



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

ISSN: 2810-8043 (En línea)

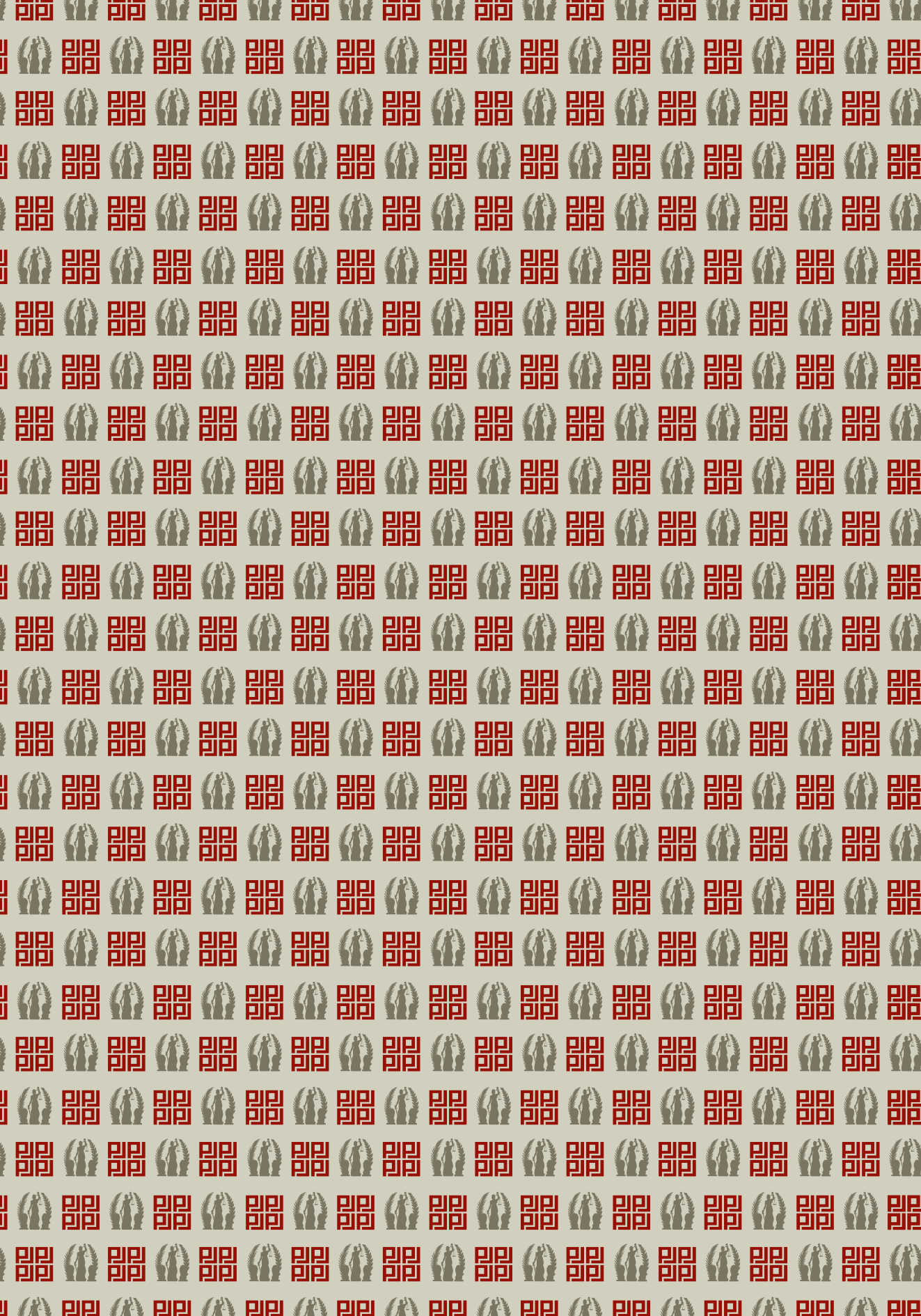
Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024

DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9

Publicación semestral. Huánuco, Perú

9







PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9

PRESIDENTE

JAIME GERÓNIMO DE LA CRUZ
Corte Superior de Justicia de Huánuco, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9899-7552>
E-mail: jgeronimo@pj.gob.pe

DIRECTOR

ALBERTO ALAIN BERGER VIGUERAS
Corte Superior de Justicia de Huánuco, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0009-2047-5402>
E-mail: aberber@pj.gob.pe

EDITOR

HUMBERTO LUIS CUNO CRUZ
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1406-8789>
Scopus Author iD: 57223327051
E-mail: hcuno@pj.gob.pe

COMITÉ EDITORIAL

MARTÍN JULIÁN ACEVEDO MIÑO
Pontificia Universidad Católica de Argentina, Rosario, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9855-7576>
E-mail: acevedomino@fibertel.com

NÉSTOR ALFREDO CAFFERATTA
Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-0688-8856>
E-mail: nacafferatta@gmail.com

FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA
Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6577-9372>
E-mail: cmendozaa@pj.gob.pe

MARIO PEÑA CHACÓN
Universidad Autónoma de Centro América, San José, Costa Rica
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-3976-688X>
E-mail: mariopenachacon@gmail.com

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
Universidad de Salamanca, Salamanca, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0045-796X>
Researcher iD: A8577-2017
E-mail: nicolas@usal.es

MIRIAM LILI TORRES BOZA
Colegio de Abogados de Huánuco, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0009-6751-769X>
E-mail: ctorresb@pj.gob.pe

COORDINADORES EDITORIALES

MARCOS OMAR MORÁN VALDEZ
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8788-6825>
E-mail: mmoran@pj.gob.pe

KETTY MONTALDO ZEVALLOS
Corte Superior de Justicia de Huánuco, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0000-2317-7093>
E-mail: kmontaldo@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

HILDA ASTRID CARVAJAL QUINTERO
Universidad Santo Tomás de Colombia, Bogotá, Colombia
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-8294-7629>
E-mail: astridcarvajal@mail.com

ROBERTO CASTILLO VELARDE
Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8884-689X>
E-mail: rocastillodj@mpfn.gob.pe

RONAL HANCCO LLOCLLE
Universidad de Salamanca, Salamanca, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0087-2824>
E-mail: ronal_hancco@usal.es

JOSÉ LUIS MANDUJANO RUBÍN
Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5905-3965>
E-mail: josemandujano@unheval.edu.pe

FERNANDO SOTO PALOMINO
Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2098-417X>
E-mail: fsotop@unheval.edu.pe

JOSÉ RONALD VÁSQUEZ SÁNCHEZ
Universidad Nacional de San Marcos, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7876-6303>
E-mail: jose.vasquez5@unmsm.edu.pe

CORRECCIÓN ORTOTIPOGRÁFICA

CARLA SAN MARTÍN

DIAGRAMACIÓN

MIGUEL CONDORI MAMANI
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
E-mail: acondorim@pj.gob.pe

GESTIÓN ELECTRÓNICA

ERIK ALMONTE RUIZ
E-mail: revistas.pj.gob.pe@gmail.com

METABIBLIOTECA
E-mail: info@metabiblioteca.com

ISSN: 2810-8353 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-10582

© Corte Superior de Justicia de Huánuco
Jr. Dos de Mayo n.º 1191, Plaza de Armas; Huánuco, Perú
Teléfono: (062) 591030
cortesuperiordejusticiadehuanuco@pj.gob.pe

© Poder Judicial del Perú
Fondo Editorial del Poder Judicial
Palacio Nacional de Justicia, 2.º piso, oficina 244
Av. Paseo de la República, cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexos: 11260 y 11576
fondoeditorial@pj.gob.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Jr. Dos de Mayo n.º 1191, Plaza de Armas; Huánuco, Perú
E-mail: cortesuperiordejusticiadehuanuco@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los autores
en sus trabajos.

INDIZACIONES

Crossref
Latindex 2.0
DOAJ
ERIH Plus
MIAR

BASE
LatinREV
WorldCat
ROAD
Google Scholar

LICENCIA



Ius Vocatio.

Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco
se encuentra bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0
International License (CC BY 4.0)



Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco es una publicación de periodicidad semestral, cuyo objetivo principal es la divulgación de artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos y de administración de justicia, con especial énfasis en la casuística resuelta en el Distrito Judicial de Huánuco. Los artículos son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que acepte los artículos presentados, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

Ius Vocatio recibe colaboraciones de los jueces y los servidores de la Corte Superior de Justicia de Huánuco y de los investigadores del derecho y la justicia en este distrito judicial, pero también de los jueces y los investigadores nacionales y extranjeros. La presente publicación está dirigida a los magistrados y los servidores del Poder Judicial, los investigadores, los docentes universitarios, los estudiantes y el público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica.



Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco [Research Gazette of the Superior Court of Justice of Huánuco], published every six months, has the principal objective to disseminate unreleased articles about legal topics and justice administration problems, all this with emphasis on the casuistry that occurs in the Judicial District of Huánuco. The articles are then made anonymous and they are reviewed by external referees, who take into account the following evaluation criteria: originality, topicality and relevant contribution to legal knowledge. The journal reserves the right to publish or not an article. After this selection, it can make style corrections and other necessary adjustments required.

Ius Vocatio receives the collaboration of all the judges of the Superior Court of Justice of Huánuco, as well as the works of national and foreign judges, lawyers and other legal professional researchers. This publication is aimed at judges, researchers, university teachers, professors, students and a public interested in academic thinking, critical work and issues related to legal matters.



Ius Vocatio. A Revista Pesquisa do Superior Tribunal de Justiça de Huánuco é uma publicação semestral, que tem como objetivo principal a divulgação de artigos inéditos que resultam de estudos e pesquisas sobre temas jurídicos e administração da justiça, com especial destaque para a casuística resolvida no Judiciário Distrito de Huánuco. Os artigos são avaliados anonimamente por especialistas externos à instituição, que têm em conta os seguintes critérios de avaliação: originalidade, contributo do trabalho, atualidade e contributo para o conhecimento jurídico. A revista reserva-se o direito de publicar e, caso aceite os artigos submetidos, poderá fazer as correções de estilo e outros ajustes necessários para atender às exigências da publicação.

Ius Vocatio recebe colaborações de juízes e funcionários do Superior Tribunal de Justiça de Huánuco e de pesquisadores de direito e justiça deste distrito judicial, mas também de juízes e pesquisadores nacionais e estrangeiros. Esta publicação é dirigida a juízes e funcionários do Poder Judiciário, pesquisadores, professores universitários, estudantes e ao público interessado nas questões de reflexão acadêmica, trabalho crítico e pesquisa jurídica.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9

TABLA DE CONTENIDO

Presentación

13 ALBERTO ALAIN BERGER VIGUERAS

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

- 17 EDGAR JOHAN CANTARO SANCHEZ
Derrotabilidad de la norma jurídica que prohíbe la aplicación de la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual
- 37 RENZO JOEL CHAIÑA DURÁN
La cárcel en crisis: apuntes para una reforma normativa de los beneficios penitenciarios
- 65 MARTÍN JESÚS CRISTÓBAL JIMÉNEZ
Control de reiterancia delictiva. Reincidencia

- 91 CATALINA TANIA ESTRADA SALVADOR RAMÍREZ
La impunidad en los delitos informáticos. Una problemática de poco interés para legisladores, jueces y fiscales
- 117 MARCELO ALEJANDRO FERNÁNDEZ VÁSQUEZ
La incautación como instrumento de búsqueda de pruebas en los delitos contra la administración pública
- 143 ROCÍO ANGÉLICA MARÍN SANDOVAL
La prohibición de la confesión sincera como política criminal ineficaz en el delito de feminicidio
- 159 VÍCTOR RAÚL JESÚS RAMÍREZ BERNAL
El maltrato y discriminación contra la mujer transexual en el Perú y su derecho fundamental a la salud y el trabajo



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 13-14
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9.1005

Presentación

En mi condición de presidente de la Comisión de Capacitación y director de *Ius Vocatio. Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco*, es motivo de gran satisfacción para mí presentar a la comunidad jurídica y al público en general el noveno número de la revista, que tiene como finalidad difundir artículos inéditos relacionados con temas jurídicos y de administración de justicia.

En esta oportunidad, gracias a la extraordinaria colaboración recibida de jueces, personal jurisdiccional y profesionales del derecho, que han querido sumarse a esta edición de la revista, presentamos siete trabajos de investigación académica que coadyuvarán al desarrollo jurídico de nuestro país, con criterios de excelencia y calidad académica.

En ese sentido, en la presente edición, contamos con artículos que estamos seguros serán de gran interés para la comunidad jurídica, como el artículo titulado «La prohibición de la confesión sincera como política criminal ineficaz en el delito de feminicidio». En la misma línea de innovación legislativa, se cuenta con los artículos denominados «El maltrato y discriminación contra la mujer transexual en el Perú y su derecho fundamental a la salud y el trabajo», «Derrotabilidad de la norma jurídica que prohíbe la aplicación de la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual», «Control de reiterancia delictiva. Reincidencia», «La incautación como instrumento de búsqueda de pruebas en los delitos contra la administración pública».

Desde otra perspectiva, se ofrece «La cárcel en crisis: apuntes para una reforma normativa de los beneficios penitenciarios» y «La impunidad en los delitos informáticos. Una problemática de poco interés para los legisladores, jueces y fiscales».

Este esfuerzo colectivo refleja la necesidad de seguir creando espacios para analizar, debatir y reconfigurar las relaciones jurídicas actuales frente a los retos que nos presenta el mundo real, y nos abre la posibilidad de llegar a nuevos consensos, contribuyendo al desarrollo de la conversación y la reflexión.

Esto definitivamente ayudará a ensanchar los marcos analíticos para generar conocimientos que amplíen los existentes. Estamos seguros de que su contenido será de sumo interés para estudiantes, abogados, jueces, profesores y todas aquellas personas interesadas en conocer el derecho.

ALBERTO ALAIN BERGER VIGUERAS
Presidente de la Comisión de Capacitación
del Distrito Judicial de Huánuco
Director de la revista *Ius Vocatio*
Corte Superior de Justicia de Huánuco

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN





IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 17-35
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9.923

Derrotabilidad de la norma jurídica que prohíbe la aplicación de la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual

Defeasibility of the legal norm that prohibits the application of early termination in crimes against sexual freedom

Revogabilidade da norma legal que proíbe a aplicação da rescisão antecipada em crimes contra a liberdade sexual

EDGAR JOHAN CANTARO SANCHEZ
Universidad Nacional Hermilio Valdizán
(Huánuco, Perú)
Contacto: ecantaro@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-5760-7220>

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo identificar los fundamentos jurídicos que sirven para derrotar la norma que regula la prohibición de la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual (párrafo tercero, artículo 471 del Código Procesal Penal). La necesidad de tan imperiosa propuesta radica en que tal prohibición no beneficia a los intereses de la víctima, sino, por el contrario, genera situaciones de tensión, tales como: (a) incrementa las posibilidades de revictimización; (b) genera mayores costos económicos a las partes procesales, entre ellas, a la víctima; (c) propicia una justicia inoportuna; y, (d) genera casos de impunidad. Por tanto,

la investigación se centra en analizar si el principio de no revictimización, los principios de economía y celeridad procesal, y la justicia eficaz son fundamentos necesarios para derrotar tal norma.

Palabras clave: derrotabilidad jurídica; terminación anticipada; delitos sexuales; revictimización; justicia oportuna.

Términos de indización: derecho; derecho penal; sanción penal; repetición; tribunal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The objective of this article is to identify the legal bases that serve to defeat the rule that regulates the prohibition of early termination in crimes against sexual freedom (third paragraph, article 471 of the Criminal Procedure Code). The need for such an urgent proposal lies in the fact that such a prohibition does not benefit the interests of the victim, but, on the contrary, generates situations of tension, such as: (a) increases the possibilities of re-victimization; (b) generates greater economic costs for the procedural parties, including the victim; (c) promotes untimely justice; and, (d) generates cases of impunity. Therefore, the research will focus on analyzing whether the principle of non-revictimization; the principles of economy and procedural speed; and, effective justice, are necessary foundations to defeat such a norm.

Key words: legal defeatability; early termination; sexual crimes; revictimization; timely justice.

Indexing terms: law; criminal law; criminal sanction; repetition; court (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O objetivo deste artigo é identificar as bases jurídicas que servem para derrotar a norma que regulamenta a proibição da rescisão antecipada nos crimes contra a liberdade sexual (parágrafo terceiro, artigo 471 do Código de Processo Penal). A necessidade de uma proposta tão urgente

reside no facto de tal proibição não beneficiar os interesses da vítima, mas, pelo contrário, gerar situações de tensão, tais como: (a) aumentar as possibilidades de revitimização; (b) gera maiores custos económicos para as partes processuais, incluindo a vítima; (c) incentiva a justiça intempestiva; e, (d) gera casos de impunidade. Portanto, a pesquisa centra-se em analisar se o princípio da não revitimização; os princípios da economia e da celeridade processual; e, justiça eficaz, são fundamentos necessários para derrotar tal norma.

Palavras-chave: derrotabilidade legal; rescisão antecipada; crimes sexuais; revitimização; justiça oportuna.

Termos de indexação: derecho; derecho penal; sanção criminal; repetição; tribunal (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 29/09/2023

Revisado: 03/06/2024

Aceptado: 12/06/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, el Estado peruano adoptó una política criminal compatible con el derecho penal del enemigo ya que, para reducir el índice de la delincuencia, emite innumerables leyes que, en esencia, se basan en: (a) aumentar las penas de los delitos; (b) prohibir beneficios penitenciarios; (c) crear tipos penales para encuadrar nuevas modalidades de delitos; y, (d) prohibir toda modalidad del derecho penal premial. Aquellas políticas tienen como fin último reducir el alto índice criminal; sin embargo, la realidad nos demuestra que ello no es así, sino, por el contrario, cada vez es mayor.

Una expresión clara de esta forma de política criminal puede ser constatada en las medidas penales que se adoptaron para combatir los delitos contra la libertad sexual. De esta forma, a fin de combatir, sancionar y reducir el índice criminal de los delitos antes mencionados, el Estado

emitió la Ley n.º 30838, de fecha 04 de agosto de 2018, a través de la cual se prohibió el acuerdo de terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual. Del fundamento de esta política criminal se extrae que, únicamente, se prohibió el acuerdo de terminación anticipada por tratarse de un delito grave, y, en consecuencia, no puede ser objeto de un acuerdo sobre la pena y reparación civil.

Sin embargo, desde que se emitió la Ley n.º 30838 no se evidenció que el índice criminal de los delitos contra la libertad sexual haya disminuido, sino, por el contrario, sigue en aumento. Así, en el año 2019, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, registró 16 632 delitos contra la libertad sexual. Por tanto, cabe preguntarnos si la prohibición de la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual debe estar vigente hasta la actualidad, pese a sus resultados negativos.

De esta forma, lo que se pretende demostrar, en el presente artículo, es que el párrafo tercero, artículo 471 del Código Procesal Penal que regula la prohibición del beneficio de la reducción de un sexto de la pena por terminación anticipada, específicamente, en delitos contra la libertad sexual, es una política criminal ineficaz e ineficiente. Para ello, se brindan los fundamentos teóricos dogmáticos a fin de derrotar jurídicamente dicha norma que regula tal prohibición.

Por tanto, a fin de derrotar la norma jurídica que prohíbe la aplicación de la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual, se brindarán los fundamentos jurídicos-morales necesarios para tal fin. Así, para derrotar cualquier norma jurídica en concreto se debe fundamentar con principios morales reconocidos por el ordenamiento jurídico. Ahora bien, tales principios morales que sirven para derrotar la norma que regula la prohibición de la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual son: (a) principio de no revictimización; (b) principio de economía procesal; (c) justicia oportuna; y, (d) prevención de situaciones de impunidad delictiva.

Sin embargo, antes de mencionar aquellos fundamentos, definamos conceptualmente el término de derrotabilidad de la norma jurídica. Para ello, cito textualmente el concepto brindado por Guastini (2008), que, a

la letra, dice: «El concepto de derrotabilidad de la norma jurídica hace referencia a la posibilidad de que un enunciado normativo, manteniendo su validez abstracta, sea inaplicada a un caso concreto, por motivos morales subyacentes vía argumentación de otros enunciados normativos» (p. 94). Entonces, se entiende que tal figura está íntimamente conectada a la acción de la moral; sin embargo, no cualquier tipo de moral, sino aquella que se encuentra jurídicamente reconocida. Así, una norma jurídica puede ser derrotable siempre y cuando existan fundamentos morales jurídicos que hacen inaplicable dicha norma en un caso concreto, sin buscar su derogación, sino su inaplicación por la existencia y ponderación de determinados principios morales.

Entonces, analicemos, en primer lugar, cómo el principio de no revictimización sirve para derrotar la norma que prohíbe la aplicación de la terminación anticipada en delitos de violación sexual. Para ello, recordemos que, en todo proceso penal, es fundamental la participación de la víctima para el esclarecimiento de los hechos; máxime, si se trata de delitos clandestinos (delitos a cuatro paredes) en los cuales, generalmente, como prueba de cargo, solo se tiene la declaración de la propia víctima, tal es el caso del delito de violación sexual. Sin embargo, algunos podrán afirmar que, en estos delitos, la prueba fundamental para acreditar si hubo o no violación es el certificado médico legal, pero ¿en todos los casos, siempre se cuenta con este certificado? Por ejemplo, ¿qué sucede si la víctima denuncia el hecho entre 3 y 5 años después y durante ese lapso mantuvo relaciones sexuales consentidas con otra persona? Podríamos decir, en ese supuesto, que el certificado médico legal practicado después de años de producida la violación ¿será idóneo para acreditar dicho ultraje? Obviamente, dicho certificado ya no tendrá objeto, por ser extemporáneo.

Entonces, y he aquí el meollo de la revictimización, ante esta situación, ¿qué es lo que hace el representante del Ministerio Público cuando el certificado médico legal no le sirve para acreditar la violación sexual? Cita a la víctima para que brinde su declaración, ya que solo tiene como prueba de cargo su testimonio. No obstante, sería bueno que solo fuese una sola

declaración. Lo que se observa en la práctica es que el representante del Ministerio Público cita una y otra vez a la víctima, y llega, incluso, a citarla a juicio oral. Entonces, ¿dónde queda el principio de no revictimización? Para nadie es novedad que, en los procesos de violación sexual, donde se supone que se debería evitar a toda costa la revictimización de la víctima, es mayormente donde se revictimiza a esta.

Por tanto, ¿cómo podemos evitar la revictimización? La respuesta está en permitir la terminación anticipada en delitos de violación sexual. ¿Por qué? La razón es que, mientras más dure el proceso, mayor será el riesgo de que la víctima sea revictimizada una y otra vez. ¿Y en qué etapa es donde, mayormente, ocurre la revictimización? En el juicio oral, etapa que obviaríamos si se permitiera la aplicación de la terminación anticipada. De esta forma, por un lado, tenemos al proceso común con sus tres etapas procesales (investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral). Por otro lado, está el proceso especial de terminación anticipada (investigación preparatoria). Si sostenemos la idea de que si el proceso penal dura más, el riesgo de revictimización a la víctima será mayor, entonces, la terminación anticipada reduciría tal riesgo, ya que el proceso penal estaría culminando en la etapa de investigación preparatoria, lo cual evitaría la etapa intermedia y, sobre todo, el juicio oral.

Otro de los fundamentos morales jurídicos para derrotar tal norma que regula dicha prohibición de terminación anticipada en procesos de violación sexual viene a ser el principio de economía procesal. Para ello, debemos tener en cuenta que, si un proceso judicial se alarga al infinito, los gastos en los que incurrirán las partes procesales serán exorbitantes. Ante esta problemática, en concordancia con el principio de economía procesal, surge la figura del proceso de terminación, toda vez que este proceso especial se caracteriza por acortar algunas etapas del proceso penal común. Así pues, si prospera el acuerdo arribado entre la fiscalía y el imputado, el proceso estaría culminando en la etapa de investigación preparatoria y, en consecuencia, los gastos serían menores a los de un proceso común.

Ahora bien, el beneficio económico que brinda la terminación anticipada no solo se reduce para las partes procesales (imputado, víctima,

tercero civilmente responsable), sino para el mismo Estado, en el sentido de que no tendrá que movilizar a todo su equipo humano y logístico hasta la etapa de juicio oral. De esta forma, se evitan gastos procesales innecesarios. Por ende, no cabe duda alguna de que la terminación anticipada es acorde al principio de economía procesal y, en consecuencia, su prohibición para determinados delitos no guarda relación con un sistema como el nuestro.

Asimismo, otro de los fundamentos para derrotar la norma que regula la prohibición de terminación anticipada es que se lograría obtener una respuesta célere y oportuna de las autoridades judiciales sobre el caso en concreto. De esta forma, la víctima no tendría que esperar años de angustia para obtener una respuesta a su denuncia. El plazo se acortaría considerablemente, ya que el proceso culminaría al inicio de la etapa de investigación preparatoria. Si somos conscientes, los procesos de violación sexual se caracterizan por ser lentos, lo cual tiene una consecuencia devastadora para los intereses de la víctima, ya que el caso puede prescribir. Entonces, a fin de brindar una respuesta oportuna a la víctima y evitar la prescripción de la acción penal, es necesario que la terminación anticipada sea permitida en delitos de violación sexual.

Finalmente, a fin de evitar que los delitos contra la libertad sexual queden impunes, ya que, al ser delitos clandestinos (nadie violenta sexualmente a una persona en un espacio público), el representante del Ministerio Público no suele tener como medio probatorio de cargo la sola declaración de la víctima, se debe permitir la aplicación de la terminación anticipada en tales delitos. En este contexto, el administrador de justicia al no generarse una convicción con la sola declaración de la víctima y ante una insuficiencia de los medios probatorios de cargo que no acreditan la responsabilidad penal del imputado, en aplicación a la duda razonable, absolverá al acusado de los cargos atribuidos por el representante del Ministerio Público.

Sin embargo, aquel problema de impunidad se evitaría si el ordenamiento jurídico permitiera que, en los delitos contra la libertad sexual, se aplicase la terminación anticipada, toda vez que el imputado —a fin de

que se le redujera un sexto de la pena— estaría aceptando los cargos formulados en su contra por el persecutor del delito. Pero ¿qué persona en su sano juicio aceptaría los cargos que le acarreen responsabilidad penal y, por ende, una pena? Por tanto, el párrafo tercero, artículo 471 del Código Procesal Penal restringe que el imputado pueda colaborar con la justicia, pues le prohíbe la reducción de la pena. Entonces, queda acreditado que lo único que el Estado pretende con dicha prohibición legal es la inocuización del culpable en un centro penitenciario, sin posibilidad alguna de ser reincorporado a la sociedad por considerarlo un peligro, incapaz de ser rehabilitado.

En esa línea de ideas, analizando dicha problemática desde el punto de vista del análisis económico del derecho cabe preguntarnos ¿qué beneficios nos trae la prohibición de la terminación anticipada? Claramente ninguno, toda vez que de la exposición de motivos de la Ley n.º 30838 se extrae que el único fundamento de tal prohibición es que se trata de un delito grave, lo cual es una expresión del derecho penal del enemigo. En cambio, ¿qué beneficios nos traería permitir la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual? El primero sería que, a través de este proceso especial, se evitaría la revictimización de la víctima. El segundo beneficio es que las partes no incurrirían en gastos económicos innecesarios, ya que el proceso culminaría en la investigación preparatoria. Y, finalmente, se brindaría una respuesta oportuna a la víctima y se evitaría que el proceso quedara impune por insuficiencia probatoria.

2. PRINCIPIO DE NO REVICTIMIZACIÓN

Se puede entender por revictimización a la respuesta que brinda el sistema a una persona que fue víctima de un delito. Aquella forma de atención al usuario de parte de las instituciones hace que la persona vuelva a revivir los hechos traumáticos y asuma nuevamente el papel de víctima; sin embargo, ya no solo se constituye como víctima del delito, sino, también, del sistema penal. De esta forma, la revictimización se constituye como aquella práctica que vulnera de forma directa los derechos y garantías de aquellas personas que han sido víctimas de un hecho delictivo.

Para un mejor entendimiento, la *Guía de procedimientos para la entrevista única de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual* (Ministerio Público, 2009), sostuvo que la víctima de un delito puede presenciar tres formas de victimización:

- a) **Victimización primaria:** es el perjuicio que recibe directamente la víctima como efecto de un hecho delictivo (violación sexual).
- b) **Victimización secundaria:** es la atención inadecuada de los miembros que forman las instituciones del sistema de administración de justicia (policías, fiscales, jueces, peritos, entre otros funcionarios competentes en casos de violación sexual).
- c) **Victimización terciaria:** son las consecuencias que genera la actuación de la sociedad sobre la víctima (medios de comunicación).

Entonces, la victimización secundaria se configura como la exposición de la víctima del delito de violación sexual a sucesos traumatizantes y repetitivos durante su estadía en el proceso penal. Esto se puede traducir como el trato desconsiderado e insensible por parte de los servidores y funcionarios de la administración de justicia. Este maltrato bien puede darse en cualquier etapa del proceso penal, desde la interposición de la denuncia hasta que el juez brinde su veredicto. Esta experiencia puede convertirse en un suceso más traumático que el propio delito (Azucena y Granados, 2023, párr. 9).

La victimización secundaria, además de generar traumas en la víctima, puede influir en que esta se desanime a denunciar el hecho delictivo o desista del proceso penal, afectando así la eficacia de la administración de justicia penal. Otro de los efectos perjudiciales de la victimización secundaria es que los ciudadanos pierdan la fe en la administración de justicia, toda vez que tienen el concepto de que es una pérdida de tiempo, lo que fortalece la justicia a propia mano (venganza privada). De esta forma, el Estado tiene un arduo trabajo para recuperar la credibilidad de la administración de justicia.

Por tanto, el derecho y/o principio de no revictimización es una expectativa reconocida por la Constitución, a través de la estructura de

un derecho subjetivo, que condena y prohíbe el sufrimiento repetitivo y continuo de la víctima de un delito (Mavila, 2019, p. 177). En esa línea de ideas, el principio de no revictimización se convierte en un derecho y garantía que tiene toda víctima de que su sufrimiento no se prolongue en el proceso penal. Para ello, se debe contar con personal especializado en la materia, toda vez que el problema de la revictimización radica en las acciones de los servidores y funcionarios de la administración de justicia. Solo así se podrá recuperar la confianza de la víctima.

El derecho a la no revictimización puede entrar en tensión con los intereses del imputado; sin embargo, la no lesión de la víctima no trastoca de forma negativa el derecho de defensa del imputado, por los siguientes fundamentos: (a) la víctima es propietaria de su cuerpo y tiene una voluntad propia, en el sentido de que depende de ella continuar o no con el proceso penal. Ninguna víctima está obligada a permanecer en el proceso penal; (b) toda persona privilegia o pondera sus derechos, de esta forma, sería lógico y comprensible si la víctima desiste del proceso a fin de evitar emociones o situaciones traumáticas; (c) para evitar la indefensión procesal del imputado es que el ordenamiento jurídico regula la prueba anticipada (Moscoso, 2016, p. 36).

3. PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

El principio de economía procesal, desde el sentido genérico, es entendido como el motivo o fundamento para que el proceso consiga su fin buscado: satisfacer o cumplir las pretensiones de las partes procesales con el mayor ahorro económico posible, es decir, conseguir el máximo esfuerzo con el mínimo gasto económico (Carretero, 1971, p. 101).

Según Monroy (1993), el principio descrito tiene más trascendencia de lo que normalmente se cree; máxime, si son diversas las instituciones del proceso judicial que tienen como propósito hacerlo efectivo; es el supuesto del principio de preclusión. De esta forma, el término de economía dentro de un proceso judicial está referido básicamente a tres niveles distintos: tiempo, gasto y esfuerzo (p. 42).

De esta forma, podemos mencionar que el principio de economía procesal que gobierna el sistema judicial pretende la agilización o rapidez de las decisiones jurisdiccionales, exigiendo que los procesos judiciales se lleven de la forma más célere posible y menos costosa en dinero para las partes procesales.

En esa línea de ideas, el fundamento de la terminación anticipada radica exactamente en que, a través de su aplicación, se evita que las partes procesales incurran en los gastos innecesarios que conlleva la tramitación de la etapa intermedia y juicio oral, tales como honorarios de los abogados, pagos por presentación de documentos, entre otros.

Por otra parte, el fundamento de la aplicación de la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual se debe a que, a través de este proceso especial, existe mayor probabilidad de que la víctima sea resarcida, es decir, de que se le pague la reparación civil. Para la procedencia de la terminación anticipada no solo basta que el imputado asuma los cargos imputados, sino, además, el compromiso de cumplir con la reparación civil. De esta forma, al reducirse un sexto de la pena del imputado, se motiva para que este cumpla con el resarcimiento a favor de la víctima. Aquel estímulo o motivación para cumplir con la reparación civil desaparece cuando el imputado no obtiene ningún beneficio del derecho premial.

4. PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL

Como bien es sabido, uno de los diversos principios que regula el nuevo sistema procesal penal es aquel de la celeridad procesal, el cual se desprende como parte del derecho a un debido proceso, sin dilaciones innecesarias e injustificadas. La celeridad procesal no se constituye como un principio abstracto, sino todo lo contrario: es la esencia de la administración de justicia. Es evidente que la existencia del debido proceso está estrechamente relacionada con la existencia de una justicia que no puede prolongarse innecesariamente, ya que el derecho vulnerado debe ser restaurado y resarcido en un plazo breve (Villavicencio, 2010, p. 93).

En consecuencia, sin una celeridad procesal, en otras palabras, con innecesarias dilaciones procesales, es imposible lograr la paz social. Por

tanto, el hallazgo de la paz social parte del supuesto de que se tiene que apaciguar el problema antes que profundizarlo indebidamente.

Sobre la base de lo descrito anteriormente, cabe mencionar la idea de Sánchez (2004) sobre este principio:

la celeridad procesal aparece como un principio dirigido a la actividad procesal, sea del órgano jurisdiccional como del órgano fiscal, a fin de que las diligencias judiciales se realicen con la prontitud debida, dejando de lado cualquier posibilidad que implique demora en el desarrollo y continuidad del procedimiento. Desde la perspectiva del justiciable o de las partes en general, puede invocarse el mismo principio aun cuando es posible su exigencia a título de derecho, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (pp. 286-287).

Es muy recurrente escuchar que «justicia que tarda en llegar no es verdadera justicia» (Asencio, 1997, p. 181). Esta frase resalta una de las cuestiones más engorrosas de la administración de justicia: la lentitud del proceso judicial, lo que puede involucrar la vulneración de los derechos fundamentales tanto del imputado (la libertad) como de la víctima (no brindarle justicia porque la acción penal ha prescrito) (González, 2001, p. 315).

Por tanto, la lentitud de los casos judiciales es uno de los problemas que mayor aqueja a la población en el ámbito de la administración de justicia, toda vez que, al encontrarse inmiscuida en un proceso penal, ya sea que se tenga la calidad de imputado o de víctima, la persona tiene una carga estresante por significar la intromisión del Poder del Estado (*ius puniendi*) en un aspecto importante como son los derechos fundamentales (Roxin, 2000, p. 116).

De esta forma, el principio de celeridad predica que el proceso penal culmine en un tiempo prudencial y razonable, pues, justamente, pretende evitar demoras innecesarias o indebidas del proceso. En tal sentido, la exigencia de celeridad judicial en el ámbito penal se transforma en una de las fundamentales peticiones de la población en la medida que desean que sus casos sean resueltos en un tiempo razonable (Maier, 2001, p. 778).

Ante esta problemática, surge la terminación anticipada como solución al retardo judicial. Así, este proceso especial se caracteriza fundamentalmente por evitar o acortar determinadas etapas del proceso común: etapa intermedia y juicio oral. Entonces, la víctima no tendría que esperar todavía la respuesta del órgano jurisdiccional hasta la etapa de juicio oral, sino que la obtendría en la etapa de investigación preparatoria.

5. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA COMO MEDIO PARA EVITAR LA IMPUNIDAD DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Una de las grandes características de los delitos contra la libertad sexual radica en que su ejecución y concreción se llevan en la total clandestinidad. En otras palabras, en un lugar apartado de la colectividad. Por ende, significa que no existirán pruebas directas que acrediten la responsabilidad penal del imputado, pues el único testigo de tales hechos atroces es la propia víctima.

En consecuencia, al cometerse el delito en la clandestinidad, la investigación penal se complica, ya que no existen o se cuenta con pocos medios probatorios de cargo que sirvan para esclarecer los hechos imputados, teniendo, en estos casos, como único medio probatorio la declaración de la víctima. Así, las pruebas que mayormente se cuentan en este tipo de delito, son las siguientes: (a) certificado médico legal; (b) declaración de la víctima; y, (c) pericia psicológica (Soto, 2023, párr. 10).

Sin embargo, en los casos en los que la víctima denuncia el hecho después de años de producida la violación sexual, el certificado médico legal no tiene eficacia para acreditar la violación sexual, siendo inoportuno; máxime, si durante el lapso entre la violación y la interposición de la denuncia, la víctima mantuvo relaciones sexuales consentidas con otra persona.

De esta forma, como única prueba se tendrá solamente la declaración de la víctima. Por tanto, el análisis de la declaración que puede brindar la víctima debe ser cauteloso y minucioso, toda vez que si es actuada y valorada adecuadamente puede convertirse en un medio probatorio capaz

de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado. Caso contrario, de actuarse y valorarse incorrectamente, puede llevar a la absolución del acusado.

Así, la Corte Suprema, a través de diversos pronunciamientos, fue brindando los criterios que los jueces deben adoptar al momento de analizar la declaración de la víctima, como única prueba de cargo, toda vez que esta prueba, según el Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116: «tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones» (f. j. 10).

