



La explicación forense y el perfeccionamiento del cuadro fáctico en el proceso penal. Construyendo las bases de la criminalística del testimonio

Recibido: 26 de enero de 2021 • Aprobado: 28 de junio de 2021
<https://doi.org/10.22395/ojum.v21n44a11>

Hesbert Benavente Chorres

Instituto Mexicano de Estudios y Consultoría en Derecho, Ciudad de México, México
estudiobenavente@yahoo.com
<https://orcid.org/0000-0001-8464-4185>

Renato Aylas Ortiz

Ministerio Público del Perú, Lima, Perú
renatoaylas@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-8109-0102>

RESUMEN

El presente artículo presenta como objetivo principal fundamentar que la explicación forense o criminalística del testimonio será la que corrobore el testimonio, perfeccione el cuadro fáctico en el marco del proceso penal y permita afirmar o descartar la infracción de un deber jurídico-penal que a su vez actualiza un determinado tipo penal, así como la afectación de un bien jurídico legalmente protegido. La metodología utilizada en esa inteligencia fue seleccionar un determinado marco normativo, como es la legislación peruana, y estudiar un conjunto de resoluciones judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú. Esto se hizo para identificar lo que normativamente se exige para afirmar que se tiene una declaración corroborada y los problemas que los operadores encuentran para lograr tal cometido. En ese contexto, de los resultados obtenidos se formuló como conclusión principal que el testimonio ocupa ser corroborado por las evidencias técnicas y científicas obtenidas por los criminalistas y forenses, incluyendo los psicólogos, en razón al experto procesamiento de los indicios obtenidos. De esta manera, hemos denominado a dicho modelo criminalística del testimonio, el cual se contrapone con la psicología del testimonio, conforme lo explicado en el presente estudio.

Palabras clave: proceso penal; cuadro fáctico; lectura forense; psicología del testimonio; veracidad de la información forense.

The Forensic Explanation and the Perfectioning of the Factual Picture in the Criminal Process. Building the Bases of a Testimony Criminalistic

ABSTRACT

This article has as its main goal fundamenting that the forensic or criminalistic explanation of the testimony will be the one to corroborate the testimony and the one that perfects the factual picture within the criminal process and allows to confirm or dismiss the infraction of a criminal, judicial duty that also updates a determinate criminal type, as well as the affectation of a judicial asset protected. The methodology used in that intelligence was selecting a given normative framework, the Peruvian legislation, and studying the judicial resolutions emitted by the Peruvian Supreme Court of Justice. This was made to identify what normative wise is demanded in order to aledge a corroborated declaration and the problems found by the operators to achieve such result. In that context, it wa concluded from the results gathered that the testimony needs to be corroborated by technical and scientific evidence by criminalistics and forensics, including psychologists, regarding the expert processing of the obtained clues. Thus, the study has labeled such a model as testimony criminalistic, which opposes testimony psychology as it is also expressed in this study.

Keywords: Criminal process; factual picture; forensic reading; psychology of the testimony; veracity of forensic information.

La explicação forense e a melhora do quadro fático no processo penal. Construindo as bases criminalística do testemunho

RESUMO

O objetivo deste trabalho busca principalmente fundamentar que a explicação forense ou criminalística do testemunho será a que confirme o testemunho, melhore o quadro fático no âmbito do processo penal e permita afirmar ou descartar a infração de um dever jurídico-penal que por sua vez atualiza um determinado tipo penal, assim como a afetação de um bem jurídico legalmente protegido. A metodologia utilizada neste artigo foi selecionar um determinado quadro normativo, como é a legislação peruana, e estudar um conjunto de resoluções judiciais emitidas pelo Tribunal Supremo de Justiça do Peru. Isso foi feito para identificar o que normativamente se exige para afirmar que se tem uma declaração confirmada e os problemas que os operadores encontram para alcançar tal cometido. Nesse contexto, dos resultados obtidos formulou-se como conclusão principal que o testemunho ocupa ser corroborado pelas evidências técnicas e científicas obtidas pelos criminalistas e forenses, incluindo os psicólogos, em razão ao experto processamento dos indícios conseguidos. Desta forma, nós denominamos ao referido modelo criminalista do testemunho, o qual se contrapõem com a psicologia do testemunho, conforme foi explicado nesse trabalho.

Palavras-chave: processo penal; quadro fático; leitura forense; psicologia do testemunho, verdade da informação forense.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo se deriva de la actividad de investigación del Departamento de Derecho Comparado del Instituto Mexicano de Estudios y Consultoría en Derecho (In-mexius), dirigido por el profesor Benavente Chorres y producto del diálogo realizado con los magistrados de la Corte Suprema del Perú.

Así, mediante la Casación 96 Tacna (2014, apdo. 2, fundamento 6), la Corte Suprema del Perú estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que el testimonio se analiza con corroboraciones periféricas, como sería el caso de otras declaraciones. Al respecto, nuestra Alta Corte se ha equivocado sobre la validez del razonamiento probatorio, porque es evidente el círculo vicioso que se genera cuando un testimonio no experto requiere de otro testimonio, de la misma clase, para afirmar que está corroborado. Incurrir en el citado error conlleva incluso condicionar lo establecido en el numeral 2 del artículo 158 del Código Procesal Penal peruano (2004). Este dispositivo exige otras pruebas que corroboren lo que señalen los testigos, arrepentidos o colaboradores. Sin embargo, ¿cuáles serían esas otras pruebas? Si la respuesta fuese más testimonios, llegaríamos al círculo vicioso señalado líneas arriba.

El juez tampoco podrá descartar la declaración de un tercero, porque miente o no presenta credibilidad, solamente por la conclusión del psicólogo del testimonio, máxime si la declaración guarda relación con los resultados obtenidos por el laboratorio forense. En otras palabras, si se ha podido identificar a la persona que privó de la vida a X, así como las circunstancias que rodearon su muerte, son irrelevantes los estudios de percepción y memoria que se le pretenden realizar al testigo. Ello, sin perjuicio de mencionar que si la declaración válida es la rendida ante el juez (Código Procesal Penal, 2004, art. 158, numeral 1), entonces tendría aquel que suspender su audiencia al término de cada declaración para efecto de que se evacúe un informe de psicología del testimonio, lo cual es un absurdo.

No se ignora que Carrasco (2015) defiende la psicología del testimonio en el sentido que el tribunal no es un experto en la materia, por lo que “deberá llamar a un perito par que lo auxilie en esta labor” (p. 27). Sin embargo, la pregunta que no se resuelve es la siguiente: ¿si el testimonio se recibe en juicio, el debate oral deberá suspenderse para que el perito en psicología del testimonio evacue su dictamen y este, a su vez, sea sujeto del contradictorio, realizando la misma dinámica cada vez que un testigo declare en el plenario? Cuestión distinta es que el psicólogo, además de la entrevista, test y demás operaciones periciales que practicó con el imputado o la víctima, se ocupe, como lo hacen los criminalistas y forenses, de las evidencias técnicas o científicas. Esto se hizo con el fin de que las conclusiones que arriben no presenten una alta carga de subjetividad, evacuando su dictamen y sometiéndose al interrogatorio de las partes en la audiencia de juicio oral.

