

JEFFERSON MORENO NIEVES

La defensa de Nadine Heredia

ASPECTOS PROCESALES

JEFFERSON MORENO NIEVES

La defensa de Nadine Heredia

ASPECTOS PROCESALES



Título de la obra:

*La defensa de Nadine Heredia.
Aspectos procesales*

© Jefferson Moreno Nieves, 2021

Primera edición, julio 2021

Tiraje: 2000 ejemplares

Editado por:

© Clic Derecho SAC
para su sello editorial LP
Av. Sánchez Carrión 615, oficina 406
Jesús María, Lima
Teléfono: 921 492 114
Correo electrónico: editorial@lpderecho.pe

Diseño y diagramación:

Anyela Carla Aranda Rojas

ISBN: 978-612-48629-1-5

Registro del Proyecto Editorial: 31501132100361

Hecho el depósito legal en la

Biblioteca Nacional del Perú: 2021-07953

Impreso por:

Fast Page SAC
Av. Ancón 1016, Puente Piedra, Lima
Julio 2021

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

CONTENIDO

<i>De maestrías y «cartones» / Prólogo</i>	17
--	----

Capítulo I

<i>La labor de ama de casa como arraigo laboral</i>	23
---	----

I. Introducción a la problemática	25
---	----

II. El peligro procesal	26
-------------------------------	----

1. La relevancia del peligro procesal en la adopción de las medidas de coerción	27
---	----

2. Los pronunciamientos judiciales sobre la relevancia del peligro procesal	32
---	----

3. Los tipos de peligro procesal	38
--	----

III. El peligro de fuga	39
-------------------------------	----

1. ¿Qué se entiende por peligro de fuga?	39
--	----

2. Criterios que determinan la verificación del peligro de fuga.....	41
--	----

2.1. Arraigo	44
--------------------	----

a. El arraigo laboral.....	47
----------------------------	----

b. El derecho al trabajo	49
--------------------------------	----

c. El trabajo productivo y no productivo.....	52
---	----

c.1. El trabajo productivo.....	53
---------------------------------	----

c.2. El trabajo no productivo	57
-------------------------------------	----

d. La labor doméstica como trabajo no productivo	59
--	----

Capítulo II

<i>La tutela de derechos y su no limitación de protección a derechos informativos</i>	65
---	----

I. Introducción a la problemática	67
---	----

II. La incorporación de un mecanismo de defensa en favor de los derechos del investigado	68
III. Requisitos de procedibilidad	70
III.I. Requerimiento previo	71
III.II. La inexistencia de vía específica	73
IV. ¿Qué derechos protege la tutela de derechos?	74
IV.I. La base legal en cuestión. Exposición de motivos y fundamento de existencia	74
IV.II. Análisis jurisprudencial de la procedencia de la tutela de derechos.....	84
IV.III. La tutela de derechos en la legislación comparada.....	91
1. Colombia	92
2. Chile	93
3. España.....	94

Capítulo III

El plazo en las diligencias preliminares.

Uso indebido de la legislación de crimen organizado en aspectos procesales

.....	97
I. Introducción a la problemática	99
II. El contenido protegido de la garantía de plazo razonable.....	99
II.I. El exceso de plazo.....	102
II.II. La reducción de los plazos	104
II.III. La diferencia entre el plazo razonable y el plazo legal	107
III. Los plazos legales en el proceso común del Código Procesal Penal de 2004.....	111
III.I. Los plazos en las diligencias preliminares....	111
III.II. Los plazos en la investigación preparatoria....	114
III.III. Los plazos en la etapa intermedia.....	116
III.IV. Los plazos en la etapa de juzgamiento.....	117

IV. Las diligencias preliminares. Finalidad, imputación y plazo.....	118
IV.I. La garantía de imputación necesaria en la etapa de diligencias preliminares	119
IV.II. La evolución legislativa y jurisprudencial de los plazos de la etapa de diligencias preliminares	124
V. El aspecto problemático del caso Nadine Heredia ...	127
V.I. El trámite procesal	127
1. La inexistencia de una imputación por crimen organizado	128
2. La contradicción fiscal	132
V.II. El error de sostener que, con relación a la Ley 30077, el ámbito procesal puede aplicarse sin necesidad de vinculación con el ámbito sustancial respecto del plazo de las diligencias preliminares para casos de crimen organizado ..	133
1. La Ley 30077 no es una ley especial, sino una de modificación del Código Penal y del Código Procesal Penal	133
2. La necesaria relación entre las partes adjetiva y sustantiva del sistema penal	139
3. La falta de un plazo legal establecido para las diligencias preliminares y su complementación jurisprudencial por parte de la Corte Suprema	146

Capítulo IV

<i>Las notas periodísticas y su valor probatorio en el proceso penal.....</i>	151
I. Introducción a la problemática	153
II. Los medios de comunicación y su relación con el proceso penal	153
III. Documentación periodística.....	154

III.I. La nota periodística.....	154
III.II. El reportaje.....	155
IV. Valor probatorio de las notas periodísticas en la jurisprudencia comparada.....	155
IV.I. México	155
IV.II. Colombia	156
V. Reconocimiento de las notas periodísticas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	157
VI. La libertad de información y la necesidad de su corroboración.....	163

Capítulo V

El uso del testigo protegido y su posibilidad

<i>de reexamen</i>	169
--------------------------	-----

I. Introducción a la problemática	171
II. El uso de testigos sospechosos en el proceso penal ...	172
II.I. Clasificación	172
II.II. Excepcionalidad	182
II.III. Regla de corroboración	183
II.IV. Lógica de compensación	185
III. El testigo protegido	186
III.I. Desarrollo doctrinario.....	188
III.II. Desarrollo jurisprudencial.....	189
III.III. Reglamentación interna en Ministerio Público	194
III.IV. Base legal.....	199
III.IV.I. Desarrollo interno	199
1. Reconocimiento de uso.....	199
2. Medidas de protección específicas	199
3. Regla de corroboración.....	202
III.IV.II. Desarrollo internacional.....	202
1. La Convención de Palermo.....	202
2. Chile	203

3.	España.....	204
4.	Colombia.....	204
5.	Argentina.....	205
IV.	La posibilidad de reexamen al testigo protegido	206
IV.I.	La base legal específica.....	206
1.	Develamiento de identidad.....	207
2.	Posibilidad de reexamen.....	208
IV.II.	Sobre la posibilidad de reexamen.....	210
1.	La existencia de disposición fiscal.....	210
2.	La determinación del afectado.....	211
3.	La acción de reexamen ante el juez de investigación preparatoria.....	219

Capítulo VI

	<i>El proceso especial de colaboración eficaz.....</i>	221
I.	Introducción a la problemática.....	223
II.	El proceso de colaboración eficaz.....	224
III.	Notas esenciales del proceso de colaboración.....	227
III.I.	Características.....	227
1.	Reserva del proceso de colaboración eficaz	227
2.	Autónoma pero con efectos en otros procesos	228
3.	Se enmarca dentro del derecho penal y procesal penal premial.....	230
4.	No contradictorio.....	231
III.II.	El ámbito de acción. Delitos objeto de colaboración.....	232
III.III.	Eficacia de la información.....	233
III.IV.	Las partes procesales.....	234
1.	El colaborador.....	235
2.	El fiscal.....	237
3.	El agraviado.....	238
III.V.	Beneficios.....	240

1.	Beneficios en personas naturales	240
2.	Beneficios en personas jurídicas	241
IV.	Las fases del proceso de colaboración eficaz.....	243
IV.I.	Calificación de la solicitud	243
IV.II.	Corroboración de información	245
1.	La necesidad de corroboración con elementos no sospechosos y externos	247
2.	Frente a testigos doblemente sospechosos se debe requerir un estándar más alto de corroboración.....	253
3.	La exigencia de verificar la ausencia de vicios de legalidad	257
IV.III.	Convenio preparatorio	260
IV.IV.	Control judicial.....	262
V.	El uso de la información generada en el procedimiento de colaboración	264
V.I.	La transcripción de la declaración del colaborador	265
V.II.	El traslado de la declaración del colaborador..	267
1.	Traslado de proceso de colaboración concluido negativamente.....	269
2.	Ante proceso concluido positivamente	269
3.	Ante proceso no concluido	270

Capítulo VII

	<i>El impedimento de salida del país.....</i>	273
I.	Introducción a la problemática	275
II.	Trámite general.....	276
II.I.	Procedimiento	279
II.II.	Duración	282
II.III.	Posibilidad de ampliación.....	284
II.IV.	Modalidades	285
1.	Sobre las personas	285

a. En imputados	286
b. En testigos	288
2. Sobre la forma.....	289
a. Con audiencia	290
b. Sin audiencia	291
3. Sobre la etapa procesal	292
a. En diligencias preliminares.....	292
b. En investigación preparatoria formalizada..	294
III. Presupuestos de aplicación.....	296
III.I. Exigibles como medida de coerción general ...	298
1. <i>Fumus delicti comissi</i>	298
2. Prognosis de pena.....	299
3. Peligro procesal.....	300
III.II. Presupuestos específicos	305
1. La indispensabilidad de la medida.....	305
2. Programación de diligencias establecidas mediante disposiciones fiscales.....	308
3. La necesidad de la presencia del imputado en el país en la diligencia a realizarse	310
4. Señalamiento de domicilio: medida a analizar previo requerimiento de impedimento de salida	313

