.7° y el Inc.1) del Art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce que toda persona detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial dentro de un Plazo Razonable. Sobre el particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Valle Jaramillo y otros, complementando su Jurisprudencia sobre los tres elementos que deben apreciarse para evaluar la razonabilidad del plazo, ha precisado que ahora son cuatro elementos:

- La complejidad del asunto complejidad del proceso.
- La actividad procesal del imputado o el comportamiento de los procesados.
- La conducta de las Autoridades Judiciales.
- La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

4.4.2.- CONCEPTOS PREVIOS.

El discernimiento material sobre el Plazo Razonable en los procesos constitucionales de la libertad y por extensión, la restricción en general de la libertad personal en cuanto se refiere a los procesos de Habeas Corpus que deben definir el nivel de eventuales vulneraciones en los procesos penales de la jurisdicción ordinaria, es objeto aún de encontradas posiciones en nuestro Ordenamiento Jurídico, fundamentalmente en cuanto se refiere a pronunciamientos jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, órgano desde el cual, el fenómeno de irradiación hacia todo el sistema, adquiere una fisonomía de relevancia jurisprudencial en tanto sus decisiones de naturaleza vinculante impregnan las

resoluciones de la justicia ordinaria, determinando o bien líneas jurisprudenciales en genérico, o formando, progresivamente, interpretación constitucionalmente vinculante.

Es propósito del presente trabajo de investigación efectuar algunas inferencias de relevancia respecto a los parámetros que bien puede brindarnos una idea más consistente del concepto sustantivo de Plazo Razonable, desde una óptica constitucional de defensa del derecho fundamental a la libertad personal y en especial a través de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han trazado algunas líneas directrices sobre el Plazo Razonable. En ese orden, tales ejecutorias nos brindan un marco de referencia sobre el intento de afianzamiento de líneas jurisprudenciales que por cierto, y ello lo manifestamos con un margen de preocupación, no han sido uniformes, en tanto las posiciones en contrario que reflejan respecto a otros pronunciamientos, dirigen un mensaje por cierto poco claro para la justicia que imparten los Jueces de la Jurisdicción Ordinaria.

De otro lado, parte del análisis alude al contexto supranacional en el cual solo existen criterios directrices para una aplicación más objetiva del Plazo Razonable, en especial el caso Suárez Rosero v. Ecuador, pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH, el cual esboza sobre cuáles parámetros debe estimarse la configuración de una afectación al derecho fundamental al Plazo Razonable.

A.- ¿Tiene límites la razonabilidad?

Un examen constitucional del Plazo Razonable exige, desde una primera óptica, sentar las bases conceptuales de la Razonabilidad, tarea por cierto compleja por cuanto no existe consenso sobre parámetros determinados de la misma. La Razonabilidad en estricto no puede ser definida de manera taxativa. Razonabilidad sugiere un esquema de aceptabilidad y debe ser asimilada por oposición a un esquema de Racionalidad, que constituye en rigor una particularidad de la norma jurídica, en sentido coercitivo. Bajo esta pauta, el esquema kelseniano de seguridad de la norma jurídica deviene entendible, pues el constitucionalista austriaco pretendía "blindar" la aplicación de la norma, desde la perspectiva de que el Derecho debía igualmente entenderse como un producto puro, ajeno a otras

disciplinas que en suma solo lograban contaminar la idea del Derecho, y por extensión, de la norma. Es de esta forma que el Positivismo Jurídico, en cuanto disciplina, logró el acierto de establecer un halo de certeza en la aplicación del Derecho, consagrando la ley como supuesto de aplicación de las controversias jurídicas.

En ese sentido, comenta Javier García¹³: “Hay logros indiscutibles del positivismo jurídico, como son el rigor científico, la comprobación empírica de los datos, la exclusión de los juicios de valor y meta jurídicos, el método inductivo, etc.” Resultaba comprensible pues que el ciudadano de a pie buscara certeza, seguridad y objetividad en la resolución del conflicto y en esa brega, el Positivismo Jurídico y la Teoría Pura del Derecho, lograron avances considerables.

Sin embargo hoy, en los albores del siglo XXI, en una etapa en la cual el Estado Legislativo ha sido superado in extenso por el fenómeno de la interpretación constitucional, poco aporta el Positivismo Jurídico para una mejor comprensión de las controversias jurídicas, sobre todo cuando la Constitución es reconocida como una supra norma, sujeta a herramientas interpretativas como la Ponderación y el Principio de Proporcionalidad, las cuales superan el concepto aplicativo de la norma como elemento de única referencia para la solución del conflicto.

Es aquí donde la Razonabilidad desarrolla un rol importante frente a la insuficiencia manifiesta del Positivismo Jurídico para la resolución de conflictos complejos, en los cuales ya no solo se discute normas sino principios, se hace necesario introducir criterios axiológico- normativos de los derechos fundamentales. De un lado, la norma denotará siempre un mandato, un hacer o en su caso, un no hacer, y bajo esa idea, entendemos el sentido de un componente racional, el cual alude a la “razón” del precepto normativo, ciñéndose al esquema de un silogismo jurídico en el cual la premisa mayor es la norma, la premisa menor el hecho fáctico que identifica el problema, y la conclusión está a su vez

¹³ GARCÍA ROCA, Javier. *Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend, a propósito del libro de Pablo Lucas Verdú: La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*. En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 59. Enero-Marzo 1988Pág. 275.

representada por la decisión que pone fin al conflicto. Distinta es la esencia del derecho fundamental o principio, cuyo componente axiológico o valorativo, se traduce en la ausencia de una fuerza coercitiva inmediata de racionalidad y que más bien, expresa razonabilidad como un componente valorativo de aceptabilidad.

La lógica de los derechos fundamentales, por consiguiente, es distinta al postulado positivista de seguridad del juicio jurídico normativo. Desde esa perspectiva, la razonabilidad, como expresión central sustantiva de los derechos fundamentales, esto es, los principios en su dimensión constitucional, se opone al panorama de ausencia de normas aplicables, lo que en buena cuenta nos lleva también al sustento de la idea de que el Derecho Constitucional y en particular la interpretación constitucional que esboza la Razonabilidad como emblema aplicativo, es propiamente una teoría de la integración, no en estricto sobre la idea de contexto amplio de Rudolf Smend, sino en cuanto los vacíos y lagunas de la interpretación constitucional, son colmados a través de los test de razonabilidad impulsados por aquel que adopta la decisión de fin de la controversia, es decir, el decisor constitucional. Sin embargo, resulta necesario diferenciar la Razonabilidad del margen irrestricto de discrecionalidad interpretativa. Ésta es irrazonabilidad, simple juicio de arbitrariedad, o un concepto jurídico indeterminado de vaga entidad, en tanto solo expresa un decisionismo jurídico sin mayor sustento que el sentido perceptivo del intérprete. La Razonabilidad, por el contrario, apela a la prudencia del intérprete constitucional en su dimensión normativo- axiológica.

La Razonabilidad goza de un margen normativo, en tanto no se aplica por simple oposición a la ausencia de la norma, pues de ésta asume un carácter de proposición de fuerza a fin de convertirse finalmente, al ser adoptada la decisión, en un mandato vinculante para las partes en conflicto. Resultaría claro a este respecto, por cierto, que sin fuerza de mandato en una sentencia, la Razonabilidad solo constituiría la expresión de un simple deseo o juicio de valor no coercitivo. Por otro lado, la Razonabilidad adelanta en su dimensión axiológica, también, la identificación del principio de dignidad de la persona humana como componente valorativo de todo juicio constitucional. Se trata, en suma, de esquemas

propositivos y de aceptabilidad, fundado en el juicio axiológico de un derecho fundamental, el cual exige una diferenciación sustantiva con relación al postulado racional de la norma jurídica.

Una cuestión frontal a dilucidar respecto a la Razonabilidad es: ¿qué es lo propositivamente razonable? ¿Cómo medir un juicio de razonabilidad en un proceso constitucional? Luis Recasens Siches¹⁴, elaboró una doctrina jurídica sobre la lógica de lo razonable, proponiendo la solución más justa para resolver un conflicto. Acota el maestro Recasens que “si sentimos que hay razones, entonces estamos en el campo del logos”, y que el único método válido y lógico es la aplicación del “logos de lo razonable”. De otro lado, Perelman¹⁵ juzga que “lo racional gira en torno a la idea de lo absoluto y divino (...) y que lo razonable se constituye como lo socialmente aceptable, y es definido, por tanto, en razón de eficacia”.

De lo señalado podemos destacar la inferencia de Recasens en el sentido de identificar Razonabilidad con Justicia, y en rigor, ello implica un juicio de equidad cuyo sustento viene a ser distinto a aquel que expresa el juicio aplicativo de la norma jurídica. Sin embargo, ¿Es la Razonabilidad solo equidad? A juicio nuestro, no, por cuanto la Equidad y la Aceptabilidad solo constituyen un referencial punto de partida del juicio de Razonabilidad. En sede constitucional, resulta exigible la construcción de la decisión, en los casos que corresponda, desde los estándares que informan los juicios de ponderación y proporcionalidad, los cuales van a conferir un criterio de sistematicidad científica a la decisión. Desde otro ángulo, habrá casos en los cuales la aplicación del test de razonabilidad tendrá lugar desde la posición de la Jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional.

Resulta importante, entonces, establecer una primera conclusión: no podemos definir con márgenes de taxatividad, cuál es el criterio de rigor material de la Razonabilidad. Difícilmente podríamos decir, en vía de ejemplo, en un caso

¹⁴ RECASENS SICHES, Luis. Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. S.A. México. 1954. 1ra edición. Pág. 644.