En ese sentido, la inquietud académica en abordar el tema de la corroboración del testimonio, a través de las ciencias forenses por parte del Departamento de Derecho comparado (Inmexius), conlleva examinar las instituciones procesales latinoamericanas. Tales como el caso del proceso penal peruano, así como el razonamiento probatorio que se funda en la denominada criminalística del testimonio.

Ahora bien, como hipótesis de trabajo planteamos que la explicación forense es la que perfecciona el cuadro fáctico, pues observa las exigencias del principio de responsabilidad por el hecho propio, y nos permitirá afirmar o descartar la infracción de un deber jurídico-penal que a su vez actualiza un tipo penal (principio de legalidad), así como la afectación de un bien jurídico legalmente protegido (principio de ofensividad).

Para defender nuestra hipótesis vamos a dividir el presente ensayo en tres apartados. En el primero, titulado "¿Psicología del testimonio o criminalística del testimonio?", identificaremos el marco normativo por el cual se sustenta la necesidad de acudir a la explicación forense para poder esclarecer los hechos y por ende conocer la verdad. En el segundo identificaremos las consecuencias para el proceso penal que genera la criminalística del testimonio o explicación forense, las cuales nos conducirán a tópicos sensibles como el perfeccionamiento del cuadro fáctico, el principio de imputación necesaria y la afectación de derechos fundamentales del procesado. Por último, en el tercer apartado, titulado "Los problemas de veracidad de la explicación forense", ofreceremos una solución frente a la válida preocupación de todo operador: ¿es veraz la información que se está recibiendo, incluyendo la de los peritos?, máxime si se toman en cuenta las consecuencias procesales que se identificaron de la multicitada explicación.

1. ¿PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO O CRIMINALÍSTICA DEL TESTIMONIO?

En el fundamento trigésimo segundo del Acuerdo Plenario 01/11/CJ-116 (2011), emitido por la Corte Suprema peruana, se mencionó que será la declaración de la víctima sexual la que finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. En este sentido, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

Al respecto, piénsese en el caso donde una niña de cinco años de edad fue víctima de violación sexual y su madre señala que no fue el padrastro, entonces ¿ya no se le debe investigar? Por otro lado, si la víctima afirmó penetración bucal, ¿ya no se revisará su cuerpo y se ignorará el artículo 208 del Código Procesal Penal (2004) que indica que la víctima constituye escena de los hechos para efecto de la práctica de las pesquisas?

En ese sentido, resultan relevantes los resultados de la investigación forense, regulada en el numeral 2 del artículo 321 del Código Procesal Penal (2004), el cual dispone que: "La Policía Nacional del Perú y sus órganos especializados en criminalística, la Dirección de Policía Contra la Corrupción, el Instituto de Medicina Legal y

los demás organismos técnicos del Estado, están obligados a prestar apoyo al fiscal". Asimismo, la figura de la defensa forense también resulta importante en la dinámica de la investigación penal, pues esta se encuentra regulada en el numeral 3 del artículo 84 del Código Procesal Penal (2004), donde se ha establecido como facultad del abogado defensor: "[r]ecurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa".

Frente al marco normativo queda claro que, una vez recibida la noticia criminal, la fiscalía, con la colaboración de la policía de investigación o con capacidad para procesar la escena de los hechos, así como de los peritos, requiere practicar de diligencias de investigación, para confirmar, modificar o descartar el hecho delictivo denunciado. En otras palabras, la investigación forense será lo que le permita al Ministerio Público fijar el cuadro fáctico imputativo, esto es, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que al conducirnos a un determinado tipo penal definen las bases de la imputación.

Sin embargo, mientras el campo de la investigación forense avanza con la llegada de nueva tecnología, el acuerdo plenario anteriormente citado anuncia la desmitificación de la prueba médico forense, cuando la misma procura identificar aquellos elementos de prueba que permitan a los operadores realizar la respectiva calificación jurídica (Castelló, Francés y Verdú, 2009, p.18).

Asimismo, la situación se complica aún más al haberse desempolvado la psicología del testimonio, expresión que utilizamos toda vez que la psicología del testigo fue uno de los primeros temas que preocupó a la naciente psicología judicial a fines del siglo XIX (Solís, 2000, p. 1013). En ese sentido, la psicología del testimonio centra su estudio en la percepción y en la memoria de aquel que afirma haber presenciado el hecho que la ley señala como delito, lo cual nos conduciría a la exactitud del recuerdo. Así, para Manzanero (2008) la percepción es el "proceso mediante el cual dotamos de significado a las sensaciones" (p. 32), lo cual lleva, según Ruiz (002), a la afirmación de que lo que "se retiene en la memoria es una versión esquematizada y, generalmente, distorsionada del material original que, en el momento del recuerdo, se utilizará para reconstruir la experiencia vivida" (p. 188). En relación con la memoria, y en el caso de los testigos, adquiere especial relevancia la memoria episódica, porque es la memoria para los sucesos vividos personalmente, en donde se conservan los recuerdos de sucesos y elementos de los que se conoce su posición en el espacio y el tiempo (Mazzoni, 2010, p. 30).

Ahora bien, no se está teniendo en cuenta que el peritaje en psicología forense es un procedimiento matizado con responsabilidad social para auxiliar a las víctimas (Oropeza, 2000, p. 1), para efecto de identificar, si operamos con el lenguaje del Código Penal, daños o afectaciones psicológicas. En este sentido, el peritaje no se trata de la

búsqueda de un inexistente testigo perfecto o inventarnos escalas para afirmar que a tal porcentaje de exactitud en el recuerdo se le podrá creer al testigo.

El error en la psicología del testimonio es entender que un testimonio corroborado, y por ende verídico, se logra a través de la exactitud del recuerdo que permitiría a su vez señalar coherencia interna: ¿cómo no creerle a la preocupación de los parientes de una víctima desaparecida? Pero lo que se lleva al proceso penal no es la preocupación familiar, sino una conducta humana que a su vez actualiza los elementos de un determinado tipo penal. Y si ese pragma es el homicidio, ¿cómo afirmarlo sin la presencia de un cadáver y la práctica de las denominadas pruebas especiales como son el levantamiento del cadáver y la necropsia, de conformidad con los artículos 195 y 196 del Código Procesal Penal (2004)?

Tampoco es una solución que el testimonio corroborado opera cuando se identifica coherencia interna entre varias declaraciones. Así, en el ejemplo propuesto, de seguro la preocupación de la pariente desaparecida debe estar presente en sus familiares, estos incluso pueden sospechar de una ex pareja celosa, violenta o desequilibrada. Sin embargo, se insiste en que la preocupación familiar no es el objeto enjuicioso del proceso penal, sino la atribución de un resultado muerte al obrar de una determinada persona, pero tal atribución requiere de las ciencias forenses.