Capítulo VIII

<i>El funcionario de facto</i>	317
I. Introducción a la problemática	319
II. El funcionario público y los delitos contra la administración pública	320
II.I. Funcionario que cumple exigencias administrativas.....	321
II.II. Extensión de la calidad de funcionario o servidor público.....	323

II.III. El concepto de funcionario anticipado	325
II.IV. Funcionario público extranjero	326
III. El funcionario de facto.....	328
III.I. Reconocimiento administrativo del funcionario de facto	329
1. Teoría de la apariencia de la legitimidad pública o de la doctrina de facto.....	330
2. Teoría del nombramiento nulo o del fundamento procesal	330
3. Teoría de la protección a los terceros.....	330
4. Teoría de la finalidad del ejercicio de hecho de la función pública.....	331
5. Teoría de la buena fe subjetiva	331
III.II. Reconocimiento penal del funcionario de facto	333
1. Requisitos de aplicación.	334
a. El cargo público debe tener existencia <i>de iure</i> o reconocida por la ley	334
b. La persona debe estar en el ejercicio del cargo	335
c. La apariencia de legitimidad del título habilitante ante el público.....	336
2. La diferencia entre el delito de usurpación de funciones y el funcionario de facto.....	338
IV. El caso de la primera dama.....	341
IV.I. Origen del reconocimiento legal de la primera dama	342
IV.II. Reconocimiento legal de la primera dama en el Perú.....	345
IV.III. Primeras damas en el Perú	347
V. Pronunciamientos judiciales	356
VI. Posiciones doctrinarias.....	357

*A Santiago, por enseñarme lo que
significa amar a otro hombre.*

De maestrías y «cartones»

Prólogo

Debe haber sido aproximadamente en el año 2015, cuando empecé a estudiar mi primera maestría en la Universidad de San Martín de Porres. En aquel tiempo, recién había egresado de la carrera de Derecho en la misma casa de estudios, y pretendía iniciar una vida paralela a la profesional, que fuese considerada importante para mí mismo a nivel académico.

Eran casi las cinco de la tarde cuando toqué la puerta del Dr. Nakazaki con la intención de despedirme. En algunos minutos más iniciaría mi primera clase de maestría en la antigua casona de la universidad, y ya había perdido la esperanza de poder hincarle el diente a algo antes entrar al salón. La voz del doctor me llegó desde dentro del despacho:

17

—Adelante.

—Buenas tardes, doctor —dije, mientras terminaba de ponerme el saco—. Disculpe la interrupción, ya me retiro.

El doctor dejó de teclear y por fin despegó la vista de la pantalla de su computadora: podía haber apostado que el maestro se encontraba inmerso —como casi siempre— en la maratónica e impecable elaboración de un escrito judicial que ya le llevaba días enteros.

—¿A dónde vas? —me preguntó, quizás extrañado de que me retirara cinco o seis horas antes de mi horario de salida habitual, el mismo que voluntariamente me había impuesto con el fin de aprovechar al máximo toda la experiencia y los conocimientos contenidos en aquella oficina. Al fin, lo que me quedaba fuera de allí era la solitaria habitación que por aquel entonces llamaba hogar.

Sin poder evitar la emoción que conlleva todo primer día, respondí:

—Me voy a la maestría, doctor.

—¿Maestría? —me dijo con un tono de fastidio.

18

—Así es doctor, sí.

El doctor Nakazaki asintió pensativo. Me indicó que me acercara a su escritorio, tomó una gruesa ruma de documentos que descasaban a su izquierda y los dejó caer en mis manos:

—Te presento el caso Accomarca. Esta será tu mejor maestría.

Me desconcertó por algunos instantes. Aunque hoy, sin embargo, puedo decir que entiendo la total dimensión de lo que mi maestro quiso decirme aquella tarde.

Razón no le faltaba. Siempre que él analizaba un caso, lo hacía con tal detalle académico, que de los trabajos que se presentaban en el caso, ya sea a nivel fiscal o judicial, bien podrían haberse escrito infinidad de libros. Pero yo creía que el «cartón» de magister era importante. No solo se debe ser un buen

abogado en la práctica, sino que esto debe verse reflejado en el papel, y durante algún tiempo creí tener la razón.

No es que la maestría me haya decepcionado; por el contrario, creo que fue muy provechosa en mi formación académica, pero la realidad me iba demostrando que el maestro siempre tuvo razón: «No hay mejor maestría que la defensa en un caso». Incluso dependiendo de la complejidad del caso, este puede llegar a convertirse en tu «doctorado». Así, ya no me sentiría tan sonrojado cuando alguien me dijera «doctor», sin tener el grado necesario.

Sigo creyendo que el «cartón» es importante. Así lo piensa la propia Ley Universitaria, que hace prevalecer los grados obtenidos en papel más que la propia experiencia de litigio, por ejemplo. Fue algo que descubrimos aquellos que, pese a estudiar una maestría, aún no habíamos logrado obtener el grado de magíster y fuimos expectorados de las aulas universitarias con la reciente reforma.

Pero lo cierto es que, desde aquel día, inicié, sin decírselo a nadie, un análisis comparativo entre lo que aprendía del litigio constante y de las clases de maestría interdiarias que recibía en la excasona. Y reitero, razón nunca le faltó a mi maestro. El litigio en los casos siempre terminaba por superar cualquier clase que se podía recibir.

Todo depende del énfasis, de la pasión que se le ponga a los casos que se litigan; de ellos puedes obtener los mejores grados académicos, aunque nadie te otorgue un certificado por ello.

Pero, por ahora, quiero concentrarme en una de las más importantes «maestrías» que he tenido a lo largo de mi carrera

como litigante y, aunque no tenga la certificación que corresponde, espero que esta obra se convierta en la inspiración de seguir ejerciendo defensa apasionada en todo caso que deba realizar.

Siendo muy joven, ya abogado, y aún sin el «cartón» oficial de magíster, fui convocado para ejercer la defensa de la ex primera dama del Perú, la señora Nadine Heredia Alarcón. Sin ninguna duda, un reto para cualquier abogado defensor. No solo por el título que le había correspondido durante el gobierno presidencial de su esposo, el exmandatario peruano Ollanta Humala Tasso, sino también porque el caso para el que había sido convocado era uno de los más complejos que podía conocerse en el litigio. Me refiero al denominado caso Gasoducto.

20

La defensa realizada en este caso, durante aproximadamente dos años, me permitió desarrollar diversos temas estrictamente académicos que antes en ningún otro caso había desarrollado. Lo que se escribe aquí es producto de aquel trabajo de litigio; por ello, esta obra se debe erigir como la certificación de un desarrollo jurídico realizado a propósito de un caso en concreto.

Debo advertir que en esta obra no se van a encontrar pasajes de conversaciones con mi exdefendida o información sensible, reservada o privada del caso. No podría hacerlo como abogado ético que intento ser. Todo ello forma parte del secreto profesional, inherente a la labor de la abogacía y al respeto de la regla de reserva en las investigaciones fiscales.

Esta obra pretende, más bien, un desarrollo estrictamente académico que, con datos públicos, me permita realizar de determinadas instituciones procesales y un aspecto problemá-

tico sustancial de autoría en delitos contra la administración pública, como el que se le pretende atribuir a la señora Heredia en su supuesta calidad de funcionaria de facto.

La obra se encuentra dividida en ocho capítulos y en cada uno de ellos se desarrolla un tema estrictamente académico. Cada capítulo se inicia con una breve explicación de por qué el tema fue de trascendencia para la defensa de la ex primera dama Nadine Heredia, y luego se procede al desarrollo teórico del tema en concreto. En muchos de estos temas, lo que hoy se presenta en la obra fue expuesto en su momento ante el órgano fiscal o judicial a cargo del caso.

Finalmente, debo advertir la posibilidad de que la visión que aquí se presenta no sea necesariamente objetiva, sino más bien la visión del abogado defensor que, en su momento, luchó por una investigación adecuada y una debida aplicación del derecho al caso. Y aunque pueda ser criticado por falta de objetividad, preferiría recibir algún análisis de calidad académica y no sobre aspectos personales. Y es que si algo he buscado desde siempre es que la aplicación del derecho no responda a nombres en concreto, al análisis de quien es el investigado, del contexto político en que se desarrolla la investigación, o simplemente de las preferencias ideológicas de las partes; sino, por el contrario, que los procesos respondan exclusivamente a la debida aplicación del derecho, algo a lo que todos los ciudadanos deberíamos aspirar: recordemos que el sistema penal es de aplicación universal. Esta es la figura que se me viene a la mente ahora: es como un felino que aguarda en silencio, esperando a la presa que habrá de caer en sus garras para, a partir de ahí, decidir si será protegida o sometida. Todo depende de la visión del proceso, y eso, estimados lectores, le puede pasar a un ser muy querido y cercano. Por ello, no debemos pedir

para otros lo que puede terminar siendo de aplicación incluso a nosotros mismos.