¹⁵ PERELMAN, Chaim. “*Le raisonnement et le deraisonnable en Droit*”. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1984. Pág. 11

concreto sometido a la Jurisdicción Constitucional, que cinco años es un plazo razonable si de suyo concurren numerosas circunstancias fácticas que inducen a tratar con márgenes de complejidad una controversia; o bien, que un año puede resultar a su vez irrazonable en calidad de plazo si no concurre criterio coadyuvante alguno de complejidad. Para ello, necesitamos guiarnos de los criterios marco que aporta la Jurisprudencia Constitucional, en especial de la interpretación que hace el supremo intérprete de la Constitución. Sin embargo, ¿qué sucede cuándo dichos criterios marco no son coherentes entre sí?, he aquí una dificultad difícil de salvar, resultando que el intérprete construya su decisión en base al nivel argumentativo, interpretativo y de motivación que cada caso pueda aportar. Y aun así, la existencia de criterios disímiles o en estricto, la dificultad de identificación de una línea jurisprudencial uniforme, genera que el intérprete solo opte por adherir su criterio a aquella decisión jurisprudencial que más se acerque al conflicto en examen, en la cual las características de hecho sean más similares al juicio fáctico en examen. No obstante ello, notemos que importa un escenario distinto, la existencia de una sólida línea interpretativa que a su vez sea predecible. En este orden de ideas, predictibilidad y jurisprudencia uniforme, constituyen caracteres indesligables de una óptima impartición de justicia constitucional.

B.- el control constitucional como elemento de análisis de un derecho fundamental

El concepto de control resulta de relevancia en el contexto constitucional en la medida que no existen zonas o espacios exentos de control. A este respecto resulta necesario no confundir la extensión de la autonomía de las decisiones de la Administración, de los actos inter privados de las relaciones jurídicas existentes en el Ordenamiento Jurídico. Todas estas figuras quedan sujetas a un eventual control inicial de la norma jurídica en sentido convencional, mas por excelencia, el control constitucional es aquel que se desarrolla desde una perspectiva de necesaria valoración de compatibilidad de dichos actos u omisiones con los principios, valores y directrices que constituyen los postulados de una Carta Magna. Bajo esta pauta, no es invocable en rigor un concepto de autonomía per se, a efectos de invocar la no exigencia de una decisión de control constitucional

El Control Constitucional constituye, por otro lado, un tema de encontradas posiciones por cuanto representa un debate de suma actualidad entre la posición positivista tradicional para la cual la preeminencia de la norma es una premisa de rigor, y el concepto amplio de interpretación constitucional sin mayor sujeción que el *self-restraint* aplicable para el órgano de máxima jerarquía que imparte control constitucional. En ese contexto, dos posiciones de interpretación de la norma tienen lugar: la del método literal, propugnado por la Escuela Histórica del Derecho de Federico von Savigny, para la cual la seguridad del Sistema Positivista se expresa en el texto claro, expreso y objetivo de la norma, respecto del cual no puede ir más allá el intérprete, y la franja de los Principios Constitucionales que en posición de Konrad Hesse¹⁶, son los siguientes: de Unidad de la Constitución, de Concordancia Práctica, de Corrección Funcional, de Función Integradora y de Fuerza Normativa de la Constitución.

El debate sigue siendo de suma actualidad en tanto la posición de interpretación literal del Derecho maneja la herramienta de una certeza racional, de una expresión del espíritu estricto de la norma, y no le falta razón a esta corriente de pensamiento cuando asumimos que la norma debe ser racional, asumir fuerza coercitiva y brindar un margen de certeza en su aplicación. Y más aún, en la posición kelseniana, la Constitución es una norma de alto rango en la pirámide del Ordenamiento Jurídico, más solo representa un concepto aplicativo de certeza. Dicha posición no nos brinda mayores herramientas, a excepción del blindaje que caracteriza a la norma y de la cual el intérprete no se puede sustraer.

Por oposición, el concepto de interpretación amplia, de prevalencia de los Principios Constitucionales resulta de contexto mucho mayor, en tanto la labor del Control se ejerce a través de una revisión de las decisiones de los sujetos e Instituciones en el Ordenamiento, persuadiéndonos de la insuficiencia de la norma para establecer contenidos conceptuales definidos en cuanto al esclarecimiento de causas complejas, que atañen a derechos fundamentales, escenario en el cual la colisión de principios supera el conflicto de normas. En ese orden de ideas, el silogismo jurídico aristotélico resulta una herramienta

¹⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. Pág. 45-47.

aplicativa para la solución solo de cierto tipo de conflictos, aquellos que caracterizan la Jurisdicción Ordinaria y sin embargo, corresponde hacer notar que son las controversias de la Justicia Constitucional, aquellas que revelan una complejidad mucho mayor, en la medida que tenemos presente el valor de la norma jurídica pero de igual forma, no podemos soslayar la insuficiencia de la misma en el momento de construir las decisiones que van a zanjar el problema.

En ese razonamiento, la interpretación constitucional amplia resulta una forma de control que acude a los postulados racionales de la norma jurídica pero al mismo tiempo, consagra la aplicación de otros rangos y herramientas de interpretación, con lo cual se produce el trasvase de la concepción tradicional interpretativa de la norma jurídica, para ubicarnos en un escenario en el cual las decisiones de Legislador, de los Jueces, de las autoridades de la Administración, del Poder Ejecutivo, etc., pueden ser objeto de un control constitucional que no resulta per se irracional, sino que utiliza una perspectiva de razonabilidad, para en base a ella propugnar una solución compatible con los principios, valores y directrices de una Constitución, los cuales en esencia constituyen un bagaje de preceptos constitucionales que son fuente de Derecho.

¿Y quién controla al controlador o a quien ejerce funciones de control? El asunto es de por sí complejo más prima facie, corresponde que en aplicación del principio del self- restraint, o de auto limitación, todo Tribunal Constitucional o Corte Constitucional autónoma, pueda dirimir con suficiencia el ejercicio de sus facultades de impartición de justicia constitucional. A este respecto, es necesario entender la posición de Jorge Carpizo¹⁷ cuando enuncia “Más allá de los límites que el Tribunal (Constitucional) tiene como cualquier órgano de poder, resulta muy importante que sepa autolimitarse, es decir, el self-restraint, que el activismo judicial no sea desbordado, que aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, que jamás pretenda usurpar funciones que la Constitución atribuye a otros órganos, que siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucionales.”

¹⁷ CARPIZO Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima, 2009. Pág. 57

Bachof¹⁸ hace un aporte de importancia a esta idea, de igual forma, al señalar: “La Corte ha necesitado conquistar su actual posición con mucho trabajo y con muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente trazar las fronteras entre derecho y política”.

Las posiciones manifestadas implican una forma de control constitucional que se precia de ser eficiente, que no concurre en manifiestos excesos de competencias, y he aquí la importancia de que los Tribunales y Cortes Constitucionales autónomas construyan una argumentación solvente, ordenada y fundamentada de sus decisiones, y ello también está en función de las competencias personales de sus integrantes. Esta idea nos lleva al escenario de una necesaria designación de integrantes con la mayor idoneidad posible y de la definición de garantías que a su vez consoliden mecanismos valederos de designación, en la medida que la labor de control que han de desarrollar los Jueces Constitucionales, ha de implicar decisiones trascendentes en todo contexto democrático, y de allí la trascendencia de efectuar una idónea y delicada labor de control pues es en democracia donde los órganos y Jueces Constitucionales pueden ejercer a cabalidad sus delicadas funciones.

Es nuestra posición que en un régimen democrático en el cual la solidez de las instituciones sea manifiesta, no debe ser objeto de rechazo la actividad del control constitucional. Y si existen diferencias con esa actividad de control, pues existen los mecanismos democráticos, igualmente válidos, que a su vez deberán ejercer actividad revisoria respecto a los actos de control manifestados. Bajo esa posición de tolerancia, no resulta contextualmente admisible la propuesta de desaparición de los órganos constitucionales por discrepancias con sus decisiones jurisdiccionales sino por el contrario, cada estamento no debe estimar disminuida su institucionalidad por un pronunciamiento y más aún, los mecanismos en democracia señalan que cierto tipo de pretensiones pueden ser llevadas al escenario de la justicia supranacional, que en rigor representa la decisión final respecto a una controversia sobre derechos fundamentales.

¹⁸ BACHOF, Otto. *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XIX, núm. 57, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986. Pág. 844.

C.- El derecho al plazo razonable como derecho fundamental.

La identificación de los derechos fundamentales resulta una tarea trascendente en los procesos vinculados a la justicia constitucional, en tanto ésta representa una distinción relevante respecto de las controversias de la justicia convencional, la cual dirime pretensiones caracterizadas usualmente por la existencia de conflictos normativos, en tanto que la justicia constitucional discierne sobre el fenómeno de colisión entre principios y derechos fundamentales.

Resulta necesario aquí distinguir, de manera puntual, algunas precisiones sobre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, en tanto es una posición de crítica¹⁹ que la primera desconoce la labor de los Jueces que imparten justicia también constitucional en el seno de los conflictos denominados ordinarios, y que por tanto, constituye una indebida atribución conceptual denominar justicia constitucional a una especie de supra justicia, atribuible solo al Tribunal Constitucional.