Los testigos no requieren de un psicólogo, sino de un criminalista y de personal forense. En efecto, de acuerdo con Muñoz y Viétez (2013):

Las ciencias forenses permiten la investigación de los hechos. Serán los profesionales forenses los encargados de llevar a cabo la investigación de una forma coordinada de manera que la investigación en el lugar de los hechos se convierta en un trabajo multidisciplinar. De esta manera los profesionales forenses estudian las evidencias físicas encontradas en la víctima y en la escena. (p. 31)

Ahora bien, la criminalística del testimonio ocupó contestar tres interrogantes: ¿por dónde se empieza?, ¿quiénes participan? y ¿cuál es el objetivo o meta?

Con relación a la primera pregunta, la investigación forense acepta la presencia de múltiples escenarios de los hechos. Así, el lugar donde se encontró el cadáver o en donde el video muestra al victimario y a su víctima de homicidio (lugar de los hechos), constituyen diferentes escenas de los hechos. Asimismo, los objetos también constituyen escenas fácticas, donde se debe analizar criminalísticamente para encontrar huellas o fluidos biológicos como ejemplos. Pero, también las personas constituyen escenas de los hechos, dado que el rostro, el cuerpo y las prendas de la víctima, así como del sospechoso, pueden arrojar indicios de interés criminalístico.

Así, el testimonio referenciado exigirá el cruce de la información que se obtenga de la investigación forense de los múltiples escenarios fácticos. De esta manera, se

exige el respeto a la cadena de custodia, la incautación y el análisis en el laboratorio forense, para poder hablar de evidencias.

Graficamos lo comentado cuando consideramos a la víctima como una escena o lugar de los hechos, al resultar su persona de interés para la criminalística. Piénsese, por ejemplo, en investigaciones por homicidio, lesiones, secuestro o violación sexual. En efecto, considerar a la víctima como una escena del crimen permitirá ser exigente en actividades propias de preservación, localización y recojo de indicios que se puede encontrar en el cuerpo de la víctima o en sus prendas. Asimismo, el traslado y procesamiento de los mismos en el laboratorio forense, además de su control y registro, los cuales están referidos al tema de cadena de custodia.

En esa inteligencia, la razón de trato humano y diferencial a favor de la víctima, el cual ha sido regulado en el artículo 5 de la Ley General de Víctimas mexicana (2013), convive con el tema de inspecciones o pesquisas en su persona al que hace mención el Código Procesal Penal (2004), en razón de que existen "motivos plausibles para considerar que se encontrarán rastros del delito" (art. 208, numeral 1). Por tanto, el investigador no se debe limitar a lo que la memoria y la percepción nos pueden ofrecer, sino a lo que el propio cuerpo nos puede revelar. En este sentido, al emplear la apreciación conjunta de los indicios, la lectura forense de los hechos nos permitirá recorrer un camino más seguro que el propio acto de dar importancia al estigma: "los niños mienten, las mujeres mienten, los hombres mienten, las autoridades mienten, los particulares mienten, por último todos mienten o son olvidadizos o manipuladores inconscientes de su memoria" (2004, art. 208, numeral 1).

Por otro lado, y con relación a la segunda interrogante, serán los expertos quienes participen de las pesquisas en los diferentes escenarios o lugares, incluyendo los que trabajan en el laboratorio forense tanto de ciencias naturales como de ciencias sociales. Allí se incluyen las matemáticas y por ende la auditoría forense, la cual es una pieza clave en las investigaciones de lucha contra la corrupción.

Ahora bien, ¿quién es el experto? La clave está en el numeral 2 del artículo 321 del Código Procesal Penal (2004), el cual hace mención al fiscal, a la policía especializada en criminalística, así como de combate a la corrupción, a los servicios periciales, los organismos técnicos del Estado, universidades e institutos. Quienes no sean expertos, tienen facultades limitadas, por ejemplo, la policía no especializada podrá detener en flagrancia e incautar los indicios hallados durante la detención, de conformidad con los artículos 68.1.h, 218.2 y 259 de la norma adjetiva, en la medida en que de inmediato los ponga a disposición del Ministerio Público quien realizará el respectivo control. Por el contrario, si no se está en la situación de flagrancia, las diligencias preliminares de investigación que disponga la fiscalía deberán ser realizadas por los expertos, mencionados al inicio de este párrafo, para garantizar la calidad de la información que se obtenga.

Sin embargo, si nos detenemos un poco más en reflexionar en torno al experto podemos identificar las siguientes variables:

(i) El Fiscal necesita acompañar a los forenses en los diferentes escenarios para el doble efecto de garantizar y comprender. En esa línea, el Código Procesal Penal (2004) ha dispuesto lo siguiente:

El Fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y, en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito. (art. 330, numeral 3)

El fiscal acude a la escena porque es el director de la investigación penal y como autoridad puede ordenar, supervisar e iniciar una indagación en contra de aquella persona que altere la escena del delito, por la probable comisión del ilícito de encubrimiento real. No se necesita acudir a la testimonial para entender la actuación del Ministerio Público. Debemos superar las taxonomías que lindan con lo paranoico: testigo presencial vs. testigo referencial, testigo del acto vs. testigo del carácter, testigo único vs. testigo singular, y testigo del acto que describe el acta vs. testigo del acta que describe el acto. En esta última categoría suelen ubicar al fiscal en aquella absurda postura que señala que si el fiscal acude a una diligencia se vuelve testigo de la instrumentalidad de su acto. Pero, ¡qué buenos somos para lo rimbombante! ¡como nos gustan las etiquetas!, ni el mejor guionista de Hollywood ha pensado en una frase que reemplace al sustantivo fiscal, como sería el de testigo de la legalidad de la diligencia.

En esa línea, como autoridad, el fiscal debe garantizar que no se siembren indicios que a posteriori incriminen a alguien (el famoso chivo expiatorio), como también debe evitar el saqueo de la escena en razón al ánimo de lucro que linda en la naturaleza humana. Asimismo, como director de la investigación ocupa comprender la lectura forense de los hechos y para lograr tal finalidad debe tener una participación activa con los criminalistas y demás peritos, evocándose la generosa expresión: *la trilogía de los agentes investigadores*.

(ii) Los forenses averiguan cómo fue encontrada la escena, verifican la información y sacan conclusiones dentro del área de su experticia. En esa inteligencia, si el policía X le informa que preservó la escena, evitando el ingreso de personas ajenas a la investigación, de seguro que ni siquiera se le va a pedir que elabore un informe o acta, porque su actividad no es considerada como prueba de corroboración fáctica.

No obstante, ¿cómo se debe proceder si un no forense realiza actos de investigación? Piénsese en un médico cirujano, quien practicó la necropsia el examen médico de lesiones; o en un psicólogo clínico, quien evaluó a la víctima para efecto de identificar alguna afectación psicológica. Al respecto, la Fiscalía, con el aval del Instituto de

Medicina Legal y Ciencias Forenses, trabaja con los denominados estudios forenses *post facto*, lo cual consiste en aquel informe pericial que realiza el forense en torno a la documentación derivada de exámenes clínicos de interés en la investigación de hechos delictuosos. Por ello, se procura siempre respetar la lectura o explicación forense de los eventos que permita el adecuado esclarecimiento de los hechos.