Quiero agradecer a todo mi equipo —esta vez reformado— compuesto por Emerson Campos, Victoria Melgarejo, Ludwig Pulgar, Giuliana Moreno, Ninoschka Morales, Hilary Chauca, Pablo Suárez, Christel Ocaña y Diego Moreno. Por ellos es que puedo encontrar la paz para poder escribir estas páginas.

Al gran Roger Vilca y a todo el equipo de LP Pasión por el Derecho, que esta vez confían en mí como escritor. Mi eterno agradecimiento a todos ellos, por la confianza que siempre me dan, desde el primer evento que organizaron como institución y al que me invitaron gentilmente, día desde el cual no hemos dejado de trabajar juntos, demostrando que, para crecer, solo se necesita humildad y esfuerzo.

22

Y a todos ustedes, estimados lectores, mi gratitud eterna, por confiar en alguien que solo quiere ofrecer lo poco que tiene, y que pretende ser un modelo, como mínimo, de lo que no se debe hacer.

Jefferson G. Moreno Nieves

Lima, 25 de junio de 2021

CAPÍTULO I

LA LABOR DE AMA DE CASA COMO ARRAIGO LABORAL

I. Introducción a la problemática

En este capítulo debemos desarrollar un hecho público que trae consecuencias jurídicas, no solo para el caso de Nadine Heredia Alarcón, sino también para un gran número de peruanos que, al ser investigados, son requeridos con medidas de coerción personal, ya sea de prisión preventiva o de comparecencia con restricciones. A estos ciudadanos se les reclama no mantener un arraigo en el país de tipo laboral, ya que no forman parte del pequeño grupo productivo de nuestra patria que mantiene un contrato a plazo indeterminado con alguna empresa nacional o internacional, que se encuentre conforme al derecho laboral en la planilla de algún grupo corporativo específico, o que simplemente cumpla con las altas formalidades que no permiten que las empresas suscriban contratos laborales adecuados para el ciudadano.

25

Esta situación, en términos jurídicos, debe ser analizada desde el peligro procesal, de vital presencia en la adopción de medidas de coerción, y, específicamente, analizada en el criterio de arraigo y, con más detalle, en el análisis específico del arraigo laboral.

Sostener que un ciudadano no tiene arraigo laboral por el solo hecho de no recibir una remuneración económica por la actividad que realiza es desconocer las reglas del derecho laboral.

Sucedee, por ejemplo, en el caso de los bomberos voluntarios, y, claro, para el análisis que presentamos, ocurre para aquellas personas que se dedican a la tan complicada, esmerada y fatigada labor doméstica.

Aquí intentaremos presentar un desarrollo más amplio de lo que implica el arraigo laboral. Consideramos que no solo debe ser analizado desde la perspectiva del derecho penal, sino que, por su propia naturaleza, merece un análisis extrapeenal, de remisión a las reglas de su materia, esto es, el derecho laboral. Solo así podremos concluir que no se requiere de una remuneración económica para que una persona pueda considerarse vinculada por su labor en el país, y que, por tanto, las amas de casa también tienen arraigo laboral.

II. El peligro procesal

El peligro procesal debe ser el presupuesto más analizado en la imposición de una medida de coerción personal, ya sea prisión preventiva, comparecencia con restricciones o impedimento de salida, y sus respectivas prolongaciones. La limitación cautelar a la libertad no tiene como fundamento la vinculación de la persona con el delito, pues ello implicaría entender que estas medidas constituyen una anticipación de pena, lo que a todas luces es inconcebible. De ahí que el principal sustento de la imposición de la medida sea la presencia del peligro procesal, en cualquiera de sus vertientes.

1. La relevancia del peligro procesal en la adopción de las medidas de coerción

Como la existencia del peligro procesal resulta ser el verdadero fundamento de imposición de las medidas de coerción, sobre todo de la prisión preventiva, esta posición debe ser analizada de cara a cuál es la consideración que se tiene sobre la finalidad del proceso penal.

Entendemos nosotros, siguiendo a Roxin, que el proceso penal tiene cuatro fines específicos: a) condenar al culpable, b) proteger al inocente, c) salvaguardar la forma judicial del proceso y, finalmente, d) la estabilidad jurídica de todas las decisiones¹.

Desde los primeros estudios del derecho procesal —con maestros como Chiovenda, Carnelutti o Calamandrei—, es bien sabido que, para alcanzar la materialización de los fines del proceso, en un estado constitucional de derecho el proceso requiere de un lapso que no necesariamente es corto² ³.

¹ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Di-dot, 2000, p. 60.

² REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, año 8, núm. 10/2016, Fondo Editorial del Poder Judicial, CAPONI, Remo, *Piero Calamandrei y la tutela cautelar*, pp. 400-403. Disponible en: <<https://bit.ly/3qUmODv>>

³ DEI VECCHI, Diego. «Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes». En *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVI (2), Chile, 2013, pp. 192-199.

La condena del culpable exige el paso por la etapa de investigación preparatoria, a efectos de recabar los elementos de convicción que generen en el fiscal la necesidad de la presentación de un requerimiento acusatorio. Luego de ello, este podrá ser sometido a un control formal, material y probatorio a lo largo de la etapa intermedia, para que posteriormente pueda llegarse a la etapa de juzgamiento, en la que se arribará a una eventual sentencia condenatoria.

La protección del inocente implica la existencia de un proceso que sirva de escudo a la inminente vigencia y aplicación del derecho penal, que podría constituir la espada. La existencia y posibilidad de presentación de una tutela de derechos, la necesidad de convocar a audiencia previamente a la imposición de una medida de prisión preventiva, o la obligatoriedad de controlar las decisiones fiscales a través de la etapa intermedia, constituyen manifestación de que el proceso penal también tiene como finalidad la protección del inocente.

Este tipo de controles, acciones o actos procesales en general pasan, en el caso peruano y el proceso penal común, por diferentes etapas, como son la investigación preparatoria con sus dos subetapas como las diligencias preliminares y la investigación preparatoria formalizada, para posteriormente pasar por la etapa intermedia y finalmente, la etapa de juzgamiento. Hasta aquí, por lo menos, para un debido proceso de primera instancia. Esto, sin duda, no se realiza en un tiempo breve, sino más bien en uno considerado hasta excesivo, dependiendo del tipo de caso del que se trate.

Este es el fundamento para la llamada tutela cautelar: con la intención de que el tiempo no perjudique la ulterior reali-

zación de los fines del proceso, se activan ciertos mecanismos para protegerlos (cautelarlos), asegurando la futura condena y sus efectos^{4 5}.

La prisión preventiva es una medida cautelar (manifestación de la tutela cautelar)⁶ y, como tal, exige que su fundamento principal sea siempre esa protección a las finalidades del proceso^{7 8}.

Para toda medida cautelar se exigen dos requisitos (presupuestos): la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, que, trasladados al proceso penal, y específicamente a la prisión preventiva, se convierten en *fumus comissi delicti* y *periculum libertatis*, respectivamente^{9 10}.

Las medidas de coerción tienen como finalidad impedir la eliminación de las huellas del delito (un correcto desarrollo de

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: INPECCP, 2015, p. 437.

⁵ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal*. Ciudad de México: Oxford, 2003, p. 483.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1091-2002-HC, caso Vicente Ignacio Silva Checa, del 12 de agosto de 2002, fundamento jurídico octavo.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes, Transitorias y Especiales. Acuerdo Plenario 01-20197CIJ-116, del 10 de setiembre de 2019, fundamentos jurídicos 7, 8 y 39.

⁸ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal, op. cit.*, pp. 359-360.

⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, pp. 437-440.

¹⁰ DEI VECCHI, Diego. «Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes», *op. cit.*, p. 198.

la investigación y/o del proceso) y la desaparición del investigado (asegurar su presencia)^{11 12 13 14}.

De los dos requisitos, el *periculum libertatis* es el más importante, pues sirve para sostener si se debe imponer o no esta medida de coerción (cautelar) y evitar así que las finalidades del proceso no sean logradas^{15 16 17 18}.

Esto tiene que ser así porque, de lo contrario, la medida —que debe ser cautelar— se convierte en una sentencia anticipada o en un adelanto de pena, lo que es inconcebible en un estado de derecho.

El latinismo *periculum libertatis* se puede traducir como «peligro por libertad» e implica todos los riesgos que puedan nacer o generarse de mantener en libertad al investigado¹⁹. También se entiende como el «daño marginal» que el inves-

¹¹ LEVENE, Ricardo. *Manual de derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993, p. 439.