En nuestra opinión, existe un error conceptual sobre el sujeto aplicador, pues la justicia constitucional no es ni un supra poder ni constituye una manifestación de supra justicia, en tanto la misma solo dirime conflictos, esencialmente constitucionales, que suponen la afectación de derechos fundamentales, sea cual fuere el órgano que debe examinar el conflicto constitucional. En adición a ello, la justicia constitucional es potestad aplicativa tanto de los Jueces del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional, reservándose para estos últimos, de modo exclusivo, los conflictos de control normativo, como son los Procesos de Inconstitucionalidad y Competencial. Y en ese orden de ideas, el control difuso, como potestad aplicativa de todos los Jueces del Poder Judicial, representa en rigor una expresión plena de justicia constitucional. Por ende, resulta necesario entender esta diferenciación de escenarios, bajo una percepción mucho más amplia de la justicia constitucional, la cual sí va a resultar revisoria de las

¹⁹ Asumida por el Poder Judicial en el sentido de que se suele entender que la justicia constitucional es potestativa solo del Tribunal Constitucional así como que se desconoce el rol de los Jueces de la justicia constitucional, quienes también conocen de los procesos constitucionales en su fase inicial.

decisiones de la justicia ordinaria , más solo desde la perspectiva de la vulneración flagrante, grave y elevada de un derecho fundamental.

En cuanto al examen del derecho al Plazo Razonable como un derecho fundamental, es pertinente señalar que el Debido Proceso, en su calidad de derecho continente, comprende el derecho a ser juzgado en un Plazo Razonable, bajo un esquema de inclusión implícita, esto es, el goce del derecho al Plazo Razonable solo puede entenderse y gozarse si se materializa el ejercicio sustantivo del derecho al Debido Proceso.

Aquí resulta importante fijar ya como premisa de trabajo que no podemos fijar una perspectiva de Plazo Razonable si no entendemos su aplicación desde la conjunción de tres requisitos procedimentales: actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales, y la complejidad del asunto. El examen exige ser integral pues la valoración del Plazo Razonable solo desde un ítem de los descritos, denota una insuficiencia manifiesta de valoración, y por cierto, de ser así, la decisión del intérprete resultaría incompleta en su plano argumentativo.

4.4.3.- EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Por su lado, nuestra ley procesal penal²⁰ en vigencia progresiva, en su artículo I del Título Preliminar, señala que:

“La justicia penal [...] se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable”. Asimismo, en su Primera Disposición Complementaria y Final, inciso 5), también señala que: “[...] a fin de definir en concreto el plazo razonable de duración de las indicadas **medidas coercitivas**- medida de prisión preventiva-, el órgano jurisdiccional, **sin perjuicio de los plazos máximos fijados en este Código, deberá tomar en consideración, proporcionalmente:**a) la subsistencia de los presupuestos materiales de la medida; b) la complejidad e implicancias del proceso en orden al esclarecimiento de los hechos investigados; c) la naturaleza y gravedad del

²⁰Decreto Legislativo N.º 957, del 29 de julio de 2004.

delito imputado; d) la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional; y, e) la conducta procesal del imputado y el tiempo efectivo de privación de libertad.

Como podemos apreciar nuestro Código Procesal Penal si bien procura que la causa penal, cuando lleva inserta la imposición de una medida coercitiva personal sobre el procesado, sea resuelta en un tiempo menor al establecido en la ley, no exige la necesidad de agotar los plazos legales establecidos, sin embargo, tampoco deja de lado que el Juez Penal que conoce el caso concreto evalúe si se excedió o no el plazo máximo legal fijado para la medida.

En consecuencia, podemos atrevernos a afirmar que nuestro Código Procesal Penal ha procurado dar consonancia tanto al Plazo Legal como al Plazo Razonable, que respecto a este último se han elaborado, al no excluirlas, sino que por el contrario ha buscado complementarlas; sin embargo, lo desarrolla detalladamente al Plazo Legal, lo que no ocurre con el Plazo Razonable, lo que ha llevado que a los operadores de justicia les importa el Plazo Legal mas no el Plazo Razonable, tal como lo desarrollaremos más adelante.

El plazo estrictamente necesario de la Prisión Preventiva (límite máximo) debe ser establecido teniendo en cuenta las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros.

La elaboración de una definición sobre el Plazo Razonable, no ha sido, en términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una tarea sencilla²¹. Por lo tanto, para lograr establecer un lapso que constituya el límite entre la duración razonable y la prolongación indebida de un proceso, la Comisión ha señalado que es necesario:

A) Examinar las circunstancias particulares de cada caso, compartiendo de este modo el criterio establecido por la Corte Europea de Derechos humanos²², que para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso se deben tomar en

²¹Cit. en el EXP. N° 010-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003.

²²Caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4.

cuenta²³: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.

B) El análisis global del procedimiento.

En consecuencia, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴ han optado por precisar al Plazo Razonable como uno no determinado en días calendarios o naturales como el máximo de duración aplicable a un proceso, sino que proporcionan los criterios a ser evaluados por la judicatura para precisar si se afecta o no el derecho a la duración de un proceso en un plazo razonable.

Por su lado, nuestro TC recogiendo los criterios de los órganos jurisdiccionales internacionales, ha señalado que resulta evidente la imposibilidad de que en abstracto, se establezca un único plazo a partir del cual la tramitación de un proceso pueda reputarse como irrazonable, porque ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, lo que de hecho es ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito²⁵.

Sin embargo, pese al criterio antes expuesto en el Exp. 5350-2009-PHC/TC²⁶ del Caso Salazar Monroe, si bien el TC determinó que la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable del recurrente, le era atribuida al comportamiento de las autoridades judiciales competentes, así también el TC hizo referencia a la evaluación del diez a quo y el diez ad quem para cómputo del plazo razonable del proceso penal.

²³ Informe del 13 de abril de 1989 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Caso "Firmenich".

²⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay del 31 de agosto de 2004, fundamento 142.

²⁵ Expediente N.º 5492-004-HC/TC, cit.

²⁶ Sentencia del 10 de agosto de 2010.

4.4.4.- CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RAZONABILIDAD DEL PLAZO.

a). **Complejidad del asunto**: Se determina en base a las circunstancias de jure y de facto del caso concreto, que pueden encontrarse en función a:

- i). El establecimiento y esclarecimiento de los hechos, que pueden ser simples o complejos.
- ii). El análisis jurídico de los hechos.
- iii). La prueba, que puede ser difícil, prolongada o de complicada actuación.
- iv). La pluralidad de agraviados o inculpadados, con sus respectivas posiciones y razonamientos.
- v). La gravedad de los hechos.
- vi). La Jurisprudencia cambiante y contradictoria.
- vii). La legislación ambigua o incierta

b). **Actividad procesal del interesado**: Cuando el imputado demuestre un comportamiento procesal obstruccionista o dilatorio, el cual además debe tener transcendencia en la resolución del proceso penal (ejemplo: interposición de diversos procesos, como hábeas corpus, amparo, interposición de recursos impugnatorio, y en general el uso abusivo de recursos o instrumentos que franquea la ley).

c). **Conducta de las autoridades judiciales**: Para evaluar la conducta o comportamiento de las autoridades judiciales es necesario tener presente:

- La insuficiencia o escasez de los tribunales.
- La complejidad del régimen procesal.
- La abrumadora carga procesal.

d). **Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso**: La CIDH ha señalado que para determinar la Razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada, por la duración del proceso, en la situación jurídica (derechos y deberes) de la persona involucrada en el mismo, es

decir, si la demora injustificada le puede ocasionar al imputado daño psicológico o económico.

4.4.5.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INOBSERVANCIA DEL PLAZO RAZONABLE DEL PROCESO: CLAUSURA DEL PROCESO.

Ante la constatación por parte del órgano judicial de que el proceso penal alcanzó o sobrepasó su plazo máximo de duración razonable, trae como consecuencia, técnicamente hablando, de la generación de un impedimento procesal derivado de la violación de una regla de derecho que limita el poder del Estado a través del establecimiento de plazos concretos, obstruyendo de este modo la continuación de un juicio que se ha tornado ilegítimo, decretándose su conclusión de manera anticipada y definitiva, en atención a que dicha medida se muestra como el remedio técnico único y más adecuado, que guarda concordancia con la función de garantía judicial de los derechos fundamentales que tienen las estructuras procesales.

Así las cosas, dependerá de cada Ordenamiento Jurídico el saber cuál es el vehículo procesal previsto para tal situación, aunque normalmente tal cometido puede ser cumplido por las excepciones procesales, pues conforme a la dogmática del Derecho Procesal Penal, están pensadas con el propósito de que los impedimentos procesales puedan ser invocados y demostrados, con el fin de que rindan sus efectos.

Tal reseña nos indica que en nuestro medio, la excepción procesal que lograría el efecto de impedir la consecución o tramitación del proceso penal por exceso de plazo sería la excepción de prescripción, que verificada invalidaría las medidas restrictivas de la libertad de los sujetos procesados, sin perjuicio que pueda disponerse la conclusión del proceso o su sobreseimiento.

4.4.6.- CONSTITUCIÓN DE 1993: EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE COMO MANIFESTACIÓN IMPLÍCITA AL DEBIDO PROCESO.

Nuestro Tribunal Constitucional (TC) en el Exp. 549-2004-HC/TC²⁷ fundamento 3, ha reconocido que: “El derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución”.