Por otro lado, con relación a la tercera interrogante, lo que busca la criminalística del testimonio es la verdad, esto es, explicar qué le sucedió a la víctima e identificar al victimario, a través de la ciencia, la cual es la destinada a corroborar el testimonio. Todo discurso alejado de la verdad simplemente es un proceder al estilo quijotesco. En esa línea, ubicamos a Ferrer (2005, pp. 68-73), quien ha precisado que la verdad no constituye la condición necesaria de la prueba, evitándose así responsabilizar al juez por los errores epistémicos que incurra. En ese sentido, agrega que el razonamiento probatorio es probabilístico y la certeza racional sobre una hipótesis fáctica es inalcanzable.

Al respecto, no se ignora que Ferrer (2005) ha adoptado un discurso donde se pretende sustituir la verdad por algún equivalente. Llámese funcional, como es la verdad teleológica que justifica el razonamiento probabilístico y que no tolera métodos pseudo-científicos. Sin embargo, cuando se profundiza en su análisis queda la sensación del desconocimiento en torno al razonamiento judicial desde las evidencias que produce en el operador certeza en torno a determinados eventos. Por ejemplo: sujeto muerto (primera verdad); cuchillo incrustado en el corazón de aquel sujeto (segunda verdad); corazón destrozado por el cuchillo y con el respectivo desangrado en la persona (tercera verdad); huellas del procesado en el mango de aquel cuchillo (cuarta verdad); y presencia de material biológico del imputado en las uñas de la víctima, así como vestigios propios de una lucha en el cuerpo y cara tanto de la víctima, como del procesado (quinta verdad). Del ejemplo el juzgador cuenta con los elementos suficientes para emitir con certeza una sentencia condenatoria. En cambio, si la prueba científica no acompaña el cuadro fáctico imputativo, ni siquiera se puede justificar una condena con un razonamiento probabilístico, simplemente se absuelve. En este sentido, cuando se afirma que la verdad no existe, porque se define el razonamiento probatorio como únicamente probabilístico, abrimos las puertas a lo que sea.

A pesar de esto, estamos en la época de los equivalentes funcionales justificados con el argumento: *no se puede invocar lo que no se puede probar*, limitándonos de nueva cuenta a un razonamiento de lo probable, como sería el siguiente ejemplo. Ya que la voluntad, al ser un estado mental, no se puede probar, entonces manejemos un conjunto de indicadores que nos permita hablar de un probable dolo, el cual es suficiente para encerrar a cualquiera, sea por prisión preventiva, sea por sentencia condenatoria. En ese contexto nos denominamos funcionalistas, normativistas, probabilistas o juristas del siglo XXI. Así, flaco favor le estamos haciendo al derecho tanto penal

como procesal penal, que siempre han sido caracterizados por su rigurosidad al estar en juego la privación de la libertad personal.

Finalizamos este apartado comentando dos variables más que refuerzan la lógica de la criminalística del testimonio:

(i) La incautación de los indicios para su análisis y procesamiento en el laboratorio forense resulta trascendental. En ese sentido, el numeral 2 del artículo 218 del Código Procesal Penal (2004) faculta a la policía, sin autorización del fiscal ni orden judicial, la incautación de indicios, sea en caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al fiscal. Asimismo, el citado numeral nos coloca en una situación de primeras diligencias de investigación, en donde existe peligro en la demora mientras se obtiene la orden judicial, en este caso será la fiscalía quien disponga la incautación, pero, en todo caso, se requiere que posteriormente el juez confirme la legalidad de la medida ejecutada. En cambio, si no existe peligro en la demora, se deberá solicitar al juez la respectiva medida de incautación, debiéndose cumplir con los requisitos señalados en el artículo 317 de la norma adjetiva.

Ahora bien, ¿qué debe de asegurar o incautar el experto? Cualquier indicio relevante para el esclarecimiento de los hechos, el cual, una vez procesado en el laboratorio, podrá constituirse en evidencia para el caso y ante la duda se incauta. Para ello, es preferible que sea el juez quien decida sobre la licitud de la incautación y lo relevante de lo incautado, sin perjuicio de mencionar que un experto no debería ignorar las reglas legales que regulan la búsqueda de información, máxime aquellas que dejan escaso margen para la interpretación, como es la regla que el secreto bancario y la reserva tributaria solamente se levanta por orden judicial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 235 y 236 de la norma procesal (2004).

Consideramos oportuno aclarar que no se ignora el uso indistinto en la legislación peruana de los términos indicios y evidencias, incluso la Corte Suprema los ha mencionado en los acuerdos plenarios 01/06 (2006) y 05/10 (2010); tampoco se ignora el uso indistinto de escena de los hechos y lugar de los hechos (Código Procesal Penal, 2004, arts. 192-194). Sin embargo, ello no impide afirmar que la expresión indicios es propia de la criminalística de campo. En cambio, el término evidencias es producto del análisis en el laboratorio forense o de la criminalística de laboratorio, ya que son las evidencias, como producto de la investigación forense, lo que ocupamos como elemento de prueba en el proceso penal.

(ii) En el laboratorio forense la mismidad del indicio no tiene espacio, porque el forense hará ensayos, pruebas o test en el mismo, aún con el riesgo de que la muestra se altere, modifique o incluso se agote, ingresando este último al escenario del peritaje

irreproducible, el cual debe ser desahogado con las reglas de la prueba anticipada, esto es, en presencia del juez y las partes.

Se agradece el cuidado en el lugar o escena de los hechos y que no se haya jugado fútbol utilizando los indicios como balón. Pero lo que el juzgador requiere, al final, la coherencia de la explicación forense en torno al cuadro fáctico y que lo conduzca a la convicción de culpabilidad del sentenciado. En otras palabras, requiere la metodología técnica y científica empleada no solamente en el control o registro del indicio (hasta su conservación, devolución o destrucción), sino en su análisis, procesamiento e interpretación, que genera para el esclarecimiento de los hechos, esto es, que nos conduzca a la verdad.

2. LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA CRIMINALÍSTICA DEL TESTIMONIO

El numeral 1 del artículo 321 del Código Procesal Penal (2004) precisa "que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa". Sin embargo, esta regla necesita ser interpretada con el numeral 2 del artículo 349 de la norma adjetiva, el cual dispone "que la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica". De la interpretación sistemática se advierte que de las diligencias de investigación se debe desprender la información probatoria necesaria para la formalización de la investigación preparatoria, cuyo marco fáctico vincula obligatoriamente a la acusación.