¹² SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 493.

¹³ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 373.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico primero.

¹⁵ DEI VECCHI, Diego, *op. cit.*, 2013, p. 197.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019-CIJ-116, *op. cit.*, fundamentos jurídicos 3, 39 y 40.

¹⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*, *op. cit.*, p. 455.

¹⁸ MORAS MOM, Jorge R., *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 255.

¹⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa, 2009, p. 329.

tigado podría generar como adicional al ya producido por el hecho materia del proceso principal, por lo que al neutralizar ese *periculum libertatis* se evita que el daño se agrave²⁰.

En nuestra legislación nacional, el Código Procesal Penal de 2004 recoge dos manifestaciones del *periculum libertatis* —teoría de los dos peligros o intermedia²¹—, que se encuentran en los artículos 296 y 270: peligro de fuga y peligro de obstaculización.

La existencia de las manifestaciones del peligro procesal, fuga y obstaculización, y la verificación de su presencia en el caso concreto, o al menos uno de ellos, es una cuestión fundamental en el análisis de la imposición de cualquier medida de coerción.

Es tan relevante este aspecto que la importancia del peligro procesal en la adopción de las medidas de coerción se verifica constantemente en la realidad legal peruana. Ello a través de la existencia de abundantes pronunciamientos judiciales, penales y constitucionales, que destacan esta importancia.

²⁰ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 485.

²¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*, op. cit., 2015, p. 459.

2. Los pronunciamientos judiciales sobre la relevancia del peligro procesal

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el peligro procesal como el presupuesto más importante a revisar en la adopción de medidas de coerción, sentando como base para futuras resoluciones los siguientes pronunciamientos: Exp. 500-2000-HC/TC²²; Exp. 2268-2002-HC/TC²³; Exp. 1091-2002-HC/TC²⁴; Exp. 1565-2002-HC/TC²⁵; Exp. 2712-2002-HC/TC²⁶ ²⁷; Exp. 289-2002-HC/TC²⁸; Exp. 0376-2003-HC/TC²⁹;

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 500-2000-HC/TC, caso Gregorio Martín Velarde Queirolo, del 25 de agosto de 2000, fundamento jurídico tercero.

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2268-2002-HC/TC, caso Moisés Wolfenson Woloch, del 26 de enero de 2004, fundamento jurídico segundo.

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1091-2002-HC/TC, caso Vicente Ignacio Silva Checa, del 12 de agosto de 2002, fundamentos jurídicos 8-11.

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1565-2002-HC/TC, caso Héctor Chumpitaz Gonzales, del 5 de agosto de 2002, fundamentos jurídicos 2-4.

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2712-2002-HC/TC, caso Alex Wolfenson Woloch, del 16 de mayo de 2003, fundamentos jurídicos 4-5.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2712-2002-HC/TC, caso Alex Wolfenson Woloch, del 26 de enero de 2004, fundamento jurídico segundo.

²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 289-2002-HC/TC, caso Liliana Pizarro de la Cruz, del 17 de marzo de 2003, fundamentos jurídicos 3-5.

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0376-2003-HC/TC, caso Laura Cecilia Bozzo Rotondo, del 7 de abril de 2003, fundamento jurídico cuarto.

Exp. 1753-2003-HC/TC³⁰; Exp. 0298-2003-HC/TC³¹ y Exp. 3357-2003-HC/TC³².

Más adelante, ha revelado su importancia en los expedientes 5852-2007-HC/TC³³; 1097-2007-HC/TC³⁴ y 2357-2008-HC/TC³⁵ y, recientemente, también se ha pronunciado en los expedientes 4780-2017-HC/TC y 0502-2018-HC/TC (acumulado)³⁶ y 2534-2019-HC/TC³⁷.

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1753-2003-HC/TC, caso José Julio Dellepiani Massa, del 11 de setiembre de 2003, fundamento jurídico quinto.

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0298-2003-HC/TC, caso Thayron Arturo Loza Munárriz, del 17 de marzo de 2003, fundamentos jurídicos 3-7.

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 3357-2003-HC/TC, caso Lorenza Diacona Huamán Córdova y otro, del 2 de julio de 2004, fundamento jurídico sétimo.

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 5852-2007-HC/TC, caso Diogildo Carlos Moya de la Cruz, del 9 de junio de 2008, fundamento jurídico quinto.

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1097-2007-HC/TC, caso Mauricio Alejandro Abad Salas, del 5 de noviembre de 2007, fundamentos jurídicos 3-4.

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2357-2008-HC/TC, caso Abel Antonio Sánchez Chacón, del 16 de noviembre de 2009, fundamentos jurídicos 6-7.

³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 4780-2017-HC/TC y 0502-2018-HC/TC (acumulado), caso Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón, del 26 de abril de 2018, fundamentos jurídicos 29-39.

³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2534-2019-HC/TC, caso Keiko Sofía Fujimori Higuchi, del 28 de noviembre de 2019, fundamentos jurídicos 6-24.

A nivel de Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado sobre el presupuesto más importante al momento de analizar la prisión preventiva, el peligro procesal, en los siguientes recursos: Casación 01-2007, Huaura³⁸; Casación 626-2013, Moquegua³⁹; Casación 631-2015, Arequipa⁴⁰; Casación 778-2015, Puno⁴¹; Casación 119-2016, Áncash⁴²; Casación 147-2016, Lima⁴³; Casación 1445-2018, Nacional⁴⁴; Casación 353-2019, Lima⁴⁵ y Casación 1640-2019, Nacional⁴⁶.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 01-2007, Huaura, del 26 de julio de 2007, fundamento jurídico quinto.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 626-2013, Moquegua, del 30 de junio de 2015, fundamento jurídico trigésimo tercero.

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 631-2015, Arequipa, del 21 de diciembre de 2015, fundamento jurídico cuarto.

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 778-2015, Puno, del 12 de abril de 2017, fundamento jurídico noveno.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Primera Sala Penal Transitoria, Casación 119-2016, Áncash, del 6 de abril de 2018, fundamento jurídico 2.3.

⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 147-2016, Lima, del 6 de julio de 2016, fundamento jurídico 2.3.7.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1445-2018, Nacional, del 11 de abril de 2019, fundamento jurídico tercero.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 353-2019, Lima, del 19 de diciembre de 2019, fundamentos jurídicos segundo y tercero.

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1640-2019, Nacional, del 5 de febrero de 2020, fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

A nivel de Sala Superior de Apelaciones, encontramos en el Sub Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Delitos de Crimen Organizado. Respecto al primero —el Sub Sistema Nacional Anticorrupción— encontramos la importancia del peligro procesal en los siguientes pronunciamientos: Exp. 32-2017-4⁴⁷; Exp. 04-2015-45⁴⁸; Exp. 129-2016-4⁴⁹; Exp. 33-2018-6⁵⁰; Exp. 25-2017-33⁵¹; Exp. 47-2018-3⁵²;

⁴⁷ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 32-2017-4, Resolución 4, del 18 de enero de 2018.

⁴⁸ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ, Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 04-2015-45, Resolución 3, del 26 de diciembre de 2017.

⁴⁹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 129-2016-4, Resolución 2, del 20 de marzo de 2018.

⁵⁰ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 33-2018-6, Resolución 2, del 5 de setiembre de 2018.

⁵¹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 25-2017-33, Resolución 3, del 22 de agosto de 2018.

⁵² CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 47-2018-3, Resolución 8, del 16 de enero de 2019.

Exp. 215-2015-19⁵³; Exp. 17-2017-9⁵⁴; Exp. 43-2018-7⁵⁵; Exp. 19-2018-13⁵⁶; Exp. 46-2017-80⁵⁷; Exp. 36-2017-16⁵⁸; Exp. 27-2019-4⁵⁹; Exp. 35-2017-32⁶⁰; Exp. 10-2017-5⁶¹; Exp. 27-2019-

⁵³ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 215-2015-19, Resolución 5, del 18 de enero de 2019.

⁵⁴ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Sala Penal Nacional de Apelaciones Colegiado A, Expediente 17-2017-9, Resolución 3, del 27 de marzo de 2019.

⁵⁵ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 43-2018-7, Resolución 2, del 17 de mayo de 2019.

36

⁵⁶ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 19-2018-13, Resolución 3, del 27 de abril de 2019.

⁵⁷ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 46-2017-80, Resolución 2, del 3 de julio de 2019.

⁵⁸ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 36-2017-16, Resolución 3, del 29 de mayo de 2019.

⁵⁹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 27-2019-4, Resolución 2, del 21 de agosto de 2019.

⁶⁰ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 35-2017-32, Resolución 6, del 5 de agosto de 2019.

⁶¹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de

8⁶²; Exp. 29-2017-33⁶³; Exp. 52-2018-10⁶⁴; Exp. 45-2019-1⁶⁵; Exp. 28-2017-16⁶⁶ y Exp. 19-2018-37⁶⁷.