Consideración que no debe conllevarnos a expresar que, tal derecho no goza de un reconocimiento constitucional y por consiguiente que no puede ser invocado como una garantía fundamental dentro de un proceso penal; por el contrario, nuestro TC, en el mismo fundamento del caso referido ha indicado que, el derecho al plazo razonable es: “[...] una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139°. 3 de la Constitución) [...]”.

Tal interpretación, se encuentra plenamente respaldada por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Ley Fundamental que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú.

Pero, debemos aclarar que la postura del TC sobre el plazo razonable como manifestación del derecho al debido proceso está dada desde el punto de vista del derecho de toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable, porque también el TC ha indicado que el derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable es manifestación implícita del derecho a la libertad personal, artículo 2 inciso 24 de la Carta Fundamental²⁸; aspecto este último que será desarrollado en el siguiente capítulo, por lo que debemos quedarnos con el primer fundamento, referente al debido proceso, que consideramos es el más genérico, al abarcar al plazo razonable de la prisión preventiva.

Por otro lado, debemos preguntarnos a qué aspecto del derecho al debido proceso se refiere nuestro Tribunal Constitucional para sustentar el derecho al plazo

²⁷Sentencia del 21 de enero de 2005- Caso Manuel Rubén Moura García.

²⁸EXP. N.º 3771-2004-HC/TC, del 29 de diciembre de 2004, caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón.

razonable, es decir, si se refiere al debido proceso²⁹ en su vertiente formal o procesal, o en su aspecto material.

Interrogante que debemos esclarecer previa definición del **debido proceso**, en su dimensión:

Procesal.- Está determinado por los elementos procesales mínimos necesarios e imprescindibles para el establecimiento de un proceso justo, tales como el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a impugnar, ser escuchado, entre otros.

Material.- Exige que los actos del legislador, del juez y de la administración pública sean razonables y respetuosos de los derechos fundamentales, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. Su finalidad es asegurar la razonabilidad de lo decidido en un proceso. Ahora bien, existe una opinión respetable³⁰ que considera que el derecho al plazo razonable no sólo es manifestación del debido proceso en su aspecto formal, sino que lo es aún más del aspecto material porque, según se desprende el derecho al plazo razonable al encontrarse plasmado en resoluciones o decisiones judiciales, en las que se valoran derechos, constituye- derecho al plazo razonable- también una manifestación del debido proceso sustancial o material, porque para su desarrollo se consideran los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, que emanan de esta dimensión del debido proceso.

Sin embargo, discrepamos de la opinión citada porque consideramos que el plazo razonable se pone de manifiesto por medio del derecho al debido proceso en el plano formal, ya que tiene que ver con la observancia de las formalidades estatuidas, recogidas especialmente dentro del artículo 139 de la Constitución, y no con respecto a la dimensión material porque en esta, la actuación o decisión no observa un criterio mínimo de justicia por ser irrazonable.

²⁹Recordemos que, el derecho al debido proceso (formal y material), así como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (acceso a la justicia y ejecución de decisiones), forman parte integrante del derecho a la tutela procesal efectiva.

³⁰CANO LÓPEZ, Miluska Giovanna. Derecho al plazo razonable. www.teley.com

CAPITULO V

FACTORES DE LA PRISION PREVENTIVA

5.1.- FACTORES.

5.1.1.- ÉNFASIS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL PLAZO LEGAL

La magnitud del cambio que representa la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal aprobado en el año 2004 y vigente progresivamente en el país desde el año 2006, se manifiesta en dos vías: primero, en la regulación normativa y, en segundo lugar, en su aplicación en la realidad. En este punto nos avocaremos al primer ámbito, normativo. El NCPP es una herramienta normativa de base acusatoria y tendencia adversarial, que nace en el Perú después de intentos fallidos de reforma, como fueron los Códigos Procesales Penales de 1991 y 1995, y de importantes esfuerzos académicos, como el Proyecto Huanchaco.³¹

El todavía llamado “Nuevo Código”, término empleado para diferenciarlo del Código de Procedimientos Penales de los años 40, pese a tener determinados aspectos que dan cuenta de rezagos inquisitivos, indudablemente conlleva un evidente cambio en la estructura y la regulación del proceso penal peruano. La detención, o como se le denomina en el nuevo sistema penal, la prisión preventiva, no han sido la excepción. A diferencia del antiguo sistema procesal penal, el NCPP contempla una extensa regulación sobre la prisión preventiva que, abarca los requisitos y criterios para disponer esta medida, la duración de la misma, su cesación y revocatoria y, la audiencia para solicitarla y decidirla (artículos 268° al 285°). Al igual que los Códigos Procesales Penales de otros países de la región, el CPP contiene los dos requisitos básicos para la procedencia de la prisión preventiva:

- a) Indicios razonables de la vinculación del imputado con los hechos.

³¹El Proyecto Huanchaco fue una propuesta de nuevo Código Procesal Penal, gestado en el año 2002, gracias al compromiso personal de importantes académicos, tanto internacionales como peruanos, como es el caso del profesor argentino, Alberto Binder; y el recordado doctor, Florencio Mixán Mass, respectivamente. Varios de los aportes del Proyecto Huanchaco fueron luego incorporados en el diseño del Código Procesal Penal de 2004.

b) los componentes del peligro procesal: el peligro de fuga y, el peligro de obstaculización.

La prisión preventiva tiene sus límites temporales y se establece que su plazo no excederá de nueve meses y se considera que cuando se trate de procesos complejos el plazo límite será de dieciocho meses (Art. 272°). En este último supuesto ha de estimarse que el caso que se investiga debe de haber sido declarado complejo, bajo los criterios de número de imputados, agravados, concurso de delitos, dificultades en la realización de las pericias, principalmente.

La consecuencia natural del vencimiento del plazo señalado sin haberse dictado sentencia de primera instancia es la inmediata libertad del imputado, por mandato judicial, sea de oficio o a pedido de parte, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda citar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar la presencia del imputado a la sede judicial, que pueden ser impedimento de salida del país, la detención domiciliaria e incluso aquellas relativas a restricciones como: obligación de no ausentarse de la localidad, prohibición de comunicarse con personas determinadas y pago de caución económica. (Art. 273°).

La ley también mantiene la institución de la prolongación de la prisión preventiva sólo cuando concurren “circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia” fijándose una prolongación no mayor a los 18 meses. Puede interpretarse que esta prórroga puede ser adicional al supuesto de complejidad, lo que sumado al plazo máximo anterior daría un total de 36 meses.

Corresponde al Fiscal hacer el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva, debiendo el Juez de la investigación preparatoria citar a una audiencia dentro de los tres días siguientes con asistencia del fiscal, el imputado y su defensor, y luego de haber escuchado a las partes podrá dictar la resolución en la misma audiencia o podrá hacerlo dentro de las 72 horas siguientes. Esta diligencia es de suma importancia porque el juez conocerá de los fundamentos que tiene el fiscal sobre la necesidad de prolongar la prisión del imputado, con vista de la

documentación sustentatoria; asimismo, tendrá en cuenta la posición del defensor e incluso oír al imputado.

También se ha regulado el supuesto en que el imputado hubiera sufrido condena, pero la sentencia se encuentra en apelación, estableciéndose que en tal supuesto la prisión podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta. (Art. 274°.4).

Es necesario señalar que para efecto de cómputo del plazo, no se tendrá en cuenta el tiempo que el proceso sufriera dilaciones maliciosas de parte del imputado o su defensa. En los casos donde se declare la nulidad de lo actuado y se disponga nuevo auto de prisión preventiva, “no se considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución”, lo que puede ser cuestionable si se tiene en cuenta la efectividad de la restricción de la libertad y el hecho que amerita la nulidad no proviene del imputado o su defensor. El mismo criterio se sigue tratándose de los casos que anulados en el fuero militar pasan a la jurisdicción ordinaria, computándose el plazo “desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva”. (Art. 275°.1 y 2).³²

Es imprescindible tomar en consideración que el incumplimiento de plazo razonable de una medida de restricción de la libertad, como lo es la prisión preventiva, definitivamente genera un abanico de vulneraciones de derechos fundamentales del procesado.

Así, dejamos constancia que resulta imperioso supervigilar el correcto accionar de las partes en el proceso. En tal sentido, no olvidemos que todos los plazos impuestos en la ley procesal para con el imputado son fatales, y en este sentido el solo transcurso del tiempo determina la caducidad del derecho si no ha sido utilizado en el tiempo apropiado. En cambio los jueces pese a estar sujetos también a plazos ordenatorios pueden extender temporalmente -discrecionalmente- el dictado de sus resoluciones. A tenor de lo dicho es posible agregar que para que el imputado no sea tenido como negligente, que no sólo debe preservar y cumplir sus propios términos, también debe exigir que los jueces cumplan con los que

³²www.derechoycambiosocial.com/revista024/prision_preventiva.pdf

procesalmente pesan sobre ellos, su incumplimiento colaborará con el desajuste procesal que se invoca.

La excesiva prolongación de la detención judicial preventiva termina cuanto menos desnaturalizándola. En ese sentido, lo establece el Fundamento 12, ab initio, del Tribunal Constitucional peruano N° 2915-2004-HC/TCL: “La presunción de inocencia se mantiene “viva” en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla.

Mientras ello no ocurra dicho principio debe informar a todos y cada uno de los actos de la judicatura, máxime si existe una medida de detención vigente. La duración desproporcionada de dicha medida desvirtúa la funcionalidad del principio en el seno del proceso, generando la mutación de una medida cautelar en una sanción que, a diferencia de la pena impuesta por una resolución judicial condenatoria, agota su propósito en el abatimiento del individuo, quien deja de ser “sujeto” del proceso, para convertirse en “objeto” del mismo”.