De esta forma, el Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116 estipula que la declaración de la víctima será capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado y, por ende, sustentar una sentencia condenatoria, siempre y cuando se cumpla con los siguientes preceptos:

- a) **Ausencia de incredibilidad subjetiva:** que la víctima no haya interpuesto la denuncia por la preexistencia de odio, enemistad, resentimiento o por otros sentimientos en contra del imputado.
- b) **Verosimilitud:** no es suficiente que exista una solidez y coherencia en la declaración de la víctima, sino, además, que aquella esté reforzada por medio de corroboraciones periféricas.
- c) **Persistencia en la incriminación:** que la víctima no desista del proceso penal llevado en contra de su agresor sexual (f. j. 10).

Sin embargo, en el supuesto de que la declaración de la víctima no sea sólida ni coherente (contradicción) o no existan corroboraciones periféricas o, simplemente, la víctima desista del proceso, probablemente el juez decida absolver al imputado por no superar la duda razonable.

Ante este problema probatorio en los delitos contra la libertad sexual, surge el proceso de terminación anticipada, toda vez que el imputado estaría aceptando los cargos atribuidos por el representante del Ministerio Público a cambio de la reducción de un sexto de su pena.

Sin embargo, el artículo 471 del Código Procesal Penal estipula lo siguiente: «la reducción de la pena por terminación anticipada no procede

cuando al imputado se le atribuya la comisión [...] de los delitos comprendidos [...] Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal» (párr. 3). En tal sentido, la reducción de la pena por terminación anticipada está taxativamente prohibida para los delitos contra la libertad sexual.

Entonces, ¿qué motivo o razón tendría el acusado para aceptar los cargos atribuidos en su contra si no se hará merecedor de una reducción de su pena? Por tanto, cabe la necesidad de modificar tal norma a fin de excluir del catálogo de prohibiciones a los delitos contra la libertad sexual por los fundamentos antes brindados.

6. CONCLUSIONES

La prohibición de la reducción de la pena por terminación anticipada para los delitos contra la libertad sexual, regulada en el párrafo tercero, artículo 471 del Código Procesal Penal, tiene efectos perjudiciales para los intereses y derechos de la víctima. De esta forma, al no permitir la aplicación de la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual, se incrementarán los casos de revictimización, los gastos económicos en los que incurrirá la víctima serán mayores, no se brindará una respuesta a la denuncia interpuesta por la víctima en un tiempo razonable y se propiciarán los casos de impunidad por falta probatoria. Por tales motivos, la derrotabilidad de esta norma es necesaria y urgente.

El fundamento moral-jurídico para derrotar tal prohibición es el principio de no revictimización, toda vez que, mientras mayor sea el tiempo de un proceso penal, mayor será el riesgo de que se revictimice a la víctima; máxime, si el proceso llega a juicio oral, etapa en la que, generalmente, ocurren los casos de revictimización. Por ello, a través del proceso especial de terminación anticipada, se estaría evitando no solo la etapa intermedia, sino, además, el juicio oral, ya que el proceso penal estaría culminando en la etapa de investigación preparatoria, y se reduciría significativamente la revictimización.

Otro de los fundamentos sería el principio de celeridad y economía procesal, ya que, en el proceso de terminación anticipada, al obviarse

dos etapas del proceso común (etapa intermedia y juicio oral), las partes procesales estarían ahorrándose tiempo y dinero, además de que la justicia sería oportuna, sin la necesidad de que la víctima esperase todavía hasta el juicio oral.

En conclusión, a través de este proceso especial, se evitan los casos de impunidad en los delitos contra la libertad sexual, al ser un delito clandestino, por la falta o escasez probatoria. La averiguación de la verdad se obtendría a través de la aceptación del imputado sobre los cargos atribuidos; sin embargo, aquello será imposible si se le restringe el beneficio de reducción de su pena, toda vez que la aceptación de los cargos está ligada a la reducción de la pena, como estímulo personal.

REFERENCIAS

- Asencio, J. M. (1997). *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch.
- Azucena, A. A. y Granados, R. N. (20 de mayo de 2023). *¿En qué medida el principio de no revictimización aplicable en los delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar colisiona con el principio de presunción constitucional de inocencia?* LP. Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/en-que-medida-el-principio-de-no-revictimizacion-aplicable-en-los-delitos-de-violencia-contra-la-mujer-y-los-integrantes-del-grupo-familiar-colisiona-con-el-principio-de-presuncion-constitucional/>
- Carretero, A. (1971). El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, (65), 99-142. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/227031971065099.pdf>
- González, J. (2001). *El derecho a la tutela jurisdiccional* (3.^a edición). Civitas.
- Guastini, R. (2008). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), 143-156. <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.07>

- Maier, J. (2001). ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho? En C. J. Lascano (dir.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin* (pp. 777-792). Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Mavila, J. (2019). La desrevictimización: un derecho fundamental de las víctimas en el proceso penal. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 1(1), 175-191. <https://revistas.amag.edu.pe/index.php/amag/article/view/9/9>
- Ministerio Público (2012). *Guía de procedimientos para la entrevista única de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual*. Ministerio Público. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/933_guia_seu.pdf
- Monroy, J. (1993). Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (25), 35-48. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11057>
- Moscoso, R. K. (2016). *El derecho constitucional a la no re-victimización de las mujeres víctimas de violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5354/1/T2084-MDE-Moscoso-El%20derecho.pdf>
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto.
- Sánchez, P. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa.
- Soto, V. R. (6 de marzo de 2023). *La valoración de la prueba testimonial en los delitos de violación sexual: criterios de valoración de la declaración de la víctima*. LP. Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/valoracion-prueba-testimonial-delitos-violacion-sexual-criterios-valoracion-declaracion-victima/>
- Villavicencio, F. (2010). Apuntes sobre la celeridad procesal en el nuevo modelo procesal penal peruano. *Derecho PUCP*, (65), 93-114. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201002.004>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116 (2005). Corte Suprema de Justicia de la República (30 de setiembre de 2005). https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/Acuerdo%20Plenario%202-2005-CJ-116_LALEY.pdf

Expediente n.º 02862-2017-PHC/TC (2018). Tribunal Constitucional (02 de octubre de 2018). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/02862-2017-HC.pdf>

Expediente n.º 00376-2020-PHC/TC (2020). Tribunal Constitucional (17 de diciembre de 2020). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00376-2020-HC.pdf>

Ley n.º 30838. Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *Diario Oficial El Peruano* (11 de julio de 2018). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b9cb4e8046860653a691ff5d3cd1c288/1677448-1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b9cb4e8046860653a691ff5d3cd1c288>

Recurso de Nulidad n.º 1555-2016-Piura (2017). Corte Suprema de Justicia de la República (18 de setiembre de 2017). https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Recurso-de-nulidad-1555-2016-Piura-Legis.pe_.pdf

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflictos de intereses.

Contribución de autoría

La contribución del autor consistió en: (a) recojo y adquisición, análisis e interpretación de datos para el trabajo; concepción y diseño del trabajo; (b) redacción del trabajo y revisión crítica del contenido intelectual importante; (c) aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

El autor agradece los alcances brindados por el maestro Dr. Leoncio Enrique Vásquez Solís, el Dr. Edilberto Flores Rivera y la Dra. Catalina Tania Estrada Salvador Ramírez.

Biografía del autor

Edgar Johan Cantaro Sanchez, graduado y titulado en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Estudiante de la Maestría en Derecho, con mención en Ciencias Penales de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Estudiante de la Segunda Especialidad en Psicología Forense y Criminal en la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Trabajó en la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Huánuco. Actualmente, labora en la Sala de Apelaciones Permanente de la misma Corte como asistente de Juez Superior.

Correspondencia

johancantaro10@gmail.com



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 37-64
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9.943

La cárcel en crisis: apuntes para una reforma normativa de los beneficios penitenciarios

The prison in crisis: notes for a regulatory reform of parole

A prisão em crise: notas para uma reforma regulamentar dos
benefícios penitenciários

RENZO JOEL CHAIÑA DURÁN
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: renzo.chaina@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-8617-3102>

RESUMEN

La presente contribución tuvo como premisa que los beneficios penitenciarios de liberación anticipada —semilibertad y liberación condicional— asumen la configuración de derechos y su objetivo fue proporcionar una aproximación a las implicancias de tal postulado en el ordenamiento normativo peruano. Para ello, se efectuó el análisis de la literatura nacional e internacional que versa sobre las dimensiones dogmática y aplicativa de estas figuras. Se concluyó que no es válida la restricción legal de acceso a la liberación anticipada, al margen de la gravedad del delito objeto de condena o de la pena impuesta, y que los factores de concesión a legislar deben estar fundados en evidencia empírica vinculada a la reincidencia.

Palabras clave: derechos subjetivos; beneficios penitenciarios; liberación condicional; liberación anticipada; prelibertad.

Términos de indización: derecho constitucional; derechos de los prisioneros; derecho; derecho penal; procedimiento legal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This paper is based on the premise that parole assumes the configuration of rights and the objective was to reach an approximation to the implications of such a postulate in the Peruvian legal system. For that purpose, an analysis of the national and international literature that deals with the dogmatic and applicational dimensions of these figures was carried out. It was concluded that it is not possible to restrict the legal application of early release, regardless of the seriousness of the crime or sentence imposed, and that the concession factors to be legislated must be based on empirical evidence related to recidivism.

Key words: subjective rights; prison benefits; parole; early release; pre-release.

Indexing terms: constitutional right; prisoners rights; law; criminal law; legal procedure (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este trabalho parte da premissa de que os benefícios penitenciários da liberdade antecipada —semiliberdade e livramento condicional— assumem a configuração de direitos e seu objetivo foi fornecer uma aproximação às implicações de tal postulado no sistema jurídico peruano. Para o efeito, foi realizada uma análise da literatura nacional e internacional sobre as dimensões dogmática e aplicacional dessas figuras. Foi concluído que a restrição legal de acesso à liberdade antecipada não é válida, independentemente da gravidade do delito ou da pena imposta, e que os fatores de concessão a serem legislados devem se basear em evidência empírica vinculada à reincidência.

Palavras-chave: direitos subjectivos; benefícios prisionais; liberdade condicional; liberdade antecipada; pré-liberdade.

Termos de indexação: direito constitucional; direitos dos prisioneiros; direito; direito penal; procedimento legal (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 01/03/2024

Revisado: 03/05/2024

Aceptado: 10/05/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

Los modelos penitenciarios pueden seguir paradigmas distintos. Estos son los de regeneración, readaptación y resocialización. A diferencia del de regeneración, en que el agente delictivo es considerado un «degenerado» que debe volver a nacer, y del de readaptación, en que es un «enfermo» o «anormal» que demanda curación médica, en el de resocialización es un individuo que presenta una disfunción social cuyo tratamiento —resocialización— pasa por implementar programas tendientes a la restitución del ejercicio pleno de sus libertades luego de cumplida la pena (Pérez y Rodríguez, 2021).

Centrarse en la resocialización como fin último de la pena y eje del tratamiento penitenciario es considerado, actualmente, la forma más adecuada de asistir a los reclusos, prepararlos para su liberación y acabar con el encarcelamiento masivo (Seigafo, 2017).

Bajo el seno del modelo resocializador, los beneficios penitenciarios funcionan como instrumentos de contención al poder punitivo del Estado durante la fase de ejecución de sentencia y, paralelamente, como mecanismos que confieren condiciones de carcería más favorables para el reo, habida cuenta de que reducen los efectos del internamiento a su mínima expresión (Mapelli, 2019).

No en vano, los programas de liberación anticipada —como los que entrañan los beneficios— han demostrado ser la mejor manera de reducir

la reincidencia y la inseguridad pública; por lo que, cuando se otorgan, se deniegan, se suspenden o se revocan beneficios, no solo entran en juego los derechos de los internos (Zinger, 2012), sino, también, los de la comunidad misma.

Pese a su relevancia, la actual regulación de tales figuras no es adecuada. Las leyes tienden a cosificar y excluir a los presos (Dyer, 2020), sin que el Perú resulte ajeno a este fenómeno, pues la dinámica legislativa y las políticas de seguridad ciudadana motivaron un *iter* doméstico complicado para la realización de los fines preventivos especiales de la pena, acaeciendo específicamente sobre los beneficios su modificatoria en aras de impulsar al poder punitivo mediante constantes intervenciones negativas al Código Penal y Código de Ejecución Penal. Este proceder es legitimado luego, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema (Espinoza, 2019).

Por decir lo menos, la regulación peruana de los beneficios penitenciarios es enrevesada y volátil, y está fundada en altos niveles de discrecionalidad. Son numerosas las normas evacuadas para prohibir su aplicación, incorporarles mayores requisitos y variar su trámite bajo criterios no uniformes y de dudosa validez. Se presentan, también, a nivel operativo, trabas para los internos, tanto antes como durante la solicitud en la sede administrativa como en la fase jurisdiccional (Defensoría del Pueblo del Perú, 2018).

Este contexto hace ineludible que se abogue por la variación del *statu quo* de la regulación penitenciaria, por lo que esta es la oportunidad precisa para tal tarea, dado que, por un lado, el Tribunal Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional respecto al hacinamiento crítico de los penales (Sentencia del Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC). Así mismo, con ocasión de la pandemia generada por la Covid-19, se sancionó diversa normativa para facilitar la excarcelación de los presos condenados, la cual no tuvo los efectos buscados, dando cuenta de ello el reciente Decreto Legislativo n.º 1585.

Y, por otro lado, se encuentra en funciones la Comisión Especial Revisora del Código de Ejecución Penal, creada por la Ley n.º 31588,

del 21 de octubre de 2022, con la finalidad de elaborar un anteproyecto del Nuevo Código de Ejecución Penal que armonice la legislación penitenciaria con los incisos 21 y 22 del artículo 139 constitucional y los estándares internacionales sobre tratamiento penitenciario.

Un paso inicial y de inestimable trascendencia para alcanzar este propósito reside en comprender la naturaleza de los denominados beneficios penitenciarios de prelibertad y determinar las consecuencias normativas de su configuración, ya que, si bien en latitudes como la española es prácticamente unánime su consideración como derechos subjetivos de los internos, en el caso peruano, no existe consenso sobre el particular y la mayoría opta por considerarlos solo como incentivos (Milla, 2019). Esta postura se ve plasmada en la legislación nacional a través de diversas reglas que, es lógico, variarían si se reconociera a los beneficios como auténticos derechos.

El presente aporte se avocó al objetivo antes descrito. Para ello, acudió al análisis de literatura de origen nacional e internacional relacionada a los beneficios de liberación anticipada, tanto en su dimensión dogmática como en su faz práctica u operativa.

2. HACINAMIENTO CARCELARIO NACIONAL

A pesar de que el hacinamiento de las prisiones no es un inconveniente moderno, sigue siendo el más grave de los problemas que enfrenta la mayoría de países americanos en pleno siglo XXI (CIDH, 2011). Solo entre los años 2000 y 2018, la población penitenciaria de América Latina pasó de 644 000 a 1 572 000 de reclusos. El Salvador, Perú, Guatemala y Bolivia presentaron los índices más altos de sobrepoblación, al superar el 200 % de su capacidad (Nuñovero, 2019).

Los Estados de la región han desplegado diversas acciones en el afán de reducir el problema o mitigar sus efectos. Brasil declaró el estado de cosas inconstitucional (Gutiérrez y Rivera, 2021), construyó más cárceles, y descriminalizó conductas vinculadas al uso personal de drogas (CIDH, 2018); Ecuador declaró un estado de excepción, habilitó nuevos supuestos indultables y construyó megacárceles (CIDH, 2022), además,

fue frecuente la variación de sus autoridades penitenciarias (Verdugo, 2023); mientras que Colombia declaró el estado de cosas inconstitucional en tres oportunidades, y ofreció, en cada ocasión, una lectura distinta del fenómeno (Ariza y Torres, 2019). Todas estas medidas fueron ineficaces, ya que no existió una disminución sustancial de la población carcelaria o, contradictoriamente, esta se incrementó (Gutiérrez y Rivera, 2021; CIDH, 2018; CIDH, 2022; Verdugo, 2023; Ariza y Torres, 2019).

En el plano peruano, el hacinamiento ha sido una constante histórica. No obstante, la magnitud del problema creció exponencialmente en el siglo XXI. Entre los años 2001 y 2020, el número de personas privadas de libertad se ha poco más que triplicado (Decreto Supremo n.º 011-2020-JUS), lo que dio lugar a la puesta en marcha de diversas reformas al sistema penitenciario. Así, en el 2011, se planteó una reforma para dar cara a la deficiente infraestructura y la sobreocupación crítica, pero el hacinamiento no desapareció (Pérez *et al.*, 2021). Contrariamente, en los primeros cinco años de su implementación, el hacinamiento se aceleró, por lo que se incrementó la población intramuros en un 60.9 % —equivalente a casi 30 000 personas—, principalmente, debido a cambios normativos en el Código Penal y el Código de Ejecución Penal que elevaron la duración de las penas, crearon nuevos delitos y eliminaron beneficios penitenciarios (Zevallos, 2016).

Por ello, en enero de 2017, cobró vigencia el Decreto Legislativo n.º 1325 que declaró en emergencia al Sistema Nacional Penitenciario y al Instituto Nacional Penitenciario, y previó medidas para su reestructuración. Posteriormente, esta emergencia fue extendida en mérito al Decreto Supremo n.º 013-2018-JUS, sin que con estos dispositivos se hayan alcanzado los efectos buscados, toda vez que, en enero del 2020, el hacinamiento seguía en auge y, en febrero de ese año, se llegó al pico de 96 870 reclusos (INPE, 2020).

Esto último determinó al Tribunal Constitucional peruano a declarar el «estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones

sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional» (Sentencia del Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC, apartado 3), en el ampliamente conocido caso Pocollay. En este, se califica al hacinamiento como una violación iusfundamental sistemática (Siles, 2021).

Por su parte, el Gobierno adoptó la Política Nacional Penitenciaria al 2030, aprobada por el Decreto Supremo n.º 011-2020-JUS, que tiene como uno de sus objetivos prioritarios la reducción significativa del hacinamiento en el sistema penitenciario y dispone medidas varias para alcanzarlo. Así mismo, con ocasión de la pandemia generada por la propagación de la Covid-19, dictó medidas varias de descarceración que dieron lugar a que 7928 internos egresaran hasta marzo de 2022: 350 mediante gracias presidenciales, 2063 por aplicación del Decreto Legislativo n.º 1459, 5482 por el Decreto Legislativo n.º 1513 y 33 por el Decreto Legislativo n.º 1514 (INPE, 2022). No obstante, durante este periodo, se optó por responder con encarcelamiento a la transgresión de la cuarentena, lo que melló la lucha contra el fenómeno (Colectivo de Estudios Droga y Derecho, 2020).

Si bien no puede decirse que las medidas de descarceración fueron del todo inefectivas, el hacinamiento fue constante. Debido a esto, las cifras actuales son similares a las que existían antes del estado de cosas inconstitucionales, la Política Nacional Penitenciaria al 2030 y las medidas de pandemia. Así pues, mientras que, en febrero de 2020, la capacidad de albergue fue de 40 137 personas, los reclusos 96 870 y la ocupación total de 241 % (INPE, 2020); en septiembre de 2023, la capacidad de albergue fue de 41 019, los reclusos 93 985 y la ocupación total de 229 %, lo que evidencia un 119 % de sobrepoblación, al haberse internado a 52 966 personas por encima de la capacidad prevista. En cuanto a establecimientos penitenciarios, el de Cerro de Pasco fue el menos ocupado, al tener una capacidad de albergue de 96 internos y una ocupación de 18; y el del Callao, el más hacinado, por contar con 508 % de sobrepoblación (INPE, 2023) y un total de ocupación de 608 %.

Escenario último en el que entró en vigencia el Decreto Legislativo n.º 1585, norma de deshacinamiento orientada a paliar el problema estructural a través de: (a) el incremento de la prognosis de pena de la prisión

preventiva, de 4 a 5 años; (b) la prohibición de la prisión preventiva para delitos culposos; (c) la obligatoriedad legal de la revisión oficiosa de la prisión preventiva; (d) la elevación de los marcos penales de las medidas de evitamiento de la cárcel; (e) la conversión automática de la pena para determinados delitos; (f) la previsión de criterios de cómputo más favorables para la redención de pena; y, (g) la creación de atenuantes específicas en delitos contra el patrimonio; no contándose a la fecha con suficientes datos para analizar su efectivo impacto en la situación carcelaria.

Todo este derrotero deja entrever que el hacinamiento carcelario es, probablemente, el más serio de los muchos obstáculos que enfrentan las autoridades penitenciarias peruanas. Su explicación principal se encuentra, paradójicamente, en la política criminal nacional, que de forma paralela al trajín antes reseñado: (a) agravó las penas y convirtió al encarcelamiento en la medida punitiva por antonomasia (Zevallos, 2016); (b) acudió de forma no excepcional a la prisión preventiva; (c) prohibió el acceso a beneficios penitenciarios; e, (d) hizo uso reducido de las medidas de evitamiento de la cárcel (Decreto Supremo n.º 011-2020-JUS).

3. LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

La expresión «beneficios penitenciarios» carece de raíces históricas, legislativas o doctrinales. Bajo ella, pueden reunirse los institutos reconocidos por la ley como tales —concepto formal—, así como los instrumentos jurídicos que determinan condiciones penitenciarias más favorables para el reo —concepto material— (Mapelli, 2019).

Entre estas figuras, resaltan las que permiten el recorte de la estancia en prisión, pues con ellas se renuncia a la retribución o prevención general para privilegiar la prevención especial —positiva—, bajo el entendido que es innecesaria la aplicación del íntegro de la pena o el régimen de internamiento efectivo (Gallego, 2011). El presupuesto de la liberación anticipada o recorte de la carcelería es metajurídico: los seres humanos tienen la capacidad innata —antropológica— de redimirse (Carter *et al.*, 2021).

Existe evidencia empírica confiable de las ventajas de la prelibertad. Con esta, se reduce el riesgo de reincidencia de forma más significativa que con la prisión y su empleo no trae consecuencias adversas en la delictuosidad (Monnery *et al.*, 2020). Contrariamente, ignorar la resocialización es causal de reincidencia e incumplimiento de las reglas de restricción dictadas bajo el marco de una liberación anticipada (Seigafo, 2017).

3.1. Naturaleza

La naturaleza de los beneficios penitenciarios de liberación anticipada no está plenamente establecida por la doctrina, y, aún, existe debate sobre el particular. Se asegura, por un lado, que son —únicamente— incentivos, estímulos, ofertas, premios, recompensas o figuras análogas (Small, 2012); y, por otro, se afirma que constituyen derechos subjetivos (Mapelli, 2019; Matos, 2009; Milla, 2019).

Diferenciar la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios no es baladí ni supone un fraude de etiquetas. Su relevancia radica en las implicancias jurídicas que aparejan a una y otra posición. Siguiendo a Sanz, entender a los beneficios como premios, dádivas o gracias supondría continuar una práctica penitenciaria secular en que su concesión está subordinada a la discrecionalidad de los entes convocados a resolver (2006).

En cambio, cuando se afirma que son derechos, se les adscribe el rol de límites externos o criterios informadores del *ius puniendi* en la fase de ejecución penal, a su vez, legitimándolo por brindarle coherencia con la prevención especial positiva. Como consecuencia, su *nomen iuris* deviene en un equívoco que sitúa al condenado en una posición de sumisión y confiere a su «benefactor» discreción para negarlos. Todo ello acontece a pesar de que el hecho de que se exijan ciertos requisitos para su concesión no justifica la negación de su reconocimiento como derechos (Mapelli, 2019) por cuanto, en última instancia, todo derecho termina siendo un beneficio para el que lo disfruta.

Es tal la importancia de estas figuras que, siguiendo al programa de diez puntos planteado por Baratta (1990), Iñaki Rivera defiende la necesidad de adoptar un programa de descarcelación contrario a la opción segregativa que fundamenta las cárceles. Uno de sus principios rectores

consiste, precisamente, en que los mal llamados beneficios penitenciarios sean orientados hacia su transformación en derechos subjetivos, evitando que el concepto de reintegración social del condenado sea vaciado de contenido (Rivera, 2016).

Es notable el desarrollo que recibe la figura en España, donde la doctrina mayoritaria e, incluso, su reglamento penitenciario conciben a los beneficios penitenciarios como derechos, los cuales generan una situación expectativa en los internos. Esta se encuentra sometida a determinados requisitos y valoración normativa, por lo que esos derechos no son absolutos ni irrenunciables (Milla, 2019).

3.2. Situación en el Perú

El TUO del Código de Ejecución Penal peruano prevé diversos beneficios penitenciarios que pueden ser diferenciados por sus efectos —si acortan la carcerería efectiva o no— o por la autoridad que los concede —judicial o administrativa—.

Entre estos beneficios resaltan los de semilibertad y liberación condicional, ya que del citado texto legal se desprende que comparten: (a) el efecto de acortar la estancia material en carcerería efectiva; (b) el requisito valorativo de resocialización, consistente en un «grado de readaptación [del interno] que permita pronosticar que no volvería a cometer nuevo delito al incorporarse al medio libre» (Decreto Supremo n.º 003-2021-JUS, artículo 57); y, (c) la autoridad que concede los dos beneficios mencionados, ya que el juez que emitió la decisión condenatoria es quien resuelve el pedido de estas dos figuras. Por otro lado, sus diferencias no son sustanciales, pues la segunda figura se aplica en supuestos en que no procede la primera, porque el penado cuenta con dos condenas firmes o por el delito objeto de condena, y porque demanda un mayor cumplimiento parcial de la pena.

A diferencia de los otros beneficios penitenciarios, la semilibertad y la liberación condicional —beneficios judiciales— exteriorizan, en mayor medida, su rol de contención del poder punitivo en la ejecución de las penas en clave a la prevención especial positiva y su configuración de derechos subjetivos.

El Código de Ejecución Penal, en su texto original contenido en el Decreto Legislativo n.º 654, en su modificatoria por el Decreto Legislativo n.º 1296 y en las posteriores reformas a través de Textos Únicos Ordenados varios que culminaron con el que fuera aprobado mediante Decreto Supremo n.º 003-2021-JUS, elude precisar la corriente seguida sobre la naturaleza de los beneficios penitenciarios.

No obstante, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1296, se señaló que «se advierte un sentido premial que se conecta inevitablemente con las expectativas y proyecciones del interno; sin embargo, no puede obviarse su categoría como circunstancia de tratamiento» (apartado II); mientras que, en el Reglamento del Código de Ejecución Penal, se define a los beneficios como «estímulos que forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización de la pena» (artículo 165), por lo que se asume que el legislador peruano sigue la corriente premial.

En similar sentido, el Tribunal Constitucional, en múltiples decisiones [que van desde el fundamento del voto del magistrado Landa Arroyo, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 842-2003-PHC (2005), y que, entre otros, pasan por la Sentencia Plenaria n.º 126/2021, del Expediente n.º 3644-2017-PA/TC (2021), y llegan hasta la reciente Sentencia del Expediente n.º 00563-2023-PHC/TC (2023)], expresó su postura: los beneficios no son derechos fundamentales sino garantías previstas por el Derecho Penitenciario para concretizar los principios de resocialización y reeducación del interno.

Es bajo esta concepción que el órgano de cierre de la justicia constitucional, en el Perú, valida las exclusiones legislativas de acceso a los beneficios frente a determinados delitos dada su «gravedad», e, incluso, considera a las normas penitenciarias como procedimentales y señala como factor de aplicación normativa-temporal a la fecha en que los beneficios fueron solicitados. De esta manera, contradice los factores previstos en la Ley n.º 30101 y en la Ley n.º 30332, y, también, los factores mencionados en el Código de Ejecución Penal (Presidencia de la República del Perú, 2021); en concreto, la fecha de comisión del delito en las dos primeras y la fecha en que la condena adquirió firmeza en el último.

Por su parte, la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario n.º 8-2011/CJ-116 exhibió una postura ecléctica o de naturaleza mixta, al calificar inmotivadamente a los beneficios penitenciarios como estímulos y, a la vez, como derechos subjetivos condicionados. Posteriormente, en el Acuerdo Plenario n.º 2-2015/CIJ-116 la institución se decantó por señalar que, en puridad, son derechos subjetivos del interno.

En ambos casos, se mostró una opinión contraria a la del Tribunal Constitucional en lo que atañe a la naturaleza de las normas penitenciarias —diferenciándolas en materiales y procedimentales— y su factor de aplicación, al considerar la fecha en que la condena adquirió firmeza, criterio último que bien pudiera ser el que inspiró su ulterior inclusión en el Decreto Legislativo n.º 1296, y que fuera ratificado por la Corte Suprema, entre otros, en la Casación n.º 65-2019-Lambayeque, del 14 de octubre de 2020.

De este modo, en el Perú, se ha sancionado múltiple normativa penitenciaria —legislada y jurisprudencial— que tiene por efecto regular todo lo que atañe a los beneficios y, en especial, sus supuestos de exclusión y los requisitos para su concesión sin que se tenga claro cuál es la verdadera naturaleza de aquellos o, peor, considerándola únicamente como premial. Esto no solo queda plasmado en el ordenamiento abstracto, sino que, es evidente, aterriza en el tratamiento práctico que reciben estas figuras y, por ende, en los derechos de las personas privadas de libertad.

4. APROXIMACIÓN A UNA REFORMA NORMATIVA INTEGRAL EN MATERIA DE BENEFICIOS

4.1. Sobre su configuración

Es menester que se comprenda que, relativos o condicionados, los beneficios penitenciarios de prelibertad son auténticos derechos subjetivos (Milla, 2019), pues, aunque demanden valoración y ciertos requisitos, la satisfacción de estos últimos genera un «derecho a algo» —siguiendo los términos de Alexy (1993)— identificado como la liberación anticipada y vincula al Estado.

Al presuponer los beneficios que los fines de la pena ya se han alcanzado —cuando menos en su nivel de prevención especial positiva—, solo cabe inferir que la carcerería resulta innecesaria al sujeto (Gallego, 2011), por lo que su continuidad lo cosifica y termina por deslegitimar el ejercicio del *ius puniendi*. Por ende, el mantenimiento de la reclusión deviene en inconstitucional al no superar el (sub)juicio de idoneidad, que forma parte del principio de proporcionalidad y entraña que toda intervención en derechos fundamentales esté supeditada a la persecución de fines constitucionalmente legítimos y alcanzables —aún no alcanzados—.

En tal sentido, los beneficios penitenciarios tienen fundamentación supralegal y son, *per se*, derechos subjetivos, los mismos que, en función de su acogida en el marco legal específico de cada país, pueden alcanzar la calificación de constitucionales¹. Además, estos encuentran vinculación estricta a la dignidad y los derechos de las personas privadas de libertad², y el fundamento de su satisfacción también es de índole constitucional.

Concebir a los beneficios como derechos no solo implica la obligación positiva de asegurar su vigencia, así como la obligación negativa de evitar su violación, sino también impone una serie de consecuencias específicas, tanto a nivel de su desarrollo normativo como en su aplicación práctica.

Siguiendo a Mapelli, los beneficios serían restringibles solo mediante ley —no reglamento—, se impondría a la administración el deber de promocionarlos, y su interpretación sería extensiva y favorable al privado de libertad (2019), restringiéndose, de este modo, la arbitrariedad estatal.

1 La catalogación de los derechos como constitucionales obedece a su positivización dentro del ordenamiento constitucional, es decir, por su continente —rasgo formal—, y no necesariamente por su relevancia o fundamentalidad —rasgo material— (Bernal, 2015).

2 Categoría de derechos que se encuentra reconocida por los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, instrumentos que los dotan de mejor tutela que los ordenamientos nacionales (Dyer, 2020).

4.2. Sobre las restricciones a su acceso

En un escenario en que el hacinamiento es inversamente proporcional a la resocialización (Gómez y Zapata, 2020), los beneficios penitenciarios surgen como una valiosa medida de descarceración que es, además, coherente al fin de prevención especial positiva de la pena.

Bajo ese principio, la adopción de restricciones para los beneficios, así como el hecho de prescindir del pronóstico de reinserción social, termina por privarlos de operatividad y contraviene su naturaleza. Aunado a ello, las restricciones están acompañadas de otras tantas implicancias negativas, como el incremento del margen de discrecionalidad del juzgador, la prevalencia del criterio de gravedad del delito cometido, el debilitamiento del sistema de ejecución de penas y la desmotivación en las actitudes resocializadoras de los penados (Fernández y Medina, 2016).

Las reglas de prohibición de acceso a los beneficios de liberación anticipada solo tendrían sentido si a ellas subyace una presunción de reincidencia delictiva o no resocialización coherente a circunstancias o datos fácticos que, se haya verificado, por lo general niegan la posibilidad de redención del penado. No obstante, la permanencia en prisión no puede basarse, sin más, en una conjetura alejada del correspondiente análisis del estado del interno y su progresión. Toda presunción negativa de resocialización es vencible —*iuris tantum*—, y, por ende, son arbitrarias las normas que prohíben de plano y *ex ante* la liberación anticipada.

La arbitrariedad se agrava aún más si se tiene en cuenta que la determinación legal y judicial de la pena tampoco se produce mediante un real y efectivo análisis de la situación del reo, al ser el legislador quien, prácticamente, de forma exclusiva, determina la penalidad que ha de acompañar a cada infracción, mediante la evacuación de normas severas y tendientes a encasillar la determinación judicial de la pena, so amenaza de tachar a la judicatura de prevaricadora y permisiva con la delincuencia.

Si se discursa que la prevención especial positiva está reservada para la ejecución de la pena, pero, paralelamente, se crean reglas que bloquean el análisis del grado de resocialización del interno, la prevención especial

positiva termina por desaparecer. Ante ello, el Estado debe siempre mantener la creencia antropológica de que todo penado puede cambiar (Landa, 2015).

Por muy grave que haya sido el delito objeto de condena o la pena impuesta, es inadmisibles que el legislador y los jueces nieguen la capacidad innata del ser humano de redimirse (Carter *et al.*, 2021), y que lo hagan a través de reglas que prohíban el acceso a la liberación anticipada, como ocurre con la cadena realmente perpetúa³ —*life imprisonment without parole* y revisión—, y las leyes que proscriben el acceso a beneficios penitenciarios en atención al delito objeto de condena o el quantum de la pena.

Ahora bien, ameritan una mención especial las prácticas de endurecimiento de las exigencias para el acceso a los beneficios, específicamente en lo referente al periodo de cumplimiento efectivo de la pena de cárcel, no solo porque no se cuenta con evidencia empírica que corrobore que elevar el tiempo de carcelería como requisito para la prelibertad disminuya la ulterior comisión de delitos en el medio libre, sino porque existe data que advierte sobre su infertilidad.

En una reciente investigación cuasiexperimental, Al Weswasi *et al.* observaron —con ocasión de tres reformas legislativas suecas— que elevar o disminuir el periodo de encarcelamiento previo a la liberación condicional no influye significativamente en la reincidencia —reduciéndola o incrementándola—, lo que sugiere que resultaría viable reducir los umbrales de cumplimiento penológico sin temor a que se incremente la delictuosidad (2023).

4.3. Sobre sus factores de aplicación

El estado de la cuestión pertinente a los factores que influyen en las decisiones de libertad condicional se mantiene relativamente escaso, sin

3 Una pena de cadena perpetua irreductible transgrede siempre los derechos humanos, por ser un castigo inhumano o degradante, por más proporcionada que sea y por mucho sufrimiento que el delito haya causado (Dyer, 2020).

que se cuente con investigaciones que arrojen luces acerca de la relación entre estos y la probabilidad de cumplir la libertad condicional con éxito (Mooney y Daffern, 2014).

Es frecuente que solo algunos de los factores valorados estén previstos por ley. Al respecto, resulta ilustrativo que, a diferencia de lo que ocurre en el caso estadounidense, los factores extrajudiciales de edad, relaciones familiares, y raza o etnicidad de los agentes delictivos no juegan un papel tan importante en países como China, en que son esenciales los factores que se encuentran legislados: existencia de sanciones administrativas, evaluación de la puntuación mensual, entrega de ganancias ilícitas o pago de una indemnización, riesgo de reincidencia, delincuencia tipo y cumplimiento de sanciones pecuniarias (Xu *et al.*, 2022).

En tanto, otras realidades se supeditan a criterios como el puntaje obtenido mediante el uso de predictores de riesgo de violencia y las recomendaciones de los agentes correccionales —como en Australia— (Mooney y Daffern, 2014), así como a lo que aconsejan los profesionales penitenciarios, especialmente psicólogos, al igual que a la naturaleza del delito materia de condena —como en Inglaterra y Gales— (Dyke *et al.*, 2024).

Además, puede que se merite como determinantes muchos otros factores que no dependen de los establecimientos penitenciarios ni de los propios internos. Por ejemplo, en Estados Unidos, se advirtió que las visitas dotan de probabilidades de liberación casi tres veces mayores a las de los presos no visitados (Vilciță, 2015), lo que plantea serias dudas sobre la equidad en las resoluciones.

Si bien se debe mantener un cierto margen de discrecionalidad en la toma de decisiones sobre beneficios penitenciarios, siguiendo los aportes de la academia contemporánea, es necesaria la implementación de un enfoque decisorio más estructurado e informado por variables empíricamente vinculadas a la reincidencia, con miras a mejorar la consistencia de las decisiones y promover la justicia (Mooney y Daffern, 2014).

Lo anterior cobra especial trascendencia en el contexto actual, que polemiza y llega a politizar los beneficios penitenciarios, y promueve, así,

un modelo de populismo orientado a la creación de reglas que despojan de sus derechos a los presos y personas en libertad condicional, obstaculizan los esfuerzos de rehabilitación, incumplen las promesas hechas al electorado y, en general, son divergentes del propósito original de estas figuras (Moffa *et al.*, 2019).