Respecto al segundo —el Sub Sistema Nacional Contra el Crimen Organizado—, también existen pronunciamientos so-

Apelaciones, Expediente 10-2017-5, Resolución 2, del 4 de setiembre de 2019.

⁶² CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 27-2019-8, Resolución 2, del 13 de setiembre de 2019.

⁶³ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 29-2017-33, Resolución 6, del 25 de noviembre de 2019.

⁶⁴ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 52-2018-10, Resolución 2, del 23 de diciembre de 2019.

⁶⁵ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 45-2019-1, Resolución 3, del 27 de diciembre de 2019.

⁶⁶ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 28-2017-16, Resolución 2, del 24 de febrero de 2020.

⁶⁷ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Nacional Especializado en Corrupción de Funcionarios, Primera Sala Penal Nacional de Apelaciones, Expediente 19-2018-37, Resolución 3, del 12 de junio de 2020.

bre la relevancia del peligro procesal: Exp. 299-2017-36⁶⁸ ⁶⁹ ⁷⁰
⁷¹; Exp. 75-2017-23⁷²; Exp. 196-2017-10⁷³ y Exp. 128-2015-42⁷⁴.

3. Los tipos de peligro procesal

Nuestro Código Procesal Penal recoge dos manifestaciones del *periculum libertatis*; esto es conocido como la teoría de los dos peligros o intermedia⁷⁵.

38

⁶⁸ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 299-2017-36, Resolución 27, del 3 de enero de 2019.

⁶⁹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 299-2017-36, Resolución 28, del 3 de enero de 2019.

⁷⁰ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 299-2017-36, Resolución 33, del 14 de febrero de 2019.

⁷¹ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 299-2017-36, Resolución 81, del 30 de abril de 2020.

⁷² CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 75-2017-23, Resolución 14, del 30 de enero de 2019.

⁷³ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 196-2017-10, Resolución 24, del 14 de junio de 2019.

⁷⁴ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sistema Especializado en Crimen Organizado, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente 128-2015-42, Resolución 24, del 9 de enero de 2020.

⁷⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, p. 459.

Tanto el peligro procesal de fuga como el de obstaculización cuentan con un reconocimiento legal expreso en nuestro ordenamiento. Se encuentran en los artículos 296 y 270, peligro de fuga y peligro de obstaculización, respectivamente.

La legislación peruana establece de manera genérica, abstracta y no taxativa, una serie de criterios que ayudan al juez de investigación preparatoria a analizar de mejor manera la existencia o no del peligrosismo procesal.

Por ejemplo, en el caso del peligro procesal de fuga, el legislador ofrece al juez la opción, a través de la vinculación del imputado con cosas o personas —es decir, el arraigo—, de analizar mejor si la persona, frente a la existencia del proceso, puede o no fugar. Una situación similar se presenta con la regulación del peligro de obstaculización.

39

Solo el análisis de estos criterios y los que adicionalmente puedan manifestarse en el caso van a permitir concluir si existe o no un peligro procesal.

III. El peligro de fuga

1. ¿Qué se entiende por peligro de fuga?

Se trata de la posibilidad que tiene el investigado, estando en libertad, de ocultarse o fugar⁷⁶; la factibilidad de que el investigado no desee someterse al proceso o que, al ausentarse,

⁷⁶ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*, op. cit., p. 338.

impedirá la consecución del mismo⁷⁷; es decir, el momento que tiene para huir, impidiendo así el cumplimiento de una eventual condena⁷⁸.

Al estar en libertad, se puede entender que el investigado tiene la posibilidad de realizar actuaciones que generen su escape u ocultamiento y, con ello, imposibilitar la continuidad del proceso ⁷⁹. No tiene sentido la continuación del proceso que busca la condena del culpable, si este nunca va a ser encontrado.

De ahí que se sostenga que el peligro de fuga termina siendo el poder real que tiene el imputado para fugar, dejando al Estado en la imposibilidad de realizar juicios en su ausencia, obstaculizando la continuación del proceso e impidiendo la imposición de una pena⁸⁰.

40

Esta posibilidad que tendría el imputado debe ser analizada en concreto y en cada caso que se presente a consideración. Ello debido a que cada caso puede tener sus propias consideraciones; sin embargo, ello no obsta a que se puedan regular determinados criterios que coadyuven al análisis que realice el juez de investigación preparatoria. De ahí a que nuestro Código Procesal Penal, en su artículo 269, haya regulado criterios

⁷⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Parte general*. Tomo III. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011, p. 382.

⁷⁸ MORAS MOM, Jorge R. *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 255.

⁷⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal y litigación oral*. Lima: Idemsa, 2010, p. 488.

⁸⁰ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 200.

que, sin ser los únicos, pueden determinar la existencia del peligro de fuga.

2. Criterios que determinan la verificación del peligro de fuga

El Código Procesal Penal recoge, en el artículo 269, los criterios que se deberán evaluar para calificar la existencia del peligro de fuga. A estos criterios, la Corte Suprema los ha denominado «situaciones constitutivas del riesgo»⁸¹ y, además, ha señalado que las «situaciones» reguladas en el artículo 269 no deben ser interpretadas de una manera cerrada^{82 83 84}.

Es válido sostener que estos criterios pueden constituir, por una parte, situaciones constitutivas de riesgo. Por ejemplo, el hecho de no contar con un domicilio, familia o no mantener productividad o participación relevante en la sociedad, puede constituir una posibilidad de que el investigado pueda fugar. Un comportamiento inadecuado de rechazo a los actos de investigación, de ausencia de colaboración a lo largo del proceso, puede hacer notar una posibilidad de fuga permanente.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico 39.

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, *op. cit.*, fundamento jurídico 41.

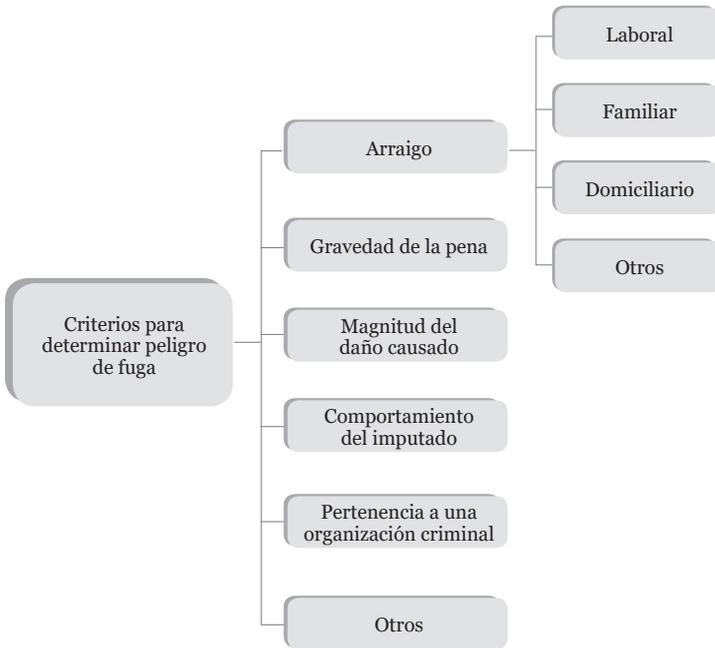
⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 626-2013, Moquegua, del 30 de junio de 2015, fundamento jurídico 35.

⁸⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1640-2019, Nacional, del 5 de febrero de 2020, fundamento jurídico cuarto.

Exactamente lo mismo sucede con el hecho de pertenecer a una organización criminal que aún se encuentra operativa: la ayuda, las redes, los medios económicos, contactos y capacidad organizativa de la organización hacen patente un posible riesgo de fuga.

Por otro lado, estas situaciones no pueden ser taxativas o cerradas, es decir, no son las únicas que el juez debe analizar al momento de verificar la concurrencia del peligro procesal. Cada caso puede presentar diferentes situaciones que deben ser analizadas; por ejemplo, quizá en un caso concreto no se verifique una pertenencia directa a una organización criminal, pero el hecho de estar vinculado a ella puede hacer concluir que el apoyo de la organización puede brindarse para la ayuda de la fuga. Es decir, el criterio regulado legalmente es el de pertenencia a la organización, pero la realidad puede presentar un caso de «vinculación» a la organización criminal; sin embargo, pese a la ausencia de regulación legal, este puede ser analizado como situación constitutiva de riesgo para verificar la existencia del peligro procesal.