Pero como ya se dijo que nuestro Código todavía tiene rasgos inquisitivos tal es el caso que en su artículo 272° expresa “La prisión preventiva no durará más de nueve meses. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses”, con lo que da énfasis al plazo legal en lugar del plazo razonable que lo desarrolla muy escuetamente.

5.1.2.- POSICIÓN ASUMIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO ES UNIFORME SU CRITERIO EN CUANTO AL PLAZO RAZONABLE DE LA PRISION PREVENTIVA.

Cuestionamos la falta de criterio uniforme del Tribunal Constitucional respecto a las consecuencias jurídicas derivadas de la constatación por vulneración del plazo razonable, en el marco de la solución de casos similares sometidos a su competencia, como lo es el sobre límite a la intervención de la justicia constitucional en el caso de Walter Chacón Málaga, Exp. N.° 3509-2009-

PHC/TC³³, pronunciamiento bastante cuestionado al punto de ser considerado como inconstitucional³⁴, al haberlo no sólo excluido del proceso penal que se le seguía en su contra por el delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, sino que con ello realmente se le exculpaba de toda responsabilidad penal en su contra, considerándose a la decisión del TC como desproporcionada porque Chacón Málaga pedía la nulidad del proceso, sin embargo, el TC actuó más allá de lo que se le pidió (ultra petita) imponiendo la exclusión, sin fundamentar ni justificar dicha decisión, infringiéndose los principios de congruencia procesal y de interdicción a la arbitrariedad.

En el caso reseñado, el Tribunal Constitucional tuvo otras alternativas viables a fin de proteger los derechos fundamentales del recurrente Chacón Málaga, como haber conminado a la sala penal responsable de la dilación a que expidiera sentencia en un tiempo razonable y prudencial, bajo apercibimiento de proceder a declarar la nulidad del proceso, lo cual, no sucedió.

Podría alegarse que la exclusión del procesado Chacón Málaga es consecuencia de la aplicación de la teoría del plazo- que prevé la conclusión del proceso penal-, que consideramos el TC también aplica, al evaluar la vulneración del plazo máximo legal de duración del proceso; sin embargo, somos del parecer que pese a que el plazo máximo contribuya en dicha tarea, también deben atenderse otras condiciones procesales, que no deberían generar tales soluciones excesivas que terminan afectando el principio de independencia de las autoridades judiciales avocadas a las causas penales.

El proceso penal contra Chacón

El 19 de enero de 2001, la Fiscalía Penal Anticorrupción denunció penalmente al general Walter Chacón, a su esposa e hijos y a otros altos oficiales del Ejército por haber encontrado evidencias suficientes de la presunta comisión de los delitos de corrupción de funcionarios, contra la administración de justicia (encubrimiento), peculado y enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, perpetrados durante el

³³Sentencia del 19 de octubre de 2009.

³⁴Balance del Tribunal Constitucional 2009-2010. Por sus sentencias lo conocerán. Programa de Justicia Viva - Instituto de Defensa Legal, Lima, mayo de 2011, pág. 69 y ss.

lapso de tiempo que Chacón había ocupado el cargo de Comandante General del Ejército.

El 19 de enero de 2001 el Juzgado Penal anticorrupción de Lima abrió proceso penal contra las referidas personas por los delitos denunciados. En esta etapa de instrucción (de recojo de pruebas) el proceso permaneció hasta finales del año 2003. El 12 de enero de 2004 la Fiscalía Penal Superior anticorrupción formuló acusación contra el general Chacón y aproximadamente 35 personas más por los delitos materia del proceso instaurado en su contra. Las investigaciones dieron cuenta que se trataba de un caso en el que se investigaban hechos ilícitos en agravio del Estado, presuntamente perpetrados por 9 grupos familiares y por ello el proceso penal era de alta complejidad, no solo por la cantidad de procesados sino por la naturaleza de los delitos juzgados.

El 17 de agosto de 2004 la Primera Sala Penal anticorrupción emitió el llamado auto de enjuiciamiento, en el cual se declaró que bajo los términos de la acusación presentada por la fiscalía, había mérito para desarrollar un juicio oral contra los acusados. El 8 de setiembre de 2004 se dio inicio al juicio oral. Hasta la fecha se han desarrollado más de 270 sesiones del juicio oral. El expediente tiene 159 cuadernos o tomos.

Dada la complejidad del proceso, el 5 de febrero de 2007 la Primera Sala Penal Especial decide desacumular el proceso para facilitar y agilizar el juzgamiento de los acusados. De esta manera pasaron a existir dos procesos paralelos.

Posteriormente, el 15 de setiembre de 2008, el mismo tribunal resolvió desacumular un tercer proceso judicial. En este tercer proceso el tribunal solo comprendió al general Chacón y sus familiares involucrados en la comisión de los ilícitos: su esposa Aurora de Vettori de Chacón, su hija Cecilia Chacón de Vettori (actual congresista fujimorista y vice presidenta del Congreso), su hijo Juan Chacón de Vettori y Luis Portal Barrantes.

Solo un mes después de esta resolución destinada a agilizar el juzgamiento del caso, la defensa del general Chacón interpuso demanda constitucional de Habeas Corpus

exigiendo la nulidad de las resoluciones judiciales y del Ministerio Público que habían dado origen al proceso penal en su contra.

La Ejecutoria del Tribunal Constitucional

La demanda de Habeas Corpus presentada por Chacón Málaga argumentó lo siguiente: a) que se le abrió proceso violando normas constitucionales ya que al haber sido ministro le correspondía un antejuicio ante el Congreso de la República; b) que se había violado el principio de legalidad ya que retroactivamente se le había aplicado la ley 27482 publicada en junio de 2001; y c) que se había vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable ya que el proceso fue abierto el año 2001 y hasta la presente fecha no se había emitido sentencia en primera instancia.

El Juez Penal de Lima desestimó la demanda interpuesta por Chacón Málaga, por considerar que ante todo este proceso tiene una naturaleza compleja y consecuentemente no hay una violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Esta decisión judicial fue confirmada, el 4 de mayo de 2009, por la Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres de Lima y como consecuencia se declaró infundada la demanda. Chacón Málaga impugnó tal resolución y es allí que el TC entra a tallar en este asunto.

El Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 19 de octubre de 2009 -suscrita por los magistrados Carlos Mesía, Ricardo Beaumont y Gerardo Eto-, desestima las dos primeras pretensiones de Chacón al señalar que se ha constatado que los hechos por los que está siendo investigado judicialmente se refieren a hechos cometidos en su condición de general del Ejército y no de ministro de Estado. De igual manera desestima que haya alguna violación al principio de legalidad cuando el fiscal pide se aplique la ley 27482, ya que esta Norma no cambió la descripción típica del delito de enriquecimiento ilícito delito por cual estaba procesado.

Sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Coincidimos con la Sentencia del TC cuando señala que este derecho “... constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso”, y coincidimos también

con el TC cuando señala como criterios para determinar el plazo razonable de un proceso penal los siguientes:

- a) La actividad procesal del interesado;
- b) La conducta de las autoridades judiciales; y
- c) La complejidad del asunto.

No se equivoca el TC al considerar que “... para valorar la complejidad de un caso 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 inculpadlos, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente compleja y difícil...” (Fundamento 21).

Inclusive agrega la ejecutoria que en cuanto a la actuación del procesado “... a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite) de la denominada defensa obstruccionista (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional)...” (Fundamento 22).

Y sobre la pauta referida a la conducta de las autoridades judiciales la sentencia refiere que “...las dilaciones procesales atribuibles al propio órgano jurisdiccional pueden consistir en la omisión de resolver dentro de los plazos previstos en las leyes procesales, comportamiento que proviene de la pasividad del órgano judicial lo que deviene en una demora o retardo del proceso...” (Fundamento 26)

El hecho es que aquello que considera en términos correctos como pautas de valoración para la determinación del juzgamiento en un plazo razonable son automáticamente “olvidados” por los magistrados del TC y sin decir una sola palabra sobre la característica fundamental del proceso, es decir, su particular complejidad procesal, el TC declara que “... llama la atención que la referida desacumulación se haya dado recién a partir del año 2007, cuando el proceso tenía

ya 6 años de iniciado. De modo tal que es posible advertir que en el presente caso, la gran cantidad de imputados, elemento que incidió en gran medida en la complejidad del proceso, en realidad constituye una imputable al propio órgano jurisdiccional.” (Fundamento 32) De esta manera el TC pareciera querer decir que la razón por la cual hay demasiados procesados no es la corrupción generalizada del régimen fujimorista sino la negligencia del tribunal de juzgamiento.

En esa línea agrega el TC que “... la excesiva duración del proceso no puede ser imputada al procesado, sino más bien ha sido consecuencia de una tramitación negligente del proceso por parte del órgano jurisdiccional, quien de modo innecesario inicio proceso penal con gran cantidad de imputados, a pesar de existir la posibilidad real de una desacumulación...” (fundamento. 32)

Sobre la base de estos fundamentos el TC considera que existe una violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable y ello concluye, “...provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental...” (Fundamento 39). Por ello declara fundada en parte la demanda de Habeas Corpus y dispone que la Sala Penal excluya a Walter Chacón Málaga del proceso penal que se le sigue por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito.³⁵

En el Caso Salazar Monroe, Exp. N° 5350-2009-PHC-TC, trata del proceso constitucional de hábeas corpus iniciado por Julio Rolando Salazar Monroe contra las juezas integrantes de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, con el objeto de solicitar el apartamiento de las demandadas del conocimiento del proceso penal por su participación en el caso Barrios Altos alegando que dicha intervención suponía una afectación al principio de juez imparcial así como una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y a la prohibición de avocamiento ante causa judicial pendiente.

³⁵www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc03122009-174710.pdf

Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda considerando que se había producido la afectación del derecho del demandante a ser juzgado dentro de un plazo razonable y dispuso que las juezas demandadas emitan sentencia en el caso en el que venía siendo procesado el demandante en el plazo de sesenta días naturales.

En esta sentencia se desarrollan los alcances del derecho constitucional al plazo razonable, en base a los criterios que sobre la calificación del plazo razonable ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, se reconoce erradamente que la principal consecuencia jurídica de un proceso con excesiva duración debe necesariamente ser el consecuente archivamiento definitivo del proceso judicial, tesis que nunca sostuvo dicho tribunal internacional regional. Sobre lo mismo, es importante recordar que estos crímenes por el cual Salazar Monroe y otros procesados se encuentran involucrados, son delitos que han sido calificados como hechos producidos en un contexto de sistematicidad y generalidad de violaciones a los derechos humanos y no, como los procesados pretendieron sostener, como hechos aislados de este contexto. El Tribunal Constitucional, al ordenar el archivamiento del caso al vencimiento del plazo de 60 días, está sin duda, calificando a este delito como hechos comunes que por consecuencia, podrían prescribir. Es un hecho que, aunque no haya ocasionado un efecto directo, no debió ser omitido por el TC.

Cabe resaltar que la presente ejecutoria fue cumplida por la Sala Penal Especial Anticorrupción, la cual dictó sentencia en el plazo establecido por el TC, condenando a Julio Salazar Monroe a 25 años de prisión. Luego, el expediente fue elevado a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República para su revisión. Sin embargo, en este contexto, el señor Salazar Monroe recurrió nuevamente al Tribunal Constitucional en vía de recurso de agravio constitucional por ejecución de sentencias aduciendo que se continuaba vulnerando su derecho al plazo razonable. Este se pronunció sobre el caso el 06 de marzo de 2012, mediante resolución recaída en el Exp. N° 04732-2011-HC, declarando fundado el pedido del recurrente y otorgando 30 días naturales a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia para dictar sentencia. Esta disposición del TC ha originado finalmente que una sentencia condenatoria por graves violaciones de derechos

humanos, como es el caso Barrios Altos, emitida en el marco de un proceso regular, quede finalmente en entredicho y esté a punto de ser anulada teniendo en cuenta que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha hecho caso omiso del plazo establecido por el TC, ya que, a pesar de haber sido notificado con la referida resolución el 12 de abril de 2012, el caso continúa en trámite a la fecha y sería archivado.

Situación que de alguna manera es salvada con esta ejecutoria del Tribunal Constitucional respecto a la anterior emitida a favor de Chacón Málaga.

No obstante lo anterior, y atendiendo a los distintos casos sometidos a conocimiento del TC para la tutela del derecho a libertad personal o individual, o incluso respecto a otros procesos constitucionales de la libertad, hemos advertido con gran asombro el cambio tan rápido (en cuestión de días) del parecer o decisión en casos similares por parte de nuestro máximo intérprete de la constitución, por lo que, no podremos aventurarnos de decir que el TC no variará nuevamente su criterio, lo que nos lleva a invocar a nuestro Tribunal que sus pronunciamientos sean uniformes y no dispares en cuanto al plazo razonable.

5.2.- AFECTACIÓN DE DERECHOS DEL INVESTIGADO CON MANDATO DE PRISION PREVENTIVA.

Los fines por cuanto de la prisión preventiva se desdibujan, transformándose en un instrumento para los fines de prevención general y especial, propios de la pena, acarreando con ello la violación a derechos propios y garantías reconocidas. La conversión así de la prisión preventiva en una pena anticipada produce una situación de inferioridad de derechos entre el imputado y el condenado, ya que el imputado, en la práctica esté cumpliendo durante el encarcelamiento preventivo una verdadera pena, no puede gozar de los derechos que sí tiene el condenado.

Los presos sin condena están teóricamente amparados por el Principio de Culpabilidad (*nullapoena sine culpa*), que significa que la pena sólo puede fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor, por la garantía procesal del Principio de Inocencia, que significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad. Estas y otras garantías básicas del Derecho

Penal están consagradas en instrumentos internacionales, entre los cuales cabe mencionar en nuestra región la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8, y están consagradas en todas las constituciones nacionales sin excepción, cuando establecen, todas con una redacción muy similar, que "nadie podrá ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho de la causa, ni sacado de sus jueces naturales...".

Sin embargo, no obstante todas estas garantías establecidas en los derechos nacionales e internacional, para una persona sometida a proceso se han invertido las etapas del proceso: durante la etapa de instrucción - en la que debe prevalecer el principio de inocencia- son privadas de libertad y materialmente condenadas, y en la etapa del juicio (si es que éste se realiza), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, o porque les otorgan la libertad condicional también por el tiempo transcurrido, o porque se les sobresee o absuelve.

El estado de inocencia es la base la primera fase de la caparazón del "puerco espín -" al que alude el reconocido procesalista Dr. Cafferata Nores, ya que durante la sustanciación del proceso, se le reconoce al imputado un estado jurídico de no culpabilidad, respecto del delito que se le atribuye (art. 11° DUDH) siendo pues que todo acusado es inocente mientras no se establezca legalmente su culpabilidad lo que ocurrirá cuando "se pruebe" que es "culpable".

Por cuanto no se podrá penar como culpable ni tratarlo como tal durante el proceso penal a quien no se le haya probado previamente su culpabilidad en una sentencia firme dictada luego de un proceso regular y legal.

Pero el principio de inocencia no parece compatibilizar con las presunciones judiciales de culpabilidad que se exigen para el avance del proceso penal con sentido incriminador (requerimiento de elevación a juicio art. 334/5 C.P.P. Prov. Bs. As.), en la medida en que dichas presunciones no se quieran utilizar para la imposición de sanciones anticipadas cubiertas como coerción procesal.

Por tal motivo en virtud del principio de inocencia en íntima relación al principio de culpabilidad, durante el proceso solo encontrará legitimación en cuanto sea excepcional y de máxima necesidad, sin que ello se amalgame con los fines propios de la pena.

Ergo, entre los derechos menoscabados, como producto de la aplicación de excesiva duración de la prisión preventiva, podemos referir: i) la libertad individual, ii) legalidad, iii) presunción de inocencia, iv) defensa, v) progresividad, vi) preclusión, entre otros.

Empero, a su vez vulnera los principios de: i) razonabilidad, ii) proporcionalidad, iii) provisionalidad, iv) excepcionalidad, v) necesidad, vi) subsidiariedad, vii) prohibición de exceso; entre otros.³⁶

³⁶www.gestiopolis.com/economia-2/detencion-judicial-preventiva-peru-analisis-caso-de-estudio.htm

CAPITULO VI

ANALISIS DE LA SENTENCIA DE PRISION PREVENTIVA DE HUMALA TASSO Y NADIME HEREDIA

6.1.- ANÁLISIS.

La prisión preventiva es una medida delicada, adelanta efectos que solo se deberían hacer presentes al final del juicio, de ahí que cualquier análisis que se haga del mismo es valioso pues pone de relieve los aspectos controvertidos de ella y ayuda a tener más información de la institución.

De ahí que vayamos a analizar aspectos importantes como su excepcionalidad, el derecho a la prueba y el *fumus delicti* comissi, así como los aspectos controvertidos respecto al peligro procesal.

Sobre esto último hay que indicar que si bien se hacen comentarios críticos, esto tiene base en los conocidos aspectos de la configuración del peligro procesal, por lo que, si bien la sentencia es un avance en esta materia, es bueno recordar que no todo es perfecto en ella, lo que se pondrá de relieve en las líneas que siguen.

I. La prisión preventiva

Al respecto, Gimeno (2007) señala que:

La prisión preventiva es la situación nacida de una resolución jurisdiccional, de carácter provisional y duración limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro procesal, (pp. 441-442)

Es la medida de coerción más grave del ordenamiento jurídico, pues importa la privación de libertad antes de la sentencia y una afectación a la presunción de inocencia sobre la base de la existencia del peligro procesal

Antes, con el Código Procesal Penal de 1991, que se aplicaba conjuntamente con el Código de Procedimientos Penales de 1940, se regulaba el mandato de detención, que implicaba lo mismo, solo que el pedido se hacía por escrito y de la misma forma se resolvía. Con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30076, del 19

de agosto de 2013, se adelanta la vigencia de la figura de la prisión preventiva, propia del Código Procesal Penal de 2004, que se aplica en toda su extensión en 29 Distritos Judiciales (faltando solo “las 4 Limas”); a todo el país.

Conforme al artículo 268 del Código Procesal Penal del 2004, el juez para imponer la prisión preventiva, a solicitud del Ministerio Público, debe atender la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.
- c) Que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

En realidad el primer requisito se refiere a la presencia de actos de investigación o datos objetivos (no basados en creencias o sospechas) que hagan verosímil que el delito existe y que el imputado es responsable de ellos. En ese sentido, la Sala Penal Permanente, el 30 de junio de 2015, a través de la Casación N° 626-2013-Moquegua, señala que en este caso se exigen dos presupuestos:

- a) Una imputación clara.
- b) Actos de investigación o datos que sustenten esta imputación en grado de probabilidad positiva sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida.