Debemos precisar a cuáles diligencias nos estamos refiriendo. Para ello, debemos recordar la necesidad de investigación criminalística o forense, la cual se desprende del numeral 2 del artículo 321 de la ley procesal (2004), por lo cual concluimos que de la explicación forense se perfeccionará el cuadro fáctico necesario para formalizar la investigación preparatoria, a lo cual deberá estar el futuro requerimiento acusatorio. Esta es la principal consecuencia procesal de la criminalística del testimonio: la corroboración científica del testimonio proporciona al Ministerio Público las circunstancias de tiempo, lugar y modo, así como las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, las cuales nos conducirán a la afirmación que se ha actualizado un tipo penal, precisándose el grado de ejecución y la forma de intervención correspondiente.

Lo señalado se relaciona a la filosofía del sistema penal que hemos adoptado, la cual descansa en el principio de imputación y al que hemos denominado la pragmática de la imputación penal (Benavente, 2021, pp. 14-15). A este constructo también se adhiere el coautor del presente ensayo, el Dr. Aylas Ortiz. En esa inteligencia, la litis se fija cuando se formaliza la investigación y no al cierre de la misma cuando se plantea la acusación. Ello tiene lugar por mandato legal (Código Procesal Penal, 2004, art. 349.2) y por la siguiente lógica del sistema: la afectación de la libertad personal

mediante medidas cautelares o el dictado de decisiones jurisdiccionales de terminación, o conclusión anticipada del proceso, exigen de una imputación formulada, a la que incluso la futura acusación, juicio y sentencia están vinculados, a saber, al cuadro fáctico imputado.

Ahora bien, lo que se imputa es un cuadro fáctico y su perfeccionamiento no lo otorga la actual sobrevaloración de los testimonios, sino el recurso a las ciencias forenses, en la medida en que también comprendamos que serán los operadores quienes analizarán la respetiva calificación jurídica y no el forense. En esa inteligencia, consideramos que los operadores podrán recurrir a la infracción del deber jurídico-penal para la explicación de la calificación típica que han adoptado.

En ese sentido, la definición viene dada desde el principio de legalidad que exige la infracción de un deber jurídico penal, lo cual implicaría una ausencia de lectura sistemática o una interpretación meramente formal. Ello si consideramos que tal infracción solamente opera en el tipo penal de omisión impropia o comisión por omisión, regulado en el artículo 13 del Código Penal (1991). Una cuestión distinta es que el legislador haya optado por una cláusula general de equivalencia entre la comisión y la omisión, que obligatoriamente requiere descansar en el deber jurídico penal (Casación 1563/19, 2019) y otra distinta es afirmar que existen injustos penales, contrarios al derecho, donde no se haya infringido deber jurídico alguno. Ello sería incoherente de sostener.

No se ignora la presencia de dos posiciones en torno a los delitos de infracción del deber jurídico penal. En primer lugar, la posición restringida considera que su estudio es propio del ámbito de la autoría y participación, en donde se identifican dos criterios diferentes: el dominio del hecho y la infracción del deber. Esta última se aplica cuando la competencia del agente viene otorgada por una norma jurídica, solamente para desenvolverse en un espacio institucional. De esta manera, encontramos esta postura en diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema peruana que ha considerado que el criterio de la infracción del deber se aplica en delitos contra el medio ambiente (Casación 455/17 Pasco, 2017) o en el peculado (Acuerdo Plenario 04/05, 2005 y Acuerdo Plenario 02/11, 2011).

En segundo lugar, tenemos la posición amplia, la cual postula un modelo de imputación general sobre la base de la infracción de deberes jurídico-penales—sean deberes positivos o negativos, genéricos o especiales— en donde no cabría la distinción entre la infracción por acción y la infracción por omisión, dado que, ambas presentan identidad o equivalencia valorativa para la inobservancia del citado deber. En términos de Jakobs (1997, p. 211), no cabría la necesidad de exigir una posición de garante en todos los delitos de resultado, con independencia de que sean activos u omisivos.

Al respecto, en un modelo de imputación de responsabilidad, Benavente (2007) afirma:

Sobre la base de roles, como criterio necesario, pero requerido de complementariedad por criterios normativo–valorativos, se erige sobre la base de los principios de autorresponsabilidad y con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad, en el sentido que la persona, en ejercicio de libertad, participa de los procesos de relación intersubjetiva, asumiendo los costes que su organización origine a los ámbitos de libertad de los demás. El Derecho debe proteger ese ámbito de libertad, por ejemplo, imponiendo roles o deberes, a fin que la persona no se exceda en el desarrollo de su libertad, causando daño a otro sujeto libre. Y en ese sentido, los roles se normativizan a través del concepto de riesgo. (pp. 484-485)

Por lo que es perfectible reemplazar la variable rol social por deber jurídico-penal. Así, de acuerdo con Benavente (2005):

[Si el deber genérico es] no dañar esferas de libertad ajenas, eso se normativiza analizando el concreto tipo penal, a fin de establecer si en el caso concreto la persona ha creado un riesgo prohibido a través de su organización de libertad, configurando el tipo penal respectivo, y, por ende, afectando ese rol genérico de ciudadano. Igualmente, se puede predicar en el caso de deberes especiales, en el sentido que, el concreto tipo penal se configurará si estos deberes han sido quebrados a través de la creación de un riesgo prohibido (valga la redundancia, por la norma penal). (p. 258)

Por otro lado, no se ignora que el criterio de infracción del deber jurídico ha sido criticado por los seguidores de la teoría del dominio del hecho. Al respecto, para Schünemann (2009), al analizar la posición de garante como fundamento de la autoría en la omisión impropia, ha precisado, desde su tesis que data de 1971, que cuando el agente se coloca en "una relación de dominio, se coloca así en una posición de garante respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico: dominio sobre el fundamento del resultado" (p. 340).

Para el profesor alemán, el citado dominio explica que "el fundamento del resultado en los delitos de omisión no es el propio movimiento corporal, sino [...] una fuente de peligro dominada por el autor o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor" (Schünemann, 2004, p. 21).

En ese contexto, coincidimos con Schünemann en cuanto a la necesidad de leer los hechos o cuadro fáctico. En esa línea, nosotros lo hemos denominado interpretación, lectura forense o criminalística de los hechos, para así definir quién es quién y qué hizo, pues la abstracción no puede superar a la realidad:

Si el contrato de la niñera es nulo por alguna razón de Derecho Civil pero la niñera ejerce un cuidado efectivo del niño y conscientemente lo deja trepar a una fuente y ahogarse en ella, no existe duda sobre su posición de garante *contrario sensu* debe negarse una posición de garante si la niñera no asume su puesto incumpliendo

el contrato y por tanto, no asume el control fáctico sobre el niño. (Schünemann, 2004, p. 21)

Aquí la lectura forense de los hechos nos coloca ante un cuadro delictivo en donde la niñera será competente para asumir la imputación, dada la infracción de un deber jurídico de aseguramiento o salvamiento, "que habitualmente acompaña al ejercicio de dominio penalmente relevante" (Schünemann, 2004, p. 22).

Igualmente, en los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios y servidores públicos, también son relevantes los datos fácticos obtenidos por la investigación de campo, para así elaborar las bases de la imputación que, luego, como el imán, atraiga la interpretación jurídico-penal de los hechos. En esa línea, desde una pragmática de la imputación penal, solamente por la lectura forense o criminalística de los hechos es que coincidimos con el siguiente comentario de Schünemann (2004):

Aquí no es el deber del derecho público el criterio decisivo, que, en realidad, representa sólo [sic] una cuestión accesoria al dominio en el ámbito del derecho público, sino la posesión del dominio mismo que puede transmitirse a quien dirige la empresa y lo convierte en autor idóneo. (p. 25)

Claro está que el salto cualitativo, que los dogmáticos ocupan para alcanzar una pragmática de la imputación, es explicar que el dominio o la infracción del deber es la etiqueta que colocamos después de la interpretación forense o criminalística del cuadro fáctico. Sin esta lectura solo apreciaremos una pelea de etiquetas, de interés meramente doctrinal, mas no operacional para el sistema de justicia.

Por otro lado, identificamos, como segunda consecuencia procesal, que el razonamiento judicial encuentra en la criminalística del testimonio y en la infracción del deber jurídico-penal sus variables de logicidad. En ese contexto, la Corte Suprema del Perú en el Recurso de Nulidad 2587/11 Cusco (2011), en su fundamento cuarto, precisa que no es posible cometer el delito de colusión o concertación ilegal en la contratación pública, mediante omisión; así, si el funcionario público no ejecutó acciones se estaría ante una desobediencia administrativa, pero no ante el mencionado ilícito penal. Nos preguntamos: ¿este planteamiento de la Corte Suprema presenta logicidad?

Al respecto, también nos preguntamos: ¿la investigación criminalística o forense puede arrojarnos indicios en torno a la existencia de un grupo u organización delictiva en el interior de la administración pública? La respuesta a la interrogante planteada será afirmativa si evocamos nuestra atención a técnicas de investigación como la vigilancia o seguimiento electrónico complementado con los regulados en nuestra normatividad, así como el recurso a servicios forenses tales como la contabilidad forense y la auditoría forense.

Ahora bien ¿los indicios que se obtendrán nos pueden conducir a afirmar que este grupo tenía incidencia en la celebración de contratos de bienes o servicios de terceros

para con el Estado? Si la respuesta es afirmativa, nos preguntamos: ¿esta intervención en la celebración de contratos es ilegal? Para contestar este interrogante, los indicios obtenidos por la investigación criminalística nos deben conducir a la infracción de deberes jurídico-penales por parte de los involucrados, que a su vez actualice un determinado tipo penal y la afectación de bienes jurídicos legalmente protegidos.

Frente a tal contexto, ¿la infracción de tales deberes puede darse mediante omisión o, para decirlo más coloquialmente, podemos hacernos los tontos frente a lo que está ocurriendo en la contratación pública? Claro está que el hecho de hacerse el tonto no satisface la exigencia del principio de imputación en conocer el hecho que se atribuye. Pero este tampoco se reduce a movimientos corporales o al estudio semántico de la voz concertar, sino que esa conducta omisiva en el cumplimiento de sus deberes puede presentar un demérito jurídico. Esto se debe a que las investigaciones han conducido a afirmar que las actividades colusorias contaban con luz verde debido a que se había cooptado al área de supervisión, fiscalización o de auditoría de contratos públicos. Ello al propio estilo *laissez faire* (dejar hacer, dejar pasar).

En efecto, Schünemann (2009, p. 340) alertó sobre la poca utilidad del criterio de movimiento corporal en la explicación de la intervención delictiva, más aún de la omisión impropia o comisión por omisión. Incluso, debemos revisar conceptos como delitos de propia mano, los cuales pueden caer en una visión naturalista del tema y generar sesgos en la valoración jurídico penal, en la medida en que se fundan en quién hizo el movimiento corporal. En esa inteligencia, no nos estamos refiriendo a una concertación táctica o presunta para hablar de colusión, pero tampoco a la ingenuidad de un documento firmado en donde X se compromete a hacer algo y Z a omitir algo para hablar de concertación. Asimismo, tampoco tenemos que ser ingenuos sobre el hecho de que semánticamente concertar implica una conducta activa, y las omisiones deben ser valoradas como administrativos ilícitos o como el delito de incumplimiento de funciones, en donde, con una reserva del fallo condenatorio, salió bien librado el funcionario público corrupto. En suma, la lectura forense de los hechos exige que nuestra Alta Corte revise la doctrina asentada en el comentado Recurso de Nulidad 2587/11 Cusco (2011).

Por otro lado, en el cuarto fundamento del Recurso de Nulidad 484/14 Ayacucho (2014), la Corte Suprema peruana señaló que la ejecución o no de una pericia contable no es determinante para establecer responsabilidad penal por el delito de peculado, dado que "esta situación solo se da cuando las circunstancias lo ameritan, siendo generalmente casos en los que el servidor o funcionario cuestionado maneja directamente dinero—cajeros o tesoreros".

Es muy peligroso cuando la calificación jurídica condiciona los ejercicios de investigación y, por tanto, de prueba. El peligro se debe a que se descuida que la lectura de una parcela de la realidad es en sí la materia prima para la elaboración de

conceptos normativos y la generación de un juicio de valor, sea de mérito o de demérito para efecto de aplicar una consecuencia legal como sería el caso de la sanción penal.

La Corte Suprema ha pasado por alto que primero se generan líneas de investigación —que se esperan sean serias y que permitan la aplicación de la ciencia— y de allí, de sus resultados, se realiza la respectiva interpretación: (i) si es peculado por apropiación, por desvío o uso; (ii) si corresponde otro pragma típico; o bien (iii) si es de competencia de otras parcelas del derecho.

En torno a la siguiente afirmación se aprecia una falta de logicidad: si la denuncia no implica a un cajero o tesorero no se necesita practicar peritaje de contabilidad o auditoría forense. ¿Acaso tanto dependemos de lo que diga el denunciante? ¿Tenemos que esperar la denuncia *ad hoc* para aplicar una investigación forense en la administración pública? Lo señalado en la Ejecutoria Suprema de Ayacucho es tan sesgado como el acto de afirmar que lo forense se aplica únicamente en el caso de la necropsia. En este sentido, resulta un flaco favor en torno a exigir investigaciones del Ministerio Público serias que permitan fundamentar acuerdos por colaboración eficaz, o sentencias por terminación anticipada del proceso o por conclusión anticipada del juicio.

En ese sentido, Ocampo, Trejos y Solarte (2010, p. 109) han precisado que el término forense corresponde al latín *forensis*, que significa público y su origen del latín *fórum*, que representa el foro o plaza pública donde se trataban las asambleas públicas y los juicios. Por extensión, *fórum* se refiere al sitio en que los tribunales oyen y determinan las causas, por lo tanto, lo forense se vincula con lo relativo al derecho y a la aplicación de la ley, en la medida en que se busca que un profesional idóneo asista al juez en asuntos legales que le competan y, para ello, aporte pruebas de carácter público para presentar en el foro, que en la actualidad se refiere a la Corte Suprema.