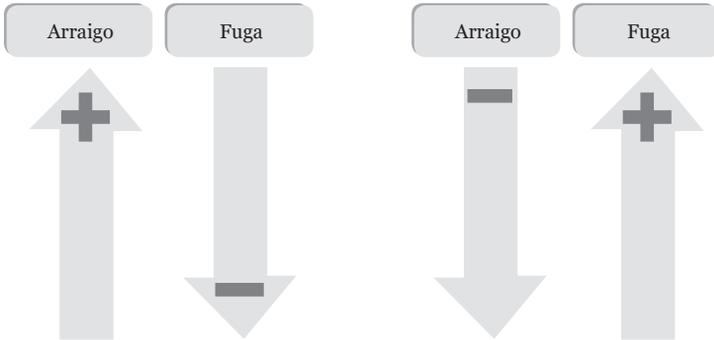
Los criterios que legalmente regula el Código Procesal Penal son:



La existencia de estos criterios no necesariamente es copulativa. Es decir, puede darse el caso en el que solo se presente el criterio de pertenencia a una organización criminal que, junto a la gravedad de la pena y las facilidades, medios o contactos probados que permitan mantenerse fuera del país, sustente la existencia del peligro procesal.

Tampoco es posible sostener que, con la verificación del arraigo, por ejemplo, el peligro procesal necesariamente se desvanece. El análisis debe realizarse de manera inversamente proporcional, esto es, que mientras mayor sea la presencia de una, menor será la existencia de la otra. Explicado en términos procesales penales: mientras mayor arraigo presente la persona, menor posibilidad de fuga se verificará en el caso. Ello no

determina necesariamente su inexistencia, debido a que pueden concurrir elementos adicionales que inclinen la balanza.



2.1. Arraigo

44

El arraigo lo constituyen aquellas situaciones relacionadas al ámbito interno del investigado. Se analiza su calidad y si este puede o no —atendiendo a una ponderación de intereses— disminuir el riesgo de fuga⁸⁵. Son todas aquellas situaciones que harán posible que el imputado «no se ausente del lugar del juicio»⁸⁶.

Con el arraigo se va a poder estimar si el investigado cuenta con los medios y condiciones para evadir la acción de la justicia⁸⁷. Toda circunstancia personal del imputado que permitirá al juez determinar o al menos colegir que aquel no esquivará

⁸⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*, op. cit., p. 460.

⁸⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 528.

⁸⁷ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*, op. cit., p. 338.

la justicia y acudirá a los llamados que se hagan⁸⁸. Debe entenderse como una forma de «echar raíces» o de la existencia de vínculos a personas y/o cosas⁸⁹.

Lo que se pretende con el análisis del arraigo es profundizar sobre los aspectos de vida del imputado, su relación con otras personas o su relación con algunas cosas. Es decir, el hecho de que se encuentre vinculado de alguna manera al lugar en el que es o será procesado.

Mientras más vinculada se encuentre una persona a su lugar de procesamiento, menor será la posibilidad de que esta pueda fugar o sustraerse del proceso, y así convertir en ineficaz una futura sentencia condenatoria.

El hecho de que un imputado no cuente con personas que dependan de él, sin la existencia de bienes propios, sin un trabajo o actividad laboral que le genere ingresos aumentan la posibilidad de desaparecer, «hacer» una nueva vida en otro lugar. De ahí que el análisis de qué tan arraigada se encuentra una persona es fundamental.

45

Jurisprudencialmente, se ha entendido al arraigo como «el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con las personas o las cosas»⁹⁰ y de manera perma-

⁸⁸ GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. La Co-ruña: Colex, 2010, p. 353.

⁸⁹ NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal y litigación oral*, *op. cit.*, p. 516.

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 631-2015, Arequipa, del 21 de diciembre de 2015, fundamento jurídico cuarto.

nente⁹¹. Se trata de un criterio no taxativo, es decir, *numerus apertus*⁹². Es considerado de naturaleza concreta u objetiva, lo que significa que será parte de los más óptimos para determinar, de manera razonable, el peligro de fuga^{93 94}.

Este orden en la vida de la persona, su vinculación en sociedad con otras personas o su relación con las cosas pueden presentarse de diferentes maneras. Por ejemplo, su interrelación con otras personas puede darse a través del matrimonio, la presencia de hijos, o simplemente la presencia de personas que dependan de él. También puede presentarse el caso de que la vinculación del imputado con otras personas se manifieste a través de un contrato de trabajo de plazo indeterminado o su pertenencia a la planilla de una empresa.

46

Es decir, el arraigo puede manifestarse de diferentes maneras, que es necesario analizar. Entre estas tenemos el arraigo laboral, el arraigo domiciliario, el arraigo familiar, el arraigo personal, entre otras. De ahí que nuestro Código Procesal Penal reconozca, en el artículo 269, inciso 1, que el arraigo se analiza en razón del país del imputado, y se manifiesta con el

⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 626-2013, Moquegua, del 30 de junio de 2015, fundamento jurídico trigésimo sexto.

⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 626-2013, Moquegua, *op. cit.*, fundamento jurídico trigésimo sétimo.

⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019/ CIJ-116, del 10 de setiembre de 2019, fundamento jurídico 43.

⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1445-2018, Nacional, del 11 de abril de 2019, fundamento jurídico tercero.

trabajo, el domicilio, la familia y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto^{95 96}.

El arraigo, como se puede deducir, tendrá diferentes manifestaciones. La vinculación de una persona puede realizarse de diferentes maneras: se puede presentar a través de la familia, a través del domicilio, sus ingresos y deudas, y, por supuesto, mediante su vinculación con algún trabajo o actividad laboral.

Para lo que nos convoca en este análisis, debemos desarrollar más ampliamente, y desde una visión complementaria con el derecho laboral, lo que implica la vinculación de una persona por la labor que realiza, para poder concluir si se requiere o no de una remuneración o subordinación, y solo así pasar a analizar si una ama de casa puede acreditar arraigo laboral.

a. El arraigo laboral

En el arraigo laboral lo que se debe verificar es la existencia de un puesto u ocupación en un trabajo o negocio dentro de la localidad o el país que demuestre la capacidad de subsistencia^{97 98}.

⁹⁵ Código Procesal Penal, art. 269: «Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: 1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto».

⁹⁶ Como ya hemos mencionado, las manifestaciones del arraigo no se limitan solo a lo establecido por el Código Procesal Penal.

⁹⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones, op. cit.*, p. 460.

⁹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Transitoria, Casación 631-2015, Arequipa, del 21 de diciembre de 2015, fundamento jurídico cuarto.

Todo ciudadano productivo mantiene en la sociedad alguna actividad que representa un aporte que luego implica una retribución económica o personal; denota que esta persona aporta a la sociedad y, por ello, obtiene un beneficio directo, que puede ser o no económico.

En este título queremos presentar al lector un desarrollo mínimo de las implicancias de relacionar el criterio legal de arraigo en su manifestación de arraigo laboral, y su relación con las reglas del derecho laboral propiamente dicho, para que, a partir de este análisis, mejoren los debates sobre este aspecto que tanto se tiene en consideración en las diferentes audiencias de medidas de coerción.

48

Por la sola denominación de esta manifestación de arraigo, es decir, «laboral», es necesario acudir a un análisis extrapeenal, para que ramas auxiliares nos ayuden a sostener que hemos verificado correctamente la presencia de actividad laboral o trabajo. Esto se debe a que el derecho penal, por obvias razones, nunca nos va a dar la definición, características, elementos o requisitos que nos permitan comprobar cuándo existe un «trabajo».

Así las cosas, la disposición contenida en el artículo 269.1 —en lo referido al negocio o trabajo— nos da la tarea de necesariamente recurrir a una disposición o enunciado (ley) extra procesal penal que haya desarrollado este tópico: el derecho laboral.

Hay normas, e interpretación de las disposiciones, que tienen proyecciones hacia un objeto accesorio: regulan conductas o actos procesales penales, pero que se encuentran enca-

minados hacia la actuación de otra rama del derecho. Es una remisión interna (conexión de cuerpos legales)⁹⁹. Por esto, la rama del derecho adecuada para delimitar cuándo estamos ante un trabajo —y, por tanto, existe arraigo en este extremo— es el derecho laboral.

b. El derecho al trabajo

El derecho al trabajo como tal posee como manifestación la figura de la libertad de trabajo, que se encuentra reconocida por la Constitución Política del Perú en su artículo 2, inciso 15.

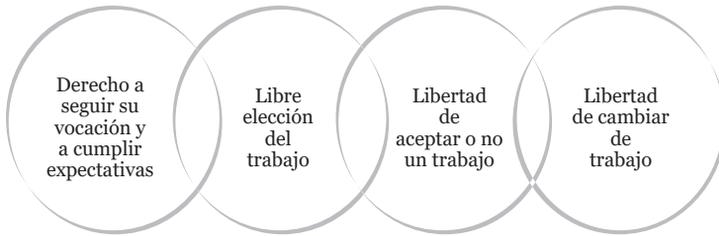
Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú, en el expediente 2802- 2005-PA/TC, del 14 de noviembre de 2005, la reconoce y además establece que la libertad de trabajo es una manifestación del derecho al trabajo¹⁰⁰.

49

El Tribunal Constitucional en el expediente 661-04-AA/TC, fundamento jurídico quinto, del 16 de agosto de 2004, señala que la libertad del derecho al trabajo posee las siguientes manifestaciones:

⁹⁹ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 96, 97, 114 y 115.