El segundo se trata del análisis sobre la posible pena a imponer, no la pena que figura como máximo o mínimo en el tipo penal, sino la concreta. El juez tomará en consideración todas las circunstancias cualificadas o genéricas, agravantes o atenuantes que podrían modificar la pena.

El peligro procesal, tercer requisito, “es el elemento más importante de la institución, es la aptitud y actitud del sujeto pasivo para materializar un riesgo de frustración, mediante el acceso o alteración de los elementos esenciales de la resolución penal” (Pujadas, 2008, pp. 109-118).

El 27 de noviembre de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso J. vs. Perú, precisa que el peligro procesal no se presume sino que debe realizarse la verificación en cada asunto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. Esto exige un análisis de la probabilidad de la fuga o de obstaculizar el proceso.

Esto ha sido recogido en nuestra legislación, en los artículos 269 y 270 que ejemplifican qué significan estos riesgos:

Artículo 269.- Peligro de fuga.

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.
3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Artículo 270.- Peligro de obstaculización

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El primer peligro está delimitado por las circunstancias que rodean al caso que permitan realizar un juicio fundado acerca de la sujeción del imputado al proceso o si huirá o fugará.

La Casación N° 626-2013-Moquegua, que es reconocida como un avance por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, da una serie de reglas sobre el peligro de fuga y sus elementos. Por ejemplo, señala:

- a) El solo arraigo no basta para descartar o no la utilización de la prisión preventiva.
- b) La sola gravedad de la pena no puede sustentar la medida.
- c) La magnitud del daño causado debe ser tomada con reservas, no es igual a la posible reiteración delictiva, ni debe ser tomada como sanción a la reacción que el delito produce en la sociedad (grave conmoción), pues dejaría de ser una medida provisional y sería una medida de seguridad de carácter preventivo. En realidad la magnitud del daño tiene que ver con las circunstancias que agravarían la pena a imponer, mientras más circunstancias que agraven la pena, mayor es la magnitud. La reparación del agraviado no tiene que ver con el peligro procesal, pero podría ayudarlo de reparar prontamente.
- d) El comportamiento procesal es el criterio más importante pues permite hacer una prognosis del posible comportamiento del procesado con base en efectivas conductas que se han dado en el pasado. Son conductas ligadas a la huida o intento de fuga, como pueden ser: la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida), la fuga, entre otros.

Entonces, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal. La conducta en otro procedimiento anterior debe ser analizada con mayor rigurosidad y solo esto no basta para imponer la medida.

Sobre el segundo supuesto, como señala Ferrer Beltrán (2010), se trata aquí de evitar que el imputado manipule o haga desaparecer pruebas en su contra (p. 10). Según Del Río Labarthe (2016) se tienen que cumplir tres condiciones para que este peligro fundamente la prisión preventiva:

- a) Que las fuentes de prueba que se quieren asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento.
- b) Que el peligro de actividad ilícita del imputado sea concreto y fundado.
- c) Que en modo alguno se ponga en peligro el derecho de defensa del imputado, (p. 214)

Dicho esto sobre los aspectos básicos de la institución, debemos pasar al recuento de lo expresado por la sentencia en comentario.

III. Lo bueno

Pone de relieve la excepcionalidad de esta medida, los funcionarios no deben caer en el facilismo de creer que se tramita un incidente más, se debe considerar la carga que implica una decisión de esta naturaleza, por ello, se debe ser consciente de que el fundamento de esta medida debe ser mayor. Como señala Pastor (2007) “la prisión será un instrumento válido si se le aplica solamente en los supuestos delimitados de un modo estricto por su excepcionalidad funcional” (p. 189).

No tener en cuenta ello puede significar un adelantamiento de pena, al imponerse sobre la base de razones de prevención general positiva o negativa, de prevención especial positiva o negativa o de retribución (que son los fines clásicos de la pena), no por razones de peligro procesal, lo que vulnera la presunción de inocencia.

Otro aspecto resaltante tiene que ver con el primer requisito del artículo 268 citado o *fumus delicti comissi*. El Tribunal Constitucional centra su análisis en la afectación al derecho a la motivación de las resoluciones.

Señala que las declaraciones del testigo clave TP01-2016 y de Ítalo Carmelo Ponce Montero versan sobre que los procesados recibieron dinero de Venezuela el año 2006, pero, que también debieron tomarse en cuenta las declaraciones de Pedro Pablo Kuczynski, Alejandro Toledo Manrique, Julio Raygada García y Jorge Cárdenas Sánchez que ponen en entredicho las dos primeras versiones.

Pese a haberse pedido esto a la Sala de Apelaciones, esta indicó que el “escenario cautelar no requiere consolidación probatoria o acreditativa a plenitud” y que estos argumentos serán depurados en la etapa intermedia y debatidos, reforzados o refutados en el juicio oral.

El Supremo Intérprete de la Constitución resalta que esta interpretación es inconstitucional, pues no permite valorar los elementos de juicio de descargo, lo que es lesivo al derecho a probar, contradicción, defensa y presunción de inocencia. Afirmación a la que no le falta razón, pues el derecho a la prueba no se limita al espacio del juicio oral, sino que este se difunde a lo largo de todo el procedimiento y, si bien actos de prueba

solo existen en el juicio oral, a lo largo del proceso se dan actuaciones de orden acreditativo, por lo que la eficacia de este derecho debe ser transversal.

Otro aspecto a resaltarse es la explicación que hace sobre lo que es la base material de las pronosis que se realizan para determinar si es que se presentan elementos del peligro procesal, pues para justificar el peligro de obstaculización no se requiere probar los actos del artículo 270, sino, solo el riesgo razonable de que puedan darse, es una presunción.

En el análisis de los audios del caso Madre Mía se señala que la Sala ha reconocido que los audios no acreditan una compra de testigos por el investigado, sino que “podría tratarse” del despliegue de actividades obstruccionistas en un proceso judicial anterior.

Es decir, la justicia ordinaria basó su sospecha razonable en otra sospecha razonable, lo que es inaceptable, pues el peligro procesal no se puede basar a su vez en hechos presuntos y provenientes y de un proceso pasado, la razonabilidad de la presunción del peligro procesal y su nivel probabilístico carecen de la fuerza necesaria para justificar una limitación tan grave a la libertad personal.

En ese sentido, se señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que la prisión preventiva tiene que estar fundada en hechos específicos, no en meras conjeturas

IV. Lo malo

En el análisis que hace el Tribunal Constitucional de la aplicación de esta figura se han hecho afirmaciones que desconocen la naturaleza y oportunidad del pedido de prisión preventiva.

En el caso del análisis del peligro procesal teniendo en cuenta los audios relacionados al caso Madre Mía, el TC señaló que de una interpretación de los artículos 189.3 y 190 del Código Procesal Penal de 2004, el citado audio debió pasar por un reconocimiento en el que debió estar presente el defensor del imputado o, en su defecto, el juez de investigación preparatoria, si no, no es legítimo.

Continúa el Tribunal señalando que, pese a ello, el juez no siguió este procedimiento, al contrario, dio por sentado que quienes intervinieron en la conversación eran Húmalá Tasso y personas cercanas a él, lo que vulnera el derecho de defensa y prueba, reflexionando que el juez considera que como está en un espacio cautelar, puede relajar

las exigencias legales para la incorporación debida de la prueba al proceso. Por lo que, recurrimos a la lectura de los artículos pertinentes:

Artículo 189.- Reconocimientos de personas

1. Cuando fuere necesario individualizar a una persona se ordenará su reconocimiento. Quien lo realiza, previamente describirá a la persona aludida. Acto seguido, se le pondrá a la vista junto con otras de aspecto exterior semejantes. En presencia de todas ellas, y/o desde un punto de donde no pueda ser visto, se le preguntará si se encuentra entre las personas que observa aquella a quien se hubiere referido en sus declaraciones y, en caso afirmativo, cuál de ellas es.
2. Cuando el imputado no pudiere ser traído, se podrá utilizar su fotografía u otros registros, observando las mismas reglas análogamente.
3. Durante la investigación preparatoria deberá presenciar el acto el defensor del imputado o, en su defecto, el juez de la Investigación Preparatoria, en cuyo caso se considerará la diligencia un acto de prueba anticipada.
4. Cuando varias personas deban reconocer a una sola, cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí. Si una persona debe reconocer a varias, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto, siempre que no perjudique el fin de esclarecimiento o el derecho de defensa.
5. Si fuere necesario identificar a otras personas distintas del imputado, se procederá, en lo posible, según las reglas anteriores.

Artículo 190.- Otros reconocimientos

1. Cuando se disponga reconocer voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, se observarán, en lo aplicable, las disposiciones previstas en el artículo anterior.
2. Sin perjuicio de levantar el acta respectiva, se podrá disponer que se documente mediante prueba fotográfica o videográfica o mediante otros instrumentos o procedimientos.

Estas normas no fueron creadas para actuarse como un requisito procedimental previo para la validez de actos de investigación de cara al pedido de prisión preventiva, es una norma general que explica los requisitos de conducencia y fiabilidad de la prueba de reconocimientos.