Conviene, pues, que el legislador establezca un mecanismo decisorio centrado en la evaluación cuantitativa del riesgo de reincidencia y orientado a la estandarización. Para ello, la incorporación de factores legales es útil para contrarrestar la incidencia de los extralegales, al punto de hacer que estos dejen de ser significativos (Xu *et al.*, 2022).

Los factores extralegales no pueden cobrar relevancia a la hora de conceder o denegar beneficios penitenciarios, tanto más si estos se basan en circunstancias que escapan del dominio del penado y del propio establecimiento penitenciario. Por su parte, los factores legales deben estar ineludiblemente orientados a determinar la idoneidad para la liberación, lo que implica meritar variables criminógenas y preventivas que tengan respaldo a nivel empírico. Evidentemente, estas deben ser claramente comprendidas por las autoridades llamadas a decidir (Rieger y Serin, 2024).

Igualmente, estos factores deben guardar armonía con el contexto al que pretenden ser aplicados y, específicamente, con las desigualdades que afrontan los internos. Apuntar a un modelo eminentemente meritocrático es adecuado en un escenario en que el público objetivo cuenta con iguales oportunidades y recursos; no obstante, los centros penitenciarios albergan individuos previamente excluidos de otros espacios y derechos, respecto a los cuales los beneficios penitenciarios fungen como derechos capaces de enfrentar el discurso meritocrático e intentar resarcir las desigualdades sociales (Pérez y Rodríguez, 2021), por lo que es poco coherente que los requisitos y factores de aplicación de estas figuras repliquen el modelo que previamente perjudicó a sus destinatarios y puede hacerlo nuevamente.

Como sugiere Read, la formación del expediente de beneficio penitenciario cuenta con la capacidad de dañar la identidad de las personas privadas de libertad y su resocialización, toda vez que el cumplimiento de sus requisitos da lugar a la creación de un guion que describe a un sujeto

al que el reo no reconoce como él mismo (2024). Debido a ello, las exigencias a imprimir para la concesión de la liberación anticipada han de estar guiadas por expectativas estatales realistas, que sean congruentes con la progresión efectiva de los internos, sin que se les estereotipe o imponga un determinado patrón de conducta ni, mucho menos, un nuevo proyecto de vida. Para estos efectos, es bastante beneficioso que se le conceda a cada interno la oportunidad de interactuar con los entes opinantes y decisores.

Así mismo, debe tenderse a la simplificación de los trámites y requisitos. Es recomendable que los cuadernillos de beneficios detallen las principales áreas de preocupación acerca de la progresión *intra* muros, lo que permitiría a los internos solicitar y recibir ayuda sobre diversos aspectos de la documentación, así como tener un mayor control y voz en lo que se redacta en torno a ellos (Read, 2024).

Por último, es crucial comprender que la salud de los penados no solo es perjudicada por la encarcelación, sino también por la liberación anticipada vía beneficios penitenciarios (LeMasters *et al.*, 2023). Paradójicamente, el cumplimiento de estas medidas puede limitar la capacidad que tienen las personas para prosperar, legitimar la subordinación de grupos históricamente marginados y restringir los derechos a la privacidad, autonomía corporal, libertad, dignidad, expresión, independencia financiera, entre otros (Weisburd, 2023), por lo que toda reforma normativa de su aplicación y seguimiento tiene que ser desplegada bajo un enfoque centrado en las necesidades de los condenados y la comunidad.

5. CONCLUSIONES

Los beneficios penitenciarios de liberación anticipada operan en línea al cumplimiento del fin de prevención especial de la pena, con eje en el interno y no en la población en general. Son derechos del penado que limitan el poder punitivo del Estado durante la fase de ejecución de sentencia, cuya aplicación entraña el reconocimiento estatal de la capacidad de redención de la persona. De manifestarse, esta última determina que la continuidad de la privación de la libertad devenga en inconstitucional por inidónea.

Son, en puridad, derechos subjetivos relativos que, por su encuadre en el ordenamiento, pueden adquirir la forma de derechos constitucionales y, a su vez, se vinculan a los derechos fundamentales de los internos.

Para ser coherentes con su naturaleza, el ordenamiento no puede contemplar reglas de restricción o prohibición de acceso a los beneficios penitenciarios desvinculadas del modelo resocializador, el cual defiende el sistema penitenciario y la finalidad de prevención especial positiva de la pena, al margen de cuán grave haya sido el delito objeto de condena o la pena impuesta.

Tampoco es apropiado mantener exigencias de los beneficios penitenciarios que no dependen de los internos o del propio sistema penitenciario. Los factores o criterios de concesión a legislar para los beneficios penitenciarios deben fundarse en evidencia empírica vinculada a la reincidencia, y, en el futuro, se tenderá a estandarizar su procedimiento en clave a evaluaciones personales de reincidencia de corte cuantitativo.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón, trad.). Centro de Estudios Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1986). <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf>
- Al Weswasi, E., Sivertsson, F., Bäckman, O. y Nilsson, A. (2023). Does sentence length affect the risk for criminal recidivism? A quasi-experimental study of three policy reforms in Sweden. *Journal of Experimental Criminology*, 19(4), 971-999. <https://doi.org/10.1007/s11292-022-09513-1>
- Ariza, L. y Torres, M. (2019). Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(21), 227-258. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7632>
- Baratta, A. (1990, 17-21 de septiembre). Resocialización o control social. Por un concepto crítico de «reintegración social» del condenado. En

- M. Mauricio (trad.), *Criminología crítica y sistema penal* [Seminario], Lima, Perú. Comisión Andina de Juristas; Comisión Episcopal de Acción Social. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_01.pdf
- Bernal, C. (2015). Derechos fundamentales. En J. L. Fabra y V. Rodríguez (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. II, pp. 1571-1594). Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>
- Carter, T., López, R. y Songster, K. (2021). Redeeming justice. *Northwestern University Law Review*, 116(2), 315-382. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3728752>
- CIDH. (2011, 31 de diciembre). *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>
- CIDH. (2018). *Observaciones preliminares de la visita in loco de la CIDH a Brasil*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPesp.pdf>
- CIDH. (2022, 21 de febrero). *Personas privadas de libertad en Ecuador*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf
- Colectivo de Estudios Droga y Derecho. (2020, junio). *Aliviar el hacinamiento carcelario: salvavidas en tiempos de Covid*. Dejusticia. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/37589>
- Defensoría del Pueblo del Perú. (2018). *Informe de Adjuntía N.º 006-2018-DP/ADHPD. Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de mujeres y varones*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Retos-del-sistema-penitenciario.pdf>

- Dyer, A. (2020). Irreducible life sentences, Craig Minogue and the capacity of human rights charters to make a difference. *University of New South Wales Law Journal*, 43(2), 484-520. <https://doi.org/10.53637/ndyr5085>
- Dyke, C., Rivas, C. y Schucan, K. (2024). Parole decisions about perpetrators of domestic violence in England and Wales. *The Howard Journal of Crime and Justice*, 63(2), 142-165. <https://doi.org/10.1111/hojo.12551>
- Espinoza, M. (2019). El derecho de ejecución penal y la sucesión de leyes en la concesión de beneficios penitenciarios. *Revista de Derecho*, 4(1), 199-211. <https://doi.org/10.47712/rd.2019.v4i1.40>
- Fernández, D. y Medina, O. (2016). El beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional en España. Análisis histórico-evolutivo de la institución. *Revista Criminalidad*, 58(1), 97-110. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082016000100007
- Gallego, M. (2011). Los beneficios penitenciarios y el tratamiento. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXIV, 253-292. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4548080.pdf>
- Gómez, O. y Zapata, S. (2020). Efectividad de la política criminal colombiana hacia la prevención del delito. *Revista Criminalidad*, 62(3), 103-118. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082020000300103
- Gutiérrez, S. y Rivera, O. M. (2021). La incidencia del estado de cosas inconstitucional frente al hacinamiento carcelario en América Latina: la crisis humanitaria del siglo XXI. *Opinión Jurídica*, 20(43), 71-94. <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n43a2>
- INPE. (2020). *Informe estadístico. Febrero 2020*. <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/documentos/4369-informe-estadistico-febrero-2020/file.html>

- INPE. (2022). *Panel estadístico sobre ley de despenalización-Covid 19*. [Conjunto de datos]. Inpe. <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWY1ZDctZTliZmQzYjFiZDY4IiwidCI6IjdlYzgyZDIwLTE0NmItNDZjNS04MDg2LTUyYjY1NjBhMTI0MiJ9>
- INPE. (2023). *Informe estadístico. Septiembre 2023*. [Conjunto de datos]. Inpe. https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2023/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_setiembre_2023.pdf
- Landa, J.-M. (2015). Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17-20), 1-42. <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-20.pdf>
- LeMasters, K., Camp, H., Benson, A., Corsi, C., Cullins, Z. y Brinkley-Rubinstein, L. (2023). «Nothing but a rope to hang yourself:» The toll of mass supervision on mental well-being. *SSM-Mental Health*, 4, 100269. <https://doi.org/10.1016/j.ssmmh.2023.100269>
- Mapelli, B. (2019). Algunas cuestiones relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1), 31-54. <https://doi.org/10.53054/adpcp.v72i1.1244>
- Matos, M. (2009). ¿Beneficios o derechos penitenciarios? *Derecho & Sociedad*, (33), 317-322. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17480/17759>
- Milla, D. (2019). Una cuestión no resuelta: La naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios en España y Perú. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXII, 731-745. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2019-10073100745

- Moffa, M., Stratton, G. y Ruyters, M. (2019). Parole populism: The politicisation of parole in Victoria. *Current Issues in Criminal Justice*, 31(1), 75-90. <https://doi.org/10.1080/10345329.2018.1556285>
- Monnery, B., Wolff, F. C. y Henneguelle, A. (2020). Prison, semi-liberty and recidivism: Bounding causal effects in a survival model. *International Review of Law and Economics*, 61, 105884. <https://doi.org/10.1016/j.irl.2019.105884>
- Mooney, J. y Daffern, M. (2014). Elucidating the Factors that Influence Parole Decision-Making and Violent Offenders' Performance on Parole. *Psychiatry, Psychology and Law*, 21(3), 385-405. <https://doi.org/10.1080/13218719.2013.818521>
- Nuñoero, L. (2019). *Cuaderno de Trabajo N.º 50. Cárceles en América Latina 2000-2018: Tendencias y desafíos*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/169206/C%3%a1rceles%20en%20Am%3%a9rica%20Latina%202000-2018%20Luc%3%ada%20Nu%3%b1ove%20ro.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Pérez, B. y Rodríguez, X. (2021). Beneficios penitenciarios en México. Una vía para resarcir la desigualdad social en el proceso de reinserción social. *Revista de Trabajo Social*, (94), 36-49. <https://revistatrabajosocial.uc.cl/index.php/RTS/article/view/12632/33303>
- Pérez, J., Cavallaro, J. y Nuñoero, L. (2021). Towards a Governance Model of Ungovernable Prisons: How Recognition of Inmate Organizations, Dialogue, and Mutual Respect Can Transform Violent Prisons in Latin America. *Catholic University Law Review*, 70(3), 367-420. <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol70/iss3/7/>
- Read, B. (2024). The parole dossier and its negative impacts on prisoner identity. *Criminology and Criminal Justice*, 1-17. <https://doi.org/10.1177/17488958231222875>

- Rieger, D. J. y Serin, R. C. (2024). Parole Decision-Making and Empirical Practice: A Survey of Paroling Authorities. *The Prison Journal*, 104(1), 46-67. <https://doi.org/10.1177/00328855231212447>
- Rivera, I. (2016). Descarcelación. Puntos de partida para el desarrollo de un programa. *Revista de Historia de las Prisiones*, (3), 67-103. <https://www.revistadepresiones.com/wp-content/uploads/2016/12/6.pdf>
- Sanz, E. (2006). *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*. Ministerio del Interior de España; Secretaría General Técnica. <https://derechopenitenciario.com/wp-content/uploads/2018/10/3585.pdf>
- Seigafo, S. (2017). Inmate's right to rehabilitation during incarceration: A critical analysis of the United States correctional system. *International Journal of Criminal Justice Sciences*, 12(2), 183-195. <https://doi.org/10.5281/zenodo.1034656>
- Siles, A. (2021). Moradores de tinieblas: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ante el derecho a la igualdad de personas privadas de libertad en centros penitenciarios. *Estudios Constitucionales*, 19(1), 309-355. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000100309>
- Small, G. (2012). El impacto de las resoluciones del Tribunal Constitucional peruano en la ejecución penal [Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/636/Small_ag.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Verdugo, J. (2023). La realidad penitenciaria en el Ecuador, sobrevivencia, descarte social de seres humanos o rehabilitación integral. *Foro: Revista de Derecho*, (39), 87-105. <https://doi.org/10.32719/26312484.2023.39.5>
- Vîlcică, E. (2015). The influence of inmate visitation on the decision to grant parole: An exploratory study. *Journal of Criminal Justice*, 43(6), 498-509. <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2015.11.003>

- Weisburd, K. (2023). Carceral Control: A Nationwide Survey of Criminal Court Supervision Rules. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 58(1), 1-67. <https://ssrn.com/abstract=4486053>
- Xu, T., Ling, T. y Lin, X. (2022). The predictors of decisions to grant parole in China: Evidence from four prisons in Z province. *International Journal of Law, Crime and Justice*, 71. <https://doi.org/10.1016/j.ijlcrj.2022.100557>
- Zevallos, J. (2016). Overcrowding in the Peruvian prison system. *International Review of the Red Cross*, 98(903), 851-858. <https://doi.org/10.1017/S1816383117000649>
- Zinger, I. (2012). Conditional release and human rights in Canada: A commentary. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 54(1), 117-135. <https://doi.org/10.3138/cjccj.2011.E.19>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Acuerdo Plenario n.º 2-2015/CIJ-116 (2015). Corte Suprema de Justicia de la República (2 de octubre de 2015). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fe6e71804f29793992d8baecaf96f216/IX%2BPleno%2BSupremo%2BPenal-2015-2.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fe6e71804f29793992d8baecaf96f216>
- Acuerdo Plenario n.º 8-2011/CJ-116 (2011). Corte Suprema de Justicia de la República (6 de diciembre de 2011). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ef45fc804075b5c1b412f499ab657107/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%B0+8-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ef45fc804075b5c1b412f499ab657107>
- Exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1296 (2016). Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso del Perú (29 de diciembre de 2016). [https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/dl_1296_\(1\).pdf](https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/dl_1296_(1).pdf)

Casación n.º 65-2019-Lambayeque. Corte Suprema de Justicia de la República (14 de octubre de 2020). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Casacion-65-2019-Lambayeque-LP.pdf>

Decreto Legislativo n.º 654. Código de Ejecución Penal (1991). Presidencia de la República del Perú (31 de julio de 1991). [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/D27846E9F259B76C052577BD006EC164/\\$FILE/DLeg_654.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/D27846E9F259B76C052577BD006EC164/$FILE/DLeg_654.pdf)

Decreto Legislativo n.º 1296. Decreto Legislativo que modifica el Código de Ejecución Penal en materia de beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo o la educación, semi-libertad y liberación condicional (2016). Presidencia de la República del Perú (29 de diciembre de 2016). <https://ww3.vivienda.gob.pe/sg/documentos/DL-OS/D.L.%201296.pdf>

Decreto Legislativo n.º 1325. Decreto Legislativo que Declara en Emergencia y Dicta Medidas para la Reestructuración del Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario (2017). Presidencia de la República del Perú (5 de enero de 2017). https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Decretos/Legislativos/2017/01325.pdf

Decreto Legislativo n.º 1585. Decreto Legislativo que establece mecanismos para el deshacinamiento de los establecimientos penitenciarios (2023). Presidencia de la República del Perú (21 de noviembre de 2023). <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2237339-3>

Decreto Supremo n.º 003-2021-JUS. Decreto Supremo que aprueba el TUO del Código de Ejecución Penal (2021). Presidencia de la República del Perú (26 de febrero de 2021). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-tuo-del-codigo-de-ejecucion-p-decreto-supremo-n-003-2021-jus-1931251-2/>

Decreto Supremo n.º 011-2020-JUS. Decreto Supremo que Aprueba la Política Nacional Penitenciaria al 2030 (2020). Presidencia de la República del Perú (23 de septiembre de 2020). <https://elperuano.pe/NormasElperuano/2020/09/25/1887412-1/1887412-1.htm>

Decreto Supremo n.º 013-2018-JUS. Decreto Supremo que prorroga la emergencia dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1325, para la reestructuración del Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario (2018). Presidencia de la República del Perú (28 de diciembre de 2018). <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1727309-2>

Decreto Supremo n.º 15-2003-JUS. Aprueban el Reglamento del Código de Ejecución Penal (2003). Presidencia de la República del Perú (9 de septiembre de 2003). [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/BDF169444D98B408052577BD006F9C90/\\$FILE/DS_015_2003-JUS.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/BDF169444D98B408052577BD006F9C90/$FILE/DS_015_2003-JUS.pdf)

Ley n.º 30101. Ley que fija las reglas de aplicación temporal relacionadas a beneficios penitenciarios (2013). Congreso de la República del Perú (1 de noviembre de 2013). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/200311/197040_Ley30101.PDF20180926-32492-1d7ive4.PDF?v=1594241844

Ley n.º 30332. Ley que establece la aplicación temporal en materia de beneficios penitenciarios de la Ley 30262, Ley que modifica el Código de Ejecución Penal, la Ley contra el crimen organizado y la Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes (2015). Congreso de la República del Perú (5 de junio de 2015). <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30332.pdf>

Ley n.º 31588. Ley que Crea la Comisión Especial Revisora del Código de Ejecución Penal (2022). Congreso de la República del Perú (21 de octubre de 2022). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-crea-la-comision-especial-revisora-del-codigo-de-eje-ley-n-31588-2118030-2/>

Sentencia del Expediente n.º 00563-2023-PHC/TC, Amazonas (2023). Tribunal Constitucional del Perú (16 de noviembre de 2023). https://busquedas.elperuano.pe/api/media/http://172.20.0.101/file/46nV0aAbatiBxeiNvyjG0r*/PC20240102.pdf/PDF

Sentencia del Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC, Tacna (2020). Tribunal Constitucional del Perú (19 de junio de 2020). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>

Sentencia del Expediente n.º 0842-2003-HC/TC, Arequipa (2005). Tribunal Constitucional del Perú (4 de febrero de 2005). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00842-2003-HC.html>

Sentencia Plenaria n.º 126/2021, Expediente n.º 3644-2017-PA/TC, Huan-cavelica (2021). Tribunal Constitucional del Perú (19 de enero de 2021). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/03644-2017-AA.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflictos de intereses.

Contribución de autoría

Elaboración del artículo completo.

Agradecimientos

El autor agradece los oportunos alcances efectuados por Michelle Alejandra Baca Guzmán.

Biografía del autor

Máster en Derechos Fundamentales y Poderes Públicos por la Universidad del País Vasco. Magíster (c) en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Línea de investigación: carcelería.

Correspondencia

renzo.chaina@unmsm.edu.pe

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 65-90
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9.782

Control de reiterancia delictiva Reincidencia

Control of criminal repetition
Recidivism

Controle de repetição criminosa
Reincidência

MARTÍN JESÚS CRISTÓBAL JIMÉNEZ
Ministerio Público
(Pasco, Perú)
mjcrystal@mpfn.gob.pe
<https://orcid.org/0009-0007-2174-1261>

RESUMEN

El presente trabajo analiza los diferentes pronunciamientos respecto al instituto de la reincidencia a fin de identificar cada uno de los elementos que configuran dicho instituto. El objetivo es establecer los elementos necesarios para configurar la reincidencia, en la actualidad, en el marco de la ley vigente. Para ello, se analiza de manera exhaustiva la interpretación que se le da a dicho instituto para su configuración, en cuanto a la concurrencia de una pena privativa de libertad de carácter efectiva, la excarcelación del agente del establecimiento penitenciario en el que se encontraba internado, así como los pronunciamientos que ratifican la constitucionalidad del instituto de la reincidencia.

Palabras clave: reiterancia; reincidencia; reincidente; habitual; excarcelación.

Términos de indización: repetición; derecho; sanción penal; derecho penal; derechos de los prisioneros (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The present work analyzes the different pronouncements regarding the institute of recidivism in order to identify each of the elements that make up said institute in order to establish the necessary elements to configure recidivism at present, within the framework of current law, analyzing in an exhaustive manner the interpretation that has been given to said institute, regarding the concurrence of a custodial sentence of an effective nature, and the release of the agent of the penitentiary establishment in which he was interned, as well as the pronouncements that ratify the constitutionality of the institute of recidivism.

Key words: reiteration; recidivism; repeat offender; habitual; release.

Indexing terms: repetition; law; criminal sanction; criminal law; prisoners rights (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este trabalho analisa os diferentes pronunciamentos relativos ao instituto da reincidência, a fim de identificar cada um dos elementos que compõem o referido instituto, com o objetivo de estabelecer os elementos necessários para configurar a reincidência hoje, no âmbito da lei atual, analisando exaustivamente o interpretação que tem sido dada ao referido instituto para a sua configuração, nos termos da concordância com a pena privativa de liberdade efetiva, da libertação do agente do estabelecimento penitenciário em que esteve internado, bem como dos pronunciamentos que ratificam a constitucionalidade da instituto da reincidência.

Palavras-chave: reiteração; reincidência; reincidência; habitual; soltura.

Termos de indexação: repetição; direito; sanção criminal; direito penal; direitos dos prisioneiros (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 01/06/2023

Revisado: 20/05/2024

Aceptado: 30/05/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

La procedencia de la reincidencia como institución jurídico-penal ha sido objeto de distintos y disímiles pronunciamientos, en distintos tonos de interpretación, en cuanto a su configuración. En otras palabras, se ha analizado si la pena a la que se hace referencia tendría que ser de carácter efectivo o, por el contrario, esta pena tendría que ser de carácter suspendido. Asimismo, se ha debatido sobre el carácter constitucional o inconstitucional de la reincidencia, y últimamente se viene ventilando la fórmula que postula que, para que se produzca la reincidencia, el interno tendría que haber sido excarcelado del centro penitenciario en el que venía purgando condena. Por lo tanto, se hace necesario el análisis de los diferentes pronunciamientos en cuanto a la institución de la reincidencia, pues se presentan declaraciones que propugnan que la reincidencia no se presenta antes de que el agente sea internado en un centro penitenciario, ni antes de que este egrese de aquel lugar. Se ha cuestionado y debatido ampliamente sobre la configuración de la reincidencia ante la existencia de una pena efectiva y no una pena suspendida u otro carácter de pena. En ese sentido, es preciso analizar cada una de las posturas adoptadas y aceptadas por la comunidad jurídica en cuanto a la institución de la reincidencia, para lo cual es necesario partir de las más recientes en camino a las más antiguas.

Se ha publicado recientemente lo resuelto en el recurso de nulidad emitido por la Sala Penal Permanente, mediante Casación n.º 125-2021 del Santa. Al respecto, se precisa lo siguiente:

Según el artículo 46-B del Código Penal, el cumplimiento será total cuando el agente terminó íntegramente la pena impuesta. El cumplimiento se entenderá parcial cuando el agente sufrió solo una porción de la pena asignada, no toda ella. En este último caso, se entiende que el agente ha de haber dejado de cumplir la pena impuesta sea por su agotamiento o debido a situaciones tales como: excarcelaciones por beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera. («Fundada la casación»)

Cuando la nulidad en comento hace referencia a la reincidencia, parte de la siguiente premisa: después del cumplimiento de una pena, ya sea de forma total o parcial. Es decir, el dispositivo legal se refiere al cumplimiento total o parcial de una pena conminada, sin realizar ninguna distinción sobre el contexto fáctico de si el agente se encuentra internado en un centro penitenciario o si ha egresado del mismo.

En principio, la reincidencia trata de castigar los delitos cometidos posteriormente por una persona que ha purgado su condena (totalmente) o que se encuentra purgando su condena (parcialmente). Esto es, si el cumplimiento total de la pena significa que el interno ha estado recluido en un centro penitenciario durante la totalidad de la misma, el cumplimiento parcial de la pena, en consecuencia, significa que el interno ha estado recluido en un centro penitenciario por un periodo parcial, una porción de la pena. Esta situación implica que no se ha cumplido la totalidad de la pena, sin ser relevante si se ha producido o no la excarcelación del reo en dicho caso.

Dicha interpretación tendría sentido si la gravedad de la reincidencia dependiera de la permanencia del agente en un establecimiento penitenciario. Sin embargo, lo que se busca sancionar y se pondera es la pena por la comisión de un segundo delito (dos ilícitos) dentro de un determinado plazo, el cual no excede de 5 años, tal como lo establece el artículo 46-B del Código Penal.

En consecuencia, consideramos que resulta preciso establecer un tipo penal que contemple las características especiales y el contexto de la comisión de los delitos dolosos cometidos dentro de un penal. En otras palabras, ante la comisión de un ilícito penal mientras se purga una pena (condenado) o se está dentro de un establecimiento penal durante un proceso penal (procesados) y se incurre en un nuevo delito doloso, la pena por esta comisión respondería a la circunstancia especial de encontrarse en un centro penitenciario bajo la custodia de los agentes del INPE y, aun así, continuar cometiendo ilícitos penales. Esto es necesario dado que con la casación en mención se ha abierto un supuesto de hecho que no se encuentra regulado por nuestro sistema penal, específicamente en el artículo 46-B del Código Penal, en el que se prescribe lo siguiente:

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente [...] La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D; 121, segundo párrafo, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C; 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Tampoco se aplica el plazo fijado para la reincidencia si el agente previamente beneficiado por una gracia presidencial o por una norma especial de liberación, incurre en nuevo delito doloso; en estos casos el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo.

2. ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA REINCIDENCIA

De los pronunciamientos analizados sobre la concurrencia de la reincidencia, se han rescatado los más relevantes con el fin de identificar los elementos que configuran la reincidencia y sus diferentes aspectos:

2.1. La habitualidad y la reincidencia

Se puede apreciar la distinción necesaria que la Corte Suprema de Justicia de la República realiza entre la habitualidad y reincidencia:

13.º Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación:

- a) *Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes.* Queda claro que la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional.
- b) *Sobre la eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación judicial de la pena concreta.* La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad. Y donde tomando de referencia la pena conminada para el

delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el nuevo máximo de la pena básica será el límite fijado por el artículo 46.º-B para dicho tipo de agravante (un tercio o una mitad por encima del máximo original). (Acuerdo Plenario n.º 1-2008/CJ-116, fundamento 13)

En ese sentido, se puede considerar, del pronunciamiento en cuestión, que tanto la figura de la reincidencia como la de la habitualidad constituyen instituciones diferentes dentro del sistema penal. La primera es una circunstancia agravante cualificada, por la que la pena se incrementa hasta en dos tercios por encima del máximo legal de la pena conminada, como consecuencia de repetir la conducta delictiva o la reiteración delictiva dentro de un periodo de cinco (05) años. Por otro lado, la habitualidad se refiere a una conducta concurrente en uno o varios ilícitos penales sobre los cuales se tiene una única resolución criminal. Esta circunstancia o elemento unifica la conducta del delincuente, y lo convierte en un delincuente habitual, debido a la proclividad de este individuo a la comisión de ciertos ilícitos penales. A diferencia de una circunstancia agravante cualificada, como ocurre con la reincidencia, la habitualidad constituye una característica especial del sujeto activo, quien presenta una tendencia a la comisión de ilícitos penales, que constituye su forma de vida.

2.2. La excarcelación, entendida como el cumplimiento en parte de la pena, respecto de la reincidencia

La presente jurisprudencia entiende que es necesario que el agente sea excarcelado con el objeto de poder configurar la institución de la reincidencia en el caso en concreto. Ello se puede observar en su fundamento:

Fundada la casación.

Según el artículo 46-B del Código Penal, el cumplimiento será total cuando el agente terminó íntegramente la pena impuesta. El cumplimiento se entenderá parcial cuando el agente sufrió solo una porción de la pena asignada, no toda ella. En este último caso, se entiende que el agente ha de haber dejado de cumplir la pena

impuesta sea por su agotamiento o debido a situaciones tales como: excarcelaciones por beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera. (Casación n.º 125-2021-Santa, «Fundada la casación»)

En la presente jurisprudencia, se advierte que se exige que el agente haya dejado de cumplir la pena por alguna de las razones expuestas. Sin embargo, no se fundamenta ni se sustenta cuáles serían las bases fácticas o jurídicas que apoyen dicha afirmación, ya que la norma prevista en el artículo 46-B del Código Penal se limita a referirse al cumplimiento total o parcial de la pena. Es decir, no menciona o especifica a qué se refiere dicho cumplimiento total ni, mucho menos, el parcial.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia postula que necesariamente el agente deba haber egresado del centro penitenciario en el que se encuentra recluido para que los efectos de la reincidencia se apliquen:

Sumilla 1. Respecto de la **reincidencia** (artículo 46-B del Código Penal), a la fecha de comisión del delito, regía el Decreto Legislativo 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince. Es **reincidente** el agente que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso, concretamente en el delito de tráfico ilícito de drogas con agravantes (artículo 297 del Código Penal) —sin límite de tiempo [reincidencia de segundo grado]—. La pena, en los delitos graves enunciados por el tercer párrafo de la disposición legal inicialmente citada, se aumenta en no menos de dos tercios por encima del plazo legal fijado para el tipo penal. **2.** Un requisito de carácter objetivo de toda reincidencia es que el agente cometa otro delito después de haber cumplido en todo o en parte una pena por un delito doloso (reincidencia real y genérica), impuesta por una sentencia firme. Se requiere el cumplimiento total o parcial de la pena. El cumplimiento será total cuando el agente observó la integridad de la pena impuesta; ésta ya venció. El cumplimiento será parcial cuando el agente sufrió una fracción de la pena asignada,

no toda ella. El agente ha de haber dejado de cumplir la pena, sea por su agotamiento o, antes, por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del Establecimiento Penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera. (Casación n.º 399-2019-Lambayeque, «Sumilla»)

Se evidencia que el agente debe haber dejado de cumplir la pena, ya sea por su agotamiento o, previamente, por diversas circunstancias. Estas se enumeran, lo que da a entender que se trataría de una lista cerrada (*numerus clausus*), en la que únicamente cabrían las situaciones de excarcelación del centro penitenciario donde se cumplía la pena. Por consiguiente, la reincidencia no se aplicaría al agente que aún está purgando una condena dentro de un centro penitenciario, incluso si el segundo delito objeto del cómputo de reincidencia se ha cometido dentro de los cinco años estipulados por la norma sobre reincidencia. Esto se debe a que solo se hace referencia a la excarcelación anticipada por beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, entre otras.

2.3. Pena privativa de libertad como condición para la configuración de la reincidencia

La pena privativa de libertad de carácter efectiva se ha convertido en la única posibilidad de configuración de la reincidencia. Así lo establece la Corte Suprema de Justicia de la República:

Sumilla 1. La clase de pena que puede dar lugar a la reincidencia ha ido variando con el tiempo. Inicialmente se trataba de una condena o, mejor dicho, pena privativa de libertad efectiva. La Ley número 30076 varió el presupuesto material de la reincidencia —texto que en este punto mantiene el precepto vigente, y aplicable al *sub-lite*, instituido por el Decreto Legislativo número 1181—, pues ya no mencionó la expresión: «*condena privativa de libertad*», sino consignó la frase:

«una pena». Entonces, desde esa fecha, ya no se trata exclusivamente de la pena privativa de libertad, sino comprende toda clase de pena efectiva. (Casación n.º 1459-2017-Lambayeque, «Sumilla»)

El presente pronunciamiento recoge y reconoce el valor de la jurisprudencia encarnada en la comunidad jurídica y la práctica habitual de resolución en casos concretos. Es decir, al resolver sobre la reincidencia, siempre se ha entendido que se trata de la comisión de un delito por el que se le ha impuesto una condena anterior con pena privativa de libertad de carácter efectiva, y no sobre la condena suspendida u otro tipo de pena.

2.4. La comisión de un segundo ilícito penal, sin que el agente haya ingresado a un establecimiento penal

La Corte Suprema de Justicia establece que no es posible se configure la reincidencia si el agente no ha ingresado al establecimiento penitenciario respectivo:

Sumilla. El encausado, cuando delinquiró en este caso, tenía impuesta una pena privativa de libertad que aún no había cumplido —no estaba en cárcel como correspondía—. En estos casos es evidente que la segunda pena debe cumplirse luego de que finalice la primera pena impuesta con antelación. Esta adición no es consecuencia de una reincidencia, sino de una lógica sucesiva de ejecución de penas pendientes de cumplir. (Recurso de Nulidad n.º 116-2018-Lima Norte, «Sumilla»)

De este modo, el precedente analizado nos ofrece mayor claridad sobre las circunstancias que agravan el supuesto de hecho de la reincidencia, que la ubica en un rango intermedio de gravedad respecto del concurso de delitos. Esta circunstancia agrava la conducta del agente, lo que resulta en la suma de las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos de forma autónoma, y no solo hasta tres tercios o la mitad por encima del máximo legal, como corresponde a los reincidentes. Se entiende que estos han cumplido la totalidad de su pena o una porción de esta.

Por lo tanto, la excarcelación del agente como argumento para realizar el cómputo de la reincidencia pierde fuerza, ya que no es necesario que el agente sea excarcelado, sino que este haya cumplido o se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad de carácter efectivo.

2.5. Experiencia carcelaria

Al ingresar a un centro penitenciario, el agente delictivo adquiere ciertos conocimientos y características especiales. Es en virtud de estos conocimientos sobre el sistema penitenciario y las características adquiridas durante su estadía en un centro de reclusión que se le puede aplicar la institución de la reincidencia:

Reincidencia y necesidad de que la condena previa sea a pena privativa de libertad efectiva

Sumilla. La circunstancia de agravación cualificada de la reincidencia se aplica excepcional y restrictivamente a quien incurra en nuevo delito doloso en un lapso que no supere los cinco años a partir del cumplimiento total o parcial de una condena a pena privativa de libertad efectiva. En tales supuestos, la peligrosidad del agente y la necesidad de prevención especial justifican el trato pronunciadamente diferenciado, en términos de punición, que se tiene para con el reincidente conocedor de la experiencia carcelaria. (Recurso de Nulidad n.º 2101-2017-Lima Norte, «Sumilla»)

Se observa que el trato diferenciado conferido al agente catalogado como reincidente se fundamenta en las condiciones personales del propio individuo. Este posee un conocimiento profundo y directo del sistema penitenciario, lo cual es traducido como experiencia carcelaria. Esta situación está justificada por las características personales del agente y su nivel de peligrosidad, así como por la necesidad de una prevención especial que promuevan los fines de la pena.

2.6. Constitucionalidad de la ley que versa sobre el instituto de la reincidencia

En la acción de inconstitucionalidad de la ley sobre la reincidencia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad de la siguiente forma:

23. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in ídem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.

24. El primer delito cometido —aquel que es objeto de consideración— no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente —es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento— no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*. [...]

38. Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito «A», la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que llamaremos «B», para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe «B», esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito «A», y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito «A» de modo aislado.

39. Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2.º, inciso 24, literal «f», 37.º, 140.º y 173.º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N.º 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional. (Acción de Inconstitucionalidad en el Expediente n.º 0014-2006-P1/TC, fundamentos 23-24 y 38-39)

El Tribunal Constitucional ha realizado el respectivo test de constitucionalidad, que ha resultado en que la institución de la reincidencia no contraviene el principio de *ne bis in idem*, puesto que esta no infringe el principio de proporcionalidad, específicamente en su variante de prohibición o interdicción de exceso. Por lo tanto, la imposición de una pena adicional o más grave en caso de cometer un segundo delito después de haber cumplido total o parcialmente la pena del primer ilícito está justificada. En consecuencia, la ley que regula la reincidencia es considerada constitucionalmente legítima y no infringe ningún principio de carácter penal.

2.7. Inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional emite la siguiente sentencia:

51. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in ídem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.

52. El primer delito cometido —aquel que es objeto de consideración— no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente —es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento— no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal agravante de la pena atribuible al delito de terrorismo no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*. En este particular extremo, el artículo 9.º del Decreto Ley 25475 no adolece de vicio de constitucionalidad. (Acción de Inconstitucionalidad en el Expediente n.º 003-2005-PI/TC, fundamentos 51 y 52)

Se corrobora que la institución de la reincidencia no es inconstitucional, pues la pena establecida cuando se verifica la reincidencia sigue siendo proporcional. El tratamiento agravado dado a la reincidencia se justifica por la comisión de un segundo ilícito penal, incluso después de que el agente haya sido condenado y cumplido total o parcialmente la pena en un establecimiento penitenciario. Además de cumplir con la prevención especial respecto de la peligrosidad y propensión del agente a cometer delitos, también se sanciona la contravención a los fines de la pena, como son la reeducación, la resocialización y la reinserción a la sociedad. El agente reincidente no solo quebranta en dos oportunidades el sistema penal, sino que desvirtúa y desnaturaliza los propósitos del sistema penitenciario y los objetivos de la pena.

3. JERARQUÍA DE PRINCIPIOS Y NORMAS APLICADA A LA REINCIDENCIA

Es necesario establecer una estructura organizada jerárquicamente sólida, que parta de un nivel superior hacia uno inferior, fundamentada ampliamente en sus bases. Estas no pueden limitarse a normas positivizadas y circunstanciales, muchas veces populistas. Existe una clara incongruencia en la aplicación de dichas normas positivas, puesto que mientras el tiempo transcurre y las circunstancias cambian dependiendo del espacio donde ocurran los fenómenos delictivos, las normas positivas permanecen estáticas y se pretenden aplicar a un territorio extenso que, por naturaleza, presenta características y condiciones individuales, singulares, únicas y distintas entre sí.

En particular, dichas normas positivas no se aplican retroactivamente a hechos ocurridos antes de su vigencia, lo cual genera problemas de aplicación e interpretación, dado que dichas normas han sido pensadas y redactadas en épocas distintas. Con el paso de los años, se pueden advertir dificultades en su interpretación, ya que resulta complejo aplicar una norma positiva a un hecho concreto debido a la falta de sincronización temporal entre el momento de la promulgación de la norma y el momento

en que ocurrió el hecho, tomando como referencia el contexto temporal que inspiró la producción normativa.

A partir de los argumentos previos como base, nos inclinamos a postular la siguiente estructura jerárquica sobre la cual se tendrían que respaldar futuros pronunciamientos respecto de la interpretación y la aplicación de la ponderación sobre el caso particular de la reincidencia:

Objetivo y fin. La base de esta estructura debe estar conformada por el objetivo que se pretende alcanzar con dicha norma positiva. Es decir, se debe entender hacia dónde está encaminada dicha norma y cuál es su fin.

Norma positiva. En un segundo peldaño, debe encontrarse la norma misma, a fin de analizar su estructura lingüística y su procedencia dentro del ordenamiento jurídico de forma sistemática.

Ofensividad y proporcionalidad. En un tercer peldaño, debe considerarse el perjuicio ocasionado o el incremento del peligro, conforme el principio de ofensividad. Esto implica que la conducta tenga la capacidad de producir perjuicio y vulnerar un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico penal. Es importante discernir sobre el alcance del derecho penal, pues este actúa como *ultima ratio*.

Con estricta observancia del principio de proporcionalidad, se busca evitar condenas y sanciones desproporcionadas. Este principio se sustenta en el bien jurídico vulnerado, la responsabilidad y la participación del sujeto activo (individuo activo). Se diferencia fácilmente entre la comisión, la omisión y la comisión por omisión cuando existe un deber de garante. Se considera la responsabilidad tanto a título de dolo como de culpa, que incluye el dolo eventual y otros tipos de dolo reconocidos por el ordenamiento jurídico vigente.

Legitimidad. La legitimidad de la acción debe de evaluarse a fin de determinarse si la conducta transgrede o contraviene los preceptos de determinada norma o normas legales. De este modo, se puede determinar el grado de ilegitimidad respecto del número de normas que se contraviene o se transgrede.

Principio interviniente. La norma positiva obedece a un principio del derecho, que tiene carácter y condición de derecho fundamental y está relacionado con los derechos humanos reconocidos por el Estado, al que se le atribuye el *ius puniendi*. Todo ello se inspira en una justicia universal en constante desarrollo. Por ello, resulta necesario que estos principios se erijan como el único soporte y guía para el futuro del derecho penal y, en consecuencia, del ordenamiento jurídico.

Valor. Es esencial considerar siempre una interpretación que, sin perjuicio de la subsunción en las normas positivas aplicables al caso concreto y sus consecuencias posteriores, como ocurre comúnmente en la aplicación normativa. Por lo tanto, resulta fundamental para todo operador jurídico observar estrictamente el valor que se está discutiendo en determinada interpretación (ponderación), para que el caso se resuelva a favor de ese valor en mención y no basado solo en la política criminal temporal aplicada en un determinado espacio físico, lo cual podría desnaturalizar la vocación de justicia esperada.

4. ANÁLISIS DEL DISPOSITIVO LEGAL SOBRE REINCIDENCIA

Después de haber cumplido total o parcialmente una pena, aquel que incurre en un nuevo delito doloso dentro de un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente.

En principio, el concepto «El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena» se divide en dos partes: el que ha cumplido íntegramente la pena impuesta, lo que se entiende perfectamente, y el aspecto aún discutible de «El que, después de haber cumplido en parte una pena». Esto se refiere a aquel que, sin cumplir totalmente con la pena impuesta, comete un nuevo delito doloso. No es necesario precisar exactamente a qué se refiere dicho extremo, en tanto debe entenderse únicamente que no se completó la pena en su totalidad. De esta forma, la excarcelación del agente del centro penitenciario donde estuvo recluido no es relevante en este contexto, ya que, como se verá en el siguiente capítulo, este aspecto no afecta la evaluación de la gravedad en la aplicación de la reincidencia.

4.1. Analicemos el extremo central de la condición de reincidente: «incurrir en nuevo delito doloso»

El aspecto central y el objeto de la institución de la reincidencia es justamente evitar la comisión de un segundo ilícito penal por parte de quien anteriormente ha sido condenado y ha cumplido su condena parcial o totalmente. De esta manera, se refuerza la prevención general que existe sobre toda norma conminada con una pena determinada, en tanto que ante la concurrencia de la reincidencia dicha pena se incrementa hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal o se aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

4.2. Valor negativo y valor positivo de la norma analizada

La norma primaria en el caso de reincidencia sería no cometer un nuevo delito en un determinado plazo y, por ende, la norma secundaria vendría a ser: «El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente».

El valor vendría a ser «evitar la reiterancia delictiva».

Norma primaria: no incurrir en nuevo delito

Norma secundaria: incurrir en nuevo delito doloso

En consecuencia, dicha prohibición pretende evitar que los delincuentes primarios vuelvan a cometer ilícitos penales, circunstancia que agrava su situación. No se trata de que estos cometan nuevos ilícitos penales estando al interior o exterior de un centro penitenciario luego de haber cumplido o estar cumpliendo una pena.

El presente trabajo postula que el instituto de la reincidencia en el Perú tiene como fin último aumentar la severidad de las sanciones impuestas a individuos que, en una primera instancia, han cometido un delito y han sido condenados por el mismo. Esto se enmarca dentro de los fines de la pena, los cuales incluyen la protección general y especial, que

busca prevenir que un delincuente, que ha cumplido total o parcialmente la pena, reincida en la comisión de un nuevo ilícito penal, que agrave así el alcance de su conducta. El instituto de la reincidencia funciona como una advertencia destinada a evitar que el mismo condenado vuelva a delinquir, y cumple así el objetivo final de la ley penal y de la prevención especial.

En el contexto positivo o preventivo-integrador, se busca reintegrar, resocializar y reeducar al delincuente condenado. Por otro lado, en el contexto negativo, la conducta actúa como una forma de disuasión individual para alejar al delincuente potencial de la criminalidad. Ello resulta ser un auxiliar indispensable y necesario de la pena, la imposición de una sanción más grave ante la comisión de un nuevo ilícito penal, lo que resulta aflictivo para cualquier individuo, aplicable tanto cuando el condenado está cumpliendo la pena inicial de forma parcial como cuando ya la ha cumplido en su totalidad.

5. LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Esta postura cuenta con respaldo del derecho comparado español, específicamente en la sentencia emitida por el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de Madrid, en el Recurso de Casación STS 5889/2003, de fecha 30 de setiembre del 2003, que precisa lo siguiente:

El fundamento de la reincidencia es la mayor peligrosidad que se acredita en el sujeto por su inclinación a cometer la misma clase de delito, por lo que el plus de punición se justifica por una razón de prevención especial orientada a la reforma de aquella inclinación, por más que, desde otra perspectiva más criminológica, la reincidencia acredite el fracaso de la respuesta carcelaria. En todo caso, es obvio que la exigencia de que sean de la misma naturaleza supone que morfológicamente, la forma de ataque al bien jurídico sea o provenga desde y a través de una misma manera, y ello no ocurre en quien vende droga y luego –o antes– ha alterado sustancias alimenticias, aunque ambas infracciones estén en el mismo Título del Código. (antecedente sexto, párr. 10)

No se comparte el presente pronunciamiento en lo referente a la exigencia de homogeneidad de los ilícitos que son objeto de reincidencia, especialmente si estos se encuentran dentro de un establecimiento penitenciario. Dicha circunstancia evidencia las deficiencias de nuestro sistema penitenciario y lo lejos que se encuentra alcanzar la meta de resocialización. Si se aplicara esta premisa estrictamente, los condenados que han cumplido total o parcialmente su condena no podrían cometer nuevamente ilícitos de la misma naturaleza por los que fueron objeto de condena, pero se encontrarían habilitados para la comisión de nuevos ilícitos de distinta naturaleza. Esto resulta contradictorio para un sistema que busca la prevención general y especial de la conducta criminal, sin importar la naturaleza del delito.

Por otra parte, es necesario desarrollar un articulado especial sobre la comisión de ilícitos y faltas administrativas por parte de los condenados que purgan condena, al igual que los procesados que se encuentran, bajo medidas cautelares personales, reclusos dentro de establecimientos penitenciarios.

Se incrementa la gravedad de la pena cuando, estando el condenado bajo la tutela del Estado, comete un nuevo ilícito penal doloso, incluso más grave si ocurre dentro de un centro penitenciario custodiado por personal del INPE. Esto no solo contraviene las normas generales que cualquier ciudadano debe cumplir sino también las normas y reglamentos de un establecimiento penitenciario y las normativas penitenciarias. Esta situación, según el presente trabajo, incrementa la gravedad de la conducta delictiva cometida por el interno.

Es ampliamente conocido socialmente que, desde los centros penitenciarios se cometen frecuentemente ilícitos penales graves, tales como la extorción, secuestro, sicariato, entre otros. Por lo tanto, el hecho de estar recluso en un centro penitenciario no puede resultar como un escudo protector del delincuente. Es inaceptable que, dentro de la comodidad de su celda, ordenen y comanden la comisión de los más atroces ilícitos penales, al igual que la comisión de ilícitos por propia mano, que son cometidos dentro de los recintos penitenciarios y muchas veces no existen

mayores diligencias. A menudo, estos actos se presumen bajo la suposición de un ajuste de cuentas o de que fue «muerto en su ley». Si se acepta esta situación, se estaría concediendo la razón a los que postulan la abolición del derecho penal, por cuanto se estaría desnaturalizando los fines del derecho penal y se crearía una especie de trinchera criminal, donde los delincuentes condenados por un delito inicial podrían cometer cualquier ilícito penal, sin la sanción enérgica que debería corresponder al contravenir por una segunda vez el ordenamiento jurídico penal.

Asimismo, en el Recurso de Casación n.º 399-2019-Lambayeque, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, se precisa:

2. Un requisito de carácter objetivo de toda reincidencia es que el agente cometa otro delito después de haber cumplido en todo o en parte una pena por un delito doloso (reincidencia real y genérica), impuesta por una sentencia firme. Se requiere el cumplimiento total o parcial de la pena. El cumplimiento será total cuando el agente observó la integridad de la pena impuesta; ésta ya venció. El cumplimiento será parcial cuando el agente sufrió una fracción de la pena asignada, no toda ella. El agente ha de haber dejado de cumplir la pena, sea por su agotamiento o, antes, por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del Establecimiento Penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera. («Sumilla»)

Cuando se señala la reincidencia real y genérica, se hace referencia al cumplimiento total o parcial de un lapso de cinco años. Se entiende que el cumplimiento será total cuando el agente ha cumplido la integridad de la pena impuesta, que ya expiró, circunstancia que no se encuentra en discusión. En contraste, se considera el cumplimiento parcial cuando el agente ha cumplido solo una fracción de la pena asignada, no toda ella. La idea de que el agente haya dejado de cumplir la pena es una adición que no se extrae de la norma positiva, y que evidentemente se contradice

con el primer enunciado. La norma únicamente precisa el cumplimiento parcial cuando el agente ha experimentado una fracción de la pena asignada, no toda ella. Por lo tanto, la precisión posterior en cuanto al agotamiento por diversas circunstancias: excarcelaciones anticipadas vía beneficios penitenciarios, derecho de gracia presidencial (indulto o conmutación), fuga del establecimiento penal, remisión de la pena por colaboración eficaz, etcétera, resulta innecesaria, injustificada y además incongruente con los fines de la pena, en su vertiente especial.

De igual forma, en el Recurso de Nulidad n.º 181-2018-Lima Norte, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se precisa:

SÉPTIMO. Que es evidente, sin embargo, que ambas figuras jurídico penales no pueden concurrir: o se es reincidente o se aplica el concurso real retrospectivo. La reincidencia claramente no concurre porque el delito juzgado en esta causa es de fecha anterior a la sentencia que impuso pena efectiva al recurrente. El concurso real retrospectivo requiere de un trámite contradictorio previo —que no se hizo en este plenario—, con intervención de la Fiscalía Superior y del imputado, así como con la ulterior determinación por el Tribunal Superior de la aplicación o no del artículo 51 del Código Penal. Cabe indicar que si el Tribunal Superior mencionó la reincidencia pero no la aplicó en el fallo, por lo que no cabe pronunciamiento alguno para reformar la pena. (fundamento 7)

Se advierte del pronunciamiento anterior, que tanto la institución de la reincidencia como el concurso real retrospectivo versan sobre diferentes instituciones. Por lo tanto, no se pueden confundir entre ellas, pues la naturaleza y el objetivo son totalmente diferentes. La reincidencia pretende prevenir la comisión de nuevos ilícitos penales por parte de agentes primarios con condena firme y que hayan cumplido su pena de forma total o parcial. Esta institución se centra en hechos futuros con respecto de la condena y su cumplimiento, a diferencia del concurso real retrospectivo, donde se presenta o se conoce la comisión de un ilícito

anterior a la condena y cumplimiento de la pena emitida posteriormente. En este último caso, se desconocía sobre la comisión del primer ilícito penal.

6. CONCLUSIONES

En consecuencia, se desprende del desarrollo de las distintas aristas y la estructura que conforma la institución de la reincidencia lo siguiente:

6.1. La esencia y fin de dicha institución es evitar que los delincuentes primarios vuelvan a cometer ilícitos penales, circunstancia que agrava su situación, y no el hecho de que estos cometan nuevos ilícitos penales encontrándose al interior o exterior de un centro penitenciario, luego de haber cumplido total o parcialmente una pena.

6.2. El instituto de la reincidencia tiene como fin sancionar con mayor gravedad las conductas cometidas por el individuo que, en una primera oportunidad y dentro de un periodo de cinco años, ha cometido un delito y ha sido condenado. Esto se enmarca dentro de los fines de la pena, que incluyen protección general y especial. En este contexto, el análisis se centra precisamente en la llamada protección especial, que se enfoca en prevenir que el delincuente que ha cumplido total o parcialmente la pena no vuelva a cometer un nuevo ilícito penal. La reincidencia agrava la pena sobre la ejecución del segundo delito, que funciona como un apercibimiento o advertencia para que el delincuente primario reconduzca su conducta criminal dentro del marco social del Estado.

6.3. Las condiciones y características especiales con las que cuenta un reo que se encuentra recluido al interior de un penal, sin importar su condición de procesado o condenado, constituyen actualmente una herramienta que les sirve de escudo y que los dota de una aparente impunidad en la comisión de algunos ilícitos dentro de los penales. Al interior de los mismos, se coordina la comisión de delitos graves, como el sicariato, donde el autor intelectual actúa casi como en una especie de supermercado, eligiendo a qué delincuente contactar o contratar directamente para ejecutar dicho acto delictivo. Pese a que estas acciones se encuentran penadas dentro de

nuestro derecho sustantivo, la persecución e investigación de la ejecución de dichas conductas dentro de un centro penitenciario resulta muy difícil. De igual forma, se suele investigar y procesar a los denominados «burros o mulas», personas que se encargan de ingresar diferentes sustancias ilícitas (drogas) al penal; sin embargo, se advierte que dicha conducta ilícita es promovida por los internos dentro de los penales, y evidentemente estos individuos tienen participación activa como autores en el delito de tráfico ilícito de drogas. De este modo, al valerse de otras personas que se encuentran en libertad, ellos se encuentran aparentemente cubiertos. En adición, el ambiente cerrado de los penales facilita la filtración de dispositivos y equipos de telecomunicaciones, y lo más preocupante es que se cuenta con la participación de otros sujetos con las mismas características e inclinaciones delictivas. Por estas razones, es imperativo que estas conductas reciban un tratamiento especial y sean castigadas con mayor severidad y celeridad, tanto en el ámbito administrativo como penal, por la total deslealtad hacia las normas vigentes.

7. RECOMENDACIONES

7.1. Resulta necesario que se desarrolle un articulado especial para abordar la comisión de ilícitos y faltas administrativas cometidas por los individuos condenados que cumplen condena, así como por aquellos procesados que se encuentran con medidas cautelares personales reclusivos dentro de establecimientos penitenciarios. Se debe incrementar la gravedad de la pena cuando un condenado, bajo la tutela del Estado e incluso dentro de un centro penitenciario custodiado por personal del INPE, comete un nuevo ilícito penal doloso. Esta conducta no solo contraviene las normas generales que todo ciudadano debe cumplir, sino también las normas y reglamentos de un establecimiento penitenciario y las normas penitenciarias. Desde esta perspectiva, se enfatiza en el incremento de la gravedad de la conducta delictiva cometida por el interno o infractor.

7.2. Como sustento de carácter social, es crucial reconocer que los centros penitenciarios son escenarios donde se vienen produciendo la comisión de ilícitos penales graves, como extorción, secuestro, sicariato, entre otros. Por lo tanto, estar recluido en este espacio no debería servir como un escudo protector para el delincuente. Desde la comodidad de su celda, algunos reclusos ordenan y comandan la comisión de los más atroces ilícitos penales, así como la comisión de ilícitos perpetrados por ellos mismos, que son cometidos dentro de los recintos penitenciarios y muchas veces no existen mayores diligencias, en tanto se presume un ajuste de cuentas y que habría «muerto en su ley». De lo contrario, tendríamos que conceder razón a los que postulan la abolición del derecho penal, ya que se estarían desnaturalizando los fines del derecho penal y se crearía, por el contrario, una trinchera criminal, desde donde los delincuentes culpables y condenados por un delito inicial pueden cometer cualquier ilícito penal sin la sanción enérgica que debería corresponder al contravenir por una segunda vez el ordenamiento jurídico penal. Esta situación se agrava cuando el infractor ya se halla recluido al interior de un penal, puesto que dicha condición lo dota de ciertas características y condiciones.

REFERENCIAS

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Acción de Inconstitucionalidad en el Expediente n.º 003-2005-PI/TC (2006). Tribunal Constitucional (9 de agosto de 2006).

Acción de Inconstitucionalidad en el Expediente n.º 0014-2006-P1/TC (2007). Tribunal Constitucional (19 de enero de 2007).

Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 (2008). Corte Suprema de Justicia de la República (18 de junio de 2008).

Casación n.º 1459-2017-Lambayeque (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (20 de setiembre de 2018).

Casación n.º 399-2019-Lambayeque (2020). Corte Suprema de Justicia de la República (4 de noviembre de 2020).

Casación n.º 125-2021-El Santa (2022). Corte Suprema de Justicia de la República (18 de octubre de 2022).

Casación STS 5889/2003-Madrid (2003). Tribunal Supremo (30 de setiembre de 2003).

Recurso de Nulidad n.º 2101-2017-Lima Norte (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (29 de enero de 2018).

Recurso de Nulidad n.º 181-2018-Lima Norte (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (20 de marzo de 2018).

Recurso de Nulidad n.º 116-2018-Lima Norte (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (19 de abril de 2018).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflictos de intereses.

Contribución de autoría

Contribución integral en el artículo completo.

Agradecimientos

Agradezco a los jueces de la Corte Suprema por los diferentes fallos que han venido emitiendo, lo que brinda luces sobre el tratamiento actual de la reincidencia.

Biografía del autor

Martín Jesús Cristóbal Jiménez, maestro en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Continental. Máster en Política Criminal por la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal adjunto provincial titular de la 2FPCC-Pasco.

Correspondencia

mjcristobal@mpfn.gob.pe

IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 91-115

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9.928

La impunidad en los delitos informáticos. Una problemática de poco interés para legisladores, jueces y fiscales

Impunity in computer crimes. A problem of little interest to
legislators, judges and prosecutors

Impunidade em crimes informáticos. Um problema de pouco
interesse para legisladores, juízes e promotores

CATALINA TANIA ESTRADA SALVADOR RAMÍREZ

Universidad de Huánuco

(Huánuco, Perú)

Contacto: 5201411140@udh.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0008-0313-5652>

RESUMEN

El presente artículo se origina por el problema que se viene observando en la persecución y la sanción de los delitos informáticos, toda vez que muchos de estos casos delictivos suelen quedar impunes. En esa línea de ideas, a través del estudio referido, se identificarán plenamente los factores que contribuyen a la no sanción penal de los ciberdelincuentes. Uno de esos factores es la no individualización del ciberdelincuente, motivo por el cual el representante del Ministerio Público suele archivar el proceso penal, ello por una simple razón: la formalización de la investigación preparatoria exige la plena individualización del sujeto, en caso contrario,

no se podrá formalizar la investigación. A fin de evitar la impunidad de los delitos informáticos, esta investigación brindará determinadas soluciones que aportarán en la averiguación y la sanción de estos hechos delictivos.

Palabras clave: individualización; archivo; ciberdelincuente; investigación preparatoria; tecnología.

Términos de indización: derecho; administración de justicia; derecho del ciberespacio; derecho penal; derecho de la informática (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This article originates from the problem that has been observed in the prosecution and punishment of computer crimes, since many of these criminal cases usually go unpunished. In this line of ideas, through the aforementioned study, the factors that contribute to the non-criminal punishment of cybercriminals will be fully identified. One of these factors is the non-individualization of the cybercriminal, which is why the representative of the Public Ministry usually files the criminal process, for a simple reason: the formalization of the preparatory investigation requires the full individualization of the subject, otherwise, the investigation cannot be formalized. In order to avoid impunity for computer crimes, this research will provide certain solutions that will contribute to the investigation and punishment of these criminal acts.

Key words: individualization; archive; cybercriminal; preparatory investigation; technology.

Indexing terms: law; justice administration; cyberspace law; criminal law; computer law (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este artigo se origina do problema que foi observado na acusação e punição de crimes de computador, hoje em dia quando muitos desses casos criminais geralmente ficam impunes. Nesta linha de idéias, através do estudo acima

mencionado, os fatores que contribuem para a punição não criminal dos cibercriminosos serão totalmente identificados. Um desses fatores sendo a não individualização do cibercriminal, razão pela qual o representante do ministério público geralmente arquiva o processo criminal, por um motivo simples: a formalização da investigação preparatória requer a individualização completa do assunto; caso contrário, a investigação não pode ser formalizada. Para evitar impiedade por crimes de computador, esta investigação fornecerá certas soluções que contribuirão para a investigação e punição desses atos criminosos.

Palavras-chave: individualização; arquivo; criminal cibernética; investigação; tecnologia preparatória.

Termos de indexação: direito; administração da justiça; lei do ciberespaço; direito penal; lei de informática (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 19/02/2024

Revisado: 03/05/2024

Aceptado: 10/05/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

La globalización ha contribuido al progreso y al desarrollo de la tecnología al facilitar la creación de herramientas digitales que han transformado la manera en que se llevan a cabo diversas actividades. Este hecho, sin duda, ha obtenido mayor eficacia en las comunicaciones y ha permitido que las actividades se desarrollen con más prontitud; no obstante, también ha favorecido el riesgo de vulneración de los bienes jurídicos expuestos en el mundo digital. Es por eso que el desarrollo de la tecnología no solo ha traído consigo grandes ventajas, sino también nuevas formas y modalidades delictivas (Chavarría, 2023, p. 1).

De esta forma, año tras año, nuestras autoridades locales y nacionales vienen trabajando arduamente en la lucha contra los delitos cibernéticos; sin embargo, hasta la fecha, los resultados obtenidos han sido deficientes, toda vez que esta forma delictiva sigue en aumento, y ello se debe a diversos

factores: leyes inadecuadas, falta de formación de los profesionales del sistema judicial, carencia de recursos logísticos y tecnológicos para la persecución eficaz de dichos crímenes, entre otros.

La evolución constante de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) se convierte en un desafío para el ordenamiento jurídico, ya que genera cambios significativos en el derecho penal y la política criminal. Por tanto, conforme avanza la tecnología, la delincuencia también se adapta y se traslada cada vez más al espacio cibernético. En consecuencia, la transformación digital conlleva la necesidad de implementar un sistema legal y una política criminal que se ajusten de manera efectiva a las nuevas realidades que surgen en el entorno digital (Espinoza Prado, 2022, p. 19).

Es así que Villavicencio (2014), al analizar las ventajas y las desventajas de la tecnología, menciona que, a pesar de los beneficios que brinda la tecnología en los diversos ámbitos de interacción, también se incrementan los riesgos delictivos asociados al uso de tecnología informática y de comunicación. Razón por la cual el avance tecnológico no solo facilitó la fluidez en las interacciones, sino que también ha introducido nuevas formas delictivas, teniendo como medio los sistemas informáticos e internet (p. 285).

No se trata simplemente de una forma común de delincuencia, sino de una criminalidad arraigada y altamente evolucionada, con repercusiones más perjudiciales. Las víctimas bien pueden ser personas vulnerables, como ancianos, niños o individuos con un nivel de conocimiento informático bajo; por otro lado, suelen ser personas con gran capacidad económica bancaria, por tanto, ninguna persona está a salvo de esta forma delictiva tecnológica.

Por ello, la ciberdelincuencia representa un nuevo reto para nuestro sistema legal, así como también para aquellas instituciones encargadas de hacer cumplir la ley, incluyendo a la policía, la fiscalía y la autoridad judicial, pues estas entidades a menudo se ven superadas por los ciberdelincuentes que, en su mayoría, poseen conocimientos especializados en informática, mientras que los profesionales de nuestro sistema legal carecen de formación en esta área (Espinoza Calderón, 2022, p. 20).

Por tal razón, es imperativo que se asignen valores a los nuevos bienes jurídicos y se promulguen leyes que los protejan, para así abordar los vacíos legales presentes en nuestra normativa. Estas son cuestiones de urgencia que deben captar la atención de los legisladores; de lo contrario, persistirá un considerable grado de impunidad.

No cabe duda de que la llegada del internet ha incrementado las oportunidades para cometer nuevos delitos, que se ejecutan en lugares antes inimaginables en todo el mundo (Espinoza Prado, 2022, p. 8). Este fenómeno está en constante crecimiento y evolución, y representa un desafío significativo tanto para las fuerzas policiales como para las autoridades judiciales en su esfuerzo por combatir esta forma de criminalidad.

Sin duda alguna, los delitos informáticos han experimentado un crecimiento alarmante y han trascendido las fronteras tecnológicas. Los delincuentes aprovechan este cambio digital y utilizan las tecnologías disponibles para ejecutar ataques sofisticados contra las víctimas, lo que genera considerables consecuencias económicas (Anicama, 2023, p. 3). Es así que esta situación presenta un real desafío tanto para la seguridad cibernética como para la estabilidad económica global y, por ende, el ordenamiento jurídico debe estar a la altura para combatir esta forma delictiva.

2. CONCEPTO DE DELITO INFORMÁTICO

Sobre la base de lo señalado por Barrio (2017a), los ciberdelitos son aquellas transgresiones legales que ocurren en el ciberespacio, entendido como un entorno artificial creado a través de los medios informáticos (p. 300). Esta categoría no solo abarca los delitos que van dirigidos contra los equipos, los datos o los sistemas informáticos (que vulneran la integridad, la confidencialidad y la disponibilidad), sino que también comprende aquellos delitos tradicionales que se cometen a través de dispositivos electrónicos o digitales, como amenazas, coacciones y estafas. En otras palabras, los ciberdelitos engloban una variedad de acciones delictivas que tienen lugar en el entorno virtual e involucran tanto aspectos informáticos como conductas tradicionales llevadas a cabo mediante las tecnologías digitales.

Por su parte, Tobares y Castro (2010) nos brindan una definición similar a la anterior. Mencionan que el delito informático se refiere a cualquier infracción penal que involucra el uso de la informática o las técnicas relacionadas con ella. Este comportamiento delictivo puede materializarse cuando la computadora es utilizada como material o como objetivo de acción delictiva. Además, estos autores señalan que abarca cualquier conducta criminal que, en su ejecución, haga uso de la tecnología electrónica, ya sea como método, medio o propósito (p. 28). En un sentido más estricto, se considera delito informático a cualquier acto ilícito penal en el cual las computadoras, sus técnicas y sus funciones desempeñan un papel significativo (método, medio o fin de la acción delictiva). Cabe recordar que estos delitos están intrínsecamente relacionados con el uso de la tecnología informática en diferentes formas y contextos criminales.

Asimismo, Flores (2014) señala que los delitos informáticos pueden definirse como cualquier acción u omisión que está legalmente tipificada y sancionada con una pena, y son llevados a cabo por una persona en el ámbito de la informática, con la consecuencia de causar perjuicio a individuos específicos y proporcionar beneficios ilícitos al autor del delito. Además, destaca varios elementos claves que deben considerarse para identificar este tipo de delito, tal como se detalla a continuación:

- i. El bien jurídico tutelado es la integridad técnica y la seguridad de los medios informáticos involucrados.
- ii. El elemento subjetivo implica el dolo o la culpa con la que actúa la persona que comete el delito informático.
- iii. El sujeto activo de estos delitos suele ser una persona con cierto nivel de inteligencia y educación, como programadores, analistas de sistemas, analistas de comunicaciones, supervisores, personal técnico y de mantenimiento, entre otros.
- iv. El sujeto pasivo con mayor frecuencia son las entidades bancarias, que llevan a cabo transacciones mediante símbolos electrónicos (p. 132).

Según lo mencionado por dicho autor, los delitos informáticos a menudo son efectuados como parte de las actividades laborales, toda vez que los autores de estos delitos tienden a realizarlos mientras están en su lugar de trabajo, ya que son acciones que se caracterizan por ser oportunas, es por eso que el ciberdelincuente aprovecha situaciones propicias para cometer el acto delictivo. Además, estos delitos se caracterizan por generar considerables pérdidas económicas para las víctimas, al mismo tiempo generan beneficios para los perpetradores, a veces en cifras significativas de más de cinco dígitos. De igual forma, estas acciones son sencillamente fáciles de ejecutar en términos de tiempo y espacio, ya que pueden llevarse a cabo en un período mínimo, sin requerir la presencia física de los autores.

Asimismo, se menciona que, a pesar de la alta incidencia de estos delitos, muchos de ellos no son sancionados debido a las dificultades para su comprobación, atribuibles a su naturaleza técnica. La gran mayoría se caracterizan por ser dolosos e intencionales. La preocupante tendencia al aumento de estos delitos subraya la necesidad urgente de regulaciones a nivel nacional e internacional para combatir eficazmente este fenómeno en constante crecimiento.

3. FACTORES QUE CONTRIBUYEN A LA DELINCUENCIA INFORMÁTICA

Según la perspectiva de Segrera y Cano (2010), uno de los problemas que presenta el sistema judicial para combatir los delitos informáticos es la falta de capacitación de los operadores de derecho, ya que no todos tienen un conocimiento amplio en la materia en cuestión; representa un desafío el trabajar en este aspecto a fin de que existan expertos legalmente calificados en esta área específica (p. 221).

Uno de los principios fundamentales de la gestión, tanto en el ámbito público como privado, es que la información es poder. Hay que entender que hoy en día existen diversas esferas sociales en donde la administración de la información se considera crucial para liderar de modo eficaz, especialmente aquellas organizaciones que están en constante cambio. Para los

directivos de la justicia penal, los avances recientes en tecnologías de la información y las comunicaciones brindan oportunidades para mejorar el control operativo, la toma de decisiones y la planificación estratégica, aspectos que son fundamentales para el éxito de las entidades de la administración de justicia, tales como la policía, los tribunales y los organismos correccionales.

Si recordamos, anteriormente, los problemas relacionados con la delincuencia informática solían resolverse mediante programas y controles informáticos, partiendo de la premisa de que la respuesta a la máquina residía en ella. No obstante, con la aparición de nuevos sistemas de prevención y protección, los ciberdelincuentes encuentran nuevas maneras de eludirlos. Por lo tanto, los profesionales del sector penal, conscientes de la complejidad de los crímenes de alta tecnología, necesitan poseer conocimientos especializados para llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos efectivos en este ámbito, ya que, a pesar de la creciente incidencia de los crímenes informáticos, existe una significativa escasez de operadores de justicia con el nivel adecuado de conocimientos para identificar, investigar y juzgar este tipo de delitos (Segrera y Cano, 2010, p. 222).

De esta forma, la complejidad y el dinamismo inherentes a los delitos informáticos subrayan la necesidad de personal especializado con habilidades y aptitudes basadas en una continua actualización en tecnologías de la información y las comunicaciones, *a contrario sensu*, la carencia de habilidades esenciales para investigar los crímenes informáticos obstaculiza su adecuado enjuiciamiento. Por tanto, la falta de educación y capacitación adecuada puede llevar a que los jueces pasen por alto o malinterpreten evidencia crucial en la resolución de casos que involucran sistemas informáticos.

Por ello, es imperativo brindar una formación inmediata a nuestros profesionales del derecho en este ámbito, puesto que los jueces, los fiscales, los policías y los abogados necesitan poseer un entendimiento adecuado para enfrentar eficazmente este tipo de delito; de lo contrario, podríamos enfrentar dificultades en el proceso de investigación.

Así, es esencial priorizar la actualización de los expertos legales en este campo, comenzando desde la etapa de formación universitaria, pues

se considera necesario que en la mayoría de las universidades el curso de Derecho Informático sea obligatorio como parte integral del plan de estudios, y que en él se abarque la enseñanza de conceptos fundamentales como comercio electrónico, firma digital, documentos electrónicos, delitos informáticos, prueba digital y otros conocimientos relacionados con estos ciberdelitos (Espinoza Calderón, 2022, p. 56).

De la misma forma, la instrucción sobre los delitos informáticos no debe limitarse exclusivamente a las fiscalías especializadas, sino que debe extenderse a todas las fiscalías, las comisarías, los juzgados y las demás instancias, ya que estos delitos pueden ocurrir en cualquier parte de nuestro país. Por ello, es esencial proporcionar formación a la población y realizar campañas de divulgación y prevención mediante charlas en escuelas, asociaciones, medios de comunicación, entre otros. En síntesis, se necesita fomentar una cultura digital que promueva el uso correcto y responsable de internet en toda la sociedad.

En relación con los desafíos encontrados en la investigación del ciberdelito, en el 12.º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (2010) se indicó que la colaboración pronta y efectiva entre autoridades de distintos países es crucial, especialmente en casos de delitos cibernéticos donde las pruebas tienden a eliminarse automáticamente en poco tiempo, toda vez que los procedimientos oficiales prolongados pueden representar un serio obstáculo para las investigaciones. Muchos acuerdos de asistencia judicial recíproca existentes todavía se basan en procesos oficiales complejos y a menudo excesivamente tardíos. Por tanto, se considera de suma importancia establecer procedimientos ágiles para responder rápidamente a incidentes y solicitudes de cooperación internacional. El capítulo III del Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa detalla principios para la creación de un marco legal de cooperación internacional en investigaciones de delitos cibernéticos. Este capítulo aborda la creciente importancia de la cooperación internacional y promueve el uso de medios de comunicación rápidos, como el fax y el correo electrónico. También, insta a las partes en el Convenio a designar un punto de contacto disponible las veinticuatro horas del día,

todos los días de la semana, con la finalidad de responder a solicitudes de asistencia de los Estados (artículo 35).

De acuerdo con Tejada (2017), para enfrentar estos actos delictivos se requiere contar con marcos legales que faciliten la investigación criminal y aprovechar al máximo las capacidades de las tecnologías para combatir eficazmente el delito (p. 34). Finalmente, es bueno señalar que a diario nos enfrentamos a una variedad de problemas, uno de los principales es la demora en obtener información de los proveedores de servicios de internet, pues estos carecen aún de enlaces web para procesar órdenes de conservación de datos u otros procedimientos; además, persiste una cierta resistencia por parte de los proveedores de internet a proporcionar información sobre sus usuarios.

4. EL ANONIMATO DEL CIBERDELINCUENTE

En principio, cabe destacar que el numeral 1 del artículo 336 del Código Procesal Penal a la letra dice:

Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.

Por tanto, según el artículo *in comento*, se podrá formalizar y continuar con la investigación siempre y cuando se haya individualizado al sujeto involucrado en el hecho delictivo, entre otras exigencias.

Así, una de las estrategias prevalentes en la actualidad que coadyuva y/o facilita a la creación o el aprovechamiento de circunstancias que propician a la delincuencia informática es el anonimato, toda vez que estos hechos ilícitos se caracterizan por la ocultación de la identidad real de los ciberdelincuentes o la ubicación donde se conectan (Defensoría del Pueblo, 2023, p. 15).

Cada dispositivo digital cuenta con un identificador único al conectarse a internet, conocido como dirección de protocolo IP o dirección IP; sin embargo, existen diversas formas de ocultar este identificador e incluso simular la conexión desde otro punto (lugar de ubicación), propiciando así el anonimato del ciberdelincuente, lo que se convierte en un desafío agobiante en la tarea de los operadores de justicia en la detección y la persecución de las actividades delictivas en el ciberespacio.

Desde la perspectiva de Barrio (2017b), la lucha contra la ciberdelincuencia enfrenta una serie de obstáculos provenientes de diversos factores técnicos que complican la identificación y la persecución de los delitos cometidos a través de internet, ello contribuye significativamente al incremento de la ciberdelincuencia. En ese sentido, señala que el anonimato viene a constituirse como uno de esos factores (p. 43), toda vez que brinda a los ciberdelinquentes una capa de protección que impide su identificación, lo que complica los esfuerzos de las autoridades para rastrear y procesar a aquellos que cometen delitos en el ciberespacio.

En esa línea de ideas, este autor señala dos factores elementales que dificultan o imposibilitan la lucha contra la ciberdelincuencia: el principal factor es el anonimato del autor y, además, la ejecución del delito a distancia. Con relación al anonimato, es significativo mencionar que muchas veces resulta desafiante poder esclarecer la perpetración de un delito realizado a través de las redes digitales. De esta forma, la plena identificación del autor detrás de un presunto ciberdelito puede ser una tarea complicada.

Para ello, se debe tener en cuenta que cada dispositivo conectado a internet posee una dirección IP, que funciona como el «DNI electrónico» del terminal. En muchos casos, la detección y seguimiento de esta dirección IP no parece ser compleja inicialmente, ya que es un dato público y de carácter personal; sin embargo, existen técnicas para enmascarar o manipular esta asignación, dentro de las cuales se incluye la posibilidad de conectarse a través de redes wifi abiertas, el uso de proxies o redes privadas virtuales (VPN), así como la creación de redes botnet (Barrio, 2017b, p. 43).

Por tanto, el anonimato de los ciberdelincuentes se constituye en la principal dificultad para los fiscales y las autoridades policiales en la investigación penal. Por ejemplo, en casos de fraudes informáticos, aunque se identifique la identidad del titular de la cuenta receptora de aquellos fondos provenientes de transferencias no autorizadas desde la cuenta de la víctima, no siempre se puede considerar a esta persona como el sujeto activo, pues quien recibe el dinero no necesariamente es el responsable de las operaciones fraudulentas (Espinoza Calderón, 2022, p. 47).

Existen diversos casos en los que es común observar que la cuenta beneficiada de aquellas transferencias fraudulentas suele pertenecer a otra víctima más. En ocasiones, los delincuentes incluso llegan a apropiarse de diversas cuentas y las utilizan con propósitos ilícitos, esto es, como cuentas receptoras. Para tales fines ilícitos, los ciberdelincuentes se las ingenian para que las víctimas proporcionen de forma culposa toda la información necesaria para sustraerles todo su dinero.

Así, los ciberdelincuentes suelen crear páginas falsas del Banco de la Nación, en las que supuestamente se puede tramitar y solicitar la clave token de forma digital, donde piden el número de tarjeta, la clave, entre otra información personal que normalmente no es solicitada por el banco; es suficiente que la víctima introduzca tal información en dicha página falsa para que estos sujetos puedan sustraer todo el dinero de su cuenta bancaria.

En síntesis, según Villavicencio (2014), las principales características de vulnerabilidad presentes en el entorno informático vendrían a ser las siguientes:

- i. La ausencia de una jerarquía en la red que permita establecer sistemas de control, lo que genera complicaciones al momento de verificar la información que circula por este medio.
- ii. El constante aumento del número de usuarios sin conocimiento sobre los riesgos de la tecnología.
- iii. El anonimato de los cibernautas, que dificulta la ubicación posterior a la comisión del ciberdelito.

- iv. La facilidad de acceso a la información, lo que posibilita la manipulación de datos y la destrucción de sistemas informáticos (p. 285).

Además de lo mencionado, es propicio resaltar, como lo señaló la Defensoría del Pueblo (2023), que la Interpol, una institución gubernamental que reúne a ciento noventa y cuatro cuerpos policiales a nivel mundial, ha indicado adicionalmente seis factores que contribuyen a la ciberdelincuencia:

- i. La creciente conectividad, ya que cada vez son más las personas que se conectan en línea con un bajo nivel de conciencia e información sobre seguridad digital y esparcen información personal.
- ii. La movilidad, ya que genera más transacciones, comunicaciones y negocios en línea sin las debidas medidas de seguridad necesarias.
- iii. La interconexión, que contribuye a la ampliación del número de dispositivos digitales potencialmente vulnerables, debido a la rápida expansión de ciudades y hogares inteligentes.
- iv. La sofisticación, la constante evolución de las habilidades y las tácticas de aquellos expertos en cibernética, que ofrecen sus servicios a quienes estén dispuestos a pagar por ellos sin importar que se trate de servicios ilícitos.
- v. La falta de información sobre la magnitud, el alcance y el funcionamiento de este fenómeno criminal, ligada a la renuencia de las víctimas a denunciar por desconocimiento, por la creencia de que no vale la pena, por vergüenza u otras razones.
- vi. Las complejas y transfronterizas investigaciones que implican el esclarecimiento de los hechos por parte de las autoridades judiciales (p. 16).

Por tanto, si el Ministerio Público no logra identificar y/o individualizar a estos ciberdelincuentes, no podrá continuar con la investigación y, por ende, tendrá que archivar el proceso. En consecuencia, la razón primordial para que los delitos informáticos queden en total impunidad se debe mayormente a la falta de individualización del sujeto activo, pues el

numeral 1 del artículo 336 del Código Procesal Penal señala que la formalización de la investigación procederá, entre otras razones, cuando el sujeto haya sido individualizado.

5. ANÁLISIS DEL ACUERDO PLENARIO N.º 7-2006/CJ-116

El Acuerdo Plenario n.º 7-2006/CJ-116 versa sobre cuestión previa e identificación del imputado y surge para analizar la problemática que se generaba ante la falta de individualización del sujeto por parte de la fiscalía. De esta forma, muchos de los juzgados penales del país, de manera oficiosa, disponían una cuestión previa; por tanto, anulaban todo lo actuado y se daba por no presentada la denuncia. En esa línea de ideas, antes de la emisión del mencionado acuerdo plenario, muchos de los procesos eran resueltos de oficio como cuestión previa. Ello significaba que diversas formalizaciones de denuncias fueran archivadas. En este acuerdo plenario se determinó que, para la individualización, se exige únicamente la identificación del presunto responsable con sus nombres y sus apellidos.

En principio, se debe tener en claro que la continuidad del proceso penal está supeditada a la individualización del sujeto, que debe estar claramente identificado, debe proporcionar sus nombres y sus apellidos completos, así como su documento de identidad. Además, se deben proporcionar otros datos personales adicionales que lo distingan y lo hagan único, como su edad (para saber su capacidad legal), su lugar de nacimiento, los nombres de sus padres, su situación familiar, su dirección, su nivel educativo, su ocupación y sus características físicas (Viza, 2018, «La individualización como presupuesto para la apertura de instrucción», párr. 1).

Es así que identificar de manera plena a la persona a la que se le imputa la comisión de un delito es de suma importancia, esto con la finalidad de garantizar que el proceso judicial se dirija contra la persona correcta y no contra alguien que no esté relacionado con los hechos. Asimismo, la identificación individualizadora del sujeto es determinante para la emisión y la ejecución de órdenes de detención, las cuales deben contener la información necesaria del individuo que está siendo perseguido por la justicia, con el fin de evitar confusiones o casos de homonimia.

En ese sentido, uno de los presupuestos para dar inicio a un proceso judicial es precisamente la correcta identificación del imputado, ya que simplemente no basta con conocer la existencia del acusado e identificarlo por su nombre y su apellido; sino que también es necesario determinar con precisión quién es esta persona, para ello se proporcionan sus datos adicionales. Por lo tanto, el juez debe analizar si la identificación del sujeto bajo investigación se ha realizado correctamente. Esta exigencia garantiza proteger contra posibles actos arbitrarios o errores, asegurando que el Estado siempre dirija sus acciones contra la persona que verdaderamente ha cometido el hecho ilícito.

Asimismo, debemos señalar lo que establece el fundamento 7 del Acuerdo Plenario n.º 7-2006/CJ-116, en el cual se establece que para iniciar una acción penal y abrir un proceso judicial contra una persona, es necesario identificar al imputado con sus nombres y sus apellidos completos. En tal sentido, a fin de proseguir con el proceso penal basta que se cumpla dicha referencia (apellidos y nombres), y se da por concretado el mencionado requisito de admisibilidad. De igual forma, la Corte Suprema ha determinado que estos son los únicos datos requeridos para el inicio del proceso penal, sin hacer referencia a la necesidad de información adicional.

En la actualidad, nuestro Código Procesal Penal utiliza el término individualizar, que implica singularizar y particularizar completamente al imputado con los datos que lo distinguen como una persona única e inconfundible. La plena individualización del sujeto cumple determinados objetivos:

- i. Asegurar que el proceso se dirija contra una persona específica y verificada, para así evitar acciones legales contra individuos no relacionados con los hechos o posibles homónimos.
- ii. Facilitar la solicitud y, si es necesario, la imposición de medidas de coerción personal de acuerdo a ley.
- iii. Individuar adecuadamente al imputado le permite garantizar su derecho fundamental de defensa a fin de que pueda plantear las acciones legales que le favorezcan. (Viza, 2018, «Respecto a la individualización del imputado», párr. 4)

Tal como ha mencionado la Corte Suprema, los únicos datos necesarios para identificar al imputado son sus nombres y sus apellidos. Sin embargo, al emitir una orden de captura contra alguien, lo que implica una restricción de su libertad, se necesitan otros datos adicionales con la finalidad de evitar detenciones arbitrarias debido a posibles coincidencias de nombres.

Por esa razón, la Corte Suprema, en el fundamento 8 del Acuerdo Plenario n.º 7-2006/CJ-116, ha determinado que la orden de detención emitida por el órgano jurisdiccional debe contener los siguientes datos esenciales para identificar al presunto autor: nombres y apellidos completos, edad, sexo y características físicas, incluyendo talla y contextura. En caso de que falte alguno de estos en la orden de captura, la policía tiene la autoridad para pedir que el órgano judicial correspondiente aclare la situación.

Es así que el Tribunal Constitucional, en referencia a la individualización en la detención, ha adoptado la siguiente postura: la orden de detención emitida por el órgano jurisdiccional debe incluir, con carácter obligatorio y bajo responsabilidad, los siguientes datos para identificar al presunto autor: (a) nombres y apellidos completos, (b) edad, (c) sexo, y (d) características físicas, altura y contextura (Expediente n.º 07395-2006-PHC/TC).

Por lo tanto, en casos específicos, si se emitiese una orden de arresto sin una individualización completa del imputado, el Tribunal Constitucional determinaría que se transgredió el derecho a la libertad personal del recurrente homónimo de manera injustificada.

La Corte Suprema ha determinado que la presentación de una cuestión previa procede solo en situaciones donde no sea posible identificar plenamente los nombres y los apellidos de una persona, o cuando se confirme que se ha utilizado una identidad falsa o inexistente. Sin embargo, en el fundamento 10 del Acuerdo Plenario n.º 7-2006/CJ-116 se estableció que si se plantea una cuestión previa basada únicamente en la falta de inscripción del imputado en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), o en la omisión del número de su documento nacional de

identidad (DNI), dicho planteamiento no tiene la relevancia o el fundamento necesario para ser aceptado. Además, el juez penal no podrá rechazar la denuncia fiscal solo por este motivo.

Para entender la cuestión previa, se puede señalar que esta tiene como propósito cuestionar la validez de una relación jurídica procesal, y se destaca la ausencia de un requisito o una declaración extrapenal necesaria para iniciar la acción penal. En otras palabras, es un recurso de defensa técnica que se presenta contra la acción penal por la falta de cumplimiento de los requisitos previos que condicionan su ejercicio. Es importante tener en cuenta que esto no implica que tenga efectos de cosa juzgada, ya que el proceso se suspende hasta que se subsane o se obtenga el requisito previo necesario; luego, la denuncia prosigue su curso.

6. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS

6.1. Creación de herramientas tecnológicas

Es menester mencionar que, durante el 12.º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, se abordaron algunos mecanismos y recursos legales muy importantes que deben ser tomados en cuenta. En ese sentido, debemos señalar que existe la necesidad de requerir la presencia de instrumentos legales, toda vez que la efectividad de la aplicación de la ley se encuentra fuertemente ligada a la disponibilidad de herramientas de investigación, por ejemplo, aquellos programas informáticos forenses que sirven para poder recopilar pruebas, registrar pulsaciones del teclado y recuperar archivos eliminados. Asimismo, es esencial contar con programas informáticos y bases de datos para gestionar investigaciones, e incorporar características como «hash» para imágenes de pornografía infantil (Espinoza Calderón, 2022, p. 58).

Es así que en los últimos años se ha trabajado en el desarrollo continuo de estas herramientas. Por ejemplo, en el Colegio Universitario de Dublín, se viene elaborando un proyecto de investigación llamado «Reconstrucción Automática de Eventos para el Análisis Forense Digital y

de Intrusiones». Además, en los Estados Unidos, se implementó una nueva tecnología llamada Photo DNA con la finalidad de poder ubicar o rastrear la pornografía infantil. A pesar de estos avances, sigue siendo crucial abordar la coordinación en el desarrollo de estas herramientas para evitar duplicaciones. Esto se extiende a la necesidad de coordinar los esfuerzos de las redes de puntos de contacto, como las del Grupo de los Ocho, Interpol y la red asociada al Convenio sobre la Ciberdelincuencia.

Los delitos informáticos son perpetrados mediante el empleo de herramientas digitales avanzadas, por lo que las personas o, en este caso, los investigadores encargados de abordar estos delitos deben poseer, como mínimo, las mismas herramientas utilizadas por los delincuentes, e incluso deben contar con recursos superiores, como *software* y *hardware* actualizado, toda vez que va a permitir realizar una lucha efectiva contra la ciberdelincuencia, razón por la cual la adquisición de estas herramientas se vuelve imperativa y urgente para enfrentar este tipo de delito de manera eficaz.

6.2. Fomento de la capacitación

Asimismo, se estableció que el problema del delito cibernético no se limita a los países desarrollados, sino que también afecta a las naciones en desarrollo. En ese sentido, según el reporte realizado por la Development Gateway Foundation, existían más usuarios que utilizaban internet en los países en desarrollo que en las naciones industrializadas.

Es por ello que la Asamblea General, mediante la Resolución 64/179, enfocada en fortalecer el Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, destacó nuevas cuestiones de política como la piratería, el delito cibernético, la explotación sexual de niños y la delincuencia urbana, e instó a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) a abordar estas situaciones según su mandato. La investigación y el enjuiciamiento de delitos cibernéticos resulta desafiante para todas las instituciones involucradas debido a la complejidad del tema y al constante avance tecnológico. La capacitación continua de todas las autoridades involucradas sigue siendo un aspecto crucial. El

grupo de expertos pertenecientes a la UNODC comentaron sobre el delito cibernético y señalaron que el fortalecimiento de la capacidad institucional y la sostenibilidad a largo plazo eran factores clave para evaluar el éxito de futuras iniciativas (Espinoza Calderón, 2022, p. 59).

Además, es imperativo fortalecer las instituciones dedicadas a combatir la ciberdelincuencia, lo cual implica la emisión de directivas y protocolos, así como la realización de modificaciones y adiciones a la legislación procesal y a las leyes especializadas que faciliten la lucha contra los delitos informáticos. De manera similar, este fortalecimiento debería incluir la formación del personal y la provisión de la logística esencial.

Así, con la finalidad de llevar a cabo eficientemente la investigación y el proceso legal del ciberdelito, es esencial que los profesionales judiciales reciban una formación especializada. En ese contexto, el 12.º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal aborda la necesidad de capacitar a los operadores de justicia debido a las complicaciones inherentes a la investigación y el enjuiciamiento de delitos cibernéticos, por lo que resulta crucial proporcionar capacitaciones a los agentes encargados de hacer cumplir la ley, fiscales y jueces. En la reunión del grupo de expertos de la UNODC sobre delito cibernético en Viena, se resaltó que la mayoría de las organizaciones internacionales y regionales involucradas en este tema han tomado medidas para incentivar a los expertos que participan en la investigación de delitos cibernéticos y para desarrollar material educativo.

En ese sentido, podemos recalcar la importancia fundamental de proporcionar formación al personal, tanto en organismos especializados como en otras instituciones, con el objetivo de que, desde sus respectivas funciones, contribuyan a la eficacia de la prevención del ciberdelito. En el caso de los profesionales de la justicia involucrados en la lucha contra el ciberdelito, la capacitación debe ser continua y rigurosa.

6.3. Apoyo de la UNODC

Conforme a lo indicado en el 12.º Congreso de las Naciones sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal, la UNODC se posiciona como el

«organismo responsable de establecer estándares en materia de prevención del delito y justicia penal» y brinda apoyo, principalmente, a los países en desarrollo. Además, añade que la oficina continuará adoptando un enfoque integral, multidisciplinario y colaborativo, combinando sus conocimientos probados en los campos jurídico, técnico y de aplicación de la ley para enfrentar las actividades delictivas.

Asimismo, la UNODC tiende a colaborar con expertos y suele utilizar herramientas apropiadas, incluyendo aquellas provenientes del sector privado, proveedores de servicios de internet, para abordar el problema en países o regiones específicas. Además, se brinda prioridad a la provisión de asistencia técnica a los Estados miembros que lo requieran, con el objetivo de superar las deficiencias en capacidad y competencia técnica, para así asegurar la sostenibilidad a largo plazo en la lucha contra los delitos informáticos.

De la misma forma, la UNODC prioriza la ayuda a los Estados miembros en la implementación de una legislación que sea eficaz en la investigación de los delitos informáticos y de esa forma lograr el enjuiciamiento de los responsables. Ello requiere, necesariamente, mejorar la competencia operativa y técnica de jueces, fiscales y agentes del orden en asuntos relacionados con el delito cibernético, mediante capacitación, adaptación o creación de material didáctico sobre la investigación y el enjuiciamiento a los autores de los delitos informáticos. Asimismo, brinda capacitación a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en el uso efectivo de mecanismos de cooperación internacional contra el delito cibernético; por otro lado, incentiva a las autoridades para que colaboren en la prevención y el combate de los delitos cibernéticos (Espinoza Calderón, 2022, p. 61).

La colaboración y la asistencia técnica proporcionadas por la UNODC son altamente valoradas, ya que esta institución se ha convertido en un valioso aliado para la formación de nuestros profesionales legales. Asimismo, la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y de Extradiciones del Ministerio Público desempeña una función crucial al manejar solicitudes de asistencia judicial dirigidas a proveedores de servicios de

internet; además, suele brindar directrices sobre la autogestión de información a través de plataformas de redes sociales y aplicaciones.

Nuestra legislación no fue ajena a la problemática que acarrearán los delitos informáticos. Ante ello, hubo esfuerzos normativos para combatir la ciberdelincuencia. De esta forma, en el ámbito probatorio respecto a los delitos informáticos, la Ley n.º 30096, Ley de Delitos Informáticos, reguló tres aspectos esenciales para la averiguación de los hechos sobre los ciberdelitos. En primer lugar, estableció que la facultad proporcionada a los jueces de controlar y conocer las comunicaciones también será extendida a las personas que son sujetos de investigación por la comisión de algún delito informático. En segundo lugar, se aprobó que cuando se trata de delitos informáticos se podrá aplicar la colaboración eficaz, a fin de facilitar el rol investigador del Ministerio Público. Finalmente, se estableció que los procedimientos relativos a la investigación, el juzgamiento y la sanción de los delitos dados dentro de una organización criminal también son compatibles con los delitos informáticos.

A fines del año 2020, el Ministerio Público organizó una comisión competente para evaluar técnicamente la creación de un plan piloto de fiscalía u organismo especializado en delitos informáticos. Este organismo estuvo conformado por diversos fiscales y funcionarios de dicha institución, y también contó con el apoyo técnico de la Embajada de los Estados Unidos; de esta forma, se crea la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del Ministerio Público. Dicha unidad fiscal tiene como principales roles: dictar los lineamientos, unificar criterios de aplicación de las normas y acompañar técnicamente las investigaciones fiscales de los delitos informáticos. El rol que tiene el Ministerio Público en realizar las investigaciones correspondientes en estos tipos de delitos se dificulta por la falta de respuesta cabal y oportuna de parte de las instituciones bancarias y financieras, y de aquellas empresas que realizan actividades de telecomunicaciones. En esa línea de ideas, la eficacia de combatir los delitos informáticos no solo está en manos de los operadores del derecho, sino de todas las instituciones, al facilitar la información que requieren las entidades del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú.

7. CONCLUSIONES

Los delitos informáticos se constituyen como aquellos actos ilícitos existentes en la tecnología, que transgreden a la propiedad privada intelectual, económica y la privacidad de las personas, las organizaciones y del propio Estado. Cada día se puede observar que este tipo de delito sigue en un aumento alarmante. Un factor contribuyente al problema es el desconocimiento y el uso negligente de los usuarios, lo que facilita la tarea de los ciberdelincuentes, ya que encuentran oportunidades para atentar contra ellos.

Ante la presencia de esta nueva modalidad delictiva, no cabe duda alguna de que el ordenamiento jurídico también debe adaptarse a la delincuencia tecnológica, en caso contrario, no podrá combatir y sancionar tales actos. Si bien diferentes países como el nuestro se esforzaron para regular legislativamente esta forma delictiva, hasta el día de hoy existen diversos vacíos legales que, de cierta forma, contribuyen a la impunidad de los delitos informáticos.

Sin miedo a equivocarnos, podemos decir que, actualmente, la delincuencia informática está un paso por delante del ordenamiento jurídico. Ello se observa y se contrasta en los diversos casos de delitos informáticos archivados en sede preliminar por el representante del Ministerio Público, toda vez que no logra identificar al auto del delito informático. En consecuencia, el Estado peruano debe prontamente ejecutar las políticas criminales necesarias para hacer frente a los delitos informáticos, ya que sus efectos son tremendamente perjudiciales para la sociedad y para el Estado.

REFERENCIAS

Animaca, Y. A. (2023). *Delitos informáticos y la ciberdelincuencia con el uso de las nuevas tecnologías en Lima Centro 2022* [Tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/122811/Anicama_AYA-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Barrio, M. (2017a). *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio*. Reus.
- Barrio, M. (2017b). *Fundamentos del derecho de internet*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Chavarría, G. R. (2023). *Delitos informáticos y la implementación de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del Ministerio Público en el Perú* [Tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/129744>
- Defensoría del Pueblo (2023). *La ciberdelincuencia en el Perú: estrategias y retos del Estado*. Informe Defensorial n.º 001-2023-DP/ADHPD. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/05/INFORME-DEF-001-2023-DP-ADHPD-Ciberdelincuencia.pdf>
- Espinoza Calderón, V. R. (2022). *Delitos informáticos y nuevas modalidades delictivas*. Instituto Pacífico.
- Espinoza Prado, V. (2022). *Análisis de los delitos informáticos y el valor probatorio de la evidencia digital en la Corte Superior de Justicia de Lima - 2021* [Tesis de licenciatura, Universidad César Vallejo]. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/90185/Espinoza_PV-SD.pdf?sequence=1
- Flores, L. L. (2014). *Derecho informático*. Patria.
- Segrera, M. L. y Cano, J. J. (2010). La formación de los jueces en temas de delito informático y la evidencia digital en el contexto internacional y sus implicaciones en la administración de justicia en Colombia. En J. J. Cano (coord.), *El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Conceptos, retos y propuestas* (pp. 179-236). Universidad de los Andes.
- Tejada, E. (2017). Novedades en la tipificación de determinados delitos vinculados a la criminalidad informática en el Código Penal español: evolución legislativa y adaptación a la normativa internacional. En D. Dupuy (dir.) y M. Kiefer (coord.), *Cibercrimen. Aspectos de derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicio de internet* (pp. 33-57). BdeF.

- Tobares, G. H. y Castro, M. J. (2010). *Delitos informáticos*. Advocatus.
- Villavicencio, F. (2014). Delitos informáticos. *Ius et Veritas*, (49), 284-304.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13630>
- Viza, J. H. (2018). Análisis del Acuerdo Plenario 7-2006/CJ-116. Cuestión previa e identificación del imputado. *LP Pasión por el Derecho*.
https://lpderecho.pe/acuerdo-plenario-7-2006-cuestion-previa-identificacion-imputado/#_ftn5

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Acuerdo Plenario n.º 7-2006/CJ-116 (2006). Corte Suprema de Justicia de la República (13 de octubre de 2006). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2d16b9804075bac9b71ff799ab657107/acuerdo_plenario_07-2006_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2d16b9804075bac9b71ff799ab657107
- Expediente n.º 07395-2006-PHC/TC (2007). Tribunal Constitucional (27 de junio de 2007). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07395-2006-HC.pdf>
- Informe del 12.º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (2010). https://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_18/V1053831s.pdf

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

La autora declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

La autora ha participado en el desarrollo del proceso de investigación, en la elaboración y en la redacción del artículo, así como en la aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

La autora agradece los alcances brindados por los jueces penales respecto a sus inquietudes y sus observaciones sobre el tema en comento, que dieron origen a esta publicación. Asimismo, agradece el apoyo en la recolección de datos del colega Edgar Johan Cantaro Sanchez.

Biografía de la autora

Catalina Tania Estrada Salvador Ramírez, abogada graduada y titulada en la Universidad de Huánuco. Se encuentra cursando la maestría en Derecho Penal en la mencionada casa de estudios. Se ha desempeñado por más de cuatro años como asistente de juez superior en la Corte Superior de Justicia de Huánuco, y, en la actualidad, labora como secretaria administrativa de Presidencia.

Correspondencia

cestradas@pj.gob.pe



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 117-142

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9.939

La incautación como instrumento de búsqueda de pruebas en los delitos contra la administración pública

Seizure as an instrument for searching evidence in crimes against
the public administration

A apreensão como instrumento de busca de provas em crimes
contra a administração pública

MARCELO ALEJANDRO FERNÁNDEZ VÁSQUEZ

Ministerio Público

(Callao, Perú)

Contacto: mfernandezv@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-9212-1384>

RESUMEN

La incautación, en virtud del Acuerdo Plenario n.º 05-2010/-CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú, se divide en (a) incautación con fines probatorios o instrumental (artículo 218 del Código Procesal Penal); y, en (b) incautación con fines de coerción o cautelar (artículo 316 del Código Procesal Penal). En las investigaciones fiscales por delitos contra la administración pública, resulta de vital importancia saber utilizar y distinguir ambas formas de incautación, pues cada caso fiscal tiene hechos y particularidades distintas. En el presente artículo de investigación, se analizará y profundizará sobre la incautación con fines probatorios como un instrumento eficaz en las investigaciones fiscales por delitos contra

la administración pública. Asimismo, se desarrollará el procedimiento a seguir y los principales escenarios problemáticos que pueden suscitarse en su utilización; por ejemplo, la distinción entre una entrega voluntaria de una incautación, si ante todo bien o elemento incautado procede su lacrado y cadena de custodia, la confirmatoria judicial en caso de entrega voluntaria de bienes o documentos públicos, el procedimiento de incautación de documentos no privados, entre otros aspectos.

Palabras clave: incautación; delitos contra la administración pública; investigaciones fiscales; documentos públicos; búsqueda y restricción de derechos.

Términos de indización: sanción penal; derecho penal; procedimiento legal; derecho; derecho constitucional (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

Seizure, by virtue of Plenary Agreement No. 05-2010/-CJ-116 of the Supreme Court of Justice of Peru, is divided into: (a) seizure for evidentiary or instrumental purposes (art. 218 of the Criminal Procedure Code); (b) seizure for coercive or precautionary purposes (art. 316 of the Criminal Procedure Code). In tax investigations for crimes against the public administration, it is vitally important to know how to use and distinguish both forms of seizure, since each tax case has different facts and particularities. This research article will analyze and delve into seizure for evidentiary purposes as an effective instrument in tax investigations for crimes against the public administration, developing the procedure to follow and the main problematic scenarios that may arise in its use; for example, the distinction between a voluntary delivery of a seizure, if first of all seized property or element its sealing and chain of custody proceed, judicial confirmation in case of voluntary delivery of public assets or documents, the procedure for seizure of non-private documents and among others more aspects.

Key words: seizure; crimes against public administration; tax investigations; public documents; search and restriction of rights.

Indexing terms: criminal sanction; criminal law; legal procedure; law; constitutional right (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A apreensão, em virtude do Acordo Plenário n.º 05-2010/-CJ-116 da Suprema Corte de Justiça do Peru, divide-se em: (a) apreensão para fins probatórios ou instrumentais (art. 218 do Código de Processo Penal); (b) apreensão para fins coercivos ou cautelares (art. 316.º do Código de Processo Penal). Nas investigações fiscais de crimes contra a administração pública é de vital importância saber utilizar e distinguir as duas formas de penhora, uma vez que cada processo tributário apresenta fatos e particularidades diferentes. Este artigo de pesquisa analisará e aprofundará a apreensão para fins probatórios como instrumento eficaz nas investigações fiscais de crimes contra a administração pública, desenvolvendo o procedimento a seguir e os principais cenários problemáticos que podem surgir na sua utilização, por exemplo, a distinção entre um entrega voluntária de apreensão, se antes de mais nada se proceder a bem ou elemento apreendido, a sua selagem e cadeia de custódia, a confirmação judicial em caso de entrega voluntária de bens ou documentos públicos, o procedimento de apreensão de documentos não privados e entre outros mais aspectos.

Palavras-chave: convulsão; crimes contra a administração pública; investigações fiscais; documentos públicos; busca e restrição de direitos.

Termos de indexação: sanção criminal; direito penal; procedimento legal; direito; direito constitucional (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 28/02/2024

Revisado: 02/05/2024

Aceptado: 09/05/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

Al representante del Ministerio Público, como titular de la acción penal, le corresponde dirigir la investigación preparatoria con la finalidad de determinar si el hecho investigado ocurrió o no, su carácter delictuoso, la identificación de los autores o cómplices, entre otros aspectos; todo ello con la finalidad de decidir si se ejerce o no la acción penal ante el Poder Judicial. Para lograr dicho cometido, el fiscal debe utilizar adecuadamente los actos de investigación necesarios (ordinarios o especiales) que le otorga el Código Procesal Penal, con lo cual cumple, además, con los presupuestos para su actuación y los principios generales que inspiran el Código Procesal Penal. Si se realizan actos de investigación aleatoriamente o sin un plan determinado, ello generará que se deje al azar la investigación, lo cual producirá un riesgo de vulneración de la obligación de persecución del delito del Ministerio Público. Por eso, los actores que intervienen en la investigación deben conocer y saber elaborar un plan estratégico de investigación que, según el Plan Estratégico de Investigación de El Salvador (2009), se define como:

una herramienta de planeación, dirección y control de la investigación, elaborado con objetivos claros, concretos, medibles, verificables y posibles de lograr por los fiscales, investigadores y técnicos, conforme a los recursos disponibles, en relación con la conducta punible objeto de investigación, que permite:

- Obtener los medios probatorios que acrediten los elementos estructurales del delito y la responsabilidad o inocencia del procesado.
- Resolver interrogantes sobre lo que se quiere lograr (objetivos), cómo se puede lograr (medios), y con qué se cuenta para lograrlo (recursos).
- Evitar las actividades investigativas no pertinentes, inconducentes e inútiles. (p. 37)

La investigación, por su forma de ejecución, se divide en (a) investigación de despacho; (b) investigación de campo; e, (c) investigación mixta. La primera implica una investigación tradicional de oficina con acopio de documentales, declaraciones y determinadas pericias, ejercida solo por el representante del Ministerio Público, quien elabora el plan estratégico de investigación. En la segunda, se realizan, principalmente, labores de campo, que inician con el liderazgo de la investigación y, por ende, la generación del plan estratégico de investigación por parte de la Policía Nacional del Perú, que cuenta con todo el soporte logístico y técnico para realizar los primeros actos urgentes e inaplazables de investigación en casos de homicidios, robos, usurpaciones, violaciones, etc. En la tercera, existen cuotas de trabajo de despacho y de campo, en las que se generan, en algunas ocasiones, conflictos entre el personal fiscal y policial para liderar y establecer el plan estratégico de investigación. No obstante, lo correcto es que ambas instituciones aporten conocimientos, habilidades y estrategias para lograr una investigación penal efectiva, definida como «aquella investigación que produce resultados de eficiencia, de eficacia y de justicia material», según el Plan Estratégico de Investigación de El Salvador (2009, p. 27).

Para elaborar un plan estratégico de investigación, se debe evaluar el abanico de posibilidades que otorga el Código Procesal Penal en actos de investigación, de los cuales se escogen los más idóneos y eficaces de acuerdo con los hechos que se investigan. Para ello, se debe conformar un equipo de trabajo y establecer objetivos reales y una hipótesis de investigación. En los casos de delitos contra la administración pública, que generalmente son investigaciones mixtas, con trabajo de despacho y de campo, el Ministerio Público, para ejecutar su plan estratégico de investigación, deberá trabajar de manera conjunta con otras instituciones, además de la Policía Nacional del Perú; por ejemplo, con la Contraloría General de la República, la Gerencia de Peritajes del Ministerio Público (peritos contadores, ingenieros civiles, informáticos, etc.), los órganos de control institucional, etc.

De acuerdo con el índice de corrupción establecido por la Contraloría General de la República del Perú (2022, párr. 1), solo en el año 2021 hubo un perjuicio económico estimado por corrupción e inconducta funcional de S/ 24 262 964 827.00 (veinticuatro mil doscientos sesenta y dos millones novecientos sesenta y cuatro mil ochocientos veintisiete soles). Este dato evidencia que la corrupción es una de las principales causas por las que se pierden los recursos económicos del país. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo (2022), desde el 2017 al 2020, los delitos contra la administración pública con mayor índice de trámite fueron: (a) peculado en un 34 %; (b) colusión en un 31 %; (c) cohecho y negociación incompatible, ambos en 12 %; y, (d) otros delitos de corrupción de funcionarios en 21 %. Ante estas alarmantes cifras, las investigaciones fiscales por delitos de esta naturaleza deben ser lo más prolijas y eficaces posibles a fin de evitar la impunidad y el desmedro patrimonial del Estado.

Por lo tanto, la finalidad del presente artículo de investigación es analizar y profundizar sobre la incautación con fines probatorios como un instrumento eficaz en las investigaciones fiscales por delitos contra la administración pública. Para ello, se reconocen el procedimiento a seguir y los principales escenarios problemáticos que pueden suscitarse en su utilización; por ejemplo, en la distinción entre una entrega voluntaria de una incautación, si ante todo bien o elemento incautado procede su lacrado y cadena de custodia, la confirmatoria judicial en caso de entrega voluntaria de bienes o documentos públicos, la realización de la diligencia de deslacrado sin presencia de las partes de la investigación, el procedimiento de incautación de documentos no privados, entre otros.

2. SOBRE LA INCAUTACIÓN INSTRUMENTAL O CON FINES PROBATORIOS

Este tipo de incautación está regulado en el título III denominado «Búsqueda de pruebas y restricción de derechos» de la sección II del Código Procesal Penal peruano de 2004. En virtud del Acuerdo Plenario n.º 05-2010/CJ-116 de la Corte Suprema del Perú (del 16 de noviembre

de 2016), sobre esta incautación se puede afirmar que «su función es primordialmente conservativa —de aseguramiento de fuentes de prueba material— y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral» (p. 2). Asimismo, por incautación, se entiende a «aquella intervención física, aprehensión o toma de posesión sobre bienes tangibles e intangibles que se presumen, constituyen objeto, cuerpo, instrumentos, efectos o ganancias del delito en marco de una investigación penal susceptible de ser devuelto», según el Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación de la Incautación, Comiso, Hallazgo y Cadena de Custodia (2018, párr. 1).

Para su ejecución, no solo se deben seguir los presupuestos materiales que lo regulan, sino también los principios generales que rigen para toda medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos¹, como el principio de legalidad, el de proporcionalidad, el de suficiencia probatoria y el de motivación. Respecto al primer principio, para su ejecución, tanto el Ministerio Público como la Policía Nacional del Perú deben seguir y cumplir cabalmente los presupuestos materiales para la ejecución de la medida, es decir, conforme a lo dispuesto por el Código Procesal Penal. En relación con el segundo, para decidir por optar por una medida de incautación, se debe verificar la proporcionalidad de la medida en cuanto a idoneidad², necesidad³ y proporcionalidad en sentido estricto⁴. Respecto al tercero, para que se utilice la medida de incautación, deben existir suficientes elementos de convicción que justifiquen la toma de decisión de acopiar dicho bien o elemento para la investigación, que lo desposeerá de su propietario, poseedor, administrador o tenedor, a fin de que la acción no linde con la arbitrariedad o falta de proporcionalidad. Respecto al cuarto,

1 Véanse los artículos 202 y 203 del Código Procesal Penal peruano.

2 La restricción del derecho debe resultar pertinente con la finalidad que se busca cautelar.

3 No debe haber otro medio menos lesivo del que se pretende.

4 «Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro» (Alexy, 1997, como se cita en León (s.f.)).

la decisión tomada debe estar motivada, argumentada y justificada en la disposición o acta que ejecuta la medida o en la resolución judicial según sea el caso.

2.1. Objeto y sujetos de la incautación

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 218 del Código Procesal Penal peruano, la incautación procede en contra del «cuerpo del delito y de las cosas que se relacionan con él o que sean necesarias para su esclarecimiento». Respecto al cuerpo del delito, el Acuerdo Plenario n.º 05-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú indicó que también comprende al objeto del delito. Su uso no es muy común en delitos contra la administración pública —salvo en los delitos de peculado o malversación de fondos—, sino más bien en otros tipos de delitos, como homicidio, parricidio, feminicidio, tráfico ilícito de drogas, tenencia indebida de armas de fuego, etc. Respecto a las cosas que se relacionan con el delito, es claro que el legislador ha otorgado un amplio poder de discrecionalidad (cláusula abierta) al Ministerio Público y Policía Nacional del Perú para incautar ampliamente distintos tipos de bienes —para evitar problemas de tecnicismos, se debe verificar, inicialmente, si son cuerpo, objeto, instrumento o efectos del delito—, es decir, todo aquello que sirva para la investigación y se relacione, de alguna forma, con el delito, ya que luego se puede proceder a su devolución.

En relación con las personas sujetas a la incautación, la solicitud va dirigida al propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el fiscal. Se entiende por propietario, de acuerdo con el artículo 923 del Código Civil peruano, a aquel que tiene el «poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien»; por ejemplo, la persona propietaria de un celular, una *laptop*, una agenda, documentos, etc. Por poseedor, de acuerdo con el artículo 896 del Código Civil peruano, se entiende a aquel que tiene «el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad». Por administrador, se entiende a aquella persona que ha sido delegada sobre el propietario o poseedor del bien para ejercer determinados actos de administración (de conservación y otros)

sobre el mismo. Por tenedor, de acuerdo con el artículo 897 del Código Civil peruano, se entiende a aquel que «encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas».

Si bien los conceptos mencionados son relacionados principalmente con bienes inmuebles, como casas, terrenos, etc., dada su amplia verificabilidad en el plano fáctico, no puede perderse de vista que su contenido también debe ser compatibilizado con los bienes muebles para efectos del derecho procesal penal. Esto, con el fin de dotar de contenido a la incautación, máxime si en el campo del derecho civil, de donde provienen dichas categorías jurídicas, no existe ninguna distinción conceptual de ellas atendiendo a la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles.

El legislador también tuvo a bien establecer una cláusula abierta respecto al sujeto a quien se le solicita la incautación con el término «u otro requerido por el fiscal», con el fin de no entrar en problemas técnicos en cuanto a las terminologías antes usadas o que surgieran con el pasar del tiempo. Esto, para que toda persona que sea requerida por el fiscal deba entregar el bien independiente de su vinculación jurídica que mantenga con el mismo.

2.2. Procedimiento

En los numerales 1 y 2 del artículo 218 del Código Procesal Penal peruano se establecen dos momentos clave: (a) la exhibición o entrega voluntaria de bienes ante el requerimiento del representante del Ministerio Público; y, (b) la exhibición o entrega forzada de bienes ante el requerimiento del representante del Ministerio Público.

En un primer momento, si el sujeto requerido por el representante del Ministerio Público entrega o exhibe de manera voluntaria el bien sin mayor problema, se deberá consignar ello en el acta junto con las razones que motivaron el requerimiento de exhibición o entrega y el nombre del sujeto que lo entrega con su vinculación con el bien. En el acta se deberá consignar, además, el bien, sus características, el estado en el que se recibe y cómo se almacenará para preservarlo. Por el contrario,

si ante el requerimiento del representante del Ministerio Público, el sujeto requerido se niega a la exhibición o entrega del bien, se generarán tres escenarios posibles: (a) requerir al Juzgado de Investigación Preparatoria su exhibición forzada o incautación; (b) en caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración se ejecutará inmediatamente la exhibición forzada o incautación; y, (c) en caso de peligro en la demora se ejecutará inmediatamente la exhibición forzada o incautación.

La utilización del primer escenario solamente debería ocurrir si existe la seguridad y certeza de que, al regresar el representante del Ministerio Público con el requerido, encontrará los bienes, pues de no ser así perdería eficacia y utilidad la medida de incautación. En el segundo y tercer escenario, ambos tienen en común que no se requerirá autorización judicial para ejecutar la incautación, pero sí debe existir, posteriormente, una confirmatoria judicial que verifique que el procedimiento de incautación se llevó correctamente y sí se cumplían los presupuestos para su ejecución.

Es necesario precisar que solamente se puede aplicar la incautación cuando existe una negativa de entrega del bien por parte del sujeto requerido y se procede con una aprehensión forzosa (Sánchez, 2009, p. 308). Por ello, en esta situación, se necesitará la autorización judicial o posterior confirmatoria judicial para determinar si la afectación al derecho de propiedad, posesión, tenencia y cualquier otro derecho real del afectado con el bien es justificada por la utilidad de estos bienes para la investigación (Neyra, 2010, p. 637). Si el requerido entrega el bien de manera voluntaria, es decir, ejercita la facultad de disposición que tiene sobre su bien al entregarlo para la investigación, no se le podría denominar incautación a dicha situación y, por ende, tampoco necesitaría una confirmatoria de incautación, pues no ha existido afectación alguna al derecho real del requerido. Situación distinta es lo regulado en la incautación cautelar o como medida de coerción del artículo 316 del Código Procesal Penal peruano, en la que no existe requerimiento previo, sino incautación directa al tratarse de efectos o instrumentos del delito que no volverán a su titular, sino que luego se ordenará su decomiso.

2.3. Autorización y ejecución

El Acuerdo Plenario n.º 05-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú establece que la incautación puede ser ejecutada por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú. Esto significa levantar el bien, lacrarlo y suscribir los formatos pertinentes de cadena de custodia; sin embargo, es importante precisar la autoridad competente para autorizarla. En casos de flagrancia o peligro inminente de perpetración, la Policía Nacional del Perú lo puede ejecutar sin autorización del representante del Ministerio Público, es decir, personal de la PNP puede decidir discrecionalmente los bienes a incautar ante la situación extraordinaria de flagrancia.

En casos de peligro en la demora, la situación cambia y el personal policial no puede incautar si es que previamente el representante del Ministerio Público no le ha otorgado autorización, pues se debe analizar jurídicamente si la situación puesta en conocimiento califica o no como peligro en la demora y, al ser un análisis netamente jurídico, no lo puede realizar autónomamente la Policía Nacional del Perú. Por otra parte, en los escenarios en donde no haya flagrancia, peligro inminente de perpetración de delito o peligro en la demora, la incautación debe estar autorizada siempre por el juez de investigación preparatoria en caso de que el requerido no entregue el bien de manera voluntaria para la investigación.

Las formas de disponer y ejecutar el requerimiento de exhibición o entrega (voluntaria o forzada) pueden ser materializados de la siguiente forma:

- En casos de flagrancia o peligro inminente de perpetración, basta con el simple requerimiento verbal de la Policía Nacional del Perú ante el sujeto requerido. Si el sujeto requerido se negara, se procederá con la ejecución forzada. Para ello, no será necesario una disposición fiscal o resolución judicial. Todo el procedimiento debe quedar registrado en el acta policial con los formatos de incautación correspondientes.
- En caso de peligro en la demora, la autorización fiscal puede ser materializada de manera verbal, pues se entiende que ante una

situación apremiante y de extrema necesidad no será necesaria la elaboración de una disposición fiscal. En el acta de incautación, se deberá consignar la fiscalía que autorizó la medida. En este presupuesto, lo deseable sería que la diligencia sea ejecutada siempre con presencia del representante del Ministerio Público para que pueda evaluar *in situ* el peligro en la demora. Cuando es el representante del Ministerio Público quien autoriza y ejecuta la medida por sí solo, podrá realizarlo directamente a través de un acta fiscal expresando las razones de la medida o emitiendo, previamente, de acuerdo con las circunstancias del caso, una disposición fiscal de incautación que será notificada a las personas presentes en la diligencia y luego a las partes de la investigación una vez ejecutada la medida.

- En los casos que no exista flagrancia, peligro inminente de su perpetración o peligro en la demora, el requerimiento puede ser verbal, materializado a través de un acta, o por escrito, a través de una disposición fiscal, de acuerdo con las circunstancias de cada caso. En caso de negativa del requerido, se debe obtener obligatoriamente una resolución judicial por escrito para proceder con la ejecución forzada.

En los escenarios antes descritos, se puede advertir que la oralidad cumple un papel fundamental en la eficacia y dinamismo de la exhibición y entrega de bienes (voluntaria o forzada), pues no todo debe ser materializado en una disposición fiscal, sino que, en las propias actas, se pueden expresar, argumentar y justificar las razones para ejecutar la medida. Tampoco resultan necesarias la notificación o la concurrencia de las partes procesales para poder ejecutar una exhibición y entrega de bienes, pues se entiende que estas diligencias se presentan como actos urgentes e inaplazables en las primeras diligencias de la investigación o, en el caso de estar avanzada la investigación, se podría frustrar su finalidad ante el conocimiento de las partes. Por eso, el artículo 220 del Código Procesal Penal peruano permite la no fijación de hora y fecha para realizar la diligencia de incautación. Asimismo, de acuerdo con las circunstancias de cada

caso, se podría elaborar una disposición fiscal de incautación sin afectar la urgencia de la medida, pues lo recomendable es llevar un documento fiscal de respaldo a la diligencia para ser notificado al inicio de dicho proceso.

De acuerdo con el Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación de la Incautación, Comiso, Hallazgo y Cadena de Custodia (2018) y el Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación del Registro y Recepción (2018), la Policía Nacional del Perú también puede acopiar⁵ bienes u objetos⁶, fuera de la flagrancia, ante el peligro inminente de perpetración de delito o peligro en la demora. Esto se realizará a través del hallazgo en una pesquisa en lugares abiertos, objetos o personas, siempre y cuando los bienes no tengan titular o este entregue lo que se busca, de manera voluntaria, en la investigación. También se puede realizar un registro personal con posterior incautación de bienes. En ambos casos, siempre se debe informar al representante del Ministerio Público posteriormente.

2.4. Cadena de custodia

Los bienes obtenidos como producto de la incautación o entrega voluntaria, de acuerdo con el Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados (2006), aprobado el 15 de junio de 2006 por el Ministerio Público, deben ser lacrados, rotulados y contar con su cadena de custodia para su preservación, seguridad e inalterabilidad. Sin embargo, no todos los bienes, por su naturaleza y finalidad de incorporación a la carpeta fiscal, ameritan ser lacrados, rotulados y tener cadena de custodia, pues dependerá del uso

5 Escenario distinto a incautación.

6 Según el numeral 9 del artículo 4 del Decreto Supremo n.º 026-2017-IN (Reglamento de la Ley de la Policía Nacional del Perú), las funciones de la Policía Nacional del Perú son las siguientes: «Obtener, custodiar, asegurar, trasladar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la prevención e investigación del delito, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente».

posterior del bien para la investigación, ya que, como indicó San Martín (2020), «la cadena de custodia no es el único medio adecuado para garantizar la autenticidad de lo incautado» (p. 499). De la misma forma, Chinchay (2021) establece que «los bienes incautables también pueden incorporarse al proceso mediante hallazgo y entrega o recepción» (p. 584).

Por otro lado, bienes como armas, cuchillos, celulares, *laptops*, computadoras de escritorio o dinero no necesitarán ser lacrados, rotulados ni tener cadena de custodia, ya que, posteriormente, serán sometidos a pericias para extraer información relevante para la investigación. En cuanto a bienes como documentos, cuyo fin, mayormente, es el de ser introducidos en la carpeta fiscal para su valoración posterior, tampoco necesitan ser lacrados ni contar con su cadena de custodia. Basta que estén identificados, foliados y anexados correctamente en el acta para ser introducidos en la carpeta fiscal. Quedará a discreción de la autoridad que ejecute la incautación o reciba voluntariamente los documentos decidir si estos, por su cantidad, naturaleza o características, necesitarán ser lacrados y tener cadena de custodia.

El Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados (2006), aprobado por el Ministerio Público, establece en su artículo 2 que la finalidad del protocolo es «garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporados en toda investigación de un hecho punible, auxiliados por las ciencias forenses, la Criminalística, entre otras disciplinas y técnicas que sirvan a la investigación criminal». Esto quiere decir que la necesidad de un lacrado, rotulado y cadena de custodia sirve para garantizar la autenticidad y conservación del bien, ya que, posteriormente, serán sometidos a ciencias forenses, criminalística y otras disciplinas, las cuales concluirán en pericias.

Entonces, que en una investigación fiscal por delitos contra la administración pública se incaute o acopie por entrega voluntaria, expedientes, resoluciones de designación, MOF, ROF u otros documentos de la administración pública, servirá para que dichos documentos puedan ser incorporados a la carpeta fiscal sin necesidad de tener lacrado o cadena de

custodia, pues son textos públicos que gozan de autenticidad y solamente serán analizados y merituados documentalmente a través de su lectura. La misma lógica se podría aplicar a otros tipos de bienes.

2.5. Desobediencia a la autoridad

Ante la negativa injustificada de entrega de exhibición o entrega de bien, en escenarios de flagrancia, peligro inminente de perpetración, peligro en la demora o incautación con autorización judicial, por parte del sujeto requerido, se evaluará la condición que tiene dicho sujeto con respecto a la investigación para realizar una posible comisión del delito de desobediencia a la autoridad contenido en el artículo 368 del Código Procesal Penal peruano.

Si el requerimiento de entrega o exhibición (forzada) se realiza a una persona que tiene la calidad de investigado, y este último no accede a su entrega, no cometerá delito de desobediencia a la autoridad en virtud al derecho de no autoincriminación⁷ en su manifestación de no ser obligado a descubrirse contra sí mismo (*nemo tenetur se detegere*); sin embargo, su conducta podrá ser evaluada para futuras medidas cautelares personales, como el peligro de obstaculización. Distinto es el caso de que la persona requerida sea un tercero que no tiene ninguna relación con la investigación, pero tiene en su poder bienes que contribuirían a la investigación y no procede a entregarlos a pesar del requerimiento directo del Ministerio Público o de la Policía Nacional del Perú, pues, en este caso, sí se cometería el delito de desobediencia a la autoridad y, eventualmente, el delito de encubrimiento real regulado en el artículo 405 del Código Procesal Penal peruano.

7 De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano, como se cita en el numeral 2.3 del Expediente n.º 03021-2013-PHC/TC, el derecho a la no autoincriminación se expresa de la siguiente manera: «no ser obligada a descubrirse contra sí misma (*nemo tenetur se detegere*), no ser obligada a declarar contra sí misma (*nemo tenetur edere contra se*) o, lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a sí misma (*nemo tenetur se ipsum accusare*)».

Para la configuración del delito de desobediencia a la autoridad⁸, de acuerdo con Juárez (2017), la orden necesita los siguientes requisitos: (a) ser expresa y clara, es decir, sin ambigüedades o imprecisiones; (b) ser oral o escrita; (c) estar dirigida a una persona o autoridad determinada; (d) otorgar la capacidad de realizar la acción requerida; (e) ser válida legalmente; (f) indicar la obligación o deber de actuar; y, (g) tener un plazo de cumplimiento.

Para que se configure el delito de desobediencia a la autoridad en una incautación, las autoridades competentes, vale decir, el representante del Ministerio Público o el de la Policía Nacional del Perú, deberán primero requerir, de manera oral o escrita, al sujeto la exhibición o entrega de un determinado bien que se encuentra individualizado correctamente y que el sujeto conoce sobre su existencia (no puede haber desobediencia a la autoridad sobre bienes que se desconoce). La orden debe ser clara y precisa en cuanto a la exhibición o a la entrega, no puede quedar en meras suposiciones o ambigüedades. Además, el sujeto debe tener la capacidad o facultad de poder exhibir o entregar el bien, es decir, no debe existir imposibilidad material.

El artículo 218 del Código Procesal Penal peruano ha establecido una cláusula abierta con respecto a la relación entre el requerido y el bien. Entonces, no hay justificación para no entregar el bien con base en que no es el propietario, administrador, poseedor o tenedor. Al ser un escenario de inmediata exhibición o de entrega por motivos de la investigación, no deberá mediar un lapso de tiempo, por lo que la orden impartida deberá expresar ello; sin embargo, de acuerdo con las circunstancias de cómo se encuentre el bien o del bien que se trate, se puede mediar un lapso corto de tiempo en la entrega. Ello dependerá del escenario. Si bien esto no representa elemento del tipo penal ni requisito de procedibilidad⁹, sí es el apercibimiento previo para que se configure el delito. Sería deseable que,

8 Véase el Recurso de Nulidad n.º 1337-2013/Cusco del 20 de enero de 2015 y la Casación n.º 50-2017/Piura del 10 de abril de 2018.

9 Véase la Casación n.º 763-2021-Áncash del 28 de junio de 2022.

cuando se comunique la orden, también se haga mención de que, ante la negativa de entrega o exhibición, podrá ser pasible de ser denunciado por el delito de desobediencia a la autoridad. Todo lo anterior deberá ser consignado en el acta correspondiente para su posterior remisión a la fiscalía penal de turno competente.

2.6. Deslacrado de bienes incautados

Según la naturaleza y calidad de los bienes incautados, el representante del Ministerio Público convocará a una diligencia de deslacrado e incorporación de contenido a la carpeta fiscal. Sobre los bienes, como celulares, *laptops*, cuchillos, armas y otros parecidos, se deberá dejar consignado en el acta que no se deslacrarán en el despacho fiscal, pues luego serán remitidos al Instituto de Medicina Legal o a la oficina de peritajes correspondiente con el fin de no afectar su contenido o integridad. Asimismo, la diligencia debe ser consignada con el apercibimiento de realizarse con quienes se encuentren presentes, ya que este es un acto urgente e inaplazable, debido a que los bienes deben ser sometidos a exámenes y pericias, cuyo contenido requiere ser incorporado inmediatamente a la carpeta fiscal. La participación de los abogados defensores de los investigados en la diligencia será en calidad de veedores; en otras palabras, su no participación no alterará para nada el resultado de las pericias o incorporación de contenido a la carpeta fiscal, pero sí podrán dejar observaciones, de ser el caso, al final del acta.

3. SOBRE LA INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS NO PRIVADOS

En lo que respecta a documentos no privados, el procedimiento y los presupuestos varían según lo mencionado en los párrafos anteriores. Para ello, el representante del Ministerio Público debe saber cómo aplicar correctamente este tipo de incautación, porque la documentación sobre expedientes de contratación o archivos generales emitidos por los servidores públicos sirve como principal elemento de prueba en los delitos contra la administración pública.

El Código Procesal Penal peruano optó por no usar el término *documento público*, sino *documento no privado*, pues en las legislaciones extrapenales (civil, comercial, notarial y otras) no está clara la diferencia correcta entre documento público y privado (Vásquez, 2013), por lo que nombrarlo así evitaría caer en problemas de tecnicismo entre público y privado, lo que generaría que todo aquel documento que no sea privado sea objeto de incautación, sin tomar en cuenta la clasificación que puedan tener las otras disciplinas del derecho al respecto.

Como se indicó, el procedimiento de incautación de documentos no privados tiene un procedimiento diferenciado al de la incautación general, ya que el representante del Ministerio Público, cuando se apersona a la institución pública, debe invocar ante el servidor público respectivo el artículo 224 del Código Procesal Penal peruano y solicitar la exhibición de los documentos no privados (original o copia), pues existe la obligación de entregar dicha documentación, porque, a diferencia de la incautación general, no existe lugar para una negación por parte del sujeto requerido.

Esta obligación de entrega por parte del sujeto requerido hacia el Ministerio Público se sustenta en que la documentación es de acceso público, porque todo ciudadano, según la Ley n.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuenta con el libre acceso a tal documentación, la cual no es alcanzada por la inviolabilidad de documentos que regula la Constitución que está orientada a fines privados. Ante una negativa de entrega de los documentos no privados, correspondería al representante del Ministerio Público apercibir bajo el delito de desobediencia a la autoridad y dejar constancia en acta.

No son necesarios requerimientos previos de incautación o uno de confirmatoria, los dos dirigidos al juez de investigación preparatoria, pues existe una obligación de exhibición y entrega por parte del sujeto requerido, ya sea funcionario o servidor público, debido a que a los documentos no privados no les alcanzan la inviolabilidad de los documentos, propiedad o posesión. La lógica es simple, los documentos son del Estado, no de los funcionarios o servidores públicos que los custodian o usan.

Solamente existen dos situaciones excepcionales por las cuales el sujeto requerido puede negarse a la entrega de los documentos no privados, y esto ocurre cuando (a) guardan un secreto profesional; y, (b) guardan un secreto de Estado. En ambas situaciones, el representante del Ministerio Público deberá acudir al juez de investigación preparatoria para que determine, previa audiencia, si realmente la documentación guarda un secreto profesional o un secreto de Estado (previo informe de la Presidencia del Consejo de Ministros). La línea de actuación para estos casos no es, primero, acopiar la documentación y luego verificar si se está dentro de las excepciones para posteriormente devolverla de ser el caso; sino, todo lo contrario, debe determinarse antes si se está o no ante una excepción para proceder con su incautación física. Ello guarda congruencia con el numeral 1 del artículo 3 de la Ley n.º 27806 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública) que prescribe que «toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente ley».

Una vez acopiada la documentación no privada, el representante del Ministerio Público deberá, en el despacho fiscal, analizar y segmentar los documentos que se vinculan a la investigación de los que no. Ello se puede realizar también en la sede de la dependencia pública, pero obedecerá a la cantidad de la documentación existente. Para mayor dinamismo de la diligencia, es usual que se incaute toda la documentación no privada relacionada al caso y, posteriormente, se realice la segmentación, pues no se debe olvidar que, en la mayoría de los casos de delitos contra la administración pública, la documentación siempre es cuantiosa.

La documentación que resulte ser no vinculante para la investigación deberá ser devuelta en original a la dependencia pública afectada. Si esta resulta relevante para la investigación, de oficio o a petición de la entidad pública, se deberá remitir copia certificada de ello a la dependencia pública afectada para que no exista una ausencia en el acervo documentario. Generalmente, fijar una fecha y hora para la diligencia arriesga la eficacia del acopio de los documentos no privados (pérdida, extravío o alteración de la documentación). En la incautación general, según el

artículo 220 del Código Procesal Penal peruano, se regula la opción de realizar la diligencia sin conocimiento de las partes. De acuerdo con Fernández (2022), las formas de ordenar la diligencia de incautación de documentos no privados son las siguientes:

- La emisión de una disposición fiscal que fundamente la incautación, la entidad pública que ingresará, los documentos no privados concretos por incautar, la fecha y hora para la realización, y el personal fiscal, administrativo y policial que intervendrá. Al mismo tiempo, se expedirá también una disposición fiscal que decrete el secreto de la incautación, a efectos de que se realice de manera reservada y sin afectar su éxito. Una vez ejecutada la incautación, se levantará dicho secreto y se notificará al titular de la dependencia pública y a las partes de la investigación. Todo ello producirá que no se cuestione la diligencia, ya que se encuentra garantizada y afianzada por diversas disposiciones fiscales.
- La emisión de una disposición fiscal bajo el mismo procedimiento del anterior párrafo, pero sin declarar el secreto de la incautación y únicamente notificándoles, al titular de la entidad y a las partes procesales, una vez ejecutada la incautación. Ello, bajo el fundamento de que el Código Procesal Penal peruano permite no notificar a las partes si el conocimiento de la ejecución de la diligencia pone en peligro su éxito.
- El pedido de requerimiento previo, al juez de investigación preparatoria, de la incautación de los documentos no privados. Por el dinamismo e inmediatez que debe contar esta diligencia, no es recomendable esta opción; sin embargo, si se trata de un escenario más complejo, por ejemplo, que la incautación, esté acompañada de un allanamiento o detención, sí sería pertinente solicitar un requerimiento previo al juez.
- Acudir a la entidad pública e invocar directamente el artículo 224 del Código Procesal Penal peruano al titular de la entidad y consignar en el acta fiscal los fundamentos que justificaron la realización de la incautación. Luego de ejecutada la diligencia, se

notificará a las partes de la investigación. Ello, bajo el fundamento de que el Código Procesal Penal peruano permite realizar la diligencia sin notificar a las partes para no poner en peligro el éxito del procedimiento.

La incautación de documentos privados, bajo el artículo 224 del Código Procesal Penal peruano, no es la única forma de acopiar dicha documentación consistente en expedientes de contratación y otros, pues también se puede emitir una disposición fiscal de inicio de diligencias preliminares y oficiar a la dependencia pública para que remita a la brevedad posible la documentación no privada. Para ello, se deberá evaluar la urgencia del caso y del acopio de la documentación.

Finalmente, si los sujetos requeridos o afectados por la incautación consideran que se han afectado sus derechos e intereses jurídicos, pueden solicitar la intervención del juez de investigación preparatoria. Incluso, se puede generar la devolución de los documentos no privados si el juez de garantías advierte que la medida no se ha ajustado a los principios generales que regulan toda medida de búsqueda y restricción de derechos de acuerdo con el Código Procesal Penal peruano.

4. CONCLUSIONES

Finalmente, luego del análisis, se llega a las siguientes conclusiones:

- Realizar actos de investigación de manera aleatoria o sin un plan determinado generará que se deje al azar la investigación, lo que supone un riesgo de vulneración de la obligación de persecución del delito del Ministerio Público.
- La incautación procede ante una negativa de entrega del bien por parte del sujeto requerido, lo que genera una aprehensión forzosa. En esta situación, se necesitará la autorización judicial, salvo casos de flagrancia, peligro inminente de perpetración o peligro en la demora, o posterior confirmatoria judicial para determinar si la afectación al derecho de propiedad, posesión, tenencia y cualquier

otro derecho real del afectado con el bien es justificada por la utilidad de estos bienes para la investigación.

- La incautación puede ser ejecutada por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú; sin embargo, para su autorización, se debe verificar la autoridad competente de acuerdo con el escenario de flagrancia, peligro inminente de perpetración, peligro en la demora o una situación ordinaria.
- Ante la negativa injustificada de entrega de exhibición o entrega de bien, en escenarios de flagrancia, peligro inminente de perpetración, peligro en la demora o incautación con autorización judicial por parte del sujeto requerido, se evaluará la condición que tiene dicho sujeto con respecto a la investigación a efectos de evaluar una posible comisión del delito de desobediencia a la autoridad contenido en el artículo 368 del Código Penal peruano.
- No todos los bienes, de acuerdo con su naturaleza y finalidad de incorporación a la carpeta fiscal, ameritan ser lacrados, rotulados y tener cadena de custodia; este procedimiento dependerá del uso posterior del bien durante la investigación.
- En la incautación de documentos no privados, existe la obligación del sujeto requerido de exhibir y entregar la documentación al representante del Ministerio Público, bajo apercibimiento del delito de desobediencia a la autoridad.

5. RECOMENDACIONES

Se recomienda que el Ministerio Público profundice sobre el plan estratégico de investigación en coordinación con la Policía Nacional del Perú.

REFERENCIAS

Chinchay, A. (2021). La exhibición e incautación de bienes. En *Código Procesal Penal Comentado* (pp. 564-584). Gaceta Jurídica.

- Contraloría General de la República del Perú. (2022, 6 de julio). *Perú perdió más de S/ 24 mil millones en 2021 por corrupción e inconducta funcional*. Plataforma digital única del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/629665-peru-perdido-mas-de-s-24-mil-millones-en-2021-por-corrupcion-e-inconducta-funcional>
- Fernández, M. (2022, 22 de febrero). *¿Se debe solicitar autorización judicial para la incautación de documentos no privados? LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/se-debe-solicitar-autorizacion-judicial-incautacion-documentos-no-privados-publicos/>
- Juárez, C. (2017). Análisis del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad en la legislación peruana. *Revista Lex*, 15(20), 263-278. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1443>
- León, F. J. (s.f.). *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia del TC* [Diapositivas de PowerPoint]. Centro de Estudios Constitucionales. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf
- Neyra, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa.
- Plan Estratégico de Investigación de El Salvador (2009). El Salvador. <https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/PLAN ESTRATEGICO DE INVESTIGACION EL Salvador.pdf>
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Sánchez, P. (2009). *El nuevo proceso penal*. Idemsa.
- Vásquez, M. (2023, 17 de diciembre). La exhibición forzosa y la incautación en el Código Procesal Penal del 2004. *El Blog de De Torquemada*. <https://detorquemada.wordpress.com/2013/12/17/la-exhibicion-forzosa-y-la-incautacion/>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Acuerdo Plenario n.º 05-2010/CJ-116 (2010). Corte Suprema de Justicia de la República (16 de noviembre de 2010). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0fc494004075b660b4f9f499ab657107/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_05-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0fc494004075b660b4f9f499ab657107

Casación n.º 50-2017/Piura (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (10 de abril de 2018). <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/RC50-2017-PIURA.pdf>

Casación n.º 763-2021/Áncash (2022). Corte Suprema de Justicia de la República (28 de junio de 2022). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/10/Casacion-763-2021-Ancash-LPDerecho.pdf>

Decreto Supremo n.º 026-2017-IN (2017). Se establece, norma y aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1267 - Ley de la Policía Nacional del Perú. *Diario Oficial El Peruano* (15 de octubre de 2017). <https://elperuano.pe/normaselperuano/2017/10/15/1576324-1/1576324-1.htm>

Defensoría del Pueblo del Perú. (2022, 16 de febrero). Mapas de la corrupción-quinta edición. *Defensoría del Pueblo*. <https://www.defensoria.gob.pe/documentos/mapas-de-la-corrupcion-quinta-edicion/>

Expediente n.º 03021-2013-PHC/TC (2014). Tribunal Constitucional (20 de junio de 2014). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03021-2013-HC.html>

Ley n.º 23403. Código Civil Peruano. (1984). *Diario Oficial El Peruano* (24 de julio de 1984). <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=60>

Ley n.º 27806. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2002). *Diario Oficial El Peruano* (2 de agosto de 2002). https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101008&view=article&catid=298&id=830&lang=es-ES

Ley n.º 28269. Código Procesal Penal (2004). *Diario Oficial El Peruano* (4 de julio de 2004). <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=70003>

Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación de la Incautación, Comiso, Hallazgo y Cadena de Custodia (2018). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (25 de agosto de 2018).

Protocolo de Actuación Interinstitucional para la Aplicación del Registro y Recepción (2018). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (25 de agosto de 2018). https://portal.mpfm.gob.pe/descargas/ncpp/files/26f071_PROTOCOLO%20DE%20ACTUALIZACION%20INETE%20RINSTITUCIONAL%20PARA%20LA%20PALICACION%20DE%20INCAUTACION%20COMISO,%20HALLAZGO%20Y%20CADENA%20DE%20CUSTODIA-ilovepdf-compressed.pdf

Recurso de Nulidad n.º 1337-2013/Cusco (2015). Corte Suprema de Justicia de la República (20 de enero de 2015). https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/R.N.-1337-2013-Cusco-Legis.pe_.pdf

Reglamento de la cadena de custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes incautados (2006). Ministerio Público (15 de junio de 2006). https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/513_presentacion.pdf

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflictos de intereses.

Contribución de autoría

El autor ha participado en la recopilación de datos, así como en la redacción y revisión final del artículo.

Agradecimientos

Sin agradecimientos.

Biografía del autor

Marcelo Alejandro Fernández Vásquez es fiscal adjunto provincial del Primer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Callao. Abogado, graduado y titulado en la Universidad Privada del Norte (UPN), sede Trujillo. Cuenta con estudios de maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Es especialista en contrataciones con el Estado por la Universidad ESAN. Asimismo, es especialista en delitos de corrupción de funcionarios por la Academia de la Magistratura (AMAG).

Correspondencia

marrcelo_fv@hotmail.com / mfernandezv@mpfn.gob.pe



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 143-158

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9.970

La prohibición de la confesión sincera como política criminal ineficaz en el delito de feminicidio

The prohibition of sincere confession as a policy ineffective criminal
in the crime of femicide

A proibição da confissão sincera como política criminal ineficaz no
delito de feminicídio

ROCÍO ANGÉLICA MARÍN SANDOVAL
Corte Superior de Justicia de Huánuco
(Huánuco, Perú)

Contacto: rmarin@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0009-0006-3413-8720>

RESUMEN

El interés del presente artículo nace por la ineficacia de la política criminal que emplea el Estado peruano en aras de disminuir el alto índice del delito de feminicidio, específicamente, aquella que prohíbe la aplicación de la disminución de la pena por confesión sincera. En esa línea de ideas, lo que se pretende, mediante este artículo, es que se permita la aplicación de esta figura del derecho penal premial en el delito de feminicidio, ya que brinda diversas ventajas no solamente para el acusado en la reducción de su pena, sino que, además, fomenta una justicia oportuna, disminuye los gastos económicos para todas las partes procesales y para el Estado. Por tanto, en el transcurso de la investigación, se brindarán los fundamentos

políticos criminales que justifican la aplicación de la confesión sincera en el delito de feminicidio.

Palabras clave: confesión sincera; feminicidio; principio de igualdad de armas; celeridad procesal; impunidad.

Términos de indización: procedimiento legal; derecho penal; derecho; administración de justicia; sanción penal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The interest of this article arises from the ineffectiveness of the criminal policy used by the Peruvian State in order to reduce the high rate of the crime of femicide, specifically, that which prohibits the application of the reduction of the penalty for sincere confession. In this line of ideas, what is intended through this article is that the application of this figure of the Criminal Prize Law is allowed in the crime of femicide, today that offers various advantages not only for the accused in the reduction of his sentence, but also which also promotes timely justice, reduces economic expenses for all procedural parties as well as for the State. Therefore, in the course of the investigation, the criminal political foundations that justify the application of the sincere confession in the crime of femicide will be provided.

Key words: sincere confession; femicide; principle of equality of arms; procedural speed; impunity.

Indexing terms: legal procedure; criminal law; law; justice administration; criminal sanction (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O interesse deste artigo surge da ineficácia da política criminal utilizada pelo Estado peruano para reduzir o elevado índice do crime de feminicídio, especificamente, aquela que proíbe a aplicação da redução da pena pela confissão sincera. Nessa linha de ideias, o que se pretende através deste artigo é que a aplicação desta figura da Lei da Premiação Penal seja

permitida no crime de feminicídio, hoje que oferece diversas vantagens não só para o acusado na redução de sua pena, mas também que também promove a justiça oportuna, reduz as despesas económicas para todas as partes processuais, bem como para o Estado. Portanto, no decorrer da investigação serão fornecidos os fundamentos políticos criminais que justificam a aplicação da confissão sincera no crime de feminicídio.

Palavras-chave: confissão sincera; feminicídio; princípio da igualdade de armas; celeridade processual; impunidade.

Termos de indexação: procedimento legal; direito penal; direito; administração da justiça; sanção criminal (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 29/03/2024

Revisado: 12/06/2024

Aceptado: 13/06/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el término «justicia premial» es entendido como aquella figura a través de la cual se le permite al acusado obtener alguna recompensa, por consecuencia, a su determinante colaboración con las autoridades judiciales. Esta noción de justicia, sin duda alguna, refiere que, mediante estas acciones, se llegue a un acuerdo previo con el acusado con la finalidad de evitar un juicio largo y así establecer la responsabilidad penal de forma negociada (Manco, 2012, p. 191).

A simple vista, esta acción parece ser irónica: ¿cómo es posible que se pueda recompensar a alguien que ha cometido un delito, dado que el derecho penal tiene como finalidad castigar a aquellos que infringieron la ley? No obstante, el derecho penal premial se fundamenta en incentivar a las personas que han cometido un delito a cooperar con las autoridades judiciales en la imposición de su sanción correspondiente y en la restauración del cumplimiento de la normativa (Valderrama, 2021, párr. 1).

Según el referido autor, la implementación de estrategias legales, como el derecho premial o los beneficios procesales, tiende a justificarse, toda vez que, gracias a ello, se disminuyen los gastos procesales, lo que permite obtener una sanción a corto plazo. Además, favorece la disminución de la carga procesal y la prevención de la estigmatización moral hacia el acusado y, finalmente, contribuye al fomento de actitudes de readaptación por parte del condenado.

De este modo, el acusado se transforma en un colaborador del sistema judicial al disminuir los costos asociados a la utilización de recursos estatales y al contribuir a reparar los daños causados por su conducta delictiva. Estos privilegios procesales están fundamentados en consideraciones político-criminales específicas que incluso pueden utilizarse para enfrentar al crimen organizado.

Según Zúñiga (2010), los sistemas legales incorporan estos incentivos penales por pragmatismo, ya que los Estados han reconocido que sus mecanismos judiciales no pueden abordar y resolver de manera eficaz todos los conflictos penales que surgen en la sociedad. Además, son conscientes de las deficiencias que enfrenta dicho sistema (p. 1).

El propósito fundamental del derecho penal premial es disminuir, reducir o eximir en parte o en su totalidad la responsabilidad penal del acusado que coopera con el sistema judicial, así como de aquellas personas que, aunque no estén involucradas en el delito, colaboran con las autoridades encargadas de la administración de justicia y la persecución penal, al proporcionar información relevante sobre la comisión de delitos o al acusar a otros que han participado en el hecho.

Todo ello, con el objetivo de que, tanto las fuerzas policiales como otras instituciones responsables de garantizar la seguridad pública y asegurar la persecución penal, sean apoyadas por los propios ciudadanos, especialmente en situaciones en las que se ven afectados por grupos de delincuencia organizada o por individuos implicados en actividades delictivas. Esto se logra mediante la colaboración de aquellos que tienen información relevante sobre los delitos, ya sea como víctimas o como personas con algún grado de participación en los mismos (Zúñiga, 2010, p. 7).

2. LA CONFESIÓN SINCERA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Con respecto a la confesión sincera, podemos señalar que se trata de una herramienta procesal integrada al derecho premial, ya que puede ser utilizada como un incentivo contra aquellos acusados que admiten su participación en un delito. Al hacerlo, permite que la investigación se enfoque en verificar la información proporcionada voluntariamente. Así, evita demoras innecesarias en el proceso, las cuales generan mayores costos para el Estado y más trabajo para las entidades encargadas de administrar justicia (Mondragón y Perales, 2017, p. 38).

De acuerdo con Mosquera (2018), la confesión es el acto de revelar información que uno posee, ya sea de forma espontánea o en respuesta a preguntas de otros. Esta definición general busca comprender lo que la doctrina científica ha detallado con mayor precisión como la confesión judicial (p. 18). Asimismo, Cafferata (2001) menciona que la confesión implica que el acusado reconozca de manera libre y voluntaria ante las autoridades judiciales su participación en el delito que es motivo de la pretensión represiva ya iniciada en su contra (p. 159).

Finalmente, Reyna (2006), basándose en el artículo 160 del Código Procesal Penal, señala que los elementos esenciales de la confesión sincera son los siguientes:

- a) **Espontaneidad:** Indica que la confesión debe ser voluntaria, sin presiones ni coerciones que puedan influir en la voluntad del acusado. Esta condición es fundamental y requiere que la manifestación surja completamente de la libre voluntad del declarante.
- b) **Uniformidad de la confesión sincera:** Significa que no deben existir discrepancias significativas entre las diferentes declaraciones proporcionadas por el acusado con respecto a los detalles del delito o sus participantes (fecha, hora, lugar, método, autores, complicidad). Se permite la inclusión de detalles complementarios; pero no, contradicciones entre las declaraciones.
- c) **Veracidad y coherencia de la confesión sincera:** Implica que la declaración del acusado debe ser respaldada por otros medios de prueba que confirmen sus afirmaciones.

d) Utilidad: De acuerdo con los requisitos de prueba, la confesión del acusado debe contribuir al esclarecimiento de los hechos investigados en el proceso penal (p. 52).

3. LA PROHIBICIÓN DE LA CONFESIÓN SINCERA EN EL FEMINICIDIO

El delito de feminicidio es entendido como aquella acción que implica el asesinato de una mujer en un entorno de violencia de género. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018), en su párrafo 258, menciona que los países miembros, incluido el Perú, deben tomar medidas integrales en sus sistemas legales con la finalidad de garantizar una atención adecuada en los supuestos de violencia contra las mujeres, razón por la cual recomienda implementar un marco jurídico sólido para proteger a las víctimas (Ramírez, 2019, p. 18).

Bien, en nuestro país, es innegable refutar que la violencia de género constituye un grave problema de derechos humanos. Por esa razón, el Estado peruano tiene la obligación de adoptar medidas tanto a nivel nacional como internacional, para prevenir, sancionar y erradicar esta problemática. Por ello, se están enfrentando activamente diversas formas de violencia de género contra las mujeres, mediante la implementación de leyes que tipifican delitos como agresiones contra la mujer y miembros del grupo familiar, acoso sexual y feminicidio. Estas son acciones que reflejan el compromiso continuo del Estado peruano, en cumplimiento con las recomendaciones realizadas por la Corte Interamericana y los convenios internacionales (Juárez y Siancas, 2023, p. 159).

En cuanto al delito de feminicidio, es importante destacar que fue incluido en el Código Penal peruano el 18 de julio de 2013 a través de la Ley n.º 30068, lo que refleja que, previamente, no estaba contemplado en nuestras leyes. Según lo establecido en el artículo 108-B de dicho cuerpo normativo, el feminicidio implica el asesinato de una mujer motivado por su condición de género en situaciones de violencia familiar, coerción, acoso, hostigamiento, abuso sexual, abuso de poder o confianza, o en cualquier

otra forma de discriminación contra la mujer, independientemente de si existe o existió una relación conyugal o de convivencia con el feminicida.

Según datos proporcionados por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, desde la inclusión del delito de feminicidio, en el año 2013, se han reportado 131 casos. Esta cifra se mantuvo en el mismo nivel durante el año 2020, en medio de la pandemia de Covid-19. Sin embargo, en el año 2021, se registraron 136 casos de feminicidio. Aunque estas cifras no muestran un aumento significativo, subrayan el elevado costo social que sigue siendo necesario abordar y combatir de manera continua.

En consecuencia, se vienen aplicando medidas más concretas que reflejan políticas criminales orientadas hacia una mayor represión. Estas parecen ser consideradas como la vía más efectiva en la prevención penal contra el delito de feminicidio, toda vez que estas medidas se basan en diversos factores, como consideraciones sociológicas y políticas de prevención, que justifican el incremento de la represión en contra de los feminicidas. Por ejemplo, en su artículo 2, el Decreto Legislativo n.º 1382, publicado el 28 de agosto de 2018, establece que su objetivo es reducir los casos de feminicidio mediante la eliminación de los beneficios de la confesión sincera en dichos casos (Rojas, 2022, p. 15). Este artículo establece que el beneficio de la confesión sincera no se aplicará en los delitos contemplados en los artículos 108-B, 170, 171, 172, 173 y 174 del Código Penal, así como en sus formas agravadas especificadas en el artículo 177.

4. EL IMPACTO DEL DERECHO PENAL PREMIAL EN EL PROCESO PENAL

En el contexto del proceso penal, la terminación anticipada, la conclusión anticipada y la confesión sincera son técnicas esenciales de simplificación procesal. En esa línea de ideas, estos procedimientos buscan agilizar el proceso penal, por lo cual condensan sus múltiples etapas. Así, permiten la emisión de una sentencia más rápida y mantienen los mínimos estándares del debido proceso. Nótese que la necesidad de lograr un sistema de

justicia más ágil y eficiente fundamenta o justifica la figura del derecho penal premial (Condori y Quispe, 2023, p. 13).

Este sistema garantiza que el ordenamiento jurídico penal funcione dentro de los límites establecidos por la ley y defiende conceptos esenciales como la legalidad procesal. Es fundamental destacar que la terminación anticipada, la conclusión anticipada y la confesión sincera son herramientas útiles en la lucha contra delitos graves, como los que afectan a la libertad sexual y la vida de una mujer, porque simplifican el proceso judicial y permiten al Estado adoptar medidas rápidas en respuesta. Independientemente de la gravedad del delito cometido, su existencia no merma la eficacia de la sentencia penal, sino que facilita la obtención de una sanción rápida y adecuada (Cantaro, 2023, p. 9).

Cuando se dicta una sentencia condenatoria con rapidez y sin dilaciones, se consigue la eficacia del castigo y el endurecimiento de la pena de los delitos —especialmente de los importantes, como los que atentan contra la vida de una población vulnerable, como lo son las mujeres—. Además de satisfacer las exigencias y reclamaciones de la víctima, se ahorra tiempo y dinero al Estado, al evitarse procedimientos largos y costosos.

La investigación se acelera y la reacción punitiva se alcanza con mayor eficacia cuando el sujeto investigado o imputado confiesa su responsabilidad mediante procedimientos como el sobreseimiento anticipado o la conclusión anticipada. Sin embargo, restringir o prohibir estos métodos puede dar lugar a un procedimiento más largo e intrincado, en el que la sentencia puede no dictarse en absoluto o dictarse mucho más tarde por diversas razones.

Esto podría tener efectos perjudiciales tanto para la víctima como para el sistema judicial en su conjunto, ya que provocaría insatisfacción y desconfianza en los tribunales como consecuencia de los retrasos en los casos. Así pues, la aplicación adecuada y responsable de técnicas de simplificación procesal, como la terminación anticipada, la conclusión anticipada y la confesión sincera, puede aumentar en gran medida la eficacia del sistema de justicia penal al garantizar una respuesta oportuna y justa a los delitos cometidos, lo que resulta ventajoso para todas las partes (Villar, 2021, p. 166).

Es crucial destacar que las reducciones de pena —particularmente para delitos significativos como los que implican la vida de una mujer— no deben ser vistas como una disminución aleatoria de las penas, sino como el resultado de un análisis riguroso de los objetivos de las mismas. Esta disminución ha sido sabiamente elegida a la luz de los objetivos que la pena busca alcanzar, incluyendo la disuasión del delito y la ayuda a la rehabilitación del delincuente.

Para garantizar que la condena sea proporcionada y que se cumplan los objetivos preventivos de la pena, es imperativo mantener un equilibrio a la hora de reducirla. La eficacia de la pena y las consecuencias disuasorias que pretende crear en la sociedad pueden verse debilitadas por una disminución excesiva de la pena. En consecuencia, es imperativo que toda regulación procesal de bonificación o recompensa se aplique con cautela y responsabilidad, teniendo presentes los principios de equidad y proporcionalidad del sistema de justicia penal.

Dicho de otra manera, la terminación anticipada, la conclusión anticipada y la confesión sincera permiten una sanción penal rápida y eficiente. Sin embargo, aunque puedan implicar una reducción en la sentencia del acusado, esto no socava la capacidad de la sanción para lograr el objetivo legal y constitucionalmente asignado de prevención especial. El hecho de que estos procedimientos penales hayan reducido el término no resta eficacia a la sanción ni dificulta el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el ordenamiento jurídico.

En cambio, es un beneficio porque, en principio, se debe reconocer que el acusado renuncia a algunas fases del procedimiento judicial o a la oportunidad de presentar pruebas en un juicio abierto al público y contradictorio, lo cual debe tener una recompensa. Como resultado de ello, los casos pueden resolverse de forma rápida y los recursos del sistema judicial pueden gestionarse con mayor eficacia.

Por tanto, la gravedad y reprochabilidad de delitos atroces, como el feminicidio, no justifican, en modo alguno, la supresión de instrumentos de simplificación procesal, como las figuras antes detalladas en este apartado. Estas técnicas, por el contrario, permiten una administración más

rápida y eficiente de las penas, coadyuvando, así, a la prevención de la impunidad de los delitos de feminicidio, sin comprometer la eficiencia de la pena en el cumplimiento de sus fines preventivo-especiales.

Los conceptos de «prevención del delito de feminicidio» y «refuerzo de las sanciones» no deberían considerarse como la imposición de castigos severos que son inevitables, incluso a expensas de la celeridad que proporcionan las medidas de simplificación procesal. Esta estrategia apoyaría los castigos solo como represalias, independientemente de su valor o eficacia para disuadir a que el delincuente deje de cometer estos hechos ilícitos. Esta idea contradice los objetivos del castigo en un Estado de derecho, como el nuestro, en el que la justicia, además de castigar, pretende prevenir y rehabilitar.

En definitiva, es importante destacar que los beneficios procesales, como la terminación anticipada, la conclusión anticipada y la confesión sincera, no solo benefician al acusado, sino que también conducen a la reducción de la carga judicial, la disminución de los costos del proceso, la aceleración en la imposición de la pena, la prevención de la estigmatización moral del acusado y la promoción de actitudes de readaptación por parte del condenado. Por esa razón, es necesario entender que la eliminación de estos beneficios no necesariamente disuade a los feminicidas de cometer este crimen, ya que estos actos delictivos suelen ser motivados por otros factores criminológicos.

5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL

En primer lugar, la confesión sincera tiene como objetivo principal esclarecer los hechos delictivos y premiar la colaboración del acusado cuando este admite su culpabilidad ante las autoridades pertinentes; pero la admisión de los hechos debe estar respaldada con pruebas adicionales para su validación; a cambio, el acusado recibirá una reducción de la pena. Sin embargo, al prohibirse este beneficio en los casos de feminicidio mediante el Decreto Legislativo n.º 1382, que incorpora la inaplicación de la bonificación procesal según el segundo párrafo del artículo 161 del Código Procesal Penal, se estaría limitando ciertos incentivos relacionados con

la confesión sincera. Además, esto podría vulnerar el principio constitucional de igualdad procesal, el cual garantiza que cada acusado tenga los mismos derechos durante cualquier investigación en su contra (Casación n.º 994-2021, Lambayeque).

El Decreto Legislativo n.º 1382 surge con el propósito de proteger a las mujeres; por ello, elimina los efectos de la confesión sincera y la terminación anticipada en casos de feminicidio. No obstante, la aplicación de estas medidas puede ser confusa y en ocasiones arbitraria. Esto se debe, en primer lugar, a que la simple imposición de una pena no garantiza la protección efectiva del bien jurídico, ya que los feminicidas, a menudo, actúan motivados por factores criminológicos como trastornos mentales o problemas psicológicos, sin considerar las consecuencias legales de sus acciones. En segundo lugar, las opciones de confesión sincera y terminación anticipada funcionan como vías para evitar un juicio penal, gracias a su capacidad para agilizar y simplificar el proceso judicial, por lo tanto, la exclusión de estos beneficios para ciertos delitos puede generar descontento en el sistema judicial.

Cabe mencionar que esta medida legislativa impide que el acusado pueda ampararse tanto en la confesión sincera como en la terminación anticipada para reducir su pena, lo que conlleva a que el fiscal tramite dichos casos en un proceso penal largo y tedioso, con una carga probatoria considerable a fin de establecer la culpabilidad del acusado por la comisión de feminicidio, cuando bien estas circunstancias podrían resolverse de manera más expedita si el acusado confesara y solicitara la terminación anticipada, evitando así la prolongación del proceso judicial y el juicio.

Asimismo, es menester señalar que el principio de igualdad procesal prohíbe cualquier forma de discriminación basada en la raza, sexo, idioma, religión, situación económica, afiliación política, entre otros aspectos. Este principio está respaldado por diversos tratados internacionales y forma parte integral de nuestro sistema legal, y es desarrollado en la jurisprudencia y doctrina. Por ello, es crucial reconocer que este principio se considera un derecho humano fundamental que debe ser aplicado en todas las instancias del ordenamiento jurídico peruano (Expediente n.º 1711-2004-AA/TC).

En este contexto, se argumenta que la prohibición del beneficio de la confesión sincera carece de fundamentos objetivos y justificables que contribuyan efectivamente a combatir el delito de feminicidio. Desde la perspectiva del principio de igualdad procesal, se observa que los acusados por feminicidio no cuentan con las mismas oportunidades y condiciones que otros imputados en diferentes casos, lo que hace que su confesión sea irrelevante. En consecuencia, esta medida legislativa puede considerarse como una violación directa a este principio.

Por lo expuesto, es necesario y trascendental resaltar la problemática que genera la prohibición de otorgar la bonificación procesal de la confesión sincera en los casos de feminicidio y el impacto que tiene en el principio constitucional de igualdad procesal. Se cuestiona, firmemente, la restricción de los efectos de la confesión sincera en los delitos de feminicidio, tal como se estipula en el segundo párrafo del artículo 161 del Código Procesal Penal, toda vez que contradice un principio consagrado en la Constitución Política del Perú, el cual debe ser respetado en todo procedimiento penal.

6. CONCLUSIONES

El delito de feminicidio, sin lugar a dudas, es un hecho grave e irremediable, que viene a constituirse en uno de los problemas actuales que tiene el Estado peruano, que busca prevenir, castigar y erradicar este tipo de flagelo. Las estadísticas demuestran que cada vez es mayor el índice del delito de feminicidio, lo que induce a que el sistema penal adopte las medidas correspondientes, específicamente, en el endurecimiento y gravedad de la pena, prohibiendo beneficios penitenciarios como la aplicación del derecho penal premial. Sin embargo, estas medidas legislativas adoptadas en nuestro ordenamiento jurídico no han resultado ser las más eficaces, pues el índice del delito de feminicidio sigue en aumento.

La confesión sincera, como figura parte del derecho penal premial, resulta ser una medida ingeniosa y productiva en el rol del Ministerio Público, esto es, en la averiguación del hecho ilícito, toda vez que mediante esta figura se incentiva que el acusado de un delito contribuya con la

administración de justicia, al admitir o confesar la comisión del delito, razón por la cual el Estado peruano le premiará con la reducción de su pena. Sin embargo, la existencia de la confesión sincera no es simplemente una herramienta favorable para el acusado, sino para el Estado peruano y para la propia víctima.

Se alega que la confesión sincera contribuye al logro de los intereses de la víctima, en principio, porque tendrá una respuesta más oportuna y rápida de la administración de justicia, y, además, porque dicha respuesta será positiva, toda vez que el acusado admitirá los cargos atribuidos en su contra, lo cual evitará la impunidad de delitos tan graves, como el de feminicidio. Por otra parte, esta figura premial es acorde al principio de economía procesal, ya que, si el imputado confiesa y admite su responsabilidad penal, se estaría evitando la continuación engorrosa de un proceso penal, y, por ende, se aminorarían los gastos económicos en los que incurren las partes procesales.

Además, cabe recalcar que la tramitación de un caso por todas las etapas del proceso común es un gran costo en el que incurrirán no solamente las partes procesales, sino también el mismo Estado peruano, toda vez que tendrá que movilizar todos sus recursos humanos y logísticos para brindar una solución al respecto. Por tanto, no resulta coherente que se prohíba la aplicación de la confesión sincera en el delito de feminicidio. Si bien se trata de un delito grave que atenta contra bienes jurídicos valiosos para la sociedad, como es la vida de la mujer, la aplicación de aquella figura penal no es contraria a lo estipulado por la Constitución, sino todo lo contrario, pues se brindaría una justicia oportuna y se evitaría la impunidad del victimario.

REFERENCIAS

- Cafferata, J. (2001). *La prueba en el Proceso Penal con especial referencia a la Ley n.º 23894*. Desalma.
- Cantaro, E. (2023). *Derrotabilidad de la norma y terminación anticipada en procesos de violación sexual en los Juzgados Penales Colegiados de*

- Huánuco, 2022 [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional Hermilio Valdizán]. <https://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13080/8884/TD00251C25.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Condori, G. M. y Quispe, J. L. (2023). *La conclusión anticipada en la Ley 30838 y el derecho de igualdad ante la ley en los procesos del delito de violación sexual en la actividad procesal en el Distrito Judicial de Cusco sede Sicuani* [Tesis de licenciatura, Universidad Andina del Cusco]. https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/5737/Guillermo_Johrdy_Tesis_bachiller_2023.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 4: Derechos Humanos y Mujeres*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf>
- Juárez, L. Z. y Siancas, S. S. (2023). *La prohibición de reducción de pena por confesión sincera en el delito de feminicidio y el principio constitucional de igualdad procesal*. [Tesis de licenciatura, Universidad Privada del Norte]. <https://hdl.handle.net/11537/34873>
- Manco, Y. (2012). La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano. *Estudios de Derecho*, 69(153), 187-214. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.14146>
- Mondragón, M. E. y Perales, J. L. (2017). *La confesión sincera en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República* [Tesis de licenciatura, Universidad Autónoma del Perú]. <https://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13067/409/MONDRAGON%20CHIRIMIA%20MARIO%20-%20PERALES%20GONZALES%20JAIMES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Mosquera, M. A. (2018). *La confesión sincera y su relación con los criterios de oportunidad en el marco del Código Procesal Penal en los Juzgados de Investigación Preparatoria de la ciudad de Huaraz en el periodo 2012-2013* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Santiago Antúnez

- de Mayolo]. https://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/3267/T033_40996397_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ramírez, P. F. (2019) *Feminicidio: relación de la condición de género con el aumento de mujeres en el último quinquenio frente a las acciones del Estado de Costa Rica* [Tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica]. <https://ts.ucr.ac.cr/downloads/feminicidio-relacion-de-la-condicion-de-genero-con-el-aumento-de-muertes-de-mujeres-en-el-ultimo-quinquenio-frente-a-las-acciones-del-estado-en-costa-rica/>
- Reyna, L. M. (2006). *La confesión del imputado en el proceso penal*. Jurista Editores.
- Rojas, E. (2022). *La conclusión anticipada en delitos de violación sexual y los principios procesales constitucionales, Huancayo, 2018-2021* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Hermilio Valdizán]. <https://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13080/8055/PCP00256E92.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Valderrama, D. (2021, 26 de julio). Derecho penal premial: confesión sincera y terminación anticipada. Bien explicado. *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/confesion-sincera-terminacion-anticipada/>
- Villar, L. E. (2021). *La inconstitucionalidad de la prohibición de la terminación anticipada y la conclusión anticipada, en los delitos de violación sexual de menores*. [Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Continental]. https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/8753/4/IV_FDE_312_TE_Villar_Morales_2021.pdf
- Zúñiga, D. P. (2010). *La figura del colaborador eficaz dentro del derecho penal premial y su regulación en la legislación guatemalteca* [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad de San Carlos de Guatemala]. http://www.biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8555.pdf

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Casación n.º 994-2021, Lambayeque (2023). Corte Suprema de Justicia de la República (28 de febrero de 2023). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/08/Casacion-994-2021-Lambayeque-LPDerecho.pdf>

Expediente n.º 1711-2004-AA/TC (2005). Tribunal Constitucional (30 de noviembre de 2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01711-2004-AA%20Resolucion.html>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

La autora declara no tener conflictos de intereses.

Contribución de autoría

La contribución de la autora, en el presente artículo, consistió en lo siguiente: (i) recojo, adquisición, análisis e interpretación de datos para el trabajo; concepción y diseño del trabajo; (ii) redacción del trabajo y revisión crítica del contenido intelectual importante; (iii) aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

La autora agradece los alcances brindados por los colegas de la Corte Superior de Justicia de Huánuco.

Biografía de la autora

Rocío Angélica Marín Sandoval es abogada, graduada y titulada en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco (UNHEVAL). Asimismo, es magíster en Derecho Civil y Comercial por la misma universidad. Actualmente, es Jueza Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Huánuco.

Correspondencia

rmarin@pj.gob.pe



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 9, enero-junio, 2024, 159-188

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i9.854

El maltrato y discriminación contra la mujer transexual en el Perú y su derecho fundamental a la salud y el trabajo

Abuse and discrimination against transsexual women in Peru and
their fundamental right to health and work

Abuso e discriminação contra mulheres transexuais no Peru e seu
direito fundamental à saúde e ao trabalho

VÍCTOR RAÚL JESÚS RAMÍREZ BERNAL
Corte Superior de Justicia de Huánuco
(Huánuco, Perú)

Contacto: victor.jesus.ramirez712@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-5131-119X>

RESUMEN

El objetivo de la investigación es demostrar que, en el Perú, la falta de reconocimiento de la identidad de género en el Documento Nacional de Identidad (DNI) de la mujer transexual genera maltrato y discriminación, además de vulnerarse su derecho a la salud y al trabajo. La presente investigación aborda el problema de que el Estado peruano se niegue a reconocer a la mujer transexual respecto a la identidad de su género. Se desarrollará la base normativa y teórica en que se sustenta el maltrato y discriminación de la mujer transexual, así como el análisis de la falta de

salud y trabajo. La metodología aplicada en esta investigación se fundó en el análisis de documentos legales y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales. El objetivo de la presente investigación es identificar si existen problemas referentes al derecho a la salud y al trabajo que afecten a las mujeres transexuales. La conclusión es que, en nuestra sociedad peruana, existe una ideología heteronormativa que conlleva al rechazo y limita el enriquecimiento de nuestro ordenamiento jurídico, en comparación con otros países. Se recomienda implementar procedimientos en el área legal y administrativa del Estado peruano, correspondientes a tramitar, con mayor celeridad y eficiencia, la solicitud del cambio de género en el DNI.

Palabras clave: maltrato; violencia; género; discriminación; salud y trabajo de las mujeres trans.

Términos de indización: derecho; derechos humanos; igualdad de género; violación de derechos humanos; igualdad de oportunidades (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The objective of the research is to demonstrate that, in Peru, the lack of recognition of gender identity in the National Identity Document (DNI) of transsexual women generates abuse and discrimination, in addition to violating their right to health and safety job. The present investigation addresses the problem that the Peruvian State refuses to recognize transsexual women regarding their gender identity. The normative and theoretical basis that supports the mistreatment and discrimination of transsexual women will be developed, as well as the analysis of the lack of health and work. The methodology applied in this research was based on the analysis of legal and jurisprudential documents, both national and international. The result of this research is to identify if there are problems regarding the right to health and work that affect transsexual women. The conclusion is that, in our Peruvian society, there is a heteronormative ideology that leads to rejection and limits the enrichment of our legal

system, compared to other countries. It is recommended to implement procedures in the legal and administrative area of the Peruvian State, corresponding to processing, with greater speed and efficiency, the request for gender change in the DNI.

Key words: abuse; violence; gender; discrimination; health and work of trans women.

Indexing terms: right; human rights; gender equality; violation of human rights; equal opportunities (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O objetivo da pesquisa é demonstrar que, no Peru, a falta de reconhecimento da identidade de gênero no Documento Nacional de Identidade (DNI) das mulheres transexuais gera abusos e discriminação, além de violar o seu direito à saúde e à segurança no trabalho. A presente investigação aborda o problema da recusa do Estado peruano em reconhecer as mulheres transexuais quanto à sua identidade de gênero. Serão desenvolvidas as bases normativas e teóricas que sustentam os maus tratos e a discriminação das mulheres transexuais, bem como a análise da falta de saúde e de trabalho. A metodologia aplicada nesta pesquisa baseou-se na análise de documentos legais e jurisprudenciais, nacionais e internacionais. O resultado desta pesquisa é identificar se existem problemas quanto ao direito à saúde e ao trabalho que afetam as mulheres transexuais. A conclusão é que, em nossa sociedade peruana, existe uma ideologia heteronormativa que leva à rejeição e limita o enriquecimento do nosso sistema jurídico, em comparação com outros países. Recomenda-se a implementação de procedimentos na área jurídica e administrativa do Estado peruano, correspondentes ao processamento, com maior celeridade e eficiência, do pedido de mudança de gênero no DNI.

Palavras-chave: abuso; violência; gênero; discriminação; saúde e trabalho de mulheres trans.

Termos de indexação: direito; direitos humanos; igualdade de gênero; violação dos direitos humanos; igualdade de oportunidades (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 11/09/2023

Revisado: 13/05/2024

Aceptado: 22/05/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

Respecto a los derechos de las personas LGBT, la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2012), indica lo siguiente:

En el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en Ginebra, se está desarrollando un debate sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero. Los debates en el Consejo centran la atención política en las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de las normas internacionales de derechos humanos, a fin de que aborden esas cuestiones con medidas legislativas y de otra índole [...]. En junio de 2011, el Consejo adoptó la resolución 17/19, la primera resolución de las Naciones Unidas relativa a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. La resolución fue aprobada por un margen estrecho, pero es importante mencionar que recibió el apoyo de miembros del Consejo de todas las regiones. Su aprobación abrió el camino al primer informe oficial de las Naciones Unidas sobre ese tema, preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (p. 7)

El informe de la Alta Comisionada presentó pruebas de una pauta sistemática de violencia y discriminación dirigida contra personas de todas las regiones en razón de su orientación sexual e identidad de género, desde discriminación en el trabajo, en la atención de la salud y en la educación, hasta la tipificación penal y los ataques

físicos selectivos, incluso asesinatos [...]. Al presentar el informe al Consejo al comienzo de ese debate, la Alta Comisionada Navi Pillay exhortó a los Estados a que ayudaran a escribir un nuevo capítulo en la historia de las Naciones Unidas dedicado a poner fin a la violencia y la discriminación contra todas las personas, cualquiera que sea su orientación sexual e identidad de género [...]. La obligación jurídica de los Estados de salvaguardar los Derechos Humanos de las personas LGBT e intersexuales está bien establecida en las normas internacionales de derechos humanos, con fundamento en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los tratados internacionales de derechos humanos concertados posteriormente. (p. 8)

La ficha de datos *Refugio y Asilo* (ONU, 2014) precisa:

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), así como algunos países de asilo, ha reconocido que puede considerarse que las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT) e intersexuales «pertenecen a determinado grupo social» [...]. No obstante, numerosos países no reconocen a las personas LGBT e intersexuales como un grupo social determinado, ni contemplan las solicitudes de estatuto de refugiado basadas en la persecución relacionada con la orientación sexual, la identidad sexual y la condición de intersexual [...]. Además, el temor a la violencia, la detención, la marginación y la discriminación sistemática pueden llevarlos a ocultarse o impedir que se acepten como son o que revelen su orientación sexual y su identidad sexual a los funcionarios. (p. 1)

Las personas con una orientación sexual, identidad sexual o expresión de género que se aparte de los cánones imperantes pueden ser víctimas de discriminación, rechazo y violencia en la comunidad o la familia. En numerosos países, las autoridades del gobierno acosan activamente, discriminan y detienen arbitrariamente a las personas LGBT por su orientación sexual o su identidad sexual [...]. En

algunos países, las personas transgénero también pueden ser objeto de sanciones penales [...]. En numerosos países, la protección frente a la persecución relacionada con la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género o la condición de intersexual no está integrada ni en las políticas, ni en las directrices ni en los procesos de asilo [...]. Los prejuicios pueden llevar a algunos a creer que el maltrato de estas personas no se considera persecución, o a tratar a los refugiados y los solicitantes de asilo LGBT e intersexuales con poco respeto. (p. 2)

La ONU (2015) señala que los Estados parte tienen la obligación de respetar las leyes internacionales, es decir, prohibir la discriminación hacia la comunidad LGBT; garantizar y reconocer legalmente la identidad de las mujeres transexuales en cuanto a su género, sin requerirles condiciones exageradas; y luchar en contra de los prejuicios que toda sociedad tiene respecto a la persona transexual; entre otras importantes garantías.

El Instituto Antígona (2008) señala que, en Brasil, los derechos de las personas transexuales se abordan de forma similar a la tendencia internacional, sin embargo, con un retraso de más de dos décadas en lo referente a otros países. La primera regulación brasileña, que tuvo lugar en el año de 1997, autorizó la práctica médica (hormonal y quirúrgica) para el «cambio del sexo» en el título de investigación (p. 2).

Hasta entonces, las intervenciones médicas para el cambio del sexo eran consideradas éticas y legalmente reprobables, pudiendo el doctor ser condenado por crimen de violación grave del cuerpo, dificultando el reconocimiento judicial de la alteración del nombre y del sexo en el registro civil. Todavía no existe una ley federal específica que regule la alteración legal de la identidad sexual para la identidad de género, y la modificación del nombre y del sexo (estado civil) viene siendo determinada caso a caso. (p. 2)

Casos en Brasil. La persona transexual demanda, a través del poder judicial, la alteración de su identidad civil, de modo que ésta sea consistente con la identidad de género vivida. Existen, básicamente, dos tipos de acciones judiciales: las de la gente que se ha sometido ya al tratamiento para el cambio del sexo, incluyendo la cirugía del cambio de sexo y las de personas que llevaron a cabo transformaciones corporales parciales [...]. La modificación de la identidad civil, que se considerará una etapa imprescindible para el éxito del tratamiento del trastorno de la identidad sexual, se admite solamente, sin embargo, cuando la persona ya realizó la cirugía del transgenitalización. O sea, es decir, que en Brasil no se cuenta con la admisión pura y simple del derecho a la identidad de género como construcción social de la subjetividad personal, o, como ejercicio de la autonomía. En esta dirección, [se] puede decir que tanto las decisiones judiciales favorables cuanto no favorables [...] utilizan argumentos de la orden del determinismo biológico. (p. 3)

Consideraciones Finales. El avance principal en el tratamiento de la cuestión de la identidad de género es el reconocimiento del derecho de la persona transexual al acceso a las transformaciones corporales, como derecho [a la] salud a ser prestado por el Estado de forma gratuita. Todavía solo es posible el acceso al servicio con un diagnóstico de trastorno mental. En Brasil no existe el reconocimiento de la identidad de género, o de la libertad de decidir sobre su propio cuerpo. Además, la identidad civil exige una transformación en el cuerpo. (p. 4)

El informe n.º 175 de la Defensoría del Pueblo (2016) señala:

La discriminación es un tema transversal que representa la raíz del problema cuando hablamos del ejercicio de derechos por parte de la población LGBTI. Generalmente se sustenta en prejuicios, estereotipos y estigmas en torno a su orientación sexual e identidad de género. Hay que tener en cuenta que siempre que se discrimina a

una persona se afecta también otro derecho [...]. Conforme lo señala el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las personas LGBTI experimentan discriminación en muchos y variados aspectos de la vida cotidiana. Sufren discriminación en la forma de leyes y prácticas que tipifican la homosexualidad, leyes antipropaganda, que restringen el debate público acerca de la orientación sexual e identidad de género para proteger a la sociedad, dificultades en el acceso a la vivienda o expulsión de la misma debido al hostigamiento de los vecinos, limitaciones en el acceso al trabajo o goce de prestaciones laborales y beneficios (pensiones, licencia parental, seguros médicos), dificultades en las atenciones de salud, entre otros. (p. 28)

El derecho a la identidad ha sido reconocido como un derecho humano tanto en el ordenamiento jurídico internacional como en el nacional. Como tal es de carácter universal, inalienable, intransferible e irrenunciable y genera un vínculo formal por el cual el Estado queda obligado a protegerlo ante cualquier situación u omisión que lo amenace. También genera obligaciones a los ciudadanos y ciudadanas como integrantes de la sociedad. Dado que permite que las personas puedan ser reconocidas e individualizadas tal y como son y se sienten, ha sido definido como «el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad». «[N]o es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal». (pp. 93-94)

A lo antes descrito, se puede inferir que las personas trans en el Perú tienen problemas de acceso a un trabajo digno y a la salud sea pública o privada. Al no poder desarrollarse o proyectarse como personas trans, se genera un grave perjuicio a sus derechos fundamentales. Por el contrario, el Estado debería ser el primero en brindar las facilidades a todos los ciudadanos que lo integran, sin discriminación solo por ser un

porcentaje de la población minoritaria. Además, nuestra sociedad peruana sufre de estereotipos, machismo y prejuicios que hacen aún más daño a la comunidad LGBTI.

Mediante sentencia recaída en el Expediente n.º 2273-2005-PHC/TC (2006), el Tribunal Constitucional Peruano precisó lo siguiente:

El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse. (Fundamento 15)

Se advierte un avance positivo de nuestra jurisprudencia nacional sobre el derecho que gozan las personas trans. Se entiende al individuo no solo de manera cromosomática o anatómica, sino también como un ente social, psicológico y registral.

Mediante sentencia recaída en el Expediente n.º 00139-2013-PA/TC (2014), el mismo Tribunal señaló:

Es claro que no identificarse con el sexo biológico masculino o *sentirse* del sexo femenino, hace alusión a una «*patología*» (como ella misma le llama) psicológica, como lo prueba, además, según ella manifiesta, haber sido sometida a una «*evaluación minuciosa*», de orden psicológico para diagnosticarle «*transexualismo*». (Fundamento 10)

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 00139-2013-PA/TC (2014), en su fundamento 30, hace hincapié precisando que la realidad científica predomina sobre la realidad psicológica, toda vez que prima lo cromosomático o biológico, al definir el sexo de una persona, el mismo que resulta inasequible según la ciencia. Además, nuestro ordenamiento jurídico hace diferencia en los sexos según su naturaleza.

De esta manera, se generó un atraso en la administración de justicia y al avance de nuestra jurisprudencia nacional, que desconoció los derechos de la mujer transexual. Luego, mediante sentencia recaída en el Expediente n.º 06040-2015-PA/TC, el mismo Tribunal resolvió que lo establecido en la Sentencia n.º 00139-2013-PA/TC debe ser jurisprudencialmente no vinculante.

Queda claro que el Tribunal Constitucional se contradice en sus resoluciones. Inicialmente, considera al individuo como un ente social, además de cromosomático. Luego, valora al individuo como un ente enfermo del que solo tiene en consideración el sexo biológico. Finalmente, determina que lo antes señalado como jurisprudencia vinculante deje de serlo, ya que no solo debe considerarse a la persona desde el punto de vista biológico.

De otro lado, mediante Opinión Consultiva OC-24/17 (2017), se precisó que del informe realizado por el Comité Internacional se entiende que los principios de los derechos fundamentales desarrollados por la OEA tienen naturaleza autodeterminativa de la información, así como a la no prohibición de los datos personales y protección a la vida, entre otros, por lo que, en aras de cumplir con las disposiciones internacionales sobre los derechos de las mujeres trans, los Estados parte deben velar y proteger la salud mental y corporal de las personas que se autoperciben con una identidad diferente de la identidad con la que nacieron, sin generarles obstáculos, ni someterlos a cumplir requisitos abusivos. (p. 58)

Se debe precisar que, en dicha opinión consultiva, se establecen obligaciones estatales respecto de los derechos derivados del cambio de nombre y de la identidad de género de las mujeres transexuales, lo que resulta vinculante para el Perú. Esta opinión contiene recomendaciones sobre procedimientos enfocados en una adecuación integral sobre la percepción de la identidad género. Asimismo, debe basarse en que la mujer trans tiene el conocimiento y la libertad de expresar su consentimiento, sin que se le exijan requisitos potencialmente irrazonables o de contenidos patológicos. Por lo tanto, este procedimiento debe ser expeditivo no solo dentro de lo jurisdiccional, sino también accesible a nivel administrativo.

El Proyecto de Ley n.º 790/2016-CR (2016) precisó que, cumplidos los requisitos, no es necesario realizar un trámite judicial o administrativo previamente, ya que, una vez notificada la persona a cargo del Registro Civil, de oficio, debe realizar la rectificación del sexo y nombre en la partida de nacimiento de la persona solicitante, debiendo expedirse una nueva partida que la identifique realmente autopercibida. (p. 3)

De lo antes descrito, resulta importante señalar que, sobre la base de nuestra legislación nacional, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 8097-2018 (2020), el Colegiado resolvió ordenar al Reniec poner en marcha un procedimiento administrativo, según lo dispuesto en la Opinión Consultiva OC-24/17 de la CIDH, y, además, informar a la judicatura sobre los avances realizados. Asimismo, ordenó a EsSalud cumplir con adecuar su *software*, a fin de no prohibir a la persona trans la atención de salud. (p. 51)

Sobre lo resuelto, dicho Colegiado ha analizado la vulneración a la identidad de las personas trans sobre su género, libertad de desarrollo y salud. Como resultado, se ha ordenado a la Reniec implementar un trámite administrativo que ayude, sin mayor burocracia, al cambio de sexo, nombre e imagen, de acuerdo con lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, expresado en el documento n.º OC-24/17. Asimismo, se ha ordenado a EsSalud implementar un *software* que no discrimine a las personas trans.

Cabe señalar que la R. A. n.º 000198-2020-CE-PJ resolvió en su artículo tercero implementar las Reglas de Brasilia en el programa de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad. Dicha implementación debe realizarse en coordinación con la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial, la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, el Programa Presupuestal 0067-Celeridad en los Procesos Judiciales de Familia, y la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena, de acuerdo con sus competencias. El objetivo es adicionar como vulnerables a aquellas personas que, por su orientación sexual, se definen o se identifican físicamente como mujer.

Como sostienen Tello y Calderón (2019), «son causa de vulneración de acceso a la justicia las acciones o conductas discriminatorias y de violencia hacia las personas por motivo de su orientación o identidad sexual» (p. 205).

Asimismo, mediante el D. L. n.º 1323-2017, nuestra legislación peruana, en aras de fortalecer la lucha contra el maltrato de familia y de género, y, además, contra el feminicidio, realiza modificaciones en el artículo 46 inciso 2 literal d) y en el artículo 323 del Código Penal. Incorpora a su contenido literal los conceptos referentes a la orientación sexual, a la identidad de género, y propiamente al sexo, a fin de salvaguardar a las mujeres trans y, por ende, evitar la discriminación e incitación al maltrato.

De otro lado, respecto al proceso Duque vs. Colombia-2016, dicha sentencia ha previsto, al igual que la opinión consultiva, exigir a los Estados parte que cumplan con implementar, establecer y defender los derechos de las mujeres trans. Las medidas son necesarias para garantizar la protección y evitar la vejación de las personas trans debido a su decisión sexual o por cómo se identifican estas según su género. Se debe tener la plena seguridad de que socialmente la mujer trans tendrá acceso a que el Estado la proteja, pero no será suficiente la protección contra el maltrato y discriminación, sino que también se debe procurar su derecho al trabajo y a la salud.

Por lo tanto, si, en el Perú, se permitiera a las mujeres trans cambiar no solo su nombre, sino también su sexo, tanto en su partida de nacimiento, como en su documento de identidad, para que se les trate como tales, se evitaría que fueran víctimas de innumerables discriminaciones y actos de violencia por parte de diversas personas, entre ellas autoridades y vecinos, quienes generan nefastos efectos en sus vidas y vulneran derechos inherentes relacionados a su identidad, trabajo y salud, ya que su sexo físico (masculino) no se condice con su sexo psicológico (femenino). La disforia de género no es una situación que debe ser sancionada por la sociedad y menos por el derecho. Este debe recoger dicha realidad y dar una solución que proteja los derechos fundamentales de las mujeres transexuales; por lo que resulta importante que se acceda al cambio de

sexo y nombre en su documento de identidad, y que se reconozca con ello, a dichas personas, que también gozan de derechos al igual que todo ser humano, para que tengan la posibilidad de desarrollarse con libertad en la sociedad y con el plan de vida que han elegido.

2. LA IDENTIDAD DE LA MUJER TRANSEXUAL

La ONU (2016) ha precisado que la identidad de género reemplaza la forma personal interna del individuo, conforme va experimentando día a día. Las personas trans generalmente se identifican como un género distinto, por tener apariencia diferente del género con el que nacieron, ya que este sector de la comunidad LGBTI se identifica como mujer. Sin embargo, el Estado las viene clasificando como hombres, por ser su género biológico. Las mujeres trans suelen someterse a una cirugía de reasignación sexual, para luego recurrir a múltiples tratamientos hormonales para alcanzar una figura femenina y sentir una satisfacción emocional y psicológica de identificarse conforme se autoidentifican.

De igual manera, la opinión consultiva OC-24/17 (2017) explica:

Las personas LGBTI también sufren de discriminación oficial, en la forma de leyes y políticas estatales que tipifican penalmente la homosexualidad, les prohíben ciertas formas de empleo y les niegan acceso a beneficios, como de discriminación extraoficial, en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios, incluso en el trabajo, el hogar, la escuela y las instituciones de atención de la salud. Por ejemplo, todavía existen varios Estados de la región en los que se criminalizan las relaciones sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo en privado, lo cual ha sido considerado por esta Corte y por diversos órganos de protección del derecho internacional de los derechos humanos como contrario al derecho internacional de los derechos humanos por violar los derechos a la igualdad y no discriminación, así como el derecho a la privacidad. Aunado a ello, este tipo de normas repercuten negativamente en la calidad de los servicios de salud, disuaden a las personas de recurrir a esos servicios,

y pueden llevar a que se deniegue la atención o a que no existan servicios que respondan a las necesidades sanitarias específicas de las personas LGBTI e intersexuales [...]. La Corte no omite hacer notar que la discriminación contra las personas LGBTI a menudo se ve exacerbada por otros factores tales como el sexo, el origen étnico, la edad, la religión, así como por factores socioeconómicos como la pobreza y el conflicto armado. Esas múltiples formas de discriminación pueden tener efectos a nivel individual, pero también en el plano social, ya que las personas LGBTI que ven vedado su acceso a derechos básicos como el trabajo, la salud, la educación y la vivienda viven en situaciones de pobreza, privadas de toda oportunidad económica. Es así como, según ha sido constatado por el ACNUDH, las tasas de pobreza, la falta de un hogar y la inseguridad alimentaria son más elevadas entre las personas LGBTI. (pp. 24-26)

Es importante que cada Estado parte o sociedad, garantice y respete el desarrollo personal de cada mujer trans, debiendo tratárseles con el debido respeto por cómo se muestran ante una sociedad prejuiciosa, sin limitaciones, más de las ya impuestas a cualquier persona. Por ello, el desarrollo personal de la persona frente al Estado se muestra legítimamente exteriorizando la forma en que esta se ve, y sus convicciones doctrinarias; por lo que la identidad de su género forma parte esencial para el plan que tiene sobre su vida. En ese sentido, reconocer la identidad de la mujer trans sobre la base de su género se encuentra correlacionado según su sexo y a la construcción de su identificación elegida libremente, que se obtiene como resultado del goce a su derecho de libre desarrollo y a la autonomía personal, sin que deba ser transgredida por el único razonamiento de considerarse a la persona como un ente cromosómico, sino también debe ser considerada como una persona eminentemente social. De esa manera, la identidad y el sexo se construyen en el tiempo de desarrollo que tiene cada persona dentro de la sociedad. A lo antes señalado, la Corte analiza que la identidad en cuanto al género es una característica que se construye e identifica a la persona; en consecuencia, el Estado parte tiene la responsabilidad de velar por los derechos de las mujeres trans, incorpo-

rando las garantías de acceder a un trabajo digno y ser tratadas conforme corresponda cuando concurren a un centro de salud. (pp. 46-48)

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos menciona que la comunidad LGBTI, integrada por la mujer trans, es discriminada por la manera como se autopercibe. Esta es contraria a cómo se identifican las mujeres trans con su documento de identidad, lo que genera que sus posibles empleadores y los trabajadores del sistema de salud las discriminen y les nieguen el acceso a un trabajo y a una atención digna de salud sin estereotipos de género. Ello repercute en que dichas personas no puedan acceder a un ingreso económico para pagar vivienda y salud. De ello se deduce, claramente, que el Estado peruano no está ejecutando políticas públicas para mejorar la situación de las personas trans.

Asimismo, el Informe Temático n.º 2 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019) precisó que la dignidad de la persona y la forma cómo percibe su identidad están relacionadas con el derecho a identificarse conforme se reconoce frente a la sociedad. Por lo tanto, debe entenderse que goza del derecho a individualizarse en función a sus características personales, que son de carácter visual, además de componentes como su nombre, herencia, registro, seudónimo, entre otras características que se observan físicamente; y otros referentes a su desarrollo personal, considerados subjetivamente, como son la ideología, su identidad cultural, sus valores y su reputación. Desde la óptica de la Corte, se reconoce a la persona transexual no solo desde la perspectiva basada en características objetivas, sino también en lo subjetivo, que está basado en una característica de la autoconciencia frente a los demás. En definitiva, así se relacionan dignidad e identidad.

De igual manera, el Informe n.º 175 (Defensoría del Pueblo, 2016) señaló a las personas transgénero como entes que gozan de derechos y que deben ser legalmente reconocidos por los Estados parte. Asimismo, estas personas deben ser respetadas conforme se identifican y a las características que visualmente se perciben; tienen derecho a ser percibidas por la comunidad y la nación que las vio nacer, conforme se sienten y se reconocen. Dicho de otra manera, el Estado peruano debe desarrollar

mecanismos importantes desde su institucionalidad, así como aprobar leyes que garanticen los derechos y la no discriminación de las mujeres trans, ya que la identidad sobre su género no debe ser abusivamente obligada. Se parte del más importante elemento sobre cómo se identifica la persona: la autoconstrucción social.

3. NORMATIVIDAD DEL MALTRATO Y DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER TRANSEXUAL

El Informe n.º 175 (Defensoría del Pueblo, 2016) señaló la normatividad internacional sobre los derechos humanos. En esta, tomó como base los principios a los que toda persona debe recurrir cuando sus derechos se encuentran transgredidos por la desigualdad ante la ley y el no reconocimiento de los mismos, lo cual genera discriminación. Por esa razón, los artículos 1 y 2 de la Declaración de los Derechos Humanos, el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos suscritos por el Estado peruano, consistentes en un conglomerado de normas internacionales, muestran como principal naturaleza la consonancia con la igualdad y la no discriminación, a fin de tutelar los derechos de las personas transgénero.

Asimismo, el Informe n.º 175 (Defensoría del Pueblo, 2016) precisó que el artículo 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrolla la necesidad que los Estados parte tienen a fin de resguardar y garantizar los derechos fundamentales de las mujeres trans. Además, no deben ser discriminadas a razón de su orientación sexual ni por cómo se autoperciben, por haber nacido de forma diferente a cómo se sienten.

Finalmente, en el Informe n.º 175 (Defensoría del Pueblo, 2016) se señaló que, en el año 2012, el Comisionado de las Naciones Unidas publicó un estudio importante, en el que se abordó la identidad y la forma como se percibe la mujer trans, en concordancia con las normas de carácter internacional sobre derechos humanos. En ese documento, precisó cinco características jurídicas que los Estados parte deben acatar: 1) Proteger

al transexual frente a la violencia en su contra por parte de personas homofóbicas; 2) Prevenir los maltratos que tengan connotación de tortura y sean inhumanos; 3) Prohibir todo tipo de discriminación que se genere basándose en su orientación sexual y en la manera en cómo se identifique según su género, entre otros.

De otro lado, en el Informe n.º 175 (Defensoría del Pueblo, 2016), se detalló que en el artículo 1 de la Constitución se prevé el derecho a la dignidad, al establecerse literalmente que: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Asimismo, el Tribunal Constitucional precisa que la dignidad de la persona es madre de todos los derechos fundamentales de los que goza todo individuo. Por esa razón, la eficacia de valor del ser humano es obtenida por intermedio de velar diferentes derechos.

De igual manera, el trámite procesal de la Constitución, en su inciso 1 del artículo 44, reconoce la orientación sexual, respecto a los derechos que se protegen mediante proceso de amparo, en nuestra legislación nacional peruana.

Finalmente, en el informe mencionado anteriormente, se ha señalado que toda norma referente a derechos y libertades que nuestra legislación reconoce es concordante con la Declaración de Derechos Humanos, y con los tratados y acuerdos de carácter internacional sobre las mismas materias que fueron refrendadas por el Perú.

De otro lado, la ONU (2016) señala que todas las personas tienen derecho a desarrollarse libremente, sin discriminación. Aquellas personas que, por motivos de selección sexual, se determinan con las características de una persona transgénero también deben ser respetadas. Este derecho a desarrollarse libremente se encuentra protegido por el artículo 2 de la Declaración de Derechos Humanos, al igual que por los tratados internacionales destinados a velar por los derechos humanos. De igual manera, el artículo 7 de la precitada Declaración prevé que todo ser humano en el mundo es igual ante la ley, por lo que tiene derecho a ser protegido de igual forma y con el mismo ahínco que se protege a las demás personas.

Ahora, en el Perú, el Congreso de la República pretende debatir y posteriormente examinar la aprobación del Proyecto de Ley n.º 790/2016-CR (2016), por lo que afirma que se debe reconocer el derecho a la identidad de género:

Toda persona es igual en dignidad y derechos, con pleno reconocimiento de su identidad de género. Nadie debe ser objeto de discriminación, acoso, penalización o denegación de servicios por motivo de su identidad de género. Toda persona tiene derecho a: 1) Reconocimiento legal de su identidad de género. 2) Respeto de la identidad autopercibida y las expresiones de género. 3) Libre desarrollo de la personalidad conforme a la identidad de género. 4) La protección y reconocimiento de su identidad de género. 5) A un trato digno y por ende respetuoso de su identidad de género en todas las etapas de su vida. (p. 1)

4. BASE TEÓRICA DEL MALTRATO Y DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER TRANSEXUAL

Tello y Calderón (2019) señalan, respecto a los Derechos Humanos de los que gozan las mujeres trans, en qué sectores de la ciudadanía de cada Estado parte la comunidad transgénero ha sido sometida por años al maltrato y discriminación; asimismo, indican que, a la fecha, siguen sometidas a dichos vejámenes, circunstancias que, sin lugar a duda, vulneran derechos humanos protegidos internacionalmente. Al respecto, la ONU ha señalado que la violencia contra la comunidad LGBTI es considerada como tal al identificarse a un tercer género, hecho que impulsa al agresor a maltratar a quien se considera diferente por elección de su género.

La ONU (2016) señaló que el género de identidad y los caracteres sexuales no deben ser discriminatorios. Por lo tanto, resulta una importante medida respetar y proteger, mediante las leyes que el Estado parte tiene la responsabilidad de suscribir, para así orientar iniciativas respecto

de otras leyes en la misma línea de protección. De igual manera, se orienta a las políticas de gestión para que las autoridades pongan mayor interés sobre el problema analizado. Asimismo, tanto la Constitución de Bolivia como la de Malta incorporan, en sentido abstracto, la orientación según su género, para generar conciencia de la lucha contra el maltrato y la discriminación. Por su parte, la Constitución de Ecuador, así como la de Sudáfrica, prevén la orientación según su género de manera expresa.

Adrián Lengua (2018) indica que, referente a la jurisprudencia internacional sobre el derecho a la identidad, la Corte señala que los Estados parte garanticen a la comunidad trans el derecho a registrar el nombre que por elección decidan cambiar, así como su sexo. No debe existir la imperiosa necesidad de implementar restricciones que solo vulneran sus derechos, y debe existir la posibilidad de mantener sus apellidos.

Asimismo, Lengua (2018) indica que el Tribunal de Europa sobre los Derechos Humanos reconoce lo importante que es registrar la información que necesariamente identifica a la persona. Asimismo, resalta que la política de los Estados parte se equivoca en su imperiosa necesidad de resguardar de manera excesiva el derecho a cómo se identifica cada persona, al momento de no acceder y no reconocer los derechos inherentes a las personas trans, cuando estas solicitan la rectificación de los datos en el documento que las identifica, y les exigen requisitos arbitrarios o carentes de razonabilidad.

Al respecto, el documento consultivo OC-24/17 (2017) señala que debe respetarse el concepto de igualdad referente al género de la persona, a quien no se debe discriminar, puesto que la dignidad es inherente al ser humano. Si se consideran como superiores a determinados grupos sociales, y se les trata con ciertos privilegios, se calificaría a la comunidad trans como inferior. Los Estados que conforman las naciones llamadas a proteger los derechos fundamentales no deben realizar acciones que violen derechos de un determinado grupo social que siente diferente. Por lo que, en las diferentes sentencias de la Corte, se ha señalado que los principios fundamentales a la igualdad y, sobre todo, a la no discriminación, han sido incorporados en autoridad del derecho común obligatorio. (p. 32)

En tal sentido, la ONU (2015) ha señalado que la comunidad LGBTI enfrenta una discriminación y violencia en todos los ámbitos, a razón de raza, sexo, etnia, edad, pobreza, entre otros. De igual manera, precisa el acoso escolar, generado por la discriminación en relación con su elección de género, discriminación que conduce, incluso, a que la víctima sea expulsada del colegio. Asimismo, entre los jóvenes trans, que son excluidos por sus propios familiares, existe un alarmante nivel de suicidio, así como la falta de vivienda y alimentos. Así, la discriminación y los maltratos en contra de las personas transgénero vulneran sus derechos, como el acceso a salud pública frente a sus enfermedades (por ejemplo, el VIH). Así pues, al negarles asistencia sanitaria, se mantiene a dichas personas discriminadas patológicamente. De igual manera, a la comunidad trans se le prohíbe ser reconocida por su identidad de género y enfrenta situaciones abusivas. La exclusión de las personas LGBTI en la elaboración de leyes y políticas públicas genera su discriminación social y económica.

En el Informe Temático n.º 2 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019), se señaló que el DNI no es un simple papel que indica la identidad de un ser humano, ello conforme lo ha previsto nuestro Tribunal Constitucional al precisar que ese documento no solo depende del derecho efectivo a identificarse, sino que de ello se derivan múltiples derechos fundamentales. Por lo tanto, la información consignada en el DNI no es inmutable, pues las leyes internacionales vigentes permiten y/o exigen cambios, para que los datos que identifican a cada persona coincidan con su autopercepción y garanticen su identidad. En consecuencia, no contar o no gozar con un documento que la identifique no solo genera una transgresión en el ejercicio del derecho a la identidad de la persona trans, sino que también interfiere con otros derechos fundamentales. Ello se evidencia en que eventualmente se podría generar un mayor daño que trascendencia a otros derechos, y es posible que la mujer trans tenga dificultad para realizar transacciones bancarias o cobro de cheques u otros trámites administrativos, por haberse cancelado su identidad registral. De igual manera, si la persona trans advierte que su información consignada en el DNI no concurre con la identidad autopercebida ostentada como

titular al momento de identificarse, ello conllevaría a que sea objeto de burlas y malos tratos en un contexto humillante, y la colocaría en situación de riesgo vulnerable.

El Instituto Runa de Desarrollo y Estudios sobre Género (2012) ha señalado que la población transgénero ha sido excluida socialmente porque el Estado peruano viene transgrediendo sus derechos. Así, se constata un claro nivel de omisión y falta de voluntad para expedir leyes que cumplan con perseguir la discriminación proferida en contra de la comunidad trans. Si bien nuestra Constitución prevé toda forma de discriminación, se debe concluir que ello no se subsume a la forma en que se identifica la persona por su condición de género, a pesar de encontrarse abstracto en la última disposición del artículo segundo.

Finalmente, la ONU (2012) señala que la discriminación a la comunidad trans de parte de los Estados se debe a que las leyes suscritas y las políticas de gestión tipifican que la transexualidad tiene responsabilidad penal. Por ello, a las personas trans, se les prohíben empleos, se les niegan beneficios laborales y de salud, se les discrimina por su elección sexual ante la sociedad. Los conceptos prejuiciosos generados no les permiten lograr un cabal desarrollo en su comunidad; sin embargo, existen normas internacionales que protegen sus derechos humanos, respecto a cómo deciden vivir y cómo eligen mostrar su identidad de género. (p. 39)

5. LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA SALUD Y AL TRABAJO DE LA MUJER TRANSEXUAL

Respecto a este problema, la ONU (2019) señala que, dentro del abanico de medidas de inclusión social, uno de los instrumentos primordiales es la legislación contra la discriminación, acorde con las disposiciones internacionales de derechos humanos. La mayoría de los países tienen constituciones y leyes en las que se prohíbe la discriminación por motivos generales; muchas de ellas incluyen medidas de protección específicas por razones de sexo o género y algunas prevén medidas de protección explícitas por motivos de orientación sexual e identidad de género. La

Ley de Modificación de la Ley de Empleo (2010) de Botswana prohíbe explícitamente la discriminación en el lugar de trabajo por motivos de orientación sexual, entre otros, y el Código Laboral de Cabo Verde prohíbe a los empleadores solicitar información sobre la vida sexual de un empleado e impone sanciones a quienes discriminen a causa de la orientación sexual. El Código Laboral de Albania protege frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. Existen ejemplos de medidas concretas similares en el ámbito de la seguridad social: el Instituto Mexicano del Seguro Social publicó un criterio de interpretación que extiende las prestaciones del seguro de enfermedad y maternidad al cónyuge del asegurado o pensionado, independientemente de si se trata de un matrimonio entre personas del mismo sexo, y en Suecia las personas LGBT y las parejas del mismo sexo tienen derecho a la misma protección social y las mismas prestaciones sociales que el resto (p. 18).

Varios países, mayormente de Europa Occidental y Oriental pero también de otras regiones (por ejemplo, Fiji, la República Bolivariana de Venezuela y la ciudad de Quetzon (Filipinas)), han aprobado leyes de no discriminación que protegen frente a la discriminación en la vivienda por motivos de orientación sexual, y otros, como Hungría y el Reino Unido, también protegen frente a la discriminación por motivos de identidad de género en ese mismo ámbito. (p. 18)

5.1. La falta de acceso al trabajo

La ONU (2012), sobre Nacidos Libre e Iguales, ha precisado que el artículo 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que todo Estado que ha suscrito el pacto tiene la obligación de reconocer el derecho laboral, en el que se argumentó que toda persona goza del derecho a las mismas oportunidades, de postular y ganar una plaza o puesto laboral que le sirva de sustento para su desarrollo personal y familiar, debiendo los Estados parte realizar actos administrativos que garanticen el derecho al trabajo. El Comité, en mérito al pacto, restringe cualquier acción realizada por una persona contra otra con la finalidad de discriminarla por

tener una elección sexual diferente a la autopercebida al momento de querer alcanzar un trabajo. En consecuencia, en mérito a lo dispuesto, el Estado parte se encuentra obligado a respetar y garantizar los derechos laborales de las personas trans. Toda discriminación en contra de la comunidad trans en el momento en que uno de sus integrantes pretende postular a un centro de trabajo, constituye una clara vejación del pacto antes descrito.

En el Perú, el Instituto Runa de Desarrollo y Estudios sobre Género (2012) ha indicado que:

La barrera impuesta en el acceso al derecho al trabajo es el ejemplo más notorio de cómo se efectiviza la discriminación de la población transgénero. El mercado del trabajo no los reconoce como postulantes válidos por no ceñirse al modelo binario del género. Aunque limitadamente es posible en ocasiones desempeñarse en empleos menores, estos no ofrecen ni el haber básico, que no cubre las necesidades básicas, y no goza de beneficios laborales. [...] (Considerando 11)

En el marco normativo nacional, en el numeral 15 del artículo 2 de nuestra Carta Magna, se dispone que cualquier persona tiene el derecho a trabajar sin restricción, con la debida protección de la ley. Asimismo, el artículo 22 del mismo cuerpo legal señala que la acción de trabajar tiene tanto la naturaleza de un deber como la de un derecho, el cual sirve como base de la satisfacción personal y social.

El Informe Defensorial n.º 175 (Defensoría del Pueblo, 2016) ha precisado que la Ley de Educación n.º 28044 prevé elementos importantes sobre la base educativa, referentes a la igualdad y cultura, pero, por sobre todo, al elemento inclusivo. Al respecto, el Estado, a fin de considerarlos, dispuso integrar dentro de la educación peruana a los grupos con discapacidad que son marginados y/o discriminados, lo que les genera una situación de vulnerabilidad. De igual manera, el Estado peruano promulgó leyes que previenen actos discriminatorios, como la

Ley n.º 26772, modificada por Ley n.º 27270, la misma que erradica incorporar requisitos abusivos que dificulten la igualdad de acceso a un centro laboral.

5.2. La falta de acceso a la salud

La ONU (2012) ha precisado que la comunidad LGBT también enfrenta prohibiciones de acceso a la salud pública. Esto ocurre pese a que el artículo 12.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que todo Estado tiene la obligación de reconocer y salvaguardar la salud mental y física de todas las personas. De igual forma, mediante documento general n.º 14, el Comité indicó que el pacto sanciona la discriminación desmedida del acceso a la salud, efectuada por razones de elección de género. Asimismo, en el documento general n.º 20, el Comité señaló que cualquier condición socialmente percibida se encuentra prescrita en el artículo 2 de dicho pacto, el cual precisa incorporar la orientación sexual y cómo se identifican las personas en función de su género.

El Instituto Runa de Desarrollo y Estudios sobre Género (2012) ha señalado que los centros de salud han sido programados sistemáticamente para atender solo a hombres y mujeres. Precisa, además, que las personas transgénero reciben el rechazo de las personas que se encuentran a cargo de los hospitales y los nosocomios, quienes se expresan de manera irrespetuosa al momento de atender a la mujer trans. Si bien existe un avance en determinadas áreas, como el control del VIH, todavía queda un largo camino por recorrer a fin de que las personas que se autoperciben transgénero alcancen el respeto que se merecen (considerando 15).

En el marco normativo nacional, el artículo 7 de la Carta Magna dispone que, en los hospitales o centros de salud, toda persona tiene el derecho a ser atendido con respeto, sin discriminación. Asimismo, el artículo 9 del mismo cuerpo legal señala que el Estado es responsable de proteger la salud de sus administrados, y, finalmente, el artículo 11 señala que el Estado también debe garantizar el acceso libre a las prestaciones de salud.

El Informe Defensorial n.º 175 (Defensoría del Pueblo, 2016) precisó que los prejuicios y estereotipos hacia las personas de la comunidad LGBTI concurren en la atención brindada por los profesionales de salud, al advertirse que, cuando una persona trans se acerca a un nosocomio u hospital por presentar un malestar, el comportamiento de la persona encargada de brindar atención médica se limita a preguntar si tiene alguna ITS o VIH, trato que genera, en los integrantes de la comunidad trans, la decisión de no concurrir a un hospital porque se sienten discriminados. Incluso, prefieren callar su orientación sexual para no ser víctimas de maltrato y discriminación, hechos que ponen en riesgo su salud, su integridad y hasta su vida.

6. RESULTADOS

Como resultado de la presente investigación, se identificaron los problemas que afectan a la mujer transexual, como el maltrato y la discriminación, además de las repercusiones en su vida y en su integridad. Asimismo, se analizó el derecho de autoperibirse con una identidad según la elección de género.

7. CONCLUSIÓN

En el Perú, al no permitirse y/o reconocer el cambio de género en el documento de identidad de las mujeres trans, se opta por un proceso judicial con pretensión de cambio de nombre, y, de manera accesorio, de cambio de género. Existe un vacío en nuestro ordenamiento jurídico que ha impedido, a la fecha, que la comunidad trans goce del pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

La Opinión Consultiva OC-24/17 (2017) es vinculante para el Estado peruano, pues en ella se establecieron reglas para los Estados parte, como legislar en favor de las personas trans, en cuanto a las pretensiones o solicitudes realizadas por ellas respecto a su cambio de nombre, de fotografía y de sexo. De otro lado, resulta importante resaltar que los jueces que

administran justicia en el territorio nacional no deben requerir medios probatorios que trasgredan el derecho a la integridad personal y la dignidad humana.

Queda claro que la violencia y la discriminación contra la comunidad trans ocurren tanto en el entorno público como en el privado. También, suelen ser cometidas por familiares, amigos, empleadores e, incluso, por personas encargadas de la atención de salud pública.

En consecuencia, las medidas administrativas o la promulgación de leyes que tome en consideración el Estado peruano deben estar encaminadas a proteger a las personas trans, quienes están siendo pasibles de discriminación y violencia. Asimismo, se deberá incluir, entre las políticas de gestión, soluciones concretas para erradicar maltratos y discriminación en contra de dichas personas, así como también buscar la participación activa de la comunidad trans. Por lo tanto, las iniciativas que genere el Estado peruano deberán poner en consideración la manera en que se identifica la persona a elección de su género, ya que la misma no ha sido reconocida por ley, razón por la cual se genera violencia y discriminación.

De igual manera, debemos tener en cuenta que toda rectificación en el documento de identidad debe ser rápida y dentro de un plazo razonable. Además, debemos también tener la reserva del caso sobre todas las actuaciones judiciales pretendidas por la comunidad trans, así como, a futuro, en tanto y cuando se apruebe la ley de identidad de género. Se debe implementar un trámite administrativo en el Reniec, de acuerdo con el mismo razonamiento de tener en cuenta su reserva, para no generar mayores transgresiones a los derechos de la comunidad trans.

Sin embargo, corresponde llevar a cabo una reforma legislativa en todos los ámbitos de la administración pública, en los que se tenga que legislar normas referentes a lucha contra la violencia y la discriminación. Asimismo, se debe generar planes de connotación inclusiva, reconocer la forma en que se identifica por elección la persona transgénero, crear sistemas de apoyo psicológico, y, además, generar convenios con organizaciones no gubernamentales, a fin de coadyuvar a que las personas trans tengan libertad de desarrollarse socialmente y sean reconocidas como iguales ante la ley.

8. RECOMENDACIONES

Implementar un trámite administrativo en el Reniec, para que, sin mayor dilación y a sola solicitud, se realice el cambio de género en el DNI.

Adequar y modificar nuestra norma civil y procesal respectiva, sobre la base de lo dispuesto en la jurisprudencia internacional, en favor de las personas transgénero.

Finalmente, adecuar nuestro ordenamiento jurídico, respecto a las recomendaciones realizadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

REFERENCIAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016, 26 de febrero). *Caso Duque vs. Colombia*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

Defensoría del Pueblo. (2016). *Informe N° 175 sobre Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú* [Informe]. Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-175--Derechos-humanos-de-personas-LGBTI.pdf>

Lengua, A. (2018). *La transformación del derecho: la protección del derecho a la identidad de las personas trans desde el derecho internacional de los derechos humanos* [Tesis de Bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12032>

Instituto Antígona (2008). *Los derechos sexuales y la transexualidad: salud y dignidad en Brasil*. Instituto Antígona. https://www.ohchr.org/sites/default/files/lib-docs/HRBodies/UPR/Documents/Session1/BR/IA_BRA_UPR_S1_2008_InstitutoAnt%C3%ADgona_uprsubmission.pdf

- Instituto Runa de Desarrollo y Estudios sobre Género. (2012, octubre). *Revisión Periódica Universal de Perú 14th sesión*. Instituto Runa de Desarrollo y Estudios sobre Género. https://www.ohchr.org/sites/default/files/lib-docs/HRBodies/UPR/Documents/Session14/PE/Runa_UPR_PER_S14_2012_InstituDesarrEstudiosSobreGen_S.pdf
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2019, 29 de enero). *Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [Informe temático n.º 2]. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297521/Informe_CONACOD_Identidad_de_G%C3%A9nero.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2012). *Nacidos libres e iguales*, HR/PUB/12/06. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_sp.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2014, junio). *Refugio y asilo*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/FactSheets/UNFEFactSheet_RefugeAsylum_ES.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Poner fin a la violencia y a la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex*. Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Joint_LGBTI_Statement_ES.PDF
- Organización de las Naciones Unidas. (2016). *Vivir libres e iguales: Qué están haciendo los Estados para abordar la violencia y discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex* HR/PUB/16/3. Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual_SP.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2019). *Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de*

género-Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, A/74/181. Organización de las Naciones Unidas. <https://undocs.org/es/A/74/181>

Tello, J. y Calderón, C. (2019). *Reglas de Brasilia. Por una justicia sin barreras*. Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/62d5df804a1802199f52df5ba080cb57/Reglas+de+Brasilia+una+Justicia++completo+web.pdf?MOD=AJPERES>

UN Human Rights. (2016, 30 de junio). *Mandate of the UN Independent Expert on sexual orientation and gender identity – Spanish* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=qNTgScArq-s>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Expediente n.º 2273-2005-PHC/TC (2006). Tribunal Constitucional (20 de marzo de 2006). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

Expediente n.º 00139-2013-PA/TC (2014). Tribunal Constitucional (18 de marzo de 2014). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>

Expediente n.º 06040-2015-PA/TC (2016). Tribunal Constitucional (21 de octubre de 2016). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>

Expediente n.º 8097-2018 (2020). Corte Superior de Justicia de Lima (30 de julio de 2020). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9d2d52004f49e1bab45bb56976768c74/D_Sentencia_Juzgado_Constitucional_Identidad_060820.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9d2d52004f49e1bab45bb56976768c74

Opinión Consultiva OC-24/17 (2017, 24 de noviembre). *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Proyecto de Ley de Identidad de Género n.º 790/2016-CR (2016). Congreso de la República del Perú (15 de diciembre de 2016). https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0079020161215.pdf

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflictos de intereses

El autor declara no tener conflictos de intereses.

Contribución de autoría

El autor contribuyó en el artículo de la siguiente manera: (i) recojo, adquisición, análisis, interpretación de datos para el trabajo; concepción y diseño del trabajo; (ii) redacción del artículo y revisión crítica del contenido intelectual importante; y, (iii) aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

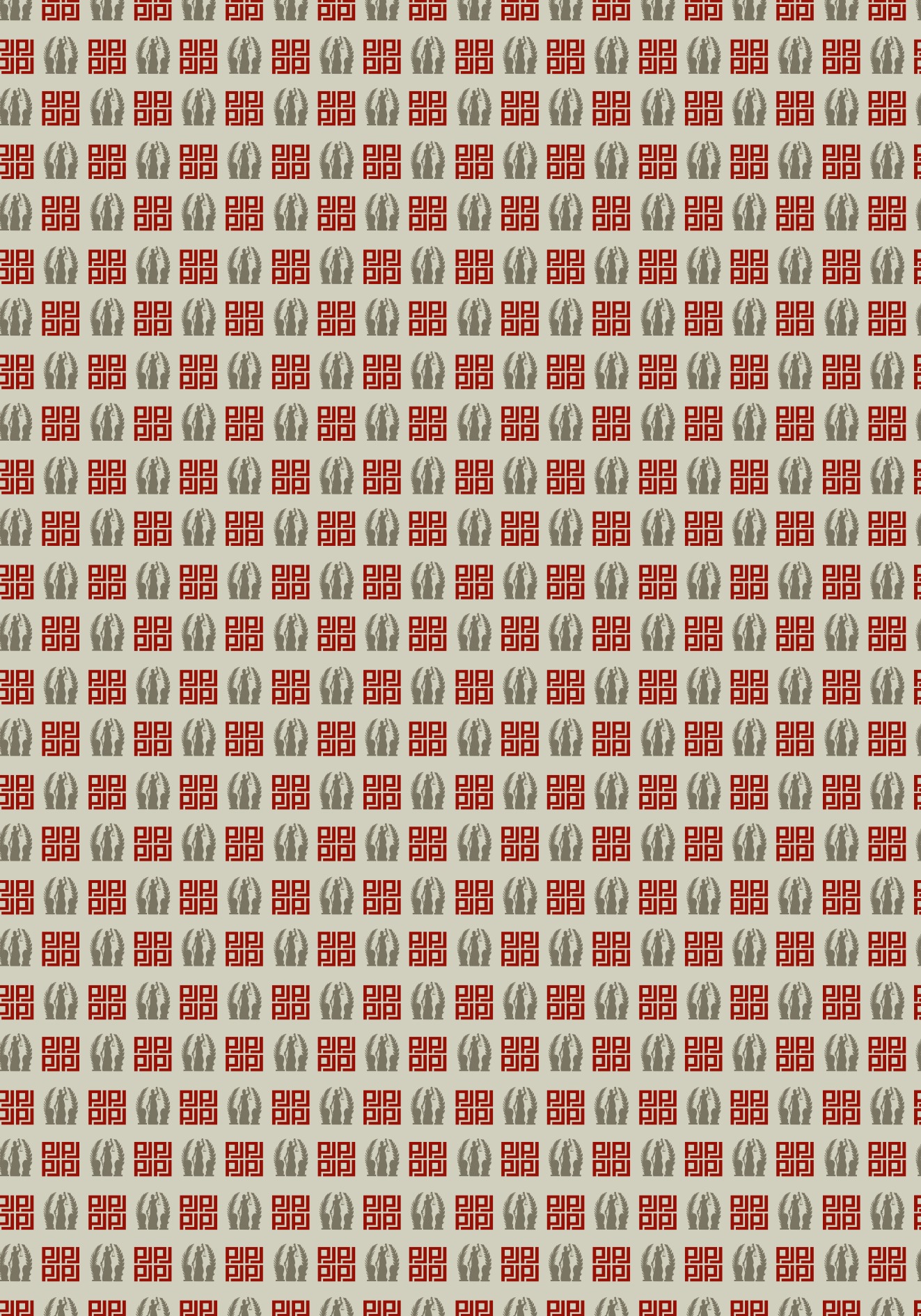
El autor agradece los alcances brindados por los maestros de la escuela de postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asimismo, agradece a sus padres Víctor Raúl Ramírez Rosales y Gilda Susan Bernal de Ramírez, pues sin ellos nada de esto hubiera sido posible.

Biografía del autor

Víctor Raúl Jesús Ramírez Bernal es un abogado peruano que se graduó y tituló en la Universidad de Huánuco. Cuenta con estudios concluidos en la maestría de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Se desempeña como magistrado del Juzgado Civil de Monzón de la Corte Superior de Justicia de Huánuco. En el año 2023, publicó el artículo denominado «La violencia y discriminación de la persona trans en la Sentencia Azul Rojas Marín vs. Perú». Colaborador de la revista *Ius Vocatio* de la Corte de Huánuco.

Correspondencia

vramirezb@pj.gob.pe



Presentación

ALBERTO ALAIN BERGER VIGUERAS

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

EDGAR JOHAN CANTARO SANCHEZ

Derrotabilidad de la norma jurídica que prohíbe la aplicación de la terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual

RENZO JOEL CHAIÑA DURÁN

La cárcel en crisis: apuntes para una reforma normativa de los beneficios penitenciarios

MARTÍN JESÚS CRISTÓBAL JIMÉNEZ

Control de reiterancia delictiva. Reincidencia

CATALINA TANIA ESTRADA SALVADOR RAMÍREZ

La impunidad en los delitos informáticos. Una problemática de poco interés para legisladores, jueces y fiscales

MARCELO ALEJANDRO FERNÁNDEZ VÁSQUEZ

La incautación como instrumento de búsqueda de pruebas en los delitos contra la administración pública

ROCÍO ANGÉLICA MARÍN SANDOVAL

La prohibición de la confesión sincera como política criminal ineficaz en el delito de feminicidio

VÍCTOR RAÚL JESÚS RAMÍREZ BERNAL

El maltrato y discriminación contra la mujer transexual en el Perú y su derecho fundamental a la salud y el trabajo