Seguimos sobrevalorando el testimonio, no se entiende la necesidad de su corroboración forense para perfeccionar el cuadro fáctico y recién allí elegir la calificación jurídica. Esta incluso puede ser reformulada en juicio, en la medida en que se respeten los hechos fijados en la formalización de la investigación preparatoria. Pero es un camino de razonar que no se sigue con seriedad en nuestro país. Al respecto, piénsese que el acusado X mantuvo diversos contactos sexuales con una menor de catorce años de edad, dos contactos de los cuales tuvieron lugar en el inmueble de una tercera persona, a quien la llamaremos Y. Al respecto, la Corte Suprema del Perú resolvió, en mayoría y en razón al voto en discordia de la Magistrada Barrios, de la siguiente forma:

Efectivamente, no existe prueba suficiente para determinar que la encausada habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el encausado y la agraviada. La versión de la menor acredita que dos de las siete ocasiones donde sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la encausada, mas no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada

por el encausado para sostener relaciones sexuales con la menor agraviada.
(Casación 367/2011, 2013)

¿Cuál es el problema de la ejecutoria suprema citada? Que seguimos resolviendo sobre la base de testimonios, sea absolviendo, mediante el argumento que no alcanzó; o bien condenando, con el argumento de lo suficiente que es el señalamiento. Además, llegó la solución para que algunos operadores cuenten con una excusa para continuar resolviendo de esta manera, esta es, la solución de la psicología del testimonio.

¿Dónde está la policía con capacidad para procesar la escena? ¿Dónde están los criminalistas y criminólogos? ¿Estamos ante una regla de la lógica? ¿Veo que A se encierra con una niña B, en diferentes ocasiones, y asumo que yo no lo sabía? La naturaleza humana consistente en evadir la responsabilidad, pero ahí entra la ciencia y la sana crítica para conducirnos a la verdad. Este modelo epistémico también ha sido adoptado por Decastro (2008), quien ha señalado la presencia de identidad temática con los criterios para impugnar la credibilidad de los testigos (p. 169).

Finalmente, abordamos en el presente apartado la relación entre la criminalística del testimonio y el principio de imputación necesaria. En esa línea, en caso de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, ¿la imputación también tiene que comprender la explicación al procesado de la legislación extrapenal? Ello es una preocupación válida entre los operadores, sobre la cual también reflexionamos en un juicio oral que nos tocó dirigir de delito contra el medio ambiente, en donde es evidente la presencia de una legislación extrapenal.

Al respecto, el principio de imputación es un problema de subsumir y de dar a conocer. Por un lado, de subsumir un cuadro fáctico al material probatorio, para luego subsumir los hechos probados en la norma jurídica aplicable. Igualmente, de dar a conocer al imputado toda la operación mencionada líneas arriba. En esa inteligencia, a lo largo del presente ensayo hemos explicado la importancia de la lectura forense o criminalística que favorecerá el subsumir el cuadro fáctico al material probatorio. Sin embargo, cuando nos preguntamos: ¿cuál es la norma jurídica aplicable? es indudable que no es la legislación extrapenal, sino el tipo penal.

Frente a ello, la Corte Suprema peruana así lo ha entendido en los casos de los delitos de colusión (Recurso de Nulidad 367/18 Del Santa, 2018, fundamento tercero) y cohecho (Recurso de Nulidad 457/18 Puno, 2018, fundamento cuarto), donde el principio de imputación necesaria no se extiende a dar a conocer al imputado cuál es la legislación extrapenal que violentó, sino el tipo penal que se le está atribuyendo. En ese sentido, nos adherimos, porque uno de los defectos que más se le ha criticado a la Fiscalía es el problema del *articulitis*, esto es, la exposición, tipo ráfaga de balas, de leyes, reglamentos, artículos, fracciones y párrafos. Dicho organismo descuida contestar de manera sencilla la siguiente pregunta: ¿qué hice para que me sancionen?

La respuesta correcta es el hecho, que a su vez me conduce a la ley penal y no a una norma jurídica distinta, porque la afectación de la libertad personal mediante la pena proviene de la ley penal.

En suma, el imputado no necesita saber toda la legislación extrapenal susceptible de ser aplicado a su caso, porque nos puede conducir a muchas leyes y por ende a un imputado confundido, so pretexto de un garantismo superficial. El imputado necesita saber el cuadro fáctico, la prueba y el tipo penal, y es el abogado defensor quien realiza los cuestionamientos técnicos necesarios. El perfeccionamiento del cuadro fáctico nos debe conducir a la infracción del deber jurídico penal, lo cual nos conduce al tipo penal y no a la legislación extrapenal como núcleo del principio de imputación necesaria. Asimismo, no debemos olvidar la fórmula del conocimiento a nivel de lo profano o lego, que exige para la conciencia potencial de lo antijurídico del actuar.

3. LOS PROBLEMAS DE VERACIDAD DE LA EXPLICACIÓN FORENSE

¿Qué necesita saber el juez para evitar condenar a un inocente, coloquialmente conocido como un chivo expiatorio? En efecto, ante la sencillez de colocar unas huellas, cabellos o algún fluido biológico en determinados lugares para efecto de incriminar a una determina persona, nos preguntamos: ¿con qué mecanismos de control contamos para evitar un sembrado de indicios, un pillaje en el lugar de los hechos o una ilícita manipulación forense de los indicios?

Al respecto, el principio de presencia de la autoridad y el registro de sus actos constituyen un primer mecanismo para tomar en cuenta. En esa inteligencia, la Fiscalía se erige como el primer guardián en la protección de los derechos humanos. Para ello, debe estar presente en las prácticas de las pesquisas, de conformidad con el numeral 3 del artículo 330 del Código Procesal Penal (2004). Asimismo, en caso de peritajes irreproducibles o cualquier diligencia irreproducible, debe darse vía prueba anticipada, con presencia del juez y las partes, en términos de lo que dispone el artículo 242 de la ley procesal.

Igualmente, el numeral 1 del artículo 120 de la norma adjetiva ha precisado que la actuación procesal, fiscal o judicial, se documenta mediante acta, utilizándose de ser posible los medios técnicos que correspondan. En ese contexto, piénsese en la videograbación de las pesquisas o la audiograbación de las audiencias que garantice la fiabilidad de la diligencia.

Finalmente, los propios métodos de validación de la investigación forense, así como de la defensa forense, permitirán afirmar o descartar determinadas afirmaciones. Frente a ello, los policías de investigación, criminalistas, criminólogos, victimólogos, médicos forenses, psicólogos forenses y, en suma, todo experto en las ciencias forenses, deben ser quienes al analizar los indicios generen una lectura o interpretación coherente de los eventos, es decir, que al partir de las consecuencias nos permitan conocer las causas.

Por ende, resulta fundamental mantener un adecuado, eficaz y actualizado sistema de servicios periciales, donde el titular de la Fiscalía de un país, entidad federativa o de un distrito fiscal debe buscar que dicha área sea la que presente mayor presupuesto. Piénsese que un determinado porcentaje de la reparación civil, por ejemplo, obtenido por los acuerdos de colaboración eficaz, vaya destinado a fortalecer servicios periciales.

CONCLUSIONES

Flaco favor le hacemos al derecho penal cuando se condena sin investigación forense, pues se entretiene a los operadores con capacitaciones en torno a la psicología del testimonio. Sin embargo, si se le pregunta a un criminalista si con la testimonial aclara el caso, recibiremos un no como respuesta. Es el análisis conjunto de los indicios lo que nos permitirá una lectura criminalística de los eventos. Sobre todo, porque el testimonio que importa es el recibido por el juez, por lo que, tendríamos que convocar en audiencia al psicólogo del testimonio, ingresando el juicio en una suspensión para que evacúe su declaración, pues se ignora que será el juez quien decida si se está ante un testimonio veraz, no por lo que le diga el psicólogo del testimonio, sino por lo que digan las ciencias forenses.

A esto último lo hemos denominado: la criminalística del testimonio. Allí constituye una equivocación formalizar la investigación sobre la base de un testimonio no referenciado, so pretexto de una razón de trato preferencial con la víctima, de no discriminación y de veracidad para quien denuncie o haya sido testigo presencial de los hechos. Ello en virtud a la exigencia de indicios reveladores de la comisión de un delito y la probable autoría o participación del imputado (Código Procesal Penal, 2004, art. 336, num. 1). Este hecho exige que el testimonio esté referenciado en peritajes, en documentos o en pruebas materiales, en suma, en todo indicio obtenido por la criminalística del campo, el cual, al ser procesado en el laboratorio forense, se considere evidencia de la comisión de un hecho que la ley señala como delito.

De lo dicho hasta ahora, se aprecia que el testimonio referenciado debe ser producto de la investigación forense, la cual no se reduce al sentar al testigo en una silla para hacerle pruebas de percepción y memoria, desempolvando la psicología del testimonio, propia del derecho probatorio de fines del siglo XIX. Por el contrario, la investigación forense exige acudir a los especialistas o expertos señalados en el numeral 2 del artículo 321 del Código Procesal Penal peruano (2004), la cual exige entender que las atribuciones indicadas en el artículo 68 de la ley procesal son ejecutadas por la Policía Nacional en función de investigación. Esto exige que exista un personal especializado en criminalística, dejando a salvo la competencia de detener y revisar al detenido, la misma que, por interpretación sistemática con el artículo 259 de dicho código, puede realizar cualquier efectivo policial.

En esa línea, la criminalística del testimonio genera consecuencias para el proceso penal y resalta el perfeccionamiento del cuadro fáctico, para efecto de afirmar o descartar la infracción del deber jurídico penal, así como la identificación del correspondiente tipo penal. Otra consecuencia procesal es que dota de información necesaria para que el Ministerio Público cumpla con el principio de imputación necesaria, esto es, que el imputado conozca cuál es el hecho por el cual se le pretende sancionar y la norma penal aplicable para el caso.

En suma, ocupemos la criminalística del testimonio, esto es, la explicación forense de los hechos, para fijar el objeto de la litis en el marco del proceso penal. De esta manera, la presencia del fiscal en el lugar de las pesquisas o la práctica de prueba anticipada, así como el registro tecnológico de la actuación forense, constituyen las herramientas que garantizan la autenticidad de la labor forense para un adecuado esclarecimiento de los hechos.

REFERENCIAS

- Benavente, H. (2005). *La Imputación objetiva en la comisión por omisión* [tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio de tesis digitales. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/1213>
- Benavente, H. (2007). *La omisión: concepto e imputación objetiva*. Fabián Di Plácido.
- Benavente, H. (2021). *La pragmática de la imputación penal*. J.M. Bosch Editor.
- Carrasco, Y. (2015). Oralidad, intermediación y revisión de sentencias ¿Armónicos o antagónicos en el proceso? Una investigación sobre la posibilidad de coexistencia de las reglas. *Cartapacio de Derecho*, 28, 1-73. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1485/1921>
- Castelló, A., Francés, F. y Verdú, F. (2009). Investigación médico forense de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *Cuadernos de Medicina Forense*, 15(55), 17-35. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1135-76062009000100005
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (2013, 09 de enero). *Ley General de Víctimas*. Diario Oficial de la Federación. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV_200521.pdf
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2011, 06 de diciembre). *Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116* (Elvia Barrios Alvarado e Inés Villa Bonilla, M.P.).
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2013, 15 de julio). *Casación 367/11 Lambayeque* (Josué Pariona Pastrana, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2016, 20 de abril). *Casación 96/14 Tacna* (José Antonio Neyra Flores, M.P.).
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2018, 19 de junio). *Casación 455/17 Pasco* (Sequeiros Vargas, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2020, 26 de febrero). *Casación 1563/19 La Libertad* (César San Martín Castro, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2013, 23 de enero). *Recurso de Nulidad 2587/11 Cusco* (Josué Pariona Pastrana, M. P.).

- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2015, 23 de abril). *Recurso de Nulidad 484/14 Ayacucho* (Duberlí Rodríguez Tineo, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2018, 07 de junio). *Recurso de Nulidad 367/18 Del Santa* (Sequeiros Vargas, M. P.).
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (2018, 06 de noviembre). *Recurso de Nulidad 457/18 Del Santa* (Chávez Mella, M. P.).
- Decastro, A. (2008). La impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio. *Opinión Jurídica*, 7(13), 163-174. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/156>
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho penal*. Civitas.
- Manzanero, A. (2008). *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Pirámide.
- Mazzoni, G. (2010). ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria (J. Revuelta, trad.). Trotta.
- Muñoz, V. y Viéitez, A. (2013). La intervención del médico forense en el levantamiento de cadáver. *Quadernos de Criminología. Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, 22, 30-37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767889>
- Ocampo, C., Trejos, O. y Solarte, G. (2010). Las técnicas forenses y la auditoría. *Scientia et Technica*, 2(45), 108-113. <https://revistas.utp.edu.co/index.php/revistaciencia/article/view/281>
- Oropeza, J. (2000). El peritaje en psicología forense. *Revista Internacional de Psicología*, 1(1), 1-7. <https://doi.org/10.33670/18181023.v1i01.6>
- Poder Ejecutivo del Perú. (1991, 08 de abril). *Código Penal*. Diario Oficial El Peruano. <http://spijlibre.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
- Poder Ejecutivo del Perú. (2004, 29 de julio). *Código Procesal Penal*. Diario Oficial El Peruano. <http://spijlibre.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
- Ruiz, J. (2002). *Memoria y olvido. Perspectivas evolucionistas, cognitiva y neurocognitiva*. Trotta.
- Schünemann, B. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. *Derecho Penal y Criminología*, 25(75), 13-26. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037>
- Schünemann, B. (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia con una aportación a la metodología del Derecho penal* (J. Cuello y J. Serrano, trads.). Marcial Pons.
- Solís, A. (2000). Psicología del testigo y del testimonio. *Derecho PUCP*, 53, 1013-1052. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.032>