

LA TEORÍA DEL DELITO Y LA TEORÍA DEL CASO EN EL PROCESO PENAL

ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE
CHRISTIAN SALAS BETETA



ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE
CHRISTIAN SALAS BETETA

LA TEORÍA DEL DELITO Y LA TEORÍA DEL CASO EN EL PROCESO PENAL





LA TEORÍA DEL DELITO Y LA TEORÍA DEL CASO EN EL PROCESO PENAL

Autores:

© Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, Christian Salas Beteta, 2021

Primera edición-Julio 2021

Copyright 2021

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez
Rosa Alicia Ccormoray Almanza

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2021
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3700
E-mail: prerensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 3,500 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial

: 31501052100299

ISBN

: 978-612-322-295-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º

: 2021-06184

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3720

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

El siguiente texto está expuesto a fe de erratas

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

PRESENTACIÓN

Una cosa es dar un pincelazo, una presentación individual de un libro y otra, distinta, compleja y satisfactoria, es escribirlo en coautoría, al lado de un colega admirable, cuyos criterios generan la seguridad de un trabajo serio y cubierto desde la vertiente dogmática y procesal penal. La presente obra ha cohesionado o, dígase, ha engarzado la teoría del delito y la teoría del caso, pues lo plasmado en ella desborda una postulación científica meramente dogmática para penetrar en la esfera de la practicidad (derecho penal sustantivo y derecho penal práctico).

Uno de los componentes esenciales de la teoría del caso es precisamente la teoría jurídica y esta debe ser adecuadamente formulada por parte de los operadores jurídicos, considerando sus elementos de configuración legal (tanto objetivos, subjetivos, normativos y descriptivos), para dar cuenta de su probática en el proceso penal. La teoría jurídica es consustancial al principio de legalidad y debe elaborarse tomando en consideración que un mismo relato histórico puede significar un concurso ideal de delitos o, en su defecto, un conflicto aparente de normas (lo que se corresponde con las atribuciones legales que el nuevo CPP le confiere al persecutor del crimen)¹. Cuestión aparte merece lo que toma lugar cuando varios hechos configuran delitos de manera independiente (concurso real de delitos)².

La necesidad de manejar depuradamente categorías “intrasistémicas” de la teoría del delito (injusto y culpabilidad) se alza como un

1 Arts. 336 y 349 del nuevo CPP.

2 Art. 50 del CP da lugar al sistema de acumulación jurídica de las penas.

imperativo categórico en el actual modelo de política criminal, donde el legislador y el Poder Ejecutivo han supuesto la inclusión de nuevas figuras delictivas más circunstanciales y de agravación a través de un constante y progresivo aumento de los marcos penales (explosión demográfica de la tipificación legal). Con ello, se complica aún más la labor de subsunción típica³, ante el evidente entrecruzamiento de diversos tipos legales, sobre todo en el plano del derecho penal nuclear que tutela bienes jurídicos fundamentales.

Por tanto, concebimos que la “teoría jurídica”, por más construcción majestuosa que la soporte⁴, para ser exitosa⁵ —ya en términos de la teoría del caso— debe ir aparejada de una base probatoria idónea y suficiente que acredite fehacientemente cada uno de los elementos constitutivos del tipo legal acorde al substrato fáctico que construye la incriminación.

De ahí que la presente obra pretenda presentar al lector una argumentación que exprese acabadamente tanto la elaboración de la “teoría del caso” en el decurso del proceso penal como la indubitable relevancia de la “teoría del delito” en dicho diseño, lo que permitirá afianzar las bondades de la dogmática jurídico-penal en la practicidad e incidirá en su necesaria legitimidad.

Finalmente, no queda más que agradecer a la editorial Pacífico, por la confianza depositada en nosotros y en el presente libro. Deseamos

3 Con arreglo a los principios de legalidad y de protección de bienes jurídicos (ámbito de protección de la norma).

4 Atendiendo a una determinada construcción teórico-conceptual, acuñada desde cierto sector de la doctrina, el proceso penal no es un medio encaminado para dar fe académica a una determinada posición doctrinal, pero sí para dar validez a la teoría del caso formulada por las partes.

5 En principio, el representante del Ministerio Público tiene el deber de probar la pretensión persecutora; sin embargo, el abogado del imputado, al alegar la concurrencia de una eximente de responsabilidad penal (sea total o parcial), tiene también la carga de la prueba, lo cual no significa su inversión, propia de modelos meridianamente “acusatorios”, sino que quien alega determinados hechos tiene el deber de probarlos.

que este esfuerzo académico conjunto sirva a la comunidad jurídica (nacional e internacional) para alcanzar una justicia penal óptima y que otorgue seguridad jurídica, aun en estos tiempos difíciles que nos ha tocado afrontar como país afectado gravemente por la pandemia de la COVID-19. Asimismo, corresponde agradecer a nuestras familias, por su apoyo constante, y a ustedes, amables lectores, por dedicar su valioso tiempo en la lectura de esta obra.

Lima, junio del 2021

ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE
CHRISTIAN SALAS BETETA

*A mi familia, por su apoyo constante; y especialmente a mi madre,
Gladys, a quien le debo más que mi vida.*

ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE

*Con amor a ti, Katherine, por tu luz y paciencia; a mis latidos Vania
y Rafaela; y a mis padres, Jaime y Nelly, por su fortaleza.*

CHRISTIAN SALAS BETETA

TABLA *de* CONTENIDO

Presentación	5
--------------------	---

PARTE I LA TEORÍA DEL DELITO

23

CAPÍTULO I: LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

I. Introducción a la teoría del delito y su visión práctica en el proceso penal.....	26
II. Conceptos de las categorías dogmáticas	30
1. Acción.....	30
2. Tipicidad.....	31
3. Antijuricidad	33
4. Culpabilidad.....	33

35

CAPÍTULO II: TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. Introducción.....	37
II. El principio de autorresponsabilidad - autonomía de la libertad	39
III. Campo de aplicación	42
1. Conductas valoradas por la imputación objetiva	42
2. Contexto de la imputación objetiva y tarea del derecho penal en la "sociedad de riesgo"	45
3. Riesgo permitido	48
3.1. Determinación del riesgo permitido	52
4. Principio de confianza.....	53
5. La prohibición de regreso.....	56
6. Delimitación de ámbitos de responsabilidad. La autopuesta en peligro	60

IV. Comentario jurisprudencial: factores de atribución delictiva. Concurrencia de riesgos en la tragedia de la discoteca Thomas Restobar	62
1. Preámbulo	62
2. Probables tipificaciones en el caso de los jóvenes que participaron en la reunión social clandestina.....	65
2.1. Delito de propagación de enfermedades contagiosas.....	66
2.2. Delito de violación de medidas sanitarias.....	68
3. La heteropuesta en peligro punible	69
4. Adecuación típica de los hechos a los arrendatarios del local y promotores de la fiesta clandestina: delito de homicidio doloso por comisión por omisión (art. 13 del CP).....	71
4.1. Delitos por comisión por omisión (calidad de garante).....	71
4.2. Imputación subjetiva a título de dolo eventual.....	74
5. Probables tipificaciones en el caso del personal policial interviniente.....	75
6. A modo de conclusión	77

81

CAPÍTULO III: LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN (ART. 6.1 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL): EL HECHO NO CONSTITUYE DELITO O NO ES JUSTICIABLE PENALMENTE

I. Introducción.....	83
II. Fundamento de la excepción de improcedencia de acción.....	87
III. Procedencia de la excepción de improcedencia de acción	88
IV. Causales de la excepción de improcedencia de acción	90
1. El hecho no constituye delito.....	90
1.1. Atipicidad absoluta y relativa	90
2. El hecho no es justiciable penalmente	92
V. Entre el principio de imputación necesaria y la excepción de improcedencia de acción (principio de legalidad)	95

101

CAPÍTULO IV: EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO

I. Conceptos previos.....	103
II. La formulación político-criminal en la ley penal, conforme a criterios de imputación subjetiva	106
1. El delito preterintencional	106
2. Error de tipo (ausencia de dolo)	110
3. Entre el dolo y la culpa	112
III. La prueba del dolo en el proceso penal (Cas. N.º 367-2011 Lambayeque).....	114

117

CAPÍTULO V: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I.	Fundamentos y lineamientos dogmáticos sobre autoría y participación.....	119
1.	A modo de introducción.....	119
2.	La coautoría no ejecutiva	121
3.	La distinción entre la autoría directa y la coautoría	124
4.	Conclusión.....	126
II.	Concepto de autoría y participación. Diferenciación.....	126
III.	Delimitación temporal de la participación delictiva punible	131
1.	¿Hasta qué fase del iter criminis se admite la participación delictiva punible?.....	134
1.1.	Conceptos preliminares	136
2.	Intervención posconsumativa: ¿autoría de un delito autónomo?....	137
3.	A modo de conclusión	140

143

CAPÍTULO VI: LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

I.	Las causas de justificación	146
II.	La legítima defensa	149
III.	El cumplimiento de un "deber" como causa de justificación	153
1.	El cumplimiento del deber en el Acuerdo Plenario N.º 5-2019 ...	154
1.1.	Fundamento y naturaleza jurídica del "cumplimiento del deber".....	154
1.2.	Presupuestos de aplicación del cumplimiento del deber ...	161
1.3.	Conflicto de intereses jurídicos en el uso de la fuerza en cumplimiento del deber	164
2.	El cumplimiento del deber en la Ley N.º 31012, Ley de Protección Policial	174
2.1.	El contexto de emisión de la Ley N.º 31012: estado de emergencia nacional a causa de la pandemia de COVID-19	174
2.2.	La Ley de Protección Policial a la luz de las garantías y principios del Estado constitucional de derecho	175
2.3.	La labor interpretativa sujeta a la ley y a la Constitución ...	177
2.4.	Límites de la "eficiencia" de la función policial.....	179
2.5.	Los modelos de política criminal	181
2.6.	Toma de postura respecto a la flexibilidad de la regulación del uso de la fuerza pública.....	182
2.7.	Análisis de la reforma del art. 20.11 del Código Penal (el cumplimiento del deber como causa de justificación)	183
2.8.	Síntesis conclusiva	187

IV.	No concurso entre la legítima defensa y el cumplimiento del deber ...	188
V.	El consentimiento en el derecho penal	190
1.	Ideas preliminares.....	192
2.	La naturaleza disponible e indisponible del bien jurídico.....	194
3.	El consentimiento en el delito de trata de personas: Ley N.° 30251	198
4.	Ley N.° 31146, que modifica el delito de trata de personas y otras formas de esclavitud	207
5.	Ideas conclusivas	208
VI.	El derecho de retención como causa de justificación.....	210
1.	Conceptos preliminares.....	210
2.	El delito de apropiación ilícita	213
3.	Comentarios a la Casación N.° 1885-2018-Arequipa	213

217 **CAPÍTULO VII: LA CULPABILIDAD**

I.	La necesidad de mantener el concepto de culpabilidad como límite y fundamento de la pena	221
II.	Elementos de la culpabilidad	227
III.	La distinción entre grave alteración de la percepción y grave alteración de la consciencia como eximentes de responsabilidad penal.....	229

231 **CAPÍTULO VIII: EL PROCESO DE DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA**

I.	El sistema punitivo de los tercios en el Perú y su aplicación en el tiempo	238
----	--	-----

259 **CAPÍTULO IX: RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

I.	Estado de la cuestión.....	261
II.	La dogmática penal frente a los retos de la criminalidad empresarial ...	263
III.	La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde un enfoque preventivo del derecho penal	267
IV.	Proyección legislativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica	268
V.	La responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas bajo el modelo de autorregulación.....	270

PARTE II
LA TEORÍA DEL CASO EN EL PROCESO PENAL

281

CAPÍTULO I: TEORÍA DEL PROCESO

I.	El sistema acusatorio y el nuevo Código Procesal Penal	283
1.	Concepto de sistema procesal.....	283
2.	Sistemas procesales en el ámbito penal	283
2.1.	El sistema acusatorio.....	283
2.2.	El sistema inquisitivo.....	284
2.3.	El sistema mixto	285
3.	Características del proceso penal bajo las reglas del nuevo Código Procesal Penal	286
3.1.	El proceso como conjunto de garantías constitucionales ...	286
3.2.	La finalidad del proceso penal.....	287
3.3.	El tratamiento de la víctima, su pretensión y su reparación integral.....	289
3.4.	Funciones separadas: persecución y decisión	291
3.5.	La dirección de la investigación	292
3.6.	Disponibilidad de la acción penal.....	295
3.7.	Intervención del juez de control de garantías.....	296
3.8.	El juicio oral.....	297
II.	Principios y garantías procesales	299
1.	Los derechos fundamentales en el proceso penal	299
2.	Derechos, libertades públicas, principios y garantías procesales ...	300
3.	Los principios y garantías del proceso penal.....	302
3.1.	Principios y garantías procesales comunes.....	303
3.2.	Garantías genéricas del proceso penal	319
3.3.	Garantías específicas del proceso penal.....	345
III.	Etapas del proceso penal.....	349
1.	El proceso penal según el nuevo Código Procesal Penal	349
2.	Roles de los sujetos procesales.....	355
3.	Estructura del proceso penal común.....	359
3.1.	La etapa de investigación preparatoria	360
3.2.	La etapa intermedia.....	361
3.3.	La etapa de juzgamiento	363

365

CAPÍTULO II: TEORÍA DE LA PRUEBA

I.	Nociones esenciales de la prueba	367
1.	Concepciones de la prueba.....	367
1.1.	Concepción cognoscitivista de la prueba	367
1.2.	Concepción persuasiva de la prueba	368
2.	Principios de la actividad probatoria en el proceso penal	372

2.1.	Principio de presunción de inocencia	374
2.2.	Principio de no autoincriminación	376
2.3.	Principio de legalidad	377
2.4.	Principio de libertad probatoria	378
2.5.	Principio de comunidad de la prueba.....	379
II.	El derecho a la prueba como derecho fundamental	379
1.	La prueba desde la perspectiva constitucional	379
2.	La prueba desde la perspectiva penal	382
2.1.	La verificación	382
2.2.	Los actos de prueba	383
2.3.	Conceptos generales.....	385
III.	La actividad probatoria.....	388
1.	Fase de recolección.....	391
1.1.	El contexto: la investigación del delito	391
1.2.	El principio de legalidad de la prueba y la regla de exclusión de la prueba ilícita	392
1.3.	El derecho de ofrecer elementos de descargo y/o de solicitar actos de investigación para conseguir elementos de descargo.....	395
1.4.	La prueba preconstituída y la prueba anticipada	399
2.	Fase de ofrecimiento y admisión.....	401
2.1.	Pertinencia del medio probatorio.....	404
2.2.	Utilidad del medio probatorio.....	404
2.3.	Conducencia del medio probatorio	405
3.	Fase de actuación.....	406
3.1.	Respecto al examen del acusado	406
3.2.	Respecto al examen y contraexamen de testigos y peritos... ..	407
3.3.	Respecto a la introducción de la prueba material.....	410
3.4.	Respecto a la oralización de la prueba documental	410
3.5.	Respecto a la prueba de oficio	412
4.	Fase de valoración.....	412
4.1.	El sistema de pruebas legales o tasadas	414
4.2.	El sistema de la sana crítica.....	414
4.3.	El sistema de libre convicción	414

417

CAPÍTULO III: TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I.	Lógica jurídica y argumentación jurídica.....	419
1.	Lógica jurídica.....	419
2.	Argumentación jurídica.....	420
3.	El método de Toulmin, el discurso jurídico y la retórica.....	423
3.1	El método de Toulmin.....	423
3.2	El discurso jurídico.....	426
3.3	La retórica.....	428

II. Tipología de argumentos y falacias	430
1. Tipos de argumentos	430
1.1 El argumento <i>a simili</i> o por analogía	430
1.2 El argumento <i>a fortiori</i>	430
1.3 El argumento a contrario	431
1.4 El argumento de la dirección	431
1.5 El argumento psicológico o genético	432
1.6 El argumento teleológico	432
1.7 El argumento por reducción al absurdo	433
1.8 El argumento por el uso de precedentes o ab exemplo	433
1.9 El argumento semántico	434
1.10 El argumento dogmático	434
2. Tipos de falacias	435
2.1 Falacias de atinencia	436
2.2 <i>Argumentum ad baculum</i>	436
2.3 <i>Argumentum ad hominem</i>	436
2.4 <i>Argumentum ad ignorantiam</i>	436
2.5 <i>Argumentum ad misericordiam</i>	436
2.6 <i>Argumentum ad populum</i>	436
2.7 <i>Argumentum ad verecundiam</i>	437
2.8 Falacias de accidente	437
III. Motivación de resoluciones judiciales	437
1. La argumentación de las decisiones judiciales	437
2. El derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales en la legislación	438
3. El derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales en la jurisprudencia	444

459

CAPÍTULO IV: TEORÍA DEL CASO

I. Teoría del caso	461
1. Mitos sobre la teoría del caso	461
1.1. "La teoría del caso es una tontería"	461
1.2. "La teoría del delito es mejor que la teoría del caso"	462
1.3. "La teoría del caso solo para el juicio oral"	463
1.4. "La teoría del caso para impresionar"	464
2. Concepto de la teoría del caso	465
3. Elementos de la teoría del caso	471
3.1. Elemento fáctico (hechos)	472
3.2. Elemento jurídico (norma)	473
3.3. Elemento probatorio (prueba)	474
4. Utilidad de la teoría del caso	475
II. El conocimiento de los hechos, la elaboración de la hipótesis inicial y la ruta de la investigación	478

1. El conocimiento de los hechos.....	478
1.1. La <i>notitia criminis</i> , las proposiciones fácticas y la sospecha razonable	478
2. El diseño de la estrategia de investigación.....	481
2.1. El diseño del programa de los actos urgentes e inaplazables en las diligencias preliminares y la construcción de la teoría del caso.....	481
2.2. La estrategia de defensa en las diligencias preliminares.....	484
2.3. La tutela de derechos como mecanismo residual para la defensa.....	485
2.4. La formalización de la investigación preparatoria, la sospecha reveladora y la consolidación o descarte de la teoría del caso	495
2.5. El ejercicio de la acción penal pública a cargo de la fiscalía y los medios técnicos de defensa como herramientas del defensor	500
2.6. Las medidas de coerción procesal y la medición de la construcción de la teoría del caso.....	526
2.7. La teoría del caso aplicada al debate de la prisión preventiva.....	546
III. El filtro de la teoría del caso.....	592
1. La etapa intermedia.....	592
2. El sobreseimiento.....	596
3. La acusación.....	603
IV. La sustentación de las posiciones de las partes	620
1. El juicio oral	620
2. La teoría del caso en el juzgamiento	624
3. La teoría del caso y las técnicas de litigación oral.....	626
3.1. El alegato de apertura.....	629
3.2. El examen del acusado	637
3.3. El examen de testigos	641
3.4. El examen de peritos	648
3.5. El contraexamen.....	650
3.6. Las objeciones.....	653
3.7. Exposición de la prueba material.....	659
3.8. Oralización de la prueba documental.....	660
3.9. El alegato de clausura	662
Bibliografía.....	667

PARTE I

LA TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO I

LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

La “Parte general” constituye la estructura fundamental de todo el edificio normativo y regulador del derecho penal. En ella se compaginan los elementos nucleares del delito: su definición y aplicación legal. También aglutina los aspectos fundamentales de la teoría del delito y de la pena, al recoger normativamente las instituciones dogmáticas que han de reflejarse en la realización típica de cualquiera de las figuras delictivas glosadas en la “Parte especial”.