¹⁰⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2802- 2005-PA/TC, del 14 de noviembre de 2005, fundamento jurídico 2.



El derecho a seguir su vocación y a cumplir expectativas se orienta a la visión que tiene cada ser humano de sí mismo en el ámbito laboral; a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas¹⁰¹.

La libre elección del trabajo, libertad de aceptar o no un trabajo y libertad de cambiar de trabajo. Estas manifestaciones se enmarcan en el poder de decisión que tiene cada persona con respecto a su ámbito laboral.

50

Según el Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 4, el trabajo como tal requiere de tres elementos específicos: «En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado».

Por su parte, debe recordarse que el derecho laboral es el grupo de normas jurídicas cuyo ámbito de aplicación es el trabajo en las relaciones de los sujetos que intervienen en este, de manera individual y colectiva, y el mantenimiento, mejoramiento y fortalecimiento de dichas relaciones¹⁰².

¹⁰¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 661-04-AA/TC, del 16 de agosto de 2004, La Merced, Junín, fundamento jurídico quinto.

¹⁰² MARC, Jorge Enrique. *Introducción al derecho laboral*. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 80.

De esta definición se puede elaborar la estructura clásica del derecho laboral en tres partes: derecho individual, derecho colectivo y seguridad social¹⁰³. La que nos va a dar guía en la definición y delimitación del trabajo es la primera, la cual es entendida como el estudio de las relaciones laborales individuales¹⁰⁴.

Desde una perspectiva general, el trabajo es cualquier ocupación en que se desarrolle una actividad con un determinado fin. En el derecho laboral, la definición de trabajo es más limitada, pues debe presentar ciertas características: a) prestación personal, b) subordinación y c) remuneración. Estas van a formar lo que conoce como relación laboral y por tanto solamente este tipo de relaciones será objeto del derecho laboral¹⁰⁵.

Ahora, el hecho de que el derecho laboral individual tenga por objeto a las relaciones laborales —lo que incluye a la definición limitada de trabajo y sus tres características— no significa que aquellas actividades que no tengan una de las características y que no forman parte del objeto del derecho laboral dejarán de ser consideradas trabajo; por ejemplo, el trabajo independiente donde no hay subordinación¹⁰⁶.

¹⁰³ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Introducción al derecho del trabajo*. Santiago: ConoSur, 1998, pp. 22-23.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹⁰⁵ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018, p. 9.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 9.

Entonces, tenemos que encontrar un punto de partida para definir el trabajo. Esta acepción debe tener en cuenta el ámbito del derecho laboral y el ámbito general o común.

Ese inicio está dado por algo que ambos planos tienen en común: el ser humano. Tanto para uno como para el otro, solamente será trabajo (o por lo menos tendrá relevancia) el que realicen las personas humanas o naturales¹⁰⁷, ya que se trata necesariamente de una actividad física, una forma de manifestación o exteriorización de la voluntad de realizar una acción.

Llegados a este punto, no cualquier actividad o esfuerzo físico que realice el ser humano será considerado trabajo. Se requiere de otro elemento también en común en ambos planos: una finalidad¹⁰⁸.

52

c. El trabajo productivo y no productivo

Dependiendo de la finalidad, el trabajo se va a dividir entre productivo y no productivo (el Tribunal Constitucional lo llama también actividad laboral)¹⁰⁹.

Será no productivo cuando la finalidad principal (o única) no sea obtener solamente un beneficio económico, es decir, se tiene una finalidad adicional de mayor peso o no se tiene finalidad económica. Por otro lado, será productivo cuando

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 11-12.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 008-2005-PI9/TC, caso Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28175, del 12 de agosto de 2005, fundamento jurídico 18.

tenga como finalidad generar (o esperar) un beneficio económico¹¹⁰.

El beneficio económico que diferenciará a ambos tipos de trabajo es, en la mayoría de los casos, de carácter pecuniario, pero no se limita a este, ya que se incluye también cualquier cosa que sea susceptible de valoración económica. Debe ser personalísimo y directo. Las acciones que tengan como fin la satisfacción personal (y obtenible de manera inmediata al ejecutar la acción) no serán beneficio económico¹¹¹; de ahí que las acciones comunes, como servirse un vaso de agua, pese a tener una finalidad, al ser autosatisfactivas no son trabajo.

c.1. El trabajo productivo

Pasando al trabajo productivo, es decir, el que tiene el beneficio económico como única finalidad o es la de mayor peso, vamos a encontrar dos tipos: por cuenta propia o por cuenta ajena¹¹².

53

El trabajo por cuenta propia es aquel que se realiza por incentivo o iniciativa propia. La titularidad de los servicios o bienes producidos son exclusivamente del trabajador, que luego son transados comúnmente por bienes fungibles¹¹³.

¹¹⁰ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*, op. cit., p. 12.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 13.

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Idem.*

Por el contrario, el trabajo por cuenta ajena será aquel que se realiza por iniciativa o mandato de un tercero, donde todos los bienes o servicios que se produzcan serán de titularidad de este tercero y se recibirá una compensación económica por la producción. Es esta parte la que le interesa al derecho laboral, aunque no en su totalidad¹¹⁴.

Para que el trabajo por cuenta ajena sea materia de regulación por el derecho laboral se necesita de tres elementos (relación laboral): a) prestación personal, b) subordinación y c) remuneración¹¹⁵. Además, aquí es donde se presentan las figuras del trabajador y el empleador¹¹⁶.

La prestación personal es el factor humano que hemos mencionado líneas arriba. Aquí también se considera como trabajo productivo a las actividades que realiza solamente el ser humano.

54

La subordinación es aquella relación de dependencia vertical entre el empleador y el trabajador, en la que este último debe seguir las órdenes y someterse al control del primero.

La remuneración va a ser la contraprestación monetaria que reciba el trabajador por las actividades que realice en cumplimiento de las tareas asignadas en el trabajo por su empleador.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 35-50.

La manifestación de la relación laboral por excelencia es el contrato¹¹⁷; sin embargo, en un país como el nuestro donde prima la informalidad, este requisito formal en la mayoría de casos no se presenta. Nuestra Corte Suprema no es ajena a esta realidad, por lo que ha señalado que no se requiere de la existencia de un contrato laboral para dar por acreditada la existencia de un arraigo laboral, bastando solamente que se realicen labores concretas y exista una remuneración¹¹⁸.

Finalmente, habrá casos en los que hay trabajo por cuenta ajena o dependiente, pero no existe uno de los tres elementos de la relación laboral que le interesan al derecho laboral: la subordinación. En este escenario hay una prestación personal y una remuneración, pero el trabajo se realiza con autonomía (sin órdenes ni control)¹¹⁹. Este es clásico supuesto del contrato civil por locación de servicios que realiza un abogado con un cliente. La Corte Suprema también ha reconocido que no es exigible que el trabajo sea subordinado (pudiendo ser autónomo) para acreditar la existencia de arraigo laboral¹²⁰.

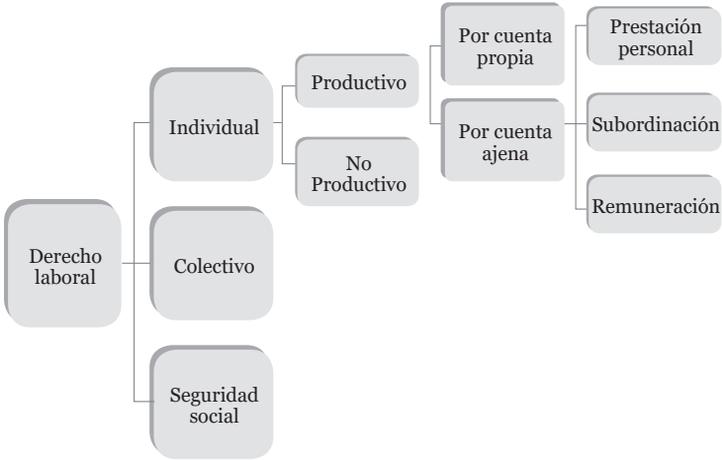
¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 65-67.

¹¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1445-2018, Nacional, del 11 de abril de 2019, fundamento jurídico quinto.

¹¹⁹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 25.

¹²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Penal Permanente, Casación 1445-2018, Nacional, *op. cit.*, fundamento jurídico quinto.

Es decir, el análisis que debe realizarse respecto del arraigo debe abarcar cada una de las posibilidades aquí delimitadas.



56

En un país como el nuestro, no es válido exigir un contrato a plazo indeterminado en una empresa transnacional para solo entonces sostener que sí existe un arraigo laboral del imputado.

Incluso una actividad no remunerada bien puede constituir una manifestación de arraigo laboral, la propia actividad política, el voluntariado o la actividad que realiza el ama de casa.

Estas situaciones tienen que ser analizadas en cada caso concreto, sin dejar de lado la propia realidad peruana, pero tampoco las reglas que se han analizado conforme a lo establecido por el propio derecho laboral.

La presentación de recibos por honorarios puede ser reforzada con la existencia de un contrato que justifique la prestación del servicio. La presentación de boletas de pago puede ser reforzada con la presentación de las planillas de trabajadores

con las que cuenta la empresa, en la que se consigna al propio imputado. La presentación de constancias de trabajo, debidamente suscritas por el representante de la empresa a la que se pertenece, puede ser reforzada con el anexo de la partida registral de la empresa y la inscripción del poder del suscribiente de la constancia. En el caso de trabajadores independientes, como los abogados, no solo los recibos por honorarios pueden ayudar a la acreditación, sino que pueden ser reforzados con la debida acreditación del pago de impuestos a raíz de los servicios profesionales brindados.

Cada situación, con sus peculiaridades, exigirá diferentes acreditaciones. Cualquier aspecto laboral bien podría ser solucionado, en su acreditación, con lo que aquí hemos desarrollado.

c.2. El trabajo no productivo

El trabajo no productivo o actividad laboral puede presentarse, por ejemplo, cuando se realizan «tareas de organización en un partido político, desarrolladas por un militante de este como parte de sus responsabilidades»¹²¹. Puede o no que reciba una remuneración, pero el vínculo y la finalidad están dominados por compartir la ideología del partido.

Otro caso del trabajo no productivo, y es el clásico¹²², es la labor de voluntariado. Su propia ley señala que se trata de toda labor que se realiza sin fines de lucro, sin vínculos, sin respon-

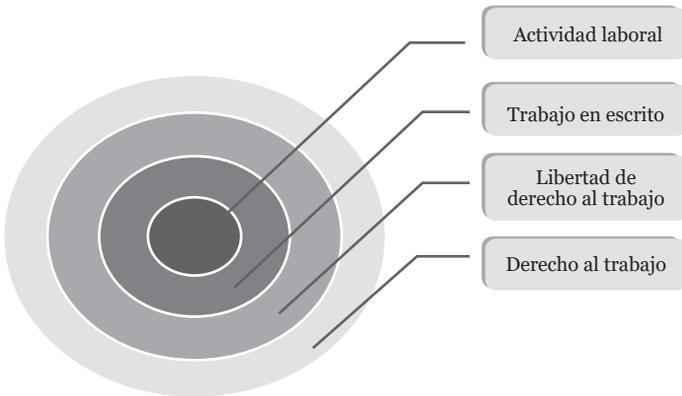
¹²¹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo. op. cit.*, p. 12.

¹²² *Idem.*

sabilidades contractuales y sin sustituir al trabajo que se realiza de forma remunerada (productivo)¹²³; y es que, pese a que se pueden recibir capacitaciones, alimentación, ayuda médica, infraestructura, entre otros¹²⁴ (beneficio valorizable económicamente), no son estos últimos los que motivan el trabajo de voluntariado, sino la disposición de querer ayudar y contribuir en diversas causas.

Hasta este punto, debe recordarse que el derecho al trabajo contiene a la libertad laboral, que a su vez abarca la figura en estricto del acceso al trabajo, y este finalmente contiene a la actividad laboral; ello en virtud de que la actividad laboral es en esencia un elemento personal o de prestación de servicios, requisito indispensable para determinar una relación de trabajo.

58



¹²³ Ley 28238, Ley General del Voluntariado, del 1 de julio de 2004, Título I, Capítulo I, Disposiciones generales, artículo 2.

¹²⁴ Ley 28238, *op. cit.*, Título I, Capítulo IV, Capacitación, facilidades y recompensas, artículo 12.

La actividad laboral constituye un elemento personal según el Tribunal Constitucional; en consecuencia, forma parte de la figura del trabajo en estricto, puesto que la prestación personal es uno de los elementos que se requieren para que se configure una relación laboral.

A primera impresión, se puede pensar que, al ser un elemento del trabajo, necesariamente se requiere del elemento remuneración; no obstante, si bien forma parte del mismo, no logra ser igual, ya que requeriría del otro elemento: la subordinación.

Finalmente, al no ser igual que la figura del trabajo, no requiere necesariamente de una remuneración.

d. La labor doméstica como trabajo no productivo

59

Un tercer caso de trabajo no productivo o actividad laboral se da en caso de la labor doméstica que realizan los padres en favor de sus hijos¹²⁵. La labor doméstica o «producción en el hogar» es definida por Reid como «esas actividades no remuneradas que son llevadas a cabo por y para sus miembros»¹²⁶. Aquí no existe finalidad económica, se tiene una finalidad distinta a la autosatisfacción, como pueden ser sentar las bases para una correcta formación y buen futuro para los hijos, así como atender sus necesidades básicas.

¹²⁵ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*, op. cit., 2018, p. 13.

¹²⁶ Margaret Reid citada en CAMPILLO FABIOLA. «El trabajo doméstico remunerado en la economía». En *Nómadas*, núm 12 (2000), p. 100.

La Clasificación de Actividades de Uso del Tiempo para América Latina (Cautal), elaborada para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), divide el trabajo doméstico no remunerado en dos clases: para el propio hogar y para miembros del hogar¹²⁷.

Dentro de las actividades consideradas como trabajo doméstico no remunerado para el propio hogar tenemos las siguientes: preparar y servir comida, limpieza de la vivienda, limpieza y cuidado de ropa y calzado, mantenimiento y reparaciones menores para el propio hogar, administración del hogar, compras para el hogar y el cuidado de mascotas y plantas¹²⁸.

60

Dentro de las actividades consideradas como trabajo doméstico no remunerado para miembros del hogar encontramos: cuidados a miembros del hogar de 0 a 14 años de edad, cuidados a miembros del hogar de 15 a 59 años de edad, cuidados a miembros del hogar de 60 años de edad y más, y cuidados a miembros del hogar con discapacidad o dependencia permanente de todas las edades. El cuidado incluye cuidado de salud, supervisión de actividades, alimentación, aseo, apoyo y aprendizaje en general, compañía, etcétera¹²⁹.

¹²⁷ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Clasificación de Actividades de Uso del Tiempo para América Latina y el Caribe*. Santiago: Cepal, 2016, p. 15.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 23-25.

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 26-27.

La clasificación elaborada por la Cepal ha sido utilizada (y aceptada) en el Perú; por ejemplo, por instituciones como la Defensoría del Pueblo¹³⁰ y el Instituto Nacional de Estadística e Información¹³¹.

En nuestro ordenamiento jurídico también se ha reconocido la importancia del trabajo doméstico no remunerado realizado por uno de los padres para el hogar y los hijos. Así, nuestro Código Civil, modificado por la Ley 30550, reconoce como aporte económico a este tipo de trabajo desarrollado por uno de los padres (obligados) en favor del hijo (alimentista) para ser utilizado como criterio para fijar alimentos¹³². Mediante la citada ley, promulgada el 14 de marzo de 2017, se dispuso la modificación del artículo 481 del Código Civil, con la finalidad de que se incluya en las resoluciones judiciales el criterio de aportes por trabajo doméstico no remunerado como concepto de alimentos.

¹³⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Autonomía económica*. Documento de Trabajo 004-2019-DP/ADM, «El impacto económico del trabajo doméstico no remunerado y de cuidados en el desarrollo de las mujeres», septiembre de 2019.

¹³¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Cuenta Satélite del trabajo doméstico no remunerado*, Lima, 2016. Disponible en: <<https://bit.ly/2TOTMsM>>

¹³² Código Civil, art. 481: «Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones que se halle sujeto el deudor. El juez considera como un aporte económico el trabajo doméstico no remunerado realizado por alguno de los obligados para el cuidado y desarrollo del alimentista, de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos».

El artículo antes mencionado contempla que el trabajo doméstico se considera como aporte económico para el alimentista, siendo entonces que esta es una actividad laboral.

Cabe destacar que la labor doméstica desempeñada, además de constituir un aporte económico, también forma parte de la libertad del derecho al trabajo en su manifestación de derecho a seguir su vocación y a cumplir expectativas. Cabe recordar que esto se refiere a la visión que tiene cada ser humano para sí mismo en el ámbito laboral, a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas.

Se sostiene que la actividad doméstica es una manifestación del derecho a seguir su vocación y cumplir sus expectativas, ya que es decisión de la propia persona y de lo que considera mejor para ella y su entorno.

62

Es necesario añadir que la Constitución Política, en su artículo 23, señala: «El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan».

Siguiendo lo mencionado anteriormente, podemos decir que la Constitución protege las diversas modalidades de trabajo y, al no ser suficiente con ello, protege especialmente las modalidades de trabajo que desempeñe la madre.

Por tanto, la actividad doméstica sí se considera como una actividad laboral, la cual debe ser considerada de manera positiva para el análisis de verificación de concurrencia o no de

arraigo laboral a efectos de determinar la existencia de peligro procesal.