Si faltara alguno de estos no se declararía necesariamente la nulidad del acto, pese a ello se le quiere tomar como un procedimiento y requisitos obligatorios, lo que, además, desconoce la oportunidad procesal en que se pide esto, pues se hace en las primeras etapas del proceso, ante un inminente peligro de fuga o entorpecimiento, al crearse un procedimiento tan gravoso se perdería la eficacia de la medida, pues hacer todo el rito que pide el Tribunal implicaría un espacio de tiempo y oportunidad para la configuración de los peligros que trata de evitar la prisión preventiva.

Por otra parte, se ha analizado el acto de falsear el puño gráfico en las agendas. Señala el Tribunal que la Sala no justificó que tal conducta genere peligro procesal que amerite dictar una prisión preventiva.

Incluso indica que se han citado sentencias no pertinentes del propio Tribunal Constitucional, órgano que, al contrario, habría señalado que los cuestionamientos dirigidos al imputado relacionados con declaraciones o conductas que no se acercan a la verdad no pueden ser interpretadas como un peligro de obstaculización que justifique la prisión preventiva. Además, que podría mentir dentro o fuera de prisión.

Como señala Del Río Labarthe (2016):

La conducta que fundamenta el peligro de obstaculización requiere que el peligro sea concreto y no abstracto (por ejemplo no basta con decir que tal persona tiene tal o cual cargo para considerarlo peligroso), lo que supone que el riesgo ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba. [En este caso, resulta ser la de falsearla], (p. 60)

Por ello, no se puede decir que esta acción es inocua (más allá de si este solo dato puede fundar la existencia de peligro procesal o no), pues hay casos en los cuales la presunción de inocencia no cubre actividades procesales a los cuales el procesado está obligado a actuar con lealtad, por ejemplo, en la intervención corporal a diferencia de, por ejemplo, la declaración del procesado, la persona se convierte en objeto de prueba (sin quitarle el derecho a la dignidad), así se relativiza su derecho fundamental a la integridad corporal en aras de conocer la realidad de los hechos, siendo objeto de prueba no es posible aplicarle consideraciones basadas en la presunción de inocencia.

II. Lo feo

Sobre la criminalidad organizada, el artículo 269.5 del Código Procesal Penal de 2004 señala que para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

La criminalidad en grupo es distinta a la individual, por los medios y perfeccionamiento en su actuar, así, actúa de forma coordinada, sobre la base de metas de tal forma que se garantice el éxito de los ilícitos, la impunidad de sus miembros y, en caso de ser descubiertos y sancionados, las mejores condiciones carcelarias.

La doctrina ha determinado que una organización criminal debe poseer ciertos elementos: “acuerdo, estructura, permanencia, actividades delictivas” (Anarte Borrallo, 1999, p. 21 y ss.). Entonces, como sostiene Prado Saldarriaga (2013):

Se ha conceptualizado este fenómeno como toda actividad delictiva que ejecuta una organización con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tienen un expendio fiscalizado o que se encuentra totalmente prohibido, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico. Entonces, no estamos frente a un fenómeno delincuencial cualquiera, sino a uno grave], (p. 60)

La pertenencia a una organización criminal es un dato que revela peligro procesal, sea de fuga o de entorpecimiento probatorio, pues, de conformidad con lo que señaló la Circular sobre prisión preventiva, Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, del 13 de septiembre de 2011, es obvio que la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, “compra”, muerte de testigos, etcétera). Por consiguiente, el juez debe evaluar esta tipología como un criterio importante en el ámbito del procesamiento de la criminalidad violenta. Lo que significa que si bien no es una regla general ni obligatoria, evaluado el caso concreto, es

posible sostener que en muchos supuestos la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización delictiva o banda son suficientes para la aplicación de la prisión preventiva, por la sencilla razón que la experiencia demuestra que son recurrentes los casos en los que estos imputados se sustraen a la acción de la justicia durante años, apoyados en la organización que los arropa.

Por ello, no es correcto cuando el Tribunal Constitucional señala que este no es un criterio de orden procesal, sino punitivo, como la gravedad de la pena que se espera o la magnitud del daño causado, en realidad esto es decir muy poco de esta institución y no hacer justicia a su gravedad y consecuencias nocivas para la sociedad. A partir de esta confusión se extrae consecuencias nocivas, pues señala que así como la gravedad de la pena por sí sola no justifica el dictado de una prisión preventiva, tampoco lo hará este dato, pues como ambos son criterios punitivos, no puede bastar solo la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización criminal.

Resulta necesario precisar que el argumento mencionado es insólito en la doctrina pero lo más grosero se ve en las citas que hace el Tribunal y que se usa para justificar su crítica a la Casación N° 626-2013. En consecuencia según el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema habría dicho que solo en ciertos casos solo basta la gravedad de la pena y la imputación de pertenencia a una organización criminal como criterio para imponer prisión preventiva. Siendo que la Casación N° 626-2013 señala algo diferente en su fundamento 57:

Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, “compra”, muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida.

CONCLUSIONES

1. El Tribunal Constitucional critica la citada casación sobre la base de una afirmación que no ha hecho, pues para la Corte Suprema, sobre este extremo, solo ha señalado que no basta con indicar que existe una organización criminal sino que se requiere acreditar la existencia de sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal) y la vinculación con el procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización, no que baste la sola imputación, que es absurdo, pues ante un grave requisito como este lo que se exige es la presencia de actos de investigación que acrediten en grado de probabilidad la existencia de una organización criminal y la vinculación del procesado a la misma, no la mera imputación.
2. El principio de Inocencia es una garantía fundamental que impide que se trate como culpable a quien se le imputa un hecho punible, hasta que se dicte sentencia firme que rompa su estado de inocencia y le proponga una pena. La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y trato de inocente, sino también de seguridad que aplica la no injerencia por parte del Estado a nuestra esfera de libertad de manera arbitraria.
3. La prisión preventiva se aplica de manera excepcional y es estrictamente necesaria a los fines del proceso, quedando proscrita toda finalidad preventiva de la pena. Su aplicación es subsidiaria, pues tenemos la posibilidad de utilizar medidas menos gravosas y alternativas como la caución, la detención domiciliaria.
4. La prisión preventiva en tanto privación de libertad, de carácter excepcional, debe ser adoptada mediante resolución judicial motivada.
5. Aún existen prácticas inquisitivas, que siguen usando o abusando de la prisión preventiva vulnerando el principio de excepcionalidad, de proporcionalidad y de plazo razonable dejando en jaque su legitimidad y efectividad; convirtiéndose en una verdadera pena anticipada, creando masas de *presos sin condena*. Esto, sin duda, debe ser desterrado.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los operadores jurídicos que la prisión preventiva no puede ser utilizada como una pena anticipada, pues se estaría violando el principio de presunción de inocencia que se encuentra protegido en la Constitución Política en el artículo 2º, inciso 24, párrafo e).
2. Se recomienda que los jueces deben aplicar en el nuevo sistema procesal penal que se debe garantizar la presunción de inocencia a través de diversos mecanismos en el caso de la prisión preventiva, la presunción de inocencia se resguarda a través de la audiencia previa escenario en el que el juez decidirá la aplicación o no de la medida.
3. Cómo futuros abogados debemos tener presente que la prisión preventiva no tiene como finalidad garantizar la ejecución de la futura condena, pues mucho tiempo se ha considerado así, como una forma de castigo y que el imputado que era detenido era ya culpable del delito, eso lesiona a la presunción de inocencia. Sumándole a ello, la presión de la prensa, de la sociedad y, hasta la presión política, lo que hacía que la prisión preventiva sea una medida cautelar desnaturalizada.
4. Se recomienda que la prisión preventiva no debe ser la regla sino la última ratio, para que el juez asegure el éxito del proceso, en esa línea; el tribunal constitucional ha establecido que: “la prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. no se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia, se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional”.

BIBLIOGRAFIA

1. GARCIA RAMIREZ, Sergio. El Sistema penal Mexicano. Fondo de Cultura Económica. México 1993 Pág. 169
2. OSORIO, M. (2000). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Eliasta, Ed. 27º, Buenos Aires, p. 797
3. GÓMEZ COLOMER, JUAN (2014).- "Proceso penal alemán ", referenciado en " Medidas de Coerción personal en el proceso penal " de Ángela Ester Ledesma.
4. PASTOR, Daniel R. (2004). Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. En Revista Jueces para la democracia, n° 49, Madrid, 2004. Pp. 51 – 65.
5. BECCARIA, Cesare,(1982) De los delitos y de las penas, trad. de Francisco TOMÁS Y VALIENTE, Madrid, pp. 128 ysgts; citado por Daniel R. Pastor en Art. Cit.
6. GARCÍA ROCA, Javier. (1988) *Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend, a propósito del libro de Pablo Lucas Verdú: La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*. En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 59. Pág. 275.
7. RECASENS SICHES, Luis. (1954) Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. S.A. México. 1954. 1ra edición. Pág. 644.
8. PERELMAN, Chaim. (1984) *“Le raissonnable et le deraisonnable en Droit”*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. Pág. 11

9. HESSE, Konrad. (1992) *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Pág. 45-47.
10. CARPIZO Jorge. (2009) *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima. Pág. 57
11. BACHOF, Otto.(1986) *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XIX, núm. 57, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986. Pág. 844.
12. CANO LÓPEZ, Miluska Giovanna. Derecho al plazo razonable. www.teley.com
13. BINDER Alberto. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc. Argentina, Buenos Aires. p. 120
14. MANZINI, Vincenzo.(2011) *Tratado de Derecho procesal penal*, Tomo I, p. 253. En: ORÉ GUARDIA, Arsenio, “Principios del proceso penal”, Editorial Reforma, Primera edición, p. 63.