La conducta humana es disgregada desde los elementos que conforman el sistema de imputación jurídico-penal, por lo que parte de las regulaciones básicas y de la legalidad en la descripción típica (solo son delitos las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley).

Seguidamente se describen las diversas formas de la conducta humana, susceptibles de adquirir relevancia jurídico-penal. También se detallan los estados de error, respecto de los elementos constitutivos del tipo penal y el conocimiento de la antijuridicidad (error de tipo y error de prohibición), en que puede incurrir el agente del delito; las variadas formas de participación (autoría y participación); las formas de imperfecta ejecución (tentativa); las diversas instituciones del injusto y de la culpabilidad que dan cabida a una exención de responsabilidad penal; y, luego, las clases de pena, sus efectos, sus plazos, sus presupuestos aplicativos, etc.

La “Parte general” regula, como un filtro ordenado, los diversos planos del delito que configuran el “injusto” y la “culpabilidad”. Todo operador jurídico debe escudriñar estas reglas, a fin de resolver si la conducta es o no merecedora de pena o de una medida de seguridad. En síntesis, el juez tiene el deber de deducir la punibilidad de la conducta sobre la base de una aplicación literal del tipo penal (rechaza toda aplicación analógica de la ley).

La aplicación de los tipos penales comprendidos en la “Parte especial” está condicionada a las prescripciones de la “Parte general”, pues esta compagina una serie de instituciones que permiten una valoración racional de la conducta punible. Así, por ejemplo, se dispone que un delito tentado no puede sancionarse con la misma pena que el delito consumado; que el delito culposo solo es penado cuando se encuentra taxativamente descrito en la ley penal; etc.

En ese orden de ideas, las formas de participación ajenas a la autoría solo pueden deducirse de las reglas glosadas en la “Parte general”. De igual forma, se analizan los estados de inimputabilidad o exención de responsabilidad penal (completos e incompletos). En ellos el sujeto revela una falencia orgánica significativa (incapacidad de responsabilidad penal), por lo que no se le puede imponer una pena, sino una medida de seguridad. Entonces, la racionalidad y legalidad del propio sistema de punición depende de que el intérprete pueda aplicar correctamente las diversas directrices que se glosan en el apartado general del Código Penal.

Así, ya llevado al plano del aprendizaje y la práctica, hemos de abordar, en los apartados sucesivos de esta obra, las diversas modificaciones producidas en los últimos años en la “Parte general” del Código Penal. Verbigracia, analizaremos la reintroducción de las figuras criminológicas de la reincidencia y la habitualidad, así como otras circunstancias agravantes genéricas cualificadas; la reforma del sistema de los tercios en el ámbito de la determinación e individualización de la pena; la unidad en el título de la imputación, en el ámbito de las penas limitativas de derechos fundamentales como la prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, inhabilitación y, en tiempos del estado de emergencia, la pena de vigilancia electrónica.

I. INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO Y SU VISIÓN PRÁCTICA EN EL PROCESO PENAL

El derecho penal, desde el plano objetivo, supone una expresión reguladora del delito, en cuanto a la elaboración legislativa de

normas prohibitivas (sobre acciones), de mandato (sobre omisiones) y permisivas (sobre causas de justificación), con arreglo al principio de legalidad y a su manifestación político-criminal, propia del Estado de derecho.

El plano subjetivo del derecho penal implica reconocer la potestad soberana del Estado, a partir de la actuación de los órganos jurisdiccionales, de imponer un castigo a todos aquellos que han vulnerado o puesto en peligro bienes jurídicos (*ius puniendi*). Luego de un proceso penal con todas las garantías para los justiciables, esta potestad se hará concreta en la imposición de la pena o la medida de seguridad.

El foco de estudio del derecho penal es solo la conducta humana portadora de lesividad social, pues el estudio del “delincuente” —como los factores, condiciones y ambiente que propicia la aparición de la conducta criminal— es objeto de estudio de la criminología.

En ese sentido, la teoría del delito es una institución jurídica de naturaleza dogmática que comprende de manera intrasistemática aquellos conocimientos científicos dirigidos a establecer si la conducta atribuida a una persona (como autor o partícipe) debe ser alcanzada por una pena o medida de seguridad. Esta determinación se dará luego de recorrer de manera ordenada y preclusiva cada una de estas categorías dogmáticas. Estas categorías son los presupuestos materiales de punición: el injusto y la culpabilidad.

Así, los operadores de justicia deben procurar una interpretación y aplicación racional de la ley penal en un Estado democrático de derecho, pues conocen de la descarga de violencia institucional que significa el derecho penal en la esfera de libertad del ciudadano.

Entonces, la teoría del delito analiza el comportamiento humano (acción u omisión) desde diversas aristas. Así, ha de fijar, con todo grado de corrección de hermenéutica jurídica, si es que dicha conducta es jurídico-penalmente relevante por haber lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado por la ley penal y si dicha lesividad estuvo amparada por el ordenamiento jurídico. Si esto es calificado

en positivo y negativo, respectivamente, estaremos ante un verdadero “injusto penal”, para luego pasar al examen del reproche personal: la “culpabilidad”.

En cuanto a la evaluación sobre la conducta, se debe constatar la confluencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, así como considerar la naturaleza descriptiva y normativa de los componentes que sostienen tal delimitación típica.

Para ello, se parte del examen de los siguientes elementos de configuración legal: la determinación de los sujetos (activo y pasivo), del objeto material del delito, del desvalor de la acción (tentativa, delitos de peligro) y del resultado (consumación). Este último elemento define el grado de afectación al bien jurídico tutelado, cuya materialización debe ser producto de la acción u omisión típica atribuible al autor (generador del riesgo jurídicamente desaprobado).

Se debe distinguir entre la acción u omisión punible y la definición jurídica de delito. Lo primero implica que la conducta humana (típica y antijurídica) sea objeto de sanción; mientras que lo segundo supone únicamente la verificación del “injusto penal”, que puede atribuirse a un agente culpable e inculpable. Así, la ciencia del derecho penal se ocupa del estudio y análisis de la ley penal, del examen científico del delito (dogmática) y la teoría de la pena.

En el ámbito de las categorías dogmáticas es importante diferenciar la “culpabilidad” de la “imputabilidad”. La primera abarca a la segunda, pues el análisis de las capacidades psicofísicas (cognitivas) del agente para poder amoldar su conducta al tipo plasmado en la ley penal se conoce como “imputabilidad”, y constituye el primer componente a valorar en el supraconcepto de la “culpabilidad”. Por ello, la conducta humana que interesa al derecho penal no es únicamente aquella que se manifiesta en estados de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino que dichos estados de desvalor deben ser producto de un comportamiento humano que haya transgredido una norma de manera consciente, libre y voluntaria.

La “acción” es presupuesto esencial de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad: es su base ontológica y normativa a la vez. Primero se requiere verificar un acto propio de la personalidad humana y, segundo, de que dicha conducta sea susceptible de encajar en el tipo legal, de forma “material” y no “formal”. Esta es la notable distinción entre los resultados naturales propios de la causalidad de aquellos que son obra del autor. En contraposición, existen tres expresiones de “no acción” en sentido jurídico-penal: fuerza física irresistible, los movimientos reflejos y los estados de inconsciencia. Por tanto, la acción jurídico-penalmente relevante requiere la presencia de tres elementos: libertad, consciencia y responsabilidad.

En resumidas cuentas, la teoría del delito no puede ser vista y concebida solo desde una visión abstracta y armónicamente construida, propia de la ciencia del derecho penal. Esta teoría debe ser vista como un instrumento de primer orden, a fin de fijar criterios interpretativos válidos y legítimos que permitan, en el plano jurisprudencial y práctico, determinar que la imputación jurídico-penal que se atribuye al inculpa-do ingresa al ámbito de protección de la norma (feminicidio, asesinato, estafa, fraude a la administración de personas jurídicas, peculado, sea de manera aislada o en concurso delictivo) y, por ende, susceptible de ser punible.

En diversas casaciones, acuerdos plenarios, jurisprudencia, etc., los diversos filtros (categorías dogmáticas) propios de la teoría del delito cumplen una función de utilidad inobjetable (política criminal). En palabras simples, esta teoría determina si ese comportamiento es o no típico (plano objetivo y subjetivo) y si se enmarca en lo socialmente adecuado (riesgo permitido, conducta neutral, inicua, etc.). Si este comportamiento, a pesar de ser lesivo a un bien jurídico tutelado por la ley, no ha superado el estándar de lo ilícito o ha sido aprovechado por otro, en un contexto carente de significancia delictiva, no se considerará como delito.

Así, a quienes sabían perfectamente lo que hacían y eran conscientes de que generaban dicho estado de lesión o puesta en peligro, pero

obraron amparados por una causa de justificación, su comportamiento les será considerado lícito, premunido por un precepto permisivo. Por ejemplo, la mujer que, sin otra opción para repeler una agresión antijurídica, mata de una puñalada a su agresor (esposo, conviviente, etc.) realiza una conducta típica, pero no antijurídica, por lo que no puede ser pasible de sanción penal. Otro caso similar será el de aquel administrador que desvía los fondos públicos a una aplicación distinta prevista en la ley de presupuesto para adquirir víveres, medicamentos, productos sanitarios, etc., durante una emergencia. Esta acción tampoco puede ser punible, pues la vida, el cuerpo y la salud se constituyen como bienes jurídicos más importantes (grado de jerarquía) que el principio de legalidad presupuestal. En este mismo norte, quien retiene de su deudor un bien mueble con el propósito de cautelar su legítima acreencia (derecho de “retención”) no cometerá delito alguno contra el patrimonio.

La teoría del delito es un abanico de respuestas dogmáticas cuya utilidad ha de verse desde las cuotas innegables de razonabilidad que proporcionan los operadores jurídicos al dilucidar una controversia en el proceso penal. En términos procesales, la resolución de condena judicial (pena o medida de seguridad) solo puede ser resultado de la acreditación probatoria de un injusto penal atribuible al imputado en calidad de autor o partícipe. Por otro lado, la “culpabilidad”, en términos sustantivos (reprochabilidad), es objeto de otro análisis dogmático, que nos lleva a derroteros distintos al del hecho punible.

II. CONCEPTOS DE LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS

1. Acción

Definimos “acción” como aquella conducta que manifiesta la personalidad humana, en la que se exterioriza un comportamiento libre, consciente y responsable de su autor. Para ser jurídicamente relevante, la acción debe ingresar al ámbito de protección de un tipo penal en particular.

2. Tipicidad

Por su parte, el tipo penal comprende los elementos de configuración legal de un determinado delito, es decir, sus componentes objetivos, subjetivos, descriptivos y normativos (debe haber una plena confluencia entre los dos primeros para confirmar la tipicidad penal de la conducta incriminada). El tipo penal da cuenta de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y es indicio, pero no fundamento, de la antijuridicidad. Si una conducta es penalmente antijurídica es porque a su vez es típica; sin embargo, no necesariamente se da el caso inverso, pues el agente pudo haber cometido el acto lesivo amparado por una causa de justificación (precepto permisivo).

El proceso de subsunción típica es una de las principales garantías de un derecho penal constitucionalizado. El encuadramiento de la descripción fáctica de la denuncia a los alcances normativos de un tipo penal en particular debe proceder con arreglo al principio de legalidad. Esto significa que el operador jurídico no puede extender el ámbito de protección de la ley a un supuesto de hecho no previsto en la descripción típica de la figura delictiva, so pena de vulnerar el principio de la *lex scripta* —solo puede aplicarse una norma penal si es que la conducta incriminada cumple mínimamente con los presupuestos de tipicidad, tanto objetivos como subjetivos—.

En la STC N.º 00010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que “el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley”¹. Por lo tanto, se prohíbe tanto la aplicación por analogía como el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. Ello de común idea con el principio consagrado en el art. III del título preliminar del CP, que proscribe la analogía en la interpretación normativa. Conforme señala la doctrina, claridad y taxatividad son insoslayables condiciones

1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 010-2002-AI/TC*, Lima: 3 de enero del 2003, f. j. n.º 45.

para la seguridad jurídica. Esto implica, además, que se haya resuelto previamente qué conductas constituyen delitos y qué sanciones son aplicables en cada caso concreto².

PEÑA CABRERA escribe que el principio de legalidad queda debidamente garantizado si se prohíbe al legislador ordinario establecer a su arbitrio los alcances de los conceptos de delito y pena. Debe escogerse el término medio, esto es, no restringir ni ampliar sus facultades, con el objeto de que no se permita burlar los mandatos de la Ley Fundamental ni destruir la noción de seguridad jurídica. De este modo, pues, el legislador ordinario carece, en modo absoluto, de la posibilidad de afirmar o negar el principio de la legalidad, o de construir positiva o negativamente el concepto de delito³. Al respecto, el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente:

El principio de legalidad penal se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia. Ciertamente opera, en primer lugar, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador, y no al juez.

En el tipo penal no se describen las variadas formas y expresiones que pueden tomar las causas de justificación. Ello se extrae de todo el ordenamiento jurídico, considerado como una “totalidad”, al margen de que algunas figuras delictivas, como el secuestro, recojan la justificación de manera expresa, al decir: “[...] el que sin derecho, motivo ni facultad justificada priva a otro de su libertad personal [...]”. Por tanto, si bien la tipicidad penal puede encontrarse expresamente en la ley penal, la

2 PEÑA CABRERA, Raúl, “La garantía del principio de legalidad en la nueva Constitución”, en *Debate Penal*, n.º 13, Lima: 1994, p. 170.

3 PEÑA CABRERA, Raúl, “La garantía del principio de legalidad en la nueva Constitución”, art. cit., p. 158.

antijuridicidad debe ser escudriñada desde las diversas disciplinas que componen el orden jurídico.

3. Antijuridicidad

A diferencia de la tipicidad, en este análisis se tomará como base a todo el universo del orden jurídico⁴, pues en él se identifican los preceptos legales que autorizan a una persona, en ciertos contextos, a vulnerar bienes jurídicos, con una dosis necesaria de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad. A estas autorizaciones se las conoce como “causas de justificación”⁵. Estas denominadas “permisiones” dimanar de todas las parcelas del ordenamiento jurídico interno, en armonía con lo previsto en los documentos internacionales. Así, estas causas confieren a ciertas personas la facultad de ejercer actos de violencia sobre intereses jurídicos fundamentales de terceros para defender sus propios bienes vitales, hacer prevalecer intereses jurídicos de mayor prevalencia constitucional, respetar la autonomía de las personas en el libre ejercicio de un derecho y, asimismo, para preservar el orden y la seguridad pública, como consecuencia de los actos de la autoridad.

4. Culpabilidad

La pena presupone la culpabilidad del autor por el hecho (acción u omisión) atribuible a su esfera de organización personal (como autor o partícipe). Esto es, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por la ley penal solo puede ser sancionada punitivamente (pena o medida de seguridad) por lo que hizo el autor y no por lo que es: un derecho penal basado en la culpabilidad por el acto y no en las características personales del delincuente. Este acto debe ser gobernado

4 WESSELS, Johannes; Werner BEULKE y Helmut SATZGER, *Derecho penal. Parte general*, traducción de Raúl Pariona Arana, Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 168. Los autores postulan la unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico.

5 Además de las causas de justificación, se encuentran los tipos permisivos. Estos autorizan excepcionalmente el comportamiento típicamente lesivo para el bien jurídico. Vid. WESSELS et. al., *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 167.

por un agente libre, consciente y responsable de las consecuencias que dicha conducta pueda tener.

Eso sí, al momento de la determinación e individualización de la pena, el juzgador está habilitado para valorar las características particulares y singulares del agente: su grado de socialización, educación, culturalización, sus carencias sociales, económicas, etc. Esto se enmarca en el análisis de un juicio de culpabilidad estrictamente “individual” y “personalísimo”. Así, por ejemplo, el análisis sobre la grave alteración de la consciencia, por ingesta de sustancias como el alcohol, debe determinar que tal alteración fue tan profunda que se afectó la comprensión del agente sobre el carácter delictuoso de su acto. Esta condición es imprescindible para que se constituya la causa de exención de responsabilidad penal.

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. INTRODUCCIÓN

La intervención del derecho penal en una sociedad democrática de derecho se presentará cuando exista una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, en términos de “lesividad”. En tal medida, el mundo exterior se ve modificado por una conducta reprochable al agente culpable, quien encaminó su conducta a dicho estado de desvalor (dolo) o generó dicha situación de manera imprudente (culpa). Mas, en ambas alternativas, se requiere primero verificar si dicha lesividad (material) es producto o consecuencia de un comportamiento susceptible de ser atribuido racionalmente a su autor.

Para que una lesión a un bien jurídico interese al derecho punitivo, debe ser obra de su perpetrador, como *autor o partícipe*, en un ámbito de plena libertad, como postula KANT en el marco de la “imputación”. Por ejemplo, aquellas muertes o lesiones, cuando son consecuencia del azar, el destino, la naturaleza o de factores o cursos causales sobrevinientes, no ingresan al ámbito de protección de la norma —aunque sean dolorosos para sus titulares o perjudicados—, pues no pueden ser atribuidos a la esfera de organización (personal y social) del agente (de haberlo).

El mundo está gobernado por una serie de normas en todo ámbito de actuación del humano en sociedad. No existe plano de interrelación social que no esté reglado por la ley: estatutos legales que definen el ámbito de lo prohibido y lo permitido. Como ejemplificamos líneas arriba, podemos alegar, con suficiente solvencia, que no toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico determina un comportamiento jurídico penalmente relevante. Esto implica que la subsunción de una conducta no solo necesita de un encaje formal típico, basado estrictamente en el principio de legalidad, sino también de una operación intelectual que establezca que la conducta del agente, lesiva de bienes jurídicos, supera

el riesgo permitido por la norma. Este trabajo interpretativo deja de lado todo factor de atribución personal delictuoso sostenido en la mera causalidad, en todos los ámbitos sociales en los que pueda suscitarse un daño a bienes jurídicos.

En el marco de la teoría del delito, el análisis de la imputación objetiva constituye el primer presupuesto a valorar en el plano de la tipicidad, antes de la imputación subjetiva del agente (dolo, culpa o preterintencionalidad). Esta imputación analizará la lesión producida o la puesta en peligro del bien jurídico, pues si ya de entrada observamos que la muerte, las lesiones o la merma al patrimonio de la presunta víctima no es obra de la esfera de organización personal y/o social del agente, no habrá contravención a ningún deber de cuidado o norma imperativa que proteja un interés jurídico. Por ende, no será necesario valorar la vinculación anímica o cognoscitiva del autor con el suceso lesivo. Con ello, damos cuenta de un análisis en orden de preclusión de las diversas categorías dogmáticas que comprende la teoría del delito.

Con este examen se debe establecer con rigor cuál es el riesgo que se materializó en el resultado de la conducta del agente. Como bien lo señala ROXIN, el derecho no toma en cuenta riesgos mínimos que se encuadren en actividades normales, así estas conductas, de manera excepcional, puedan causar algún accidente. Se trata de riesgos adecuados socialmente que no revisten ningún peligro y, por tanto, en tales eventos no resulta posible la imputación. El mismo autor sostiene que, para la imputación al tipo objetivo, se sobreentiende la realización de un riesgo no permitido por parte del autor, que se concreta en un riesgo para el bien jurídico. Por tanto, la imputación se excluye si i) falta la materialización del riesgo, o si ii) los resultados no son cubiertos por el fin de protección de la norma.

La imputación jurídico-penal debe ser construida desde un sentido normativo y no naturalista. Los actos que interesan al derecho penal, por tanto, solo son aquellos donde el agente actúa con plena libertad y autoconducción de su vida en sociedad. Todos estos criterios reguladores de la imputación objetiva serán examinados exhaustivamente en la presente obra. Para ello recurriremos a la doctrina más representativa

y a la diversa jurisprudencia que los órganos de justicia construyeron de manera sistemática y progresiva, con miras a tener una justicia penal racional y predecible.

II. EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD - AUTONOMÍA DE LA LIBERTAD

En sus primeros apartados principistas, nuestra Constitución reconoce que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y que “toda persona tiene derecho [...] a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...]”. Así, estamos ante una consagración normativa del más alto nivel jurídico, por lo que se establece que los derechos más vitales del ser humano deben ser objeto de una férrea defensa del sistema jurídico, pues estas disposiciones irradian sus efectos sobre todas las relaciones que se entablan entre el ciudadano, sus conciudadanos y el Estado.

De esta forma, el derecho penal adquiere una visión humanista propio de un derecho natural (intersubjetivo), desde una faz personalista y social. La persona humana no puede ser instrumentalizada por su inherente condición ontológica, de manera que la política criminal debe abstenerse de usar al hombre como medio de represión y prevención de delitos. En la Sentencia N.º 53/85, el Tribunal Constitucional español considera la dignidad de la persona como valor moral y como valor jurídico de la siguiente manera:

[L]a dignidad es una valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás [...]. Junto al valor de la vida humana, y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona⁶.

6 MORA MATEO, José, “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. 11, n.º 42, Madrid: 2000, p. 257.

A su vez, este pórtico principista se afina en la idea de la *autonomía de la libertad*. El derecho al libre desarrollo de la personalidad implica que el orden jurídico respete aquellas decisiones y actuaciones que toman lugar en la esfera de organización personal. Un orden democrático de derecho no solo reconoce los derechos inherentes a la condición humana (*dignidad*)⁷, sino que añade la obligación de respetar aquellas conductas que se producen en el interior de una esfera de poder estrictamente personal, de inmovible libertad. Lo contrario a este respeto significaría una intromisión e injerencia estatal inaceptable, propio de estados paternalistas y desconocedores de los principios elementales en que se funda nuestro modelo democrático de derecho.

El hombre goza de verdadera libertad solo cuando puede disponer de ella⁸. A decir de LÓPEZ DÍAZ, para aplicar el principio de autorresponsabilidad debemos contar con un sistema de imputación concreto. La autonomía conduce a la asunción de riesgos imputables⁹. Un sistema de imputación debe construirse y elaborar sus criterios sobre la base de una persona libre y responsable, cuya autonomía permite atribuirle los sucesos que puedan derivarse de un defecto en su conducta, evaluada desde parámetros estrictamente normativos.

Entonces, las actuaciones que devienen de una organización personal y que pueden resultar lesivas para los bienes jurídicos del mismo individuo no pueden generar repercusión jurídico-penal alguna. Por ejemplo, en caso un portador de licencia para usar un arma de fuego se

7 En la doctrina española se elabora la siguiente definición de la dignidad de la persona humana según su Constitución, tal como lo interpreta su jurisprudencia: “Valor de la persona humana, espiritual o moral y jurídico, que permanece invulnerable o inalterable, y se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”. Vid. MORA MATEO, “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, art. cit., p. 258.

8 BUOMPADRE, Jorge, *Trata de personas, migración legal y derecho penal*, Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009, p. 66.

9 LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima en base a una concepción funcional estructural de la sociedad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 385.

cause lesiones con ella por su falta de diligencia, no habrá responsabilidad penal alguna de terceros (el comerciante que le vendió el arma)¹⁰. Esta situación cambia cuando un efectivo policial coloca su arma reglamentaria en la mesita de juegos de su hijo de cinco años, quien mientras juega con su amiguito le dispara provocándole la muerte. En este caso el padre responderá por el delito de homicidio culposo por comisión por omisión, pues en su posición de garante, él tenía el deber de procurar que el arma no se encuentre al alcance de terceros, menos de personas sin plena capacidad de organización personal, quienes por ley deben ser protegidos por sus tutores.

La autonomía de la persona ha de desenvolverse en los diversos planos de actuación social. A ello responde la introducción de la víctima-agente en el juicio de imputación, la cual no tiene por finalidad la formulación de algún reproche contra ella, sino el concederle relevancia dogmática a la autonomía con que se comporta¹¹. En términos funcionalistas, se diría que una lesión no se produce por arrogación del ámbito de organización de otro, sino que es producto de una autoorganización de la persona que vulnera la norma y daña el bien jurídico¹².

La citada autonomía de la libertad, por tanto, es un criterio que debe tomarse en cuenta al momento de delimitar ámbitos de responsabilidad penal cuando la propia actuación de la supuesta víctima es la que ha generado la lesión al bien jurídico del cual es titular. Siempre que una persona, por sus condiciones personales y singulares, pueda ser reputada como portadora de capacidad de libre autoorganización, se excluirá la responsabilidad penal.

10 Ello da lugar a una conducta inocua, neutral o estereotipada, por ende, desprovista de relevancia jurídico-penal.

11 PÉREZ LÓPEZ, Jorge, "La autopuesta en peligro de la víctima y su aplicación en la jurisprudencia peruana", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 64, Lima: octubre del 2014, p. 60.

12 LÓPEZ DÍAZ, *Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima en base a una concepción funcional estructural de la sociedad*, ob. cit., p. 386.

III. CAMPO DE APLICACIÓN

1. Conductas valoradas por la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva no limita su ámbito de aplicación a los delitos de resultado doloso ni al ámbito de los injustos imprudentes. Ello obedece a que lo único relevante es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Al circunscribirse a los tipos de resultado, como el asesinato, se coartaría la gran operatividad amplificativa de esta programación teórica. Por ello, su aplicación en el ámbito de los delitos imprudentes es notoria: la lesión del deber objetivo de cuidado se sitúa en el nivel del injusto a través de la comprobación de un riesgo no permitido, donde el error recae sobre el efectivo peligro que entraña la conducta.

El acento del desvalor en el injusto imprudente se refiere a la lesión de la norma de cuidado, es decir, la realización de una determinada actividad peligrosa que sobrepasa los márgenes del riesgo permitido, ya sea una acción u omisión. Al respecto, JAKOBS apunta que, “en un sistema penal, la teoría de la imputación objetiva busca determinar el injusto de la conducta, por consiguiente, es procedente para todos los tipos de la parte especial”. Por ello, la imputación objetiva extiende su aplicación tanto a los delitos de resultado como a los de peligro; tanto a los ilícitos culposos como a los dolosos; también alcanza a las acciones y omisiones. Contrariamente a lo que sucede en los delitos comisivos, en los delitos por omisión no existe una comprobable relación de riesgo, sino el deber de “evitabilidad del resultado lesivo”, en mérito de la exigibilidad recaída en un *deber de garante*: actuar tal como el mandato normativo lo exige. Por ende, se configura una “hipotética relación de riesgo”¹³. En los delitos de mera actividad también es exigible la producción de un resultado lesivo o de una real puesta en peligro. No obstante, a pesar de que la consumación de este tipo

13 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Imputación objetiva y principio de lesividad”, en CEREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo; BERISTAIN IPIÑA, Antonio y Carlos ROMEO CASABONA, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López)*, Granada: Comares, 1999, p. 420.

de delitos se alcanza con la mera realización de la conducta típica, se requiere la producción de un resultado separado de ella, como exigencia misma de la relevancia típica de la conducta.

Para HORMAZÁBAL MALARÉE, la lesión se trata de un resultado naturalístico, que no es más que la manifestación social del hecho típico y esa manifestación puede producirse en cualquier delito, independientemente de si son o no delitos materiales o de mera actividad¹⁴. La conducta típica debe resultar lo suficientemente idónea para poder configurar su realización típica. Verbigracia, no será típica la conducta de quien ingresa a una morada ajena pensando que su morador no se va a oponer; o quien intenta conducir su vehículo en estado de embriaguez, pero no puede encenderlo por un desperfecto mecánico, etc. Es decir, desde una perspectiva *ex ante* debe comprobarse que la conducta era potencialmente efectiva para poder realizar su configuración típica. Finalmente, como señala LÓPEZ, inclusive la teoría de la imputación objetiva opera tanto en los delitos consumados como en los tentados.

Conforme la línea argumental esbozada, podemos atribuir a la teoría de la imputación objetiva la calidad de instrumento interpretativo idóneo para detectar todas las interacciones sociales que contengan un desvalor jurídico-penal. Como señala FERRANTE, el valor central de la teoría de la imputación objetiva es la definición de la conducta típica¹⁵. En otras palabras, es un proceso de selección de las conductas jurídicas penalmente relevantes.

En el caso de la tentativa, formas de imperfecta ejecución, estamos ante el inicio de la actividad típica que ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y lesivo, conforme a la programación criminal del autor. Por ello, es una conducta idónea para ingresar al ámbito de protección de la norma (se deja de lado la tentativa imposible y la tentativa inidónea).

14 TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 39, Madrid: 1986, p. 35.

15 FERRANTE, Marcelo, "Una introducción a la teoría de la imputación objetiva", en CANCIO MELIÁ, Manuel; SANCINETTI, Marcelo y Marcelo FERRANTE, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 15.

Como acertadamente infiere REYES ALVARADO, “debe advertirse que, si dentro de una concepción normativa de la teoría del delito se descarta una noción ontológica del resultado y se asume un concepto normativo del mismo, resulta válido sostener que la imputación objetiva pueda ser aplicada incluso respecto de las tentativas”¹⁶. En el caso de los delitos de mera actividad, si bien no se produce materialmente un resultado concreto que pueda verificar que la conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, “permite la ubicación dogmática de algunos problemas en la sede que le corresponde, esto es, en la tipicidad”¹⁷.

Incluso en el ámbito de los delitos de omisión, donde, si bien naturalísticamente no se advierte la realización de una acción, la imputación del resultado o del riesgo parte de un juicio normativo, que determina si la conducta omitida infringió un deber de garante ostentado por el agente. GIMBERNAT ORDEIG ha rechazado la posición adoptada al sostener que la imputación objetiva solo es aplicable para excluir la tipicidad de comportamientos precisamente imprudentes y dolosos causantes de resultados típicos¹⁸.

El razonamiento sistemático de esta teoría reconoce varios estadios de imputación o niveles que actúan de forma preclusiva, por lo que el análisis de la imputación objetiva es el primer escalafón del juicio valorativo sobre cualquier clase de delito, ya sea comisivo, omisivo, doloso, imprudente, etc. Por consiguiente, si en este nivel se verifica que la conducta generada por el autor no ha ocasionado un riesgo prohibido o que el resultado lesivo acaecido no es la concreción directa de una conducta de por sí riesgosa, no habrá necesidad de evaluar la esfera emotiva o

16 REYES ALVARADO, “El concepto de imputación objetiva”, en BOLAÑOS, Mireya (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Mérida: Universidad de los Andes, 2005, pp. 173-204.

17 JAÉN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid: Colex, 1992, p. 227; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, p. 193; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Imputación objetiva y principio de lesividad”, art. cit., p. 419.

18 GIMBERNAT ORDEIG, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios de derecho penal*, 3.^a ed., Madrid: Tecnos, 1990, p. 178.

psíquica del autor. Si la conducta del sujeto se adecúa a los parámetros del riesgo permitido, a pesar de haber actuado intencionalmente, la imputación objetiva debe ser negada.

A modo de ejemplo: si en un combate de boxeo uno de los contrincantes muere producto de los golpes que reglamentariamente se ejecutan en este deporte peligroso, por más que el contrincante vencedor haya deseado la muerte de su opositor, este resultado no le puede ser imputado objetivamente. *A contrario sensu*, el derecho penal estaría castigando las meras intenciones o deseos, lo cual se encuentra proscrito. Un hombre solo puede ser responsable penalmente de aquellas conductas que supongan la infracción de normas, no por sentimientos de *culpabilidad*.

2. Contexto de la imputación objetiva y tarea del derecho penal en la "sociedad de riesgo"

No resulta suficiente como fundamento de imputación jurídico-penal que un comportamiento humano lesione o ponga en peligro bienes jurídicos, pues para que la conducta sea penalmente relevante necesita, además, que el peligro sea jurídicamente desaprobado y que sobrepase el riesgo permitido. Esto de acuerdo a un indicador que se desprende de las diversas regulaciones jurídicas que sujetan la actuación del hombre en un confín de actividades susceptibles de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penales.

Por consiguiente, deberá negarse la imputación objetiva cuando el comportamiento del autor no ha creado un riesgo típicamente relevante y potencialmente idóneo para lesionar o poner en peligro un interés jurídico tutelado. Así, la generación de un riesgo no permitido se convierte en un criterio limitador de la tipicidad, a partir de criterios normativos que se sustraen del ámbito del tipo. Entonces, se excluirán determinadas conductas que, a pesar de causar lesiones a bienes jurídicos, son aceptadas y toleradas por el ordenamiento jurídico, pues el daño se perpetra de forma natural.

Como consecuencia de la irrupción de la sociedad posindustrial, surge una vastedad de actividades industriales, comerciales, químicas y productivas que, si bien entrañan un riesgo intrínseco, son permitidas porque son útiles y necesarias para la satisfacción de las necesidades de una sociedad moderna.

La generación de dichos peligros en las actividades humanas debe ser controlada y contenida, a fin de ejercer una función preventiva que impida la concreción de lesiones a los intereses jurídicos más importantes. Por ello, la propia política jurídica del Estado da lugar a la formulación de normas administrativas que sujetan dichas actuaciones regulares a determinados parámetros, a fin de cautelar la intangibilidad de dichos bienes y evitar la generación de focos de riesgo.

Esta coyuntura histórica es denominada por la doctrina como la “sociedad de riesgo”, concepto que refiere a las sociedades posindustriales desarrolladas. El cambio de rumbo social en este contexto exigió una transformación de las bases sistemáticas del derecho penal convencional o “nuclear” a un nuevo derecho punitivo como medio de control social, así como un replanteamiento sobre la dirección político-criminal para controlar los riesgos que las actividades sociales emergentes puedan significar para los bienes jurídicos preponderantes.

Estamos frente a una proliferación de nuevos riesgos, a veces muy difíciles de contener, pues su permisión obedece a criterios utilitaristas, de conveniencia social, o de carácter político (armas de destrucción masiva). Por ende, estos riesgos deben realizarse bajo determinadas normas internas de cuidado para así evitar la producción de resultados lesivos.

El progreso científico y económico ha generado una nueva dimensión y percepción de los riesgos frente a los que antaño percibían los sociólogos y políticos. La modernidad ha traído a colación la irrupción de un sinnúmero de actividades humanas que encierran utilidad social, pero a su vez riesgos concretos para los bienes jurídicos fundamentales.

Contrario a los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, los nuevos riesgos ya no se limitan a

ciertos lugares y grupos, sino que tienden a la globalización. Las fronteras de los Estados nacionales no se respetan en pos de la producción, lo cual propicia que las nuevas amenazas sean globales, no específicas de una clase y que posean una nueva dinámica política y social. Estos riesgos desconocidos por el hombre, ante la falta de su dominio, provocan miedo y un estado de inseguridad que se enfrenta con el instrumento normativo.

Como expresa ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la incertidumbre de lo desconocido se nutre, fundamentalmente, de las extraordinarias posibilidades del proceso de la unión entre la energía humana y la tecnológica. Tres cuestiones sociales se presentan como interrogantes en esas circunstancias: ¿es posible la previsión de los resultados?, ¿qué responsabilidad tiene el actuar humano en la previsión de los resultados?, ¿cuál es la responsabilidad social ante la posibilidad del continuo aumento de riesgos para la sociedad? A ello agregamos una cuestión jurídica: ¿cuál es el papel que debe desempeñar el derecho penal en dicha descripción sociológica?

Las nuevas amenazas a la coexistencia pacífica de la humanidad adquieren ribetes de criminalidad cuando se materializan a través de ataques o puestas en peligro de bienes jurídicos individuales y supraindividuales. Por otro lado, la globalización económica y cultural produce una *criminalidad de la globalización*, que se gesta a partir de los nuevos mecanismos y elementos sofisticados que estructuras criminales usan para organizarse y potenciar sus actividades ilícitas, extendidas a latitudes antes impensables. Ciertamente, las bondades tecnológicas de la posindustrialización son también canalizadas por individuos que se organizan a través de asociaciones delictivas.

La nueva sociedad moderna es un constructo socioeconómico, definida por el intercambio de bienes, servicios y tecnología. La interacción de estas actividades se realiza a partir de una participación colectiva del hombre, cuya proximidad y estrechez provoca la generación de focos de conflictividad social, que, algunas veces, se traduce en la comisión de injustos penales. La industria, el tráfico vehicular y las actividades mineras

y petroleras son realizadas por individuos en condiciones no muy seguras, donde una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es generada por una conducta defectuosa, generalmente de forma imprevisible o fortuita. De ahí que se diga con certeza que mientras la sociedad liberal es caracterizada por los delitos dolosos, la sociedad moderna se caracteriza autoreferencialmente por los delitos culposos. Esto se debe en gran parte —como expone SCHÖNE— a los siempre renovados potenciales peligros que acarrea consigo un mundo mecanizado e industrializado, y sobre cuyo crecimiento el derecho penal no ejerce influencia alguna¹⁹.

Ante esta nueva cosmovisión del individuo, el Estado y la sociedad, la política criminal es redefinida hacia nuevos rumbos sociológicos. Se produce un desplazamiento de un derecho penal retributivo hacia un derecho penal esencialmente preventivo, cuya tarea es preservar un estado de igualdad y de libertad entre los ciudadanos.

Dicho lo anterior, el discurso político-criminal se dirige a cuestionar la legitimidad del Estado y, por tanto, del derecho penal basado en los principios liberales acuñados a fines del siglo XVIII. Por otro lado, el aludido discurso verifica si las categorías dogmáticas elaboradas en la doctrina del derecho penal liberal son adecuadas para enfrentar estas nuevas tareas preventivas, o si, en su defecto, es necesario reelaborar el contenido de ellas a partir de nuevas definiciones descriptivas. Dicho en otras palabras: *la discusión jurídico-penal en el nuevo siglo ya no gira sobre el contenido ontológico de la acción, sino sobre las tareas que el derecho penal debe asumir bajo una concepción político-criminal de postulados esencialmente preventivos.*

3. Riesgo permitido

El esfuerzo desplegado por formular una teoría basada en conceptos normativos, como apunta SANCINETTI, no trataba solo de dejar fuera del tipo los cursos causales inadecuados (los que fueran objetivamente

19 SCHÖNE, Wolfgang, *Imprudencia, tipo y ley penal*, traducción por Patricia S. Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 26.

irrazonables de perseguir), sino que también quedaban fuera del tipo los comportamientos peligrosos, pero propios del curso ordinario de la vida social. Nace así el concepto de “riesgo permitido”²⁰, por cuanto el derecho penal, como medio contenedor de factores de riesgo, debe intervenir únicamente en aquellos riesgos no tolerables por la sociedad, por considerarse hechos que contradicen la vigencia fáctica de la norma.

En un principio, el reto fue establecer los límites de permisión de peligro a los bienes jurídicos²¹. Con base en la evolución de una variedad de actividades económicas (industriales, comerciales, etc.) de la mano con el avance científico-tecnológico, es la propia sociedad la que determinará cuáles son los peligros que pueden ser aceptados por la comunidad. Para ello se utilizarán factores como evitabilidad del riesgo, utilidad social, necesidad económica, etc. También debe hacerse una ponderación entre los bienes en conflicto y tomar como variable referencial la coyuntura sociohistórica, pues las diversas relaciones sociales no son estáticas y están en permanente cambio. Por lo tanto, el juicio valorativo dependerá del grado de utilidad que se obtenga de la actividad social permitida.

La ubicación sistemática del riesgo permitido ha generado una discusión dogmática, abordada en la mayoría de los textos de la materia. En primera línea destaca ROXIN, para quien la imputación del resultado es un problema propio y exclusivo de los delitos de resultado y tiene que ser resuelto en el injusto o, mejor dicho, en el tipo del injusto²². Esta postura sostiene que el tipo penal no es “*ratio cognoscendi* de la antijuridicidad”, sino que el tipo del injusto, en su totalidad, constituye un solo momento valorativo. Así, la opinión del jurista alemán es contraria a nuestra posición (el injusto penal tiene dos momentos de valoración: tipicidad y antijuridicidad).

20 SANCINETTI, Marcelo y Marcelo FERRANTE, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

21 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid: Edersa, 1982, p. 121.

22 ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, p. 345 y ss.

Observamos que se parte de una misma premisa: el resultado lesivo producido es la realización concreta del riesgo no permitido generado por la conducta del autor. En este plano valorativo, se excluyen de la tipicidad las acciones que no concreten la relación de riesgo en el primer nivel del examen de la teoría del delito.

Así, de acuerdo con el principio del riesgo, la cuestión estriba en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con el resultado y atribuible a este²³. Por lo tanto, este principio regula la tipicidad o, mejor dicho, la imputación penal²⁴.

De acuerdo con la posición que ubica al riesgo permitido (o imputación objetiva) en la antijuridicidad material, el injusto requiere de la afectación de un bien jurídico producto de una acción de por sí riesgosa. Esto exige dos juicios valorativos diferentes, tal como apunta HORMAZÁBAL MALARÉE. Por una parte, un juicio *ex ante* para establecer en la tipicidad el riesgo para el bien jurídico de la acción, y, por otra, un juicio de imputación *ex post* en la antijuridicidad, para establecer si el resultado que afecta el bien jurídico fue plasmación de dicha acción peligrosa o, mejor dicho, si el peligro de la acción típica finalmente afectó el bien jurídico²⁵.

La función del riesgo permitido en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva es sustraer del ámbito de la tipicidad aquellos comportamientos que no son cubiertos por su propio significado “normativo”: aquellos que no crean una situación de riesgo para el bien jurídico tutelado por la norma penal.

La función teleológica de la imputación objetiva despliega todos sus efectos en el ámbito de la tipicidad, por lo que se dice que es una teoría

23 CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004 p. 56.

24 ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, p. 116.

25 HORMAZÁBAL MALARÉE, “Imputación objetiva y principio de lesividad”, art. cit., p. 417.

del “tipo penal”. A tal efecto, la concepción personal del injusto reconoce que el desvalor de la acción y del resultado son dos planos valorativos que se compaginan coherentemente en el ámbito de la tipicidad.

Sobre la base del principio del riesgo permitido, ROXIN recurre a los siguientes parámetros para definir el juicio de imputación objetiva: a) la creación o no de un riesgo jurídicamente relevante; b) la disminución del riesgo; c) el incremento o falta de aumento del riesgo permitido; y d) la esfera de protección de la norma²⁶.

Mediante el primer criterio se establecen los límites por los cuales una conducta es considerada como penalmente relevante, al rebasar el ámbito de protección de la norma. *A sensu contrario*, si esta relevancia no se advierte, no cabe la imputación²⁷. Bajo este criterio, fluye el ejemplo del sobrino que convence al tío millonario para que vuele constantemente el avión y fruto de esa perseverancia se produce el resultado lesivo: la muerte del tío. No obstante, este resultado no le puede ser imputado al sobrino, pues con su conducta no creó un riesgo jurídicamente relevante. “No puede estar prohibido crear un riesgo general de la vida de entidad normal”²⁸.

Conforme al segundo criterio, se produce un resultado lesivo, pero menos grave del que se hubiera podido producir si el sujeto no hubiera actuado, por lo que se disminuye de forma significativa la entidad del primer riesgo. Por ejemplo, cuando un padre desvía el curso de una pedrada que iba a impactar en la cabeza de su hijo, pero de todos modos le produce una lesión de escasa gravedad en la pierna. Si, a través de su actuar, el autor produce una reducción del riesgo de que se realice un resultado, o sea, una atenuación de la lesión, basada en los cursos causales iniciados o en un retardo en la realización del resultado, entonces

26 CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., pp. 56 y 57.

27 ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, ob. cit., p. 109.

28 STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 154.

el resultado ejecutado no le es objetivamente imputable²⁹. *Si el autor con su conducta propició un resultado menos grave que el que se hubiera ocasionado en el curso inicial —relativamente neutralizado—, este resultado menos grave no le puede ser imputado objetivamente.*

El tercer criterio importa la imputación objetiva de la conducta cuando se ha incrementado de forma significativa el riesgo, sobre todo en los delitos culposos. Se trata de reprochar objetivamente al autor solo cuando, en el ejercicio de una actividad arriesgada, ha elevado el nivel de riesgo que ya de por sí aquella conllevaba³⁰. Este criterio fue utilizado por ROXIN para resolver la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a derecho³¹, es decir, que las normas penales se dirigen exclusivamente contra aquellas formas de conducta que muestran un grado de peligrosidad que va más allá de la medida permitida³².

Por último, la esfera de protección de la norma se refiere a que el resultado lesivo causado es aquel que la norma regula en su ámbito de incidencia valorativa como criterio destinado, básicamente, a abarcar casos de daños sobrevenidos posteriormente. Esto se da en casos en los que se produce un segundo daño, en supuestos de provocación de acciones de salvamento arriesgadas y de favorecimiento de autopuestas en peligro³³.

3.1. Determinación del riesgo permitido

La función principal de los bienes jurídicos es de propiciar la interacción social y el intercambio de bienes y servicios.

Como resulta inocuo prohibir cualquier tipo de conducta que ponga en riesgo un bien jurídico tutelado, se fijan determinadas normas que regulan tales comportamientos, con el fin de que se tomen medidas

29 RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, pp. 32 y 33.

30 ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, ob. cit., p. 110.

31 RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, ob. cit., p. 43.

32 CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, ob. cit., pp. 57 y 58.

33 RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, ob. cit., p. 41.

de seguridad pertinentes. Por ello, resulta que los riesgos se legitiman, son tolerados por la sociedad y, por ende, no pueden imputarse objetivamente los posibles daños que se ocasionen a un bien jurídico.

El contenido del riesgo permitido se obtiene a través de la interpretación de:

- 1) Las normas jurídicas.
- 2) Las normas técnicas y de la *lex artis*.
- 3) Los deberes de información y de advertencia del peligro.
- 4) Significado social del comportamiento.
- 5) Principio de confianza.

Es en este nivel donde los tipos penales necesitan concordarse con los ámbitos normativos reguladores de conductas peligrosas, como la *lex artis*, con el fin de delimitar la materia prohibitiva.

4. Principio de confianza

¿Bajo qué presupuestos la conducta de terceros puede influir en la configuración del cuidado propio?

Al principio de confianza se le atribuye una función interpretativa al momento de emitir juicios valorativos negativos a determinadas conductas en las que participan varias personas. Su configuración típica dependerá de cómo los demás desarrollen sus propios ámbitos organizativos. Así, este principio regulativo adquiere suma relevancia al momento de delimitar ámbitos de autorresponsabilidad.

El principio de confianza se nutre en la autolimitación de la configuración conductiva. Es así que el ciudadano debe procurar que, en el desenvolvimiento de su esfera organizativa, no lesione bienes jurídicos ajenos, pero no es su deber orientar su cuidado a que los otros se comporten correctamente.

Un Estado social de derecho supone que sus ciudadanos reconocen y adoptan las normas sociales y jurídicas necesarias para una adecuada

convivencia social. Sobre la base de tal concepción, los ciudadanos tienen la confianza de que sus pares van a amoldar sus ámbitos organizativos con sujeción a dichas normas. Este es el fundamento de la vigencia fáctica de las normas.

Entonces, se puede responder únicamente por las conductas que se encuentren dentro del ámbito propio de competencia. No forma parte de la función de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que puedan originar la conducta de un tercero. En principio, nadie debe dirigir su atención a que otros sigan el mismo comportamiento. Sin embargo, vale esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a su *status*, con la confianza en que los otros cumplirán con las expectativas que proceden del rol que se les ha confiado en el caso concreto³⁴. El sistema social, como una unidad orgánica con vida propia, exige que los ciudadanos como integrantes de este ajusten su comportamiento conforme al *status* social que les ha confiado la normatividad vigente.

Es, por tanto, la propia estructura y organización social, prototipo de una serie de actividades humanas como la ciencia y la tecnología, la que promueve la especialización entre sus actores y, a su vez, delimita rigurosamente los ámbitos de competencia de estos participantes. Así se genera el trabajo en “equipo” que tiene un lugar importante en el plano del principio de confianza.

Para STRATENWERTH, el principio de confianza se fundamenta en la responsabilidad de los terceros y en la posibilidad de diferenciar entre un ámbito de responsabilidad primario, basado en una relación directa con el hecho, y un ámbito de responsabilidad secundario o derivado, basado en una relación indirecta con el hecho³⁵.

De todas maneras, ha de acotarse que el principio de confianza fue llevado al tema médico y al desarrollo de la actividad empresarial. Su tratamiento en el ámbito “laboral” parece no ofrecer un criterio re-

34 WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina finalista*, pp. 72 y 73.

35 FS-SCHMIDT, pp. 388-390.

gulador susceptible de aplicar en los accidentes de trabajo, pues como indica ARROYO ZAPATERO: “Si bien en el tráfico la confianza prima sobre la negación, en el orden laboral ocurre lo contrario: la regla es la desconfianza, hasta el punto que se configura como principio fundamental para la determinación de la diligencia del empresario, obligado a prever las imprudencias de la propia víctima”³⁶.

En ese sentido, el empleador tiene los deberes legales de vigilar y controlar las actividades laborales desarrolladas por los operarios, así como proveer a estos de los mecanismos e instrumentos necesarios para controlar focos de riesgo, tanto para su propia seguridad como para la de terceros.

Este es un principio regulador muy importante de la teoría de la imputación objetiva en aquellas actividades humanas donde intervienen varias personas y se pueda postular que estamos ante una verdadera división del trabajo. Sin embargo, este principio se debilita significativamente en aquellos planos de interacción social que, precisamente por su particular naturaleza, permiten desconfiar en que el resto de intervinientes no se comportarán conforme a derecho o cuando un tercero conserva cuotas de control y vigilancia sobre la actuación de un subordinado.

Sobre la base de la construcción de la teoría político-criminal del “sujeto responsable”, FEIJOO SÁNCHEZ anota que un postulado de tal naturaleza debe partir del individuo en sociedad. La persona solo puede ser comprendida desde su comportamiento y los vínculos que crea en la sociedad mediante él. No se trata de un simple sujeto, sino de una persona que cumple un determinado papel que le ha sido asignado³⁷. Es así que una persona cumple con un determinado rol, que le ha sido asignado sobre la base de una reglamentación, cuya consciente o incons-

36 ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, 1981, p. 180.

37 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZABAL MALAREE, *Lecciones de derecho penal*, Madrid: Trotta, 2006, p. 153

ciente infracción puede dar lugar a su responsabilidad penal, siempre que dicha actuación la haya realizado con plena “libertad”.

Ahí donde empiezan a regir los deberes propios de las instituciones sociojurídicas o cuando se revela claramente que el sujeto actuante se conduce de forma defectuosa y no tiene la posibilidad de conducirse conforme a lo esperado, decae automáticamente el “principio de confianza”.

5. La prohibición de regreso

Para sostener la imputación jurídico-penal, en cuanto atribución del suceso lesivo a su autor o partícipe, debe partirse desde un factor de atribución, no desde una conexión causal o vinculación estrictamente fáctica. Debe verificarse que el agente propició, activa o pasivamente, la realización del riesgo no permitido, con base en el rol que desempeñaba en un determinado momento. Solo si infringe el deber que se desprende de su posición, puede asumir responsabilidad penal. Según esta consideración, surge el ámbito de la “prohibición de regreso”, conforme a las categorías subyacentes de la teoría de la imputación objetiva.

De este modo, como argumenta la doctrina especializada, para determinar en qué momento un sujeto puede ser partícipe en un hecho delictivo, por su conducta previa, se plantean las siguientes reglas.

En primer lugar, no responde como partícipe quien realiza un comportamiento cotidiano (neutral, estereotipado, socialmente adecuado, etc.)³⁸. Por ejemplo, una persona puede contribuir con un aporte positivo a otra y esta última se agencia de tal beneficio para poder perpetrar un delito. Aquí, la intervención del primero bien podría identificarse como un acto típico de complicidad, pero este razonamiento debe rechazarse cuando se advierte que el supuesto cómplice ha sujetado su conducta a los roles sobre los cuales se enmarcó su participación, por lo tanto, no puede responder penalmente por ello. De no ser así, las normas penales estarían prohibiendo comportamientos que otros campos regulatorios

38 JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal*, p. 77.

catalogan como “lícitas”, lo que resultaría en una evidente contradicción con el principio de la unidad del ordenamiento jurídico.

Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el R. N. N.° 1307-2014 Lima, f. j. n.° 8, hace la siguiente precisión:

En una sociedad donde la interacción de las personas genera riesgos, existen expectativas sociales respecto a la conducta de sus integrantes, de cómo es que se espera deben actuar. En consecuencia, existe un rol general de ciudadano, expectativas que la sociedad tiene sobre todo miembro que la integra sin distinción alguna; y existen roles especiales, expectativas que se tienen de algunos de sus miembros por una condición especial como lo son los vínculos familiares, funciones gubernamentales, entre otros. De modo que se entenderá que una persona ha lesionado un bien jurídico protegido por la norma penal, cuando su conducta defraude las expectativas sociales que sobre él pesan mediante la infracción de su rol afectando bienes jurídicos fundamentales protegidos por la norma penal.

En el marco de la interposición de una excepción de improcedencia de acción en una causa sobre lavado de activos, la Corte Suprema, en la Casación N.° 1307-2019 Nacional, sostuvo en el último párrafo del f. j. n.° 5 lo siguiente:

La competencia por el riesgo prohibido no necesariamente debe corresponder al titular del ámbito de organización del que se deriva fácticamente el riesgo prohibido (la encausada López Melgarejo de Costa), sino que puede recaer también sobre terceros —en este caso el esposo (Costa Alva), quien fue el que, según los cargos, habría efectuado maniobras delictivas para obtener los activos que se transfirió a la primera—. Tratándose del principio de confianza, como el desarrollo del suceso depende de otras personas y se trata de una exigencia normativa —presupuesto de su aplicación—, se ha de establecer si se mantiene la confianza del tercero o si esta decae (GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 431-435).

Esta extensión aplicativa del instituto de prohibición de regreso se concatena con el principio de confianza. Constituye un plano de inci-

dencia importante en aquellos ámbitos de la vida social que, conforme su estructura y naturaleza, permite a sus miembros presumir una correcta organización de sus semejantes, siempre que no existan circunstancias que generen desconfianza por hallarse fuera del riesgo permitido.

A decir de JAKOBS, “no todo es asunto de todos, pues el derecho penal no puede estabilizar, como expectativa respecto del comportamiento de otros, que nadie le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo”³⁹. Una consideración contraria implicaría prohibir de plano una serie de actuaciones sociales, veto que paralizaría el normal desenvolvimiento de toda sociedad. Entonces, a modo de conclusión, para determinar si la conducta de favorecimiento a un delito es o no punible, se debe examinar con exhaustividad el contexto en el cual se desarrolló ella. Es decir, caso por caso, de manera que, si el imputado no trasvasó el umbral de su rol social, no puede asumir responsabilidad alguna.

En ese orden de ideas, el R. N. N.º 2208-2012 Lima resolvió lo siguiente:

El Estado constitucional de derecho garantiza al ciudadano que mientras adecúe su comportamiento al rol que le corresponde desarrollar en sociedad, no podrá ser vinculado normativamente a una organización, aun cuando terceros, de manera dolosa, utilicen tal comportamiento en dicha organización. “Una conducta es neutral cuando expresa el cumplimiento de los deberes que forman parte de un rol social (el agente adecúa su comportamiento al rol que le corresponde desarrollar en sociedad). Si otra persona, con una finalidad delictiva, utiliza una aportación que proviene del normal ejercicio de un rol, el titular de ese rol no está obligado a informarse sobre los desenlaces posteriores de su prestación, ni tampoco evitarlos, no es garante de lo que el autor haga con su aportación. Lo que el autor lleve a cabo con la aportación adecuada a un rol no es asunto del titular del rol ‘no todo es asunto de todos’”—CARO JOHN, José, “Sobre la no punibilidad de las conductas

39 JAKOBS, *La prohibición de regreso*, p. 125.

neutrales, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.º 5, Lima: Grijley, 2004, p. 5—. (f. j. n.º 3.5)

En sentido similar, el R. N. N.º 1793-2012 Lima contiene lo siguiente:

En esta línea de evaluación, un indicio trascendente a considerar, a efectos de establecer si el inculpado desarrollaba en esta sociedad de riesgos una conducta inocua, es el acondicionamiento de la carga; al respecto el procesado ha señalado a nivel policial que cuando cargó los sacos de guano y advirtió la presencia de galoneras preguntó, y el “gordo” le dijo carga nomás que lo habían contratado para ello, refiriendo en el mismo sentido a nivel de juzgado y en el plenario, afirmando que no sabía que eran insumos químicos fiscalizados y que además trasladarlos eran delito: concurriendo en este colegiado un margen razonable de duda respecto al conocimiento del acusado del contenido de la carga que resultó prohibida y que este haya desplegado su voluntad y finalidad hacia una conducta que afecta la norma penal, ello en atención a que ninguno de sus coinceptados que reconocen su partición en el hecho lo involucra; a que el chofer César Cruz Pariño —se archivó el proceso en su contra— lo ubicó dentro del tramado de los hechos en un accionar razonable a las lógicas de un cargador y si bien en estricto existen dudas respecto a que su accionar se halle dentro de la conducta estereotipada de quien realiza una actividad —el acondicionamiento de las galoneras, de los bidones de insumos químicos con los sacos de guano en el camión [...] debieron mínimamente resultarle sospechoso— es de considerar en el presente que por sus diecinueve años de edad no se le podía exigir un conocimiento más allá de las lógicas del conocimiento de un nivel promedio [...]. (f. j. n.º 6)

Solo si el agente se involucra conscientemente en una situación de indudable significado delictivo, se le puede atribuir responsabilidad penal por el hecho punible que favoreció con su colaboración (imprescindible y/o accesoria). En consecuencia, si es que, desde un plano subjetivo, se logra advertir que este sabía que estaba contribuyendo a la realización de un acto típicamente delictivo, no podrá salvar su responsabilidad penal, pues habrá obrado dolosamente (dolo eventual).

6. Delimitación de ámbitos de responsabilidad. La autopuesta en peligro

La atribución de responsabilidad penal a un sujeto se sostiene sobre una imputación, es decir, un proceso determinado a establecer si el resultado lesivo acaecido (lesión y/o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido) es resultado del obrar antijurídico del autor y/o partícipe. Esto significa que se debe explicar con toda rigurosidad si es que el estado perjudicial provocado en los intereses jurídicos de la víctima es obra directa de la esfera de organización personal del agente (imputado) y no consecuencia de otros cursos causales, concomitantes u sobrevinientes, a efectos de utilizar correctamente los criterios de la teoría de la imputación objetiva.

A decir de BACIGALUPO, en estos delitos, para dar por acreditada la realización del tipo objetivo, el juez debe comprobar no solo la realización de la acción, sino también la producción de un resultado de lesión y la existencia de una relación específica entre lo primero y lo segundo (imputación objetiva)⁴⁰. Es así que dichos criterios científicos han de ser llenados de contenido valorativo, conforme a los roles que cada ciudadano ejerce en la comunidad. De este modo, se advierte una vasta normatividad que delimita los marcos de actuación (acción u omisión), que todo ciudadano ha de asumir, dependiendo del rol que haya asumido. A decir de CANCIO MELIÁ, la delimitación de los ámbitos de responsabilidad de autor y víctima puede verse influida por la configuración concreta de la actividad conjunta. Cuando esta implique la asunción de una función especial de control de riesgos frente a los bienes de la víctima, ello modifica los contornos del ámbito de responsabilidad del agente por su deber específico^{41 42}.

40 BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, pp. 245 y 246.

41 CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, p. 295.

42 REYES ALVARADO manifiesta que en las acciones de propio peligro lo determinante no cabe en una genérica aplicación del principio de autorresponsabilidad o la simple consideración de la capacidad que cada individuo tiene para autodeterminarse, sino en la determinación de la competencia, pues mientras dicha competencia recaiga sobre el titular del bien, solo él será responsable de los daños que como consecuencia de su conducta se produzcan. Por supuesto que cuando

De estas consideraciones, surge un supuesto en el que el ámbito de responsabilidad recae exclusivamente sobre el titular del bien jurídico protegido: la denominada autopuesta en peligro. Al respecto, en el R. N. N.° 1208-2011 Lima, la Sala Penal Transitoria señala lo siguiente:

[E]l profesor Luis Diez Picazo señala que “en todos aquellos casos en que puede hablarse, siguiendo la terminología de Jakobs, de competencia de la víctima se produce una causa de exclusión de la imputación objetiva y, por consiguiente, el resultado dañoso no es imputable al sujeto sino a la víctima del daño. Hay supuestos, sin embargo, en que, sin concurrir la condición necesaria para poder hablar de competencia de la víctima, tanto el comportamiento de esta como el de la otra parte han sido condición del daño y en ambas puede establecerse un juicio de culpabilidad [...]”. (f. j. n.° 7).

En ese sentido, en el f. j. n.° 15 del auto de excepción de improcedencia de acción que recae en el Exp. N.° 01174-2015-31-2601-JR-PE-04, emitido por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria del Distrito Fiscal de Tumbes, se señala lo siguiente:

En cuanto a las acciones a propio riesgo de la víctima (imputación de la víctima) según la teoría de la imputación objetiva excluyen de la tipicidad en dos casos: 1) por la infracción de incumbencia de autoprotección, esto ocurre cuando la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella. Se trata, por tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia autoprotgerse. 2) Por un acto de voluntad, que se presenta cuando la propia víctima de manera voluntaria se somete a los peligros que amenazan su ámbito personal, de manera que, en caso de realizarse un tipo penal, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima.

se tienen la posición de garante respecto a incapaces, también se tiene la obligación de impedirles actos o conductas que puedan acarrearles daños. Ello es la lógica consecuencia de que el garante tiene la competencia para evitar dichos daños. REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, ob. cit., pp. 168 y 169.

En los casos de autopuesta en peligro no es posible afirmar la imputación objetiva del resultado a la acción de participación anterior o simultánea de un tercero, porque tal resultado es la concreción del riesgo creado y controlado voluntariamente por la propia víctima. Tal peligro no puede ser conceptuado, por regla general, como un riesgo típicamente relevante, sino más bien atípico: no es de aquellos riesgos que pretende evitar la norma penal en cuestión⁴³. La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en la sentencia de vista recaída en el Exp. N.º 891-2013, llegó a la conclusión de que no puede imputársele responsabilidad penal a un tercero cuando es la conducta de la propia víctima la que termina poniéndola en peligro. Esto impide que se cumplan los elementos constitutivos de un tipo penal, debido a que prevalece el actuar de la víctima de colocarse en una situación de riesgo voluntariamente. En esta resolución, se sostuvo que el hecho de que una persona vulnere su deber de autoprotección y se exponga a fuentes de peligro, excluye la responsabilidad penal de un tercero.

IV. COMENTARIO JURISPRUDENCIAL: FACTORES DE ATRIBUCIÓN DELICTIVA. CONCURRENCIA DE RIESGOS EN LA TRAGEDIA DE LA DISCOTECA THOMAS RESTOBAR

1. Preámbulo

El estado de emergencia nacional y sanitario, producto de la pandemia de la COVID-19, pone al desnudo una sociedad que se desgarró en los derroteros de la ilegalidad, el desacato ciudadano y el abuso de la función pública. Todo ello enrostra la inexplicable irresponsabilidad de algunos ciudadanos, aún inconscientes de que estamos ante una nueva forma de convivencia social, que supone evitar la proximidad física entre las personas por medio del distanciamiento social a fin de impedir la propagación del virus en más personas, y que en algunos casos puede ocasionar la muerte del paciente. Esto es algo que sobre todo los más jóvenes no logran entender. El contagio de esta enfermedad no solo es

43 ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho penal. Parte general*, p. 454.

un riesgo para su salud, sino también para la vida y salud de sus seres queridos más vulnerables.

El sacrificio de nuestras libertades fundamentales tiene como sustento legitimador la tutela de la salud pública, un bien jurídico de alcance colectivo. Este conflicto de bienes jurídicos se resuelve sobre los criterios de ponderación y supremacía de un interés jurídico sobre el otro.

Una sociedad democrática de derecho, regida por una vastedad de normativas que regula la vida del ser humano en sociedad, implica que la construcción de la imputación delictiva debe sostenerse bajo el armazón legal que define las diversas actuaciones sociales, económicas y culturales. No existe actividad humana alguna que se encuentre desprovista de regulación legal. Son precisamente aquellos parámetros normativos que definen cuando la conducta reprochada al agente se encuentra dentro o fuera del llamado *riesgo jurídicamente desaprobado* o, dicho de otra forma, cuando el comportamiento humano puede ser o no calificado como “delictivo”, ya sea en el marco de muertes, lesiones, defraudaciones, accesos carnales sexuales, etc.

Así, el apego a la ley no debe ser percibida únicamente como una obligación personal de todo ciudadano (y también funcionario o servidor público), sino que también implica, en el ámbito punitivo, reconocer la incolumidad de los bienes jurídicos más importantes, por ser intereses vitales de la sociedad con los que no se puede jugar. Máxime ante la coyuntura que vivimos en el estado de emergencia nacional y sanitaria, donde producto de la pandemia de la COVID-19 se han restringido, prohibido y suspendido el ejercicio de ciertos derechos y libertades fundamentales. Así, la necesidad de fomentar el distanciamiento social obligatorio es urgente, pues la aproximación entre las personas resulta un riesgo para la vida, el cuerpo y la salud. El contagio puede ser letal para los ciudadanos vulnerables.

Por lo tanto, la actual coyuntura enrostra la faz oscura de aquellos inescrupulosos que lucran ilegítimamente a costa de la desgracia y el

drama de un pueblo, así como de la grave irresponsabilidad en que incurren ciertos individuos. Estas personas encarnan el temerario desprecio hacia la vida humana al promover reuniones sociales aglomeradas, con el pleno conocimiento de que están prohibidas. Las concentraciones son un caldo de cultivo para la propagación de la COVID-19 entre la población. Organizar, promover y generar esta clase de reuniones, al margen de poner en riesgo la vida y la salud de las personas, pueden ser constitutivos de ilícitos penales que afectan la salud pública. A su vez, pueden poner en riesgo los bienes jurídicos fundamentales de la persona y perpetrarse los delitos de homicidio y lesiones.

La historia se vuelve a repetir en el Perú. En el 2002 ocurrió la tragedia de la discoteca Utopía y, poco después, el incendio de Mesa Redonda. En ambos sucesos fallecieron muchas personas y otras quedaron gravemente heridas. Administrar, regentar o gestionar un negocio abierto al público, donde ingresa una cantidad numerosa de personas al establecimiento comercial, es una tema muy serio y delicado que implica adecuar su funcionamiento a una serie de exigencias legales, ya sean impuestas por Defensa Civil o por las autoridades ediles. En nuestro contexto, las actividades económicas “permitidas” están sometidas a innumerables previsiones de orden sanitaria, a cargo de la autoridad competente, que es el Minsa.

El año pasado, producto de intervenciones y operativos policiales a la largo y ancho del territorio nacional, se advirtieron reuniones sociales en casas o locales, donde se libaba licor con toda irresponsabilidad, sin mascarillas y sin respetar el distanciamiento social obligatorio. Esto refleja no solo la irresponsabilidad de estos ciudadanos, al no acatar las disposiciones normativas dictadas desde el Gobierno, sino también la falta de cohesión social y cultural de muchos. La desunión y falta de solidaridad traen como resultado la muerte innecesaria de personas, conforme lo acontecido el sábado 22 de agosto del 2020 en la discoteca Thomas Restobar de Los Olivos. Luego, tras la alerta de los vecinos del lugar, y no de un acto de inteligencia policial, una redada policial dejó como saldo fatal la muerte de trece personas y seis heridos. El siniestro

fue producto de una estampida generada por el pánico de los asistentes a la discoteca ante la presencia policial. Las víctimas, en su mayoría mujeres, murieron aplastadas.

En el marco del análisis de la tipicidad penal, el proceso de subsunción típica de los hechos incriminados, bajo los alcances normativos de las figuras delictivas aplicables, debe considerar a los diversos protagonistas del suceso en cuestión; no solo a aquellos que estuvieron presentes en el lugar de los hechos, sino también a los ausentes que tenían un “deber de garante”. Estos últimos pueden asumir una responsabilidad penal, no por una conducta comisiva, sino por no haber adoptado las medidas de precaución necesarias para poder suprimir cualquier foco de riesgo jurídicamente desaprobado, uno de los factores de atribución desencadenantes del resultado fatal que ahora todos lamentamos.

La imputación jurídico-penal cuenta con un fundamento esencialmente normativo. La infracción de un determinado deber de cuidado no solo puede ser consecuencia de una acción, sino también de una omisión generadora de una fuente de riesgo no permitida, que en consuno fue la creadora del peligro que provocó la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico. Así, considerando la cláusula de la comisión por omisión, tal como se desprende del art. 13 del CP y otras normas del cuerpo normativo, realizaremos un análisis sobre estos hechos.

2. Probables tipificaciones en el caso de los jóvenes que participaron en la reunión social clandestina

Es de verse en este caso la participación de los jóvenes que acudieron irresponsablemente a la fiesta, sabedores de que una discoteca es un foco infeccioso de la COVID-19. Así la propagación del virus entre los participantes era inminente. No en vano se identificó, luego del operativo policial, que una cantidad considerable de los intervenidos estaban infectados de dicha enfermedad.

Los asistentes y ausentes vinculados con esta tragedia enfrentarían una responsabilidad penal por varios delitos. En atención a estos hechos,

aunque los implicados hayan ejercido cierta intensidad de resistencia o de violencia en contra de los efectivos policiales a fin de evitar su detención, esto no implica de plano la tipicidad penal por el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, al amparo de la causal de atipicidad penal prevista en el primer párrafo del art. 368 del CP. Tampoco el solo hecho de formar parte de una reunión social prohibida configuraría el delito, pues la desobediencia incurrida por estos jóvenes no confronta lo dispuesto por una resolución judicial o administrativa (en grado de “apercibimiento”), sino de una desobediencia normativa, que no es la plataforma válida para tipificar esta figura delictiva. Sentada esta exclusión, procederemos a analizar los delitos que se tipificarían sobre estos hechos.

2.1. Delito de propagación de enfermedades contagiosas

La materialidad de esta figura delictiva requiere los siguientes presupuestos:

- a) Debe tratarse de una enfermedad declarada como tal por la autoridad competente (Minsa). Un mal susceptible de contagio. El desvalor de este comportamiento radica en la posibilidad de extenderse a un sinnúmero de personas, como se advierte en la multiplicación considerable de infectados con COVID-19 en los últimos tiempos.
- b) El delito puede ser cometido por cualquier persona natural, no por personas jurídicas, sin perjuicio de que se pueda apreciar la expansión del virus, en centros médicos, hospitalarios, centros educativos, etc., en cuyo caso la responsabilidad será asumida por quienes cuentan con la administración, gestión y conducción. Entonces, el agente puede ser aquel que padece del virus contagioso⁴⁴ o quienes tienen el deber legal de evitar su contagio o propagación⁴⁵.

44 La condición de “síntomáticos” o “asíntomáticos” será un aspecto a considerar, a fin de determinar si la imputación subjetiva con respecto al agente es a título de “dolo” o de “culpa”.

45 Así, infringen su deber “objetivo de cuidado”, al generar riesgos jurídicamente

- c) El aspecto objetivo de este delito ha de tomar lugar con el contacto personal, el acercamiento del autor, su aproximación a un número indeterminado de personas susceptibles de ser contagiadas⁴⁶. Todo ello dependerá de la clase de enfermedad que se trate, lo cual ha de ser examinado desde parámetros de la ciencia médica (“técnica”).
- d) El aspecto subjetivo demanda el dolo en la esfera subjetiva del agente (conciencia y voluntad de realización típica). Ello implica que el autor debe saber que padece de la enfermedad contagiosa, lo cual requiere de un diagnóstico médico cierto⁴⁷, al margen de la sintomatología que ella pueda generar en el organismo humano. Basta la consciencia del riesgo típicamente relevante de que se cuenta con un alto grado de probabilidad de ser portador del virus y que mediante proximidad física con terceros pueda contagiarlos. En estos casos se da lugar a una imputación subjetiva a título de dolo eventual.

Aquellos jóvenes que acudieron a la fiesta del 22 de agosto del 2020, conocían que eran portadores de la COVID-19 y así llegaron a contagiar a otros concurrentes. Por lo tanto, responderán por este delito en grado de consumación y, si no se llegó a propagar la enfermedad, en grado de tentativa. Sin embargo, aunque estos jóvenes no hubieran tenido plena conciencia de que eran portadores del virus, pero les era previsible esta situación, podrían responder a título de culpa, sobre la base de lo dispuesto por el art. 295 del CP.

desaprobados para con el bien jurídico —objeto de tutela por la ley penal—.

- 46 Con ello se cumple con el factor de “propagación” que el legislador ha previsto normativamente como el estado de desvalor de la presente tipificación.
- 47 Es de considerar que las llamadas “pruebas rápidas” (serológicas) muchas veces arrojan falsos “positivos” o “falsos negativos”, por lo que lo fundamental es realizar la prueba molecular para descartar o corroborar la presencia del virus en el organismo del paciente.

2.2. Delito de violación de medidas sanitarias

Son dos hechos los que pueden ser reconducidos a los alcances normativos del art. 292 del CP: primero, quebrar o vulnerar el distanciamiento social ante la evidente proximidad física de terceros; y, segundo, la falta de uso de la mascarilla (tapabocas).

Para la materialidad de esta figura delictiva basta con que el agente transgreda las medidas impuestas por ley o por la autoridad contra la propagación de una pandemia como la de la COVID-19 (ley penal en blanco). No hay necesidad de que ciertas personas hayan sido infectadas con el virus, ni que se produzca la muerte o lesiones graves de los infectados con dicha enfermedad. Eso sí, al tratarse de un delito de peligro abstracto, debe valorarse, desde la protección del bien jurídico “salud pública”, que efectivamente había aptitud de parte del agente de provocar la propagación de la COVID-19.

El art. 3 del D. S. N.° 064-2020 dispone: “Es obligatorio el uso de mascarilla para circular por las vías de uso público”. Este dispositivo legal, que amplió el estado de emergencia en todo el territorio nacional y la inmovilización social obligatoria de todos los ciudadanos hasta el 27 de abril del 2020, prescribe el uso obligatorio de mascarillas para todas las personas que salen de sus casas. Esta disposición es de naturaleza “sanitaria”, pues el empleo de mascarillas evita la propagación y contagio de la COVID-19, por lo que entra en el ámbito de protección del art. 292 del CP (violación de medidas sanitarias).

No obstante, estas mismas conductas, que parecen ser subsumidas en el delito *sub examine*, constituyen a su vez “infracciones administrativas”, conforme lo dispuso el D. S. N.° 006-2020-IN, que aprueba el reglamento del D. Leg. N.° 1458. Estas disposiciones establecieron que circular por la vía pública sin usar la mascarilla de uso obligatorio tiene una multa de S/ 344.00 u 8 % de la UIT; y que no respetar el mínimo de un metro de distancia obligatorio y, en consecuencia, formar aglomeraciones en los establecimientos comerciales tiene una multa de S/ 86.00 o 2 % de la UIT.

Es importante saber que ante una dualidad sancionadora del derecho público (penal y administrativo sancionador) por el mismo hecho, sujeto y fundamentación jurídica, no se podría aplicar un doble castigo. Es indudable que ambas parcelas del ordenamiento tienden a tutelar el mismo bien jurídico: la salud pública. Por ello, ha de optarse por aquella sanción que suponga un menor grado de afectación a las libertades y derechos fundamentales del imputado.

Lo anterior es conforme al principio de mínima intervención como correlato de los valores que deben limitar el uso del *ius puniendi* en un orden democrático de derecho, que reforzadamente protege las libertades fundamentales de los ciudadanos. Desde este criterio, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 4235-2010-HC (f. j. n.º 33), resuelve que “la sanción penal es la *ultima ratio*, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas”. En similar sentido, la Corte Suprema, en el f. j. n.º 15 del AP N.º 1-2016, dejó en claro lo siguiente:

El principio de lesividad es el que dota de contenido material al tipo penal. En virtud de este principio, la pena precisa de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Sin embargo, no se trata de cualquier acción peligrosa, o lesiva, sino se trata de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal.

3. La heteropuesta en peligro punible

Conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva, el obrar a propio riesgo y resultar agraviado por tal acción excluye la aplicación del tipo penal. La asunción del riesgo jurídicamente desaprobado por parte de la víctima debe partir de dos consideraciones: primero, debe tratarse de una persona libre y responsable, con suficiente grado de discernimiento para saber las consecuencias de sus actos en caso falte

a sus deberes de autoprotección; segundo, el resultado lesivo (muerte o lesiones graves) debe ser producto de la conducta atribuible estrictamente a su esfera de organización personal y no de otros (heteropuesta en peligro).

Por otra parte, debe delimitarse de manera muy rigurosa cuál fue el riesgo que asumió la víctima de forma libre y consciente. Cabe la posibilidad de haber otros riesgos típicamente relevantes no asumidos conscientemente por el agraviado y que desencadenen el resultado lesivo. Estos deben ser imputados objetivamente al sujeto activo (agente) y no a la víctima.

En el caso de los más de cien jóvenes que acudieron a la fatídica fiesta del 22 de agosto del 2020, en la discoteca Thomas Restobar, donde murieron 13 personas, se ha comentado irresponsablemente que estos ciudadanos merecieron tal desenlace (autopuesta en peligro). Según estas aseveraciones, las víctimas de la tragedia asistieron a la fiesta clandestina, pese a saber del estado de emergencia que rige en todo el territorio nacional producto de la pandemia de la COVID-19, y con ello quebraron la obligación de resguardar el distanciamiento social, lo que originó un foco de contagio de la COVID-19, que tantas vidas apagó en los últimos meses en el Perú.

Estos jóvenes manifestaron un grave desprecio hacia los mandatos expedidos por el Gobierno, que precisamente se orientan a impedir que más ciudadanos se vean infectados del virus (en algunos casos, la enfermedad puede ser mortal). Con su accionar también afectaron la salud pública, bien jurídico que debe primar ante cualquier pretensión individualista y colectiva de ejercer libertades, que, por el momento, no resultan posibles de ser amparadas. Así, los comensales —consciente y libremente— acudieron a una reunión social prohibida y clandestina, a pesar de que conocían de la regla del distanciamiento social obligatorio y de la exigencia del uso de mascarilla, y que no hacerlo podía significar la propagación del virus si alguno de ellos era portador de la COVID-19. Sin embargo, esto es distinto decir que ellos hayan asumido conscientemente el riesgo de

morir o de salir gravemente lesionados. Por ello, en el presente caso, descartamos la calificación de autopuesta en peligro, capaz de excluir de la imputación objetiva del resultado (o de atenuar la culpabilidad) tanto los actos de los promotores y/o gestores de la reunión social como los de los efectivos policiales intervinientes. Con respecto a estos últimos, las imágenes propaladas por los medios de comunicación muestran que los policías inciden en un factor determinante del desenlace fatal, al cerrar la puerta del local en plena evacuación de los jóvenes.

4. Adecuación típica de los hechos a los arrendatarios del local y promotores de la fiesta clandestina: delito de homicidio doloso por comisión por omisión (art. 13 del CP)

En los delitos de resultado, como el de homicidio o lesiones —figuras aplicables en el caso de la tragedia de la discoteca Thomas Restobar—, deben ser identificados todos aquellos factores que puedan incidir en el resultado fatal —trece personas fallecidas y seis heridos—. Por un lado, tenemos las diversas infracciones de deberes objetivos de cuidado por parte de los organizadores y promotores de esta fiesta clandestina. Ello se observa no solo en el hecho de organizar una actividad social en plena pandemia de la COVID-19, sino también por las condiciones estructurales de dicho local comercial: pasillos muy estrechos y salidas de emergencia inapropiadas. En el registro de la tragedia se observa, primero, a las mujeres concurrentes tratar de salir del lugar ante presencia activa de los efectivos policiales, quienes realizaron una intervención inapropiada si consideramos las diversas circunstancias que rodearon el hecho en cuestión.

4.1. Delitos por comisión por omisión (calidad de garante)

Entonces, en el primer factor concurrente de atribución delictiva, que recae sobre los promotores y organizadores de esta reunión social, estarían incursos los delitos de homicidio y lesiones dolosas por comisión por omisión, pues toda persona que regenta un negocio abierto al

público tiene la calidad de garante^{48 49}, conforme se desprende del art. 13 del CP. En ese sentido, se activó un contexto de riesgo no permitido para los bienes jurídicos de los comensales. En otras palabras, *no se adoptaron las medidas de precaución y control necesarias para conjurar focos de riesgos, como los acontecidos en el caso que nos ocupa*. Conforme a lo sostenido por MEZGER, se requieren de dos presupuestos en esta modalidad delictiva: 1) la existencia de un deber de actuar del sujeto y 2) que la ejecución de dicho deber hubiera evitado el resultado lesivo. Ante todo, es un presupuesto indispensable la posibilidad del sujeto de realizar la acción exigida y la posibilidad de producir una influencia en el resultado⁵⁰.

Desde una imputación que se sostiene normativamente, se identifican los delitos comisivos y los omisivos. Esta última modalidad tiene especial importancia en una sociedad caracterizada por una dinámica incesante de actividades riesgosas. En ese sentido, la omisión no consiste en un comportamiento pasivo, sino en abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho⁵¹. Como bien sostiene FELLINI, los tipos penales describen acciones consistentes en obligaciones de hacer lo que la ley manda y omisiones consistentes de dejar de hacer lo que la ley prohíbe⁵².

48 A decir de ZAFFARONI, si bien todos los tipos omisivos son circunstanciados (exigen una situación típica), la calificación del sujeto activo en los delitos impropios significa que este se haya vinculado por un especial deber de preservación o cuidado respecto del bien jurídico ofendido (diferente al resto de las personas) que en esta situación típica le obliga a garantizarlo, es decir, la situación y su condición lo colocan en una posición de garante. ZAFFARONI, *Estructura básica del derecho penal*, ob. cit., p. 128.

49 Como señala el tratadista argentino, los deberes que configuran la posición de garante pueden tener como fuente la ley misma, el contrato o el comportamiento anterior del agente (que haya decidido el sujeto pasivo asumir un riesgo garantizando su neutralización). ZAFFARONI, *Estructura básica del derecho penal*, ob. cit., p. 129.

50 MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2010, *passim*.

51 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et. al*, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 178.

52 FELLINI, Zulita, “Algunas consideraciones acerca de los delitos impropios de omisión”, en AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián y José CESANO (dirs.), *Tendencias modernas del derecho penal y procesal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Buenos

La vida del hombre en sociedad, basada y sostenida en una serie de actuaciones humanas, requiere ser emprendida y ejecutada conforme las reglas mínimas de cuidado. Son las diversas normativas que enmarcan ciertos deberes legales de actuación por parte del agente. Ello define que dicho “omitir”, al sobrepasar el umbral del riesgo permitido, sea objeto de incriminación sin considerar nexos de causalidad, pues se consideran, única y estrictamente, relaciones hipotéticas de riesgo⁵³.

Así, una sociedad moderna, con una diversidad y proliferación de actuaciones socioeconómicas (sociedad de “consumo”), se caracteriza por un modelo político-criminal que destaca la regulación de los delitos “omisivos” en sus diversas manifestaciones normativas. El mensaje no es *que a cierta persona le esté prohibida la realización de una determinada acción, susceptible de lesionar o poner en peligro un bien jurídico amparado por la ley penal, sino el deber de evitar causar lesiones a determinados bienes jurídicos. Tal obligación exige al autor la realización de una determinada acción, encaminada precisamente a evitar dichas afectaciones y de conjurar focos de riesgo para la incolumidad de los bienes jurídicos*. Por ello, debe considerarse como obrar del sujeto la no intervención, siempre que a su cargo estuviera impedir el avance de un determinado curso causal⁵⁴⁵⁵.

Aires: Hammurabi, p. 163.

- 53 FELLINI indica que se exige una causalidad hipotética, toda vez que en definitiva lo que se imputa es impulsar resultados evitables, sea mediante una acción o una omisión. El deber de evitar el resultado en mérito a las obligaciones legales que asume toda persona que gesta, organiza y desarrolla actividades en las cuales participan personas. Vid. FELLINI, “Algunas consideraciones acerca de los delitos impropios de omisión”, art. cit., p. 175.
- 54 FELLINI, “Algunas consideraciones acerca de los delitos impropios de omisión”, art. cit., p. 171.
- 55 En posición de FELLINI, en los delitos impropios de omisión confluyen diversos elementos para su configuración como la situación típica generadora del deber, la no realización de la acción mandada, la posibilidad física o material de realizarla, el resultado típico, el nexo de evitación, la posición de garante y la cláusula de correspondencia. Vid. FELLINI, “Algunas consideraciones acerca de los delitos impropios de omisión”, art. cit., pp. 174 y 175.

En consecuencia, todo aquel agente que asume la calidad de garante tiene el deber legal de adoptar todos los mecanismos necesarios para sofocar focos de riesgo. En este caso se abre al público un local que, por su infraestructura y oportunidad, contraviene las normativas tanto de seguridad (defensa civil) como sanitarias (COVID-19): las condiciones deficientes de dicho local provocaron la situación descrita. Esto propició un marco de imputación delictiva, pues los promotores de la fiesta eran conscientes de haber generado una situación de riesgo para los bienes jurídicos de todos aquellos que concurrieron a ella.

El local, como se aprecia de las diversas imágenes transmitidas por los medios de comunicación, era una trampa mortal para sus asistentes: las puertas de salida y entrada de su infraestructura interior eran muy pequeñas para el aforo excesivo que habían permitido. Parece que esta circunstancia era plenamente cognoscible para los arrendatarios del local comercial y los promotores de la fiesta clandestina, lo que puede enmarcarse en una imputación subjetiva a título de dolo “eventual”, donde el componente cognitivo del dolo trasciende al elemento volitivo.

4.2. Imputación subjetiva a título de dolo eventual

Es importante destacar el aspecto cognoscitivo del “dolo”, que, en la sociedad del riesgo en que vivimos, es el componente que determina la frontera entre el dolo y la culpa. En el caso bajo análisis, el planteamiento de imputación subjetiva sería a título de dolo eventual. Como apunta VIVES ANTÓN, la imposibilidad de encontrar un suelo común a las distintas clases de dolo en el ámbito del elemento volitivo hace que el interés se desplace hacia el elemento intelectual⁵⁶.

Al respecto, en el f. j. n.º 7.2 de la Cas. N.º 153-2017 Piura, la Sala Penal Permanente señala lo siguiente:

56 VIVES ANTÓN, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 235.

El dolo puede ser dividido como dolo directo o de primer grado, dolo indirecto o de segundo grado y dolo eventual. En el primero, el autor persigue la realización del delito, en el segundo el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro o inevitable que su actuación dará lugar al delito y finalmente en el dolo eventual el delito se representa como un resultado posible (eventual).

Sobre la prueba del dolo en el proceso penal, la Sala Penal Permanente, en la Cas. N.º 367-2011 Lambayeque (ff. jj. n.ºs 4.3, 4.4 y 4.5), postula lo siguiente:

4.3. La prueba del dolo en el proceso penal va de la mano del concepto que se tenga de dolo. Si se parte de considerar un concepto eminentemente *subjetivo* de dolo (que ponga un énfasis en el elemento volitivo), entonces existirá un serio problema de prueba, porque no es posible —al menos no con los métodos de la ciencia técnica actual— determinar qué es aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción.

4.4. El problema de la prueba del dolo será distinto en el caso de que el concepto sea de corte *normativo*. Ya no se buscará determinar el ámbito interno del procesado, sino que el énfasis se centrará en la valoración externa de la conducta, vale decir, en la imputación.

4.5. En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito.

[La cursiva es nuestra].

La reprochabilidad (juicio personal de culpabilidad) ha de construirse sobre sólidas plataformas normativas y no ontológicas. No olvidemos que el desvalor en los delitos omisivos aparece en las exigencias de actuación de los ciudadanos que dimanen de las diversas parcelas del ordenamiento jurídico.

5. Probables tipificaciones en el caso del personal policial interviniente

Puede que en algunos casos al causar un evento lesivo concurren una serie de factores de atribución. En este caso, el resultado fue el

fallecimiento de trece personas ante la intervención de policías que ordenaron a las mujeres ir saliendo en fila india —según las imágenes difundidas en los medios de comunicación— por la salida del piso inferior del local donde se desarrolló la fiesta. Ante la gran cantidad de personas, aproximadamente 120, se produce el descontrol, pues se aprecia claramente que el pasillo que desemboca en la salida es sumamente estrecho, por lo que la policía pierde totalmente el control de la situación. Así, se produjo la estampida humana y se generó el foco de riesgo que finalmente produjo la muerte de trece personas.

Sin embargo, como se logra apreciar el registro de video, los propios policías habrían cerrado la única puerta de salida de la discoteca Thomas Restobar. Esto no guarda sentido con lo que las autoridades policiales informaron a la opinión pública: la puerta “jamás estuvo cerrada” y había sido “bloqueada por el tumulto de la gente”. No obstante, a la luz de dichas imágenes, tales declaraciones se desvirtúan, pues fueron los policías quienes bloquearon la salida del local.

Entonces, los efectivos policiales deben ser necesariamente individualizados; asimismo, se debe establecer si tal acción obedeció a una orden impartida por parte de quien comandaba dicha intervención. Estos, al haber cerrado la puerta de salida de la discoteca, activaron una fuente de riesgo inminente para la vida y la salud de los participantes en la fiesta, que en definitiva es el factor desencadenante del resultado lesivo (imputación objetiva), al margen de la responsabilidad penal omisiva de los organizadores del evento social y de los dueños del local comercial ¿Cómo no puede ser mínimamente previsible para un agente policial —mínimamente experimentado— que cerrar la puerta de salida, ante una gran cantidad de personas que querían salir del lugar, podía provocar una estampida de personas, desencadenante del aplastamiento de unos hacia otros?

Estos aspectos en cuestión pueden dar cuenta de posibles responsabilidades por homicidio y lesiones por parte de los efectivos policiales. Estos delitos pueden ser dolosos o culposos, según las evidencias que se acopien en la investigación del Ministerio Público. No hay que dejar de

lado que el protocolo ejecutado por la PNP ese día no fue el correcto. De hecho, no es lo mismo intervenir un cumpleaños de diez personas que una reunión social de 120 ciudadanos. Debe distinguirse entre una intervención policial en un lugar donde se están cometiendo hechos graves —elaboración de sustancias prohibidas (TID), secuestros, violaciones, falsificación de productos sanitarios y farmacéuticos, etc.—, como las que se observaban en los operativos policiales en tiempos normales, de una situación innegablemente ilícita y punible, pero sin la misma intensidad antijurídica.

Cabe recordar que la única institución competente, en un Estado constitucional de derecho, para la averiguación de los presuntos hechos punibles y la identificación de los involucrados (autores o partícipes) es el Ministerio Público y no la PNP.

6. A modo de conclusión

En este alud de situaciones concurrentes, es labor de la teoría de la imputación objetiva establecer con rigor cuál de todos estos factores fue el predominante en la generación del resultado fatídico (trece fallecidos). Ello sin defecto de reconocer que las evidentes omisiones atribuibles a los organizadores y promotores de la fiesta son una notoria falta a los deberes objetivos de cuidado (realización de riesgos jurídicamente desaprobados).

Esto lo decimos ante las evidencias palpables de que un efectivo policial cierra la única puerta, de entrada y salida, en plena evacuación del local, precisamente cuando las damas estaban primeras en la fila (tal vez algunas de las cuales perdieron la vida aquella noche). Ello implicaría probables vulneraciones a los deberes objetivos de cuidado por parte de los efectivos policiales que podrían haber incidido en la producción del resultado fatal (se observa cómo otro efectivo policial derriba la puerta lateral, tal vez con el propósito de que pueda salir la gente, ya en estampida, ante un número que superaba en creces a los miembros de la PNP).

Serán las investigaciones del Ministerio Público las que develarán estas interrogantes, y, en su momento oportuno, formularán una probable imputación a algún efectivo policial. Ello sin dejar de lado que en instituciones como esta se rigen los principios de obediencia, jerarquía y de verticalidad, por lo que se deberá indagar si es que el cierre de dicha puerta fue decisión unilateral del policía que aparece en las imágenes o si la orden fue dada por la autoridad policial que conducía dicha intervención.

A su vez, se debe indagar si en realidad la policía buscaba evacuar a los concurrentes de la fiesta clandestina o si primó el ánimo de evitar cualquier fuga de estos jóvenes. Estos aspectos han de dilucidarse en la investigación fiscal, aún preliminar e incipiente, al margen de la ruptura de la cadena de custodia por la propia policía que daría entender que se quería ocultar algún hecho.

Sin duda, lo sucedido la noche trágica del 22 de agosto en la discoteca Thomas Restobar pone al desnudo la informalidad de gente inescrupulosa que, por ganar dinero, demuestra un total menosprecio hacia la vida humana al realizar esta especie de actividades, pese a estar prohibidas por el estado de emergencia debido a la pandemia de la COVID-19.

Así, observamos también la rebeldía normativa, la desobediencia a los mandatos de la autoridad, encaminados a evitar la propagación y contagio de la COVID-19. Esta anomia puso en riesgo la salud de los concurrentes a dicho lugar, pero ello no importa asumir que su autopuesta en peligro propicie o merezca la muerte.

Por otro lado, también se observa la desidia e inacción evidente de las autoridades competentes de fiscalizar, controlar y supervisar que reuniones de esta naturaleza no se den en su localidad territorial, dada su eminente prohibición.

La no realización de actuaciones fiscalizadoras por parte de las autoridades es parte de la puesta en escena de esa trampa mortal, que albergó a tanta gente en infraestructuras inadecuadas como se muestra

en dicho establecimiento. Tal escenario otorga protagonismo tanto a los delitos de acción por omisión (sociedad del riesgo) como a la asunción de una postura dogmática en el caso del dolo, más inclinado al componente “cognoscitivo” que al “volitivo” (dolo eventual).

Entonces, este asunto no solo busca proponer criterios interpretativos normativos, propios de la dogmática penal, sino dar un mensaje enérgico a la ciudadanía para que sucesos como este no se repitan, pues se pone en riesgo la vida humana, el bien jurídico máspreciado, según el listado de valores consagrados en el ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO III

**LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA
DE ACCIÓN (ART. 6.1 DEL NUEVO
CÓDIGO PROCESAL PENAL): EL HECHO
NO CONSTITUYE DELITO O NO ES
JUSTICIABLE PENALMENTE**

I. INTRODUCCIÓN

Tanto el derecho penal como el derecho procesal penal constituyen instrumentos jurídicos de alto grado de coercibilidad estatal, por lo que, desde un plano garantista, se exige que solo pueden ser objeto de persecución y sanción punitiva aquellos comportamientos subsumibles en un determinado tipo penal y que, a su vez, no concurren con una causa de justificación. Con ello, se complementa el tipo penal del injusto, no solo la lesividad de la acción, sino, a su vez, la ausencia de un precepto autoritativo que faculte al agente la afectación a un bien jurídico. Dicha argumentación debe contener un respaldo probatorio, en cuanto a la configuración de los elementos constitutivos del tipo penal (“teoría del caso”). Este proceso intelectual —de acusada valoración— no puede tomar lugar de manera estrictamente formal, sino desde una perspectiva “material”. De manera que no basta una operación de subsunción lógico-jurídica (de mero encaje de la noticia criminal a la figura delictiva en particular), sino que se debe examinar, con toda rigurosidad, si es que la conducta lesionó o puso en peligro el interés jurídico tutelado por la ley penal. Por lo que deben descartarse todos aquellos efectos lesivos a un bien jurídico no susceptibles de ser atribuidos a la esfera de organización personal del autor y/o partícipe.

De hecho, el proceso penal se ha constituido siempre en el instrumento legal donde la norma jurídico-penal adquiere materialidad. Esto como garantía de que la imposición de una pena requiere previamente de una investigación y de un juicio (*nulla poena sine iudicio*). Al margen de la autonomía científica y disciplinaria del derecho penal práctico, el carácter instrumental del proceso penal es una categoría que no permite objeción. Como expresa MORENO CATENA, independientemente de la corriente que se predique, “el

proceso penal es el instrumento jurídico necesario para la aplicación del derecho penal, de modo que, si ha de perseguir una conducta delictiva, el proceso es el instrumento imprescindible para ello. Al propio tiempo, representa probablemente el principal campo de tensión entre la exigencia ciudadana de seguridad y el derecho a la libertad de quien se ve sometido al proceso”¹.

Por tanto, debe entenderse que los operadores jurídicos (fiscales y jueces) deben ser sumamente cautelosos para que solo ingresen actos de naturaleza penal a la persecución que realizan. El proceso penal no tiene como finalidad resolver meras controversias entre privados o de analizar si el acto jurídico cumple con los requisitos de validez y de formalidad. A lo que debe aspirar siempre el proceso penal es a alcanzar conocimiento sobre los presuntos hechos punibles y la responsabilidad penal del imputado.

Para tal efecto, se debe verificar en el curso de la investigación si es que en realidad los hechos descritos en la imputación fiscal constituyen o no delito. De igual manera, comprobar los componentes objetivos y subjetivos, como los elementos *subjetivos de naturaleza trascendente*. De acuerdo a ello, aparece el principio de “reserva procesal penal”, que limita el conocimiento y abocamiento de los órganos jurisdiccionales a descripciones fácticas capaces de adecuarse al sentir normativo de una figura delictiva, en toda su extensión configuradora.

Siendo así, en el juicio de tipicidad penal importa el exacto cobijo de los hechos incriminados según los alcances del tipo penal formulado por el persecutor público. Esto consiste en una subsunción típica determinada por los diversos elementos que construyen el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, incidiendo en una suerte de análisis que desborda la literalidad normativa. De esta manera, se incide en el control de los factores que sostienen el tipo legal, de ver si

1 MORENO CATENA, Víctor, “La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 7, Bilbao: 2010, p. 13. Recuperado de <<https://bit.ly/3vmQbiK>>.

faltan algunos elementos del tipo. A manera de ejemplos: existe una apropiación de un bien mueble, pero esta ha sido ejecutada por el dueño del objeto material del supuesto delito; se advierte la desviación de los fondos públicos en una entidad estatal a una partida no autorizada legalmente, pero no se tiene a la vista el perjuicio a la función pública; una persona le causa la muerte a otra, pero no fue producto de un riesgo creado por su ámbito de organización personal, sino por defecto organizativo del sujeto pasivo; la enajenación de bienes por parte de los representantes legales de una empresa en riesgo de insolvencia (falta de liquidez) sin estar sometida a un proceso administrativo de reprogramación de obligaciones. Como pudimos observar en los ejemplos, los actos no corresponden legalmente con ningún tipo legal vigente de la codificación penal, es decir, no se encuentran taxativamente previstos como delitos, no cumplen en rigor con el axioma del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Entonces, esta excepción plantea una oponibilidad que se orienta a cuestionar los elementos que revisten a una conducta de una definición delictiva, por cuanto se anuncia la ausencia de algún elemento constitutivo que desembalsa indefectiblemente en una declaratoria de atipicidad.

La excepción de naturaleza de acción extiende su ámbito de aplicación a aquellos casos en los cuales el hecho no es justiciable penalmente, donde el Estado se encuentra vedado de ejercer la persecución penal, por cuanto no concurren los elementos que condicionan la punibilidad de un determinado comportamiento.

En un Estado constitucional de derecho, el poder político criminal reposa en la majestad del Parlamento debido a que solo mediante la ley se puede proceder a penalizar determinados comportamientos. Un desdoblamiento de dicha función determina la posibilidad de que ese mismo poder estatal despenalice determinados comportamientos en virtud de su infrecuencia o de su mínima lesividad social. En un proceso penal rige la máxima *tempus regit actum* (en lo referido a la ley procesal), incluso cuando la ley penal sea favorable al procesado (*favor*

rei) no habrá problema en solicitar su aplicación judicial. Asimismo, según lo dispuesto en la Ley N.º 28237, al máximo intérprete de la constitucionalidad normativa (en el marco del proceso de inconstitucionalidad) se le reconocen facultades de legislación “negativa”. Se expulsan así del ordenamiento penal aquellas tipificaciones legales abiertamente incompatibles con los principios que se desprenden de la Carta Magna, referidos al derecho penal y normas conexas².

El principio de legalidad contempla en sus efectos la *lex certa*, *lex scripta* y *lex praevia*. Entonces, cuando la norma jurídico-penal no cumple con dichas garantías, el Tribunal Constitucional, desde una estimación valorativa, deberá declararlas “inconstitucionales”, tal como lo ha dejado sentado en sus resoluciones.

Por otro lado, será inadmisibile la procedencia de esta excepción cuando el argumento de la defensa está orientado —por ejemplo— a probar la inimputabilidad del imputado por padecer de ciertos déficits psíquico-orgánicos. En este caso, el inimputable no puede ser alcanzado con una pena, sino con una medida de seguridad con fines terapéuticos. En tal medida, si el peritaje psiquiátrico arroja la existencia de una enfermedad mental (anomalía psíquica), el juez penal —previo dictamen

2 A todo esto, no debemos confundir las facultades con las que cuenta el legislador negativo en el Tribunal Constitucional con el control difuso de la constitucionalidad. Según el art. 138 de la Const. Pol., el control difuso es una facultad con la que se encuentran revestidos los jueces y tribunales que administran justicia en nuestro país. Esta facultad supone únicamente declarar “inaplicable” una norma jurídica en un caso concreto por resultar incompatible con un precepto constitucional, pues ante dicho conflicto normativo, prima la norma constitucional. No es una facultad en abstracto, pues se estarían arrogando a los jueces facultades que solo son atribuidas al fuero competencial del Tribunal Constitucional. Asimismo, mediante la denominada “jurisprudencia de precedente vinculante”, que fue incorporada vía D. Leg. N.º 959 al art. 301-A del CdePP, dicha potestad de los máximos tribunales de justicia en materia penal constituye en realidad una función de carácter interpretativo, de fijar los alcances normativos de un determinado tipo legal, lo que no significa establecer facultades de un legislador negativo, menos de un legislador positivo.

fiscal— ordenará su ingreso a un asilo de insanos y lo elevará a la Sala Penal para un pronunciamiento judicial definitivo³.

II. FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

La excepción de improcedencia de acción tiene su fundamento jurídico en el art. 2.24.d de la Const. Pol. y en el art. II del título preliminar del nuevo CPP, que aluden al principio de legalidad como base de toda imputación penal⁴.

No obstante, no podemos confundir una imputación jurídico-penal que carece de exhaustividad y detalle en su formulación (propio del principio de imputación necesaria) con aquellas situaciones donde la facticidad que construye la atribución delictiva prescinde de alguno de los elementos del tipo penal del injusto. En el primer caso, el justiciable está habilitado para incoar ante el juez de la investigación preparatoria una audiencia de tutela de derechos. En el segundo caso, el medio de defensa técnica a interponer es una excepción de improcedencia de acción. Así también, tenemos que diferenciar entre un aspecto netamente probatorio, cuando se quiere comprobar la existencia de un elemento del tipo, y cuando la defensa aduce la presencia de una circunstancia atenuante privilegiada con circunstancias que revelan la ausencia de un componente de tipicidad o la concurrencia de una causa de justificación (excepción de improcedencia de acción).

Como bien señala GUERRERO PERALTA:

La imputación consiste en una atribución de hechos que deben guardar relevancia jurídica, de tal manera que la Fiscalía y el juez de garan-

3 En el caso del nuevo CPP, luego de realizado el examen por un perito especializado, el juez dictará la resolución correspondiente, instando la incoación del procedimiento de seguridad, tal como se desprende de los arts. 75.1 y 75.2. El proceso de seguridad se encuentra regulado en los arts. 456 y 458 (*in fine*).

4 PÁUCAR TORRES, Vladimir, “La excepción de improcedencia de acción, ante una errónea calificación del tipo aplicable”, en HEYDEGGER, Francisco R. (coord.), *Medios técnicos de defensa*, Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 204.

tías no pueden olvidar que las categorías fundamentales del derecho penal, esto es tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad no responden únicamente a la labor que debe realizar un juez de conocimiento cuando define la responsabilidad penal, pues la Corte Constitucional lo considera como parte integrante del debido proceso⁵.

III. PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Sobre este medio de defensa técnica, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional, mediante el Exp. N.º 03019-2011, sostiene lo siguiente:

6. La excepción de naturaleza de acción, conforme al artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, procede cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. Es un medio de defensa técnico que tiene por finalidad discutir la relevancia penal del hecho que se imputa, de manera previa a cualquier actividad probatoria; y, en el caso de que dicha excepción sea amparada por el órgano jurisdiccional, el proceso penal en el que se deduzca se dará por concluido, archivándose definitivamente la causa.

[...]

8. En un proceso penal, al momento de dictarse sentencia condenatoria, uno de los aspectos que son evaluados por el órgano jurisdiccional es la relevancia penal del hecho (lo que puede ser discutido de manera previa mediante la excepción de naturaleza de acción). Por ello, en caso de que no se hubiese deducido la referida excepción, la relevancia penal del hecho imputado es analizada en la sentencia condenatoria, así como en la confirmatoria⁶.

5 GUERRERO PERALTA, Óscar, *Fundamentos teóricos del nuevo proceso penal*, Bogotá: Nueva Jurídica, 2013, p. 263.

6 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03019-2011-PHC/TC*, Lima: 26 de septiembre del 2011, ff. jj. n.ºs 6 y 8.

Asimismo, en la Cas. N.º 581-2015 Piura, la Corte Suprema aduce:

7.1. [L]a excepción de improcedencia de acción tiene como finalidad terminar con la pretensión punitiva del Ministerio Público y evitar la tramitación de procesos que versan sobre hechos que son atípicos.

[...]

8.1. La excepción de improcedencia de acción es un medio técnico de defensa que otorga al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra, cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente; ello en virtud a la exigencia del principio de legalidad, conforme lo prevé el art. 6.1.b del nuevo CPP⁷.

La Cas. 407-2015 Tacna menciona que, a nivel procesal, se debe determinar “si se presenta una cuestión de derecho penal material que niega la adecuación típica del hecho imputado o si se alega, desde esa misma perspectiva, un elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuricidad penal de la conducta atribuida”⁸. Es decir, lo que es objeto de verificación en el marco de este medio de defensa técnico es si los hechos incriminados se subsumen o no en un tipo penal acorde a sus diversos elementos de configuración típica. Asimismo, en el segundo plano de valoración dogmática (esto es, en la antijuridicidad penal) se va a identificar si existe precepto autoritativo que autorice al agente la lesión del bien jurídico tutelado. Bajo tales premisas, el imputado ha de invocar algunos de estos fundamentos, para lo cual ha de adjuntar las piezas probatorias que así la sostengan.

7 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 581-2015 Piura*, Lima: 5 de octubre del 2016, ff. jj. n.ºs 7.1 y 8.1.

8 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 407-2015 Tacna*, Lima: 7 de julio del 2016, f. j. n.º 4.

IV. CAUSALES DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

1. El hecho no constituye delito

1.1. Atipicidad absoluta y relativa

La *atipicidad absoluta* se da cuando los hechos incriminados no pueden encajar en ningún tipo legal de la ley penal, por ejemplo: adulterio, desacato, duelo, etc. En estas situaciones nos encontramos ante una expresión de fundabilidad, que, al ser de puro derecho, no requiere de mayor sostén probatorio⁹. Al respecto, CRISTÓBAL TÁMARA señala:

[L]a no regulación legal determina una verdadera ausencia del tipo penal, el cual acarrea la exclusión del delito y, por lo tanto, que no deba darse la persecución penal en un sentido estricto de determinada acción humana, siendo un despropósito político-criminal analizar y relacionar dichas conductas con los elementos configuradores o las demás categorías constituidas del delito¹⁰.

Cuestión distinta ha de verse en los supuestos que se cuestionan que los hechos deben ser reconducidos a otro tipo penal (“adecuación típica”). No es que los hechos no sean constitutivos de “delito”, sino que su naturaleza y características definen una tipificación legal distinta a la formulada por el representante del Ministerio Público. Es el fiscal el funcionario encargado de definir con toda rigurosidad el título delictivo de imputación. Por más que haya recibido la noticia criminal por parte de un denunciante, igual debe el persecutor público proceder a la formulación del tipo penal que corresponda, en estricta sujeción al *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* y en escrupuloso respeto al

9 No puede descartarse que el Tribunal Constitucional, en el contexto de un proceso de inconstitucionalidad, declare la expulsión de un determinado tipo penal, de una figura delictiva, al ser incompatible con el cuadro de valores, con los principios jurídico-constitucionales que sirven de diseño a la política criminal del Estado.

10 CRISTÓBAL TÁMARA, Teodorico, “La excepción de improcedencia de acción en el proceso penal común”, en HEYDEGGER, Francisco R. (coord.), *Medios técnicos de defensa*, Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 182.

principio del *non bis in idem*. Por ejemplo, se denuncia por delito de peculado a un agente que no es ni servidor ni funcionario público, solo fue designado judicialmente como depositario de un caudal estatal. Si es así, no se configura el art. 387 del CP, sino más bien el delito de apropiación ilícita, conforme a la agravante del segundo párrafo del art. 190. Otro ejemplo, si el victimario no cuenta con la relación de parentesco con el sujeto pasivo, que exige el art. 107, no comete el delito de parricidio, pero sí el de homicidio o asesinato (dependiendo de las características, forma y medio de la comisión del hecho punible). Como anota PÁUCAR TORRES (citando jurisprudencia nacional): “Si los hechos imputados pueden encontrar amparo en otros tipos penales, pese a la deficiencia en la fundamentación de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la excepción propuesta deberá declararse infundada”¹¹.

La *atipicidad relativa* es la carencia de un elemento constitutivo del tipo penal que puede tomar lugar conforme a los componentes objetivos o subjetivos. En el caso del agente que accede carnalmente a un cadáver, no puede hablarse de un riesgo jurídicamente *desaprobado* ante la evidente falta de aptitud del objeto sobre el cual recae la acción humana, esto da cuenta de un delito “imposible”¹². “Referido a la ausencia de imputación subjetiva del hecho denunciado, consecuentemente está relacionada a la ausencia de algún elemento del tipo subjetivo, ya sea el dolo o la culpa”¹³.

Por otro lado, aquel sujeto que creyendo que es su maleta se apodera de una “ajena”, al ser igual a la suya, no comete hurto desde un ángulo subjetivo, pues se configura un “error de tipo”: existe ignorancia sobre el elemento normativo de la “ajenidad”. Cuestión distinta ha de

11 PÁUCAR TORRES, Vladimir, “La excepción de improcedencia de acción, ante una errónea calificación del tipo aplicable”, art. cit., p. 214.

12 Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Derecho penal. Parte general*, t. 1, 6.ª ed., ob. cit., pp. 717-719.

13 CRISTÓBAL TÁMARA, Teodorico, “La excepción de improcedencia de acción en el proceso penal común”, art. cit., p. 183.

verse en quien se apropia eventualmente de un vehículo motorizado, con el solo propósito de utilizarlo momentáneamente, pues no es que la conducta no sea delictiva (“hurto”), sino que se reconduce al tipo penal de hurto de uso. Asimismo, debe rechazarse de plano aquella argumentación tendiente a sostener que no se configura el delito de violación sexual en la medida en que no concurrió en el autor el ánimo lascivo¹⁴ que requiere dicha materialidad típica, pues para dar por acreditada la consumación subjetiva basta el dolo.

2. El hecho no es justiciable penalmente

“No es justiciable penalmente” debe ser entendido desde un enfoque distinto. El derecho penal implica una carga intensa de coacción sobre las libertades fundamentales, un medio de control social privativo de las sanciones de mayor dureza de aflicción. Es por ello por lo que las bases político-criminales de un orden democrático de derecho demandan que el *ius puniendi* estatal sea sometido a estándares de razonabilidad y de proporcionalidad. Esto en la percepción de los intereses jurídicos en juego. Las libertades fundamentales solo pueden verse limitadas y/o restringidas cuando otros intereses superiores así lo aconsejen. El derecho penal tutela bienes jurídicos (estos son de naturaleza pública) para que no sean objeto de lesiones y/o puestos en peligro, pues toman lugar a una reprobación social generalizada.

Como hemos sostenido —de forma reiterada—, la incriminación de una conducta no puede construirse desde una mera prospección formal, pues requiere necesariamente de una sustantividad material. De no ser así, se generan penalizaciones que no se condicen con las máximas de subsidiariedad, de mínima intervención y de *ultima ratio*. Sin duda, no han faltado ocasiones en que el legislador haya infringido estos principios procediendo a la incriminación de conductas que deberían quedar en la esfera privativa del orden jurídico¹⁵ o dígase

14 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Delitos contra la libertad sexual*, Lima: Adrus, 2018, Lima, pp. 281-283.

15 Delitos de discriminación.

administrativo¹⁶, contraviniendo el principio de lesividad. Estas deformaciones principistas pueden verse corregidas con los criterios interpretativos (de orden dogmático) a ser empleados por los operadores jurídicos antes de aplicar la norma, sujeto a la ponderación y razonabilidad intelectual, dando cuenta de la crisis del principio de legalidad.

A su vez, se identifica una cultura de litis donde los justiciables —mal asesorados o desprovistos de orientación legal— activan innecesariamente el aparato persecutorio del Estado al denunciar hechos que no revisten las características de delito (no son jurídico-penalmente relevantes). Si bien evidencian una controversia, una desavenencia entre dos o más personas, su pacificación debe ser ventilada en una vía extrapenal. A modo de ejemplo: si lo que se pone a la luz son conflictos societarios, discrepancias contractuales o vicios de actos jurídicos, pues estas son materias que deben ser ventiladas en la vía civil y no se les puede dar revestimiento punitivo interponiendo denuncias como delitos de estafa, otras defraudaciones o bigamia.

En el f. j. n.º 8.5 de la Cas. N.º 581-2015 Piura se menciona lo siguiente:

[L]a conducta merece ser justiciable, pero no penalmente; no se requiere de la intervención del juez penal para su solución, es decir, es justiciable, pero en otra vía distinta a la penal, pues la argumentación se reduce a la ausencia de tipicidad en la conducta que se ha calificado de delictiva¹⁷.

Debe quedar claro que no puede ser objeto de una excepción de improcedencia de acción el argumento de inculpabilidad del imputado

16 Tipificaciones penales donde el desvalor de la conducta se elabora sobre la base de meras contravenciones administrativas, tal como se desprende del art. 311 del CP (utilización indebida de tierras agrícolas). Así, se habla del fenómeno de “administrativización del derecho penal”.

17 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 581-2015 Piura*, Lima: 5 de octubre del 2016, f. j. n.º 8.5.

al momento de los hechos punibles, en el sentido de padecer una grave enfermedad mental que le imposibilitó conductiva y psíquicamente a comportarse conforme al directivo normativo. Ello en la medida que la definición formal y material de “delito” solo abarca el acto típico y penalmente antijurídico, dejando de lado el análisis del reproche personal de culpabilidad, pues personas aquejadas de graves patologías clínicas sí cometen hechos punibles, lesionan y ponen en peligro bienes jurídicos, sin estar autorizados para ello. De manera que lo que se debe incoar no es una excepción de improcedencia de acción, sino que el procedimiento a seguir es el proceso de “seguridad”¹⁸.

La Cas. N.º 407-2015 Tacna indica que “la valoración de los actos de aportación de hechos, por estar referidos al juicio procesal de la responsabilidad penal, no corresponden ser examinados en una excepción de improcedencia de acción”¹⁹. Otro punto a tener en cuenta es lo referido a una posible “grave alteración de la conciencia”, en donde el agente, al momento de los hechos (*tempus commissi delicti*), se encontraba afectado gravemente por sustancias psicotrópicas, como, por ejemplo, drogas duras, sustancias químicas (alucinógenos). El consumo de estas sustancias provoca en el ser humano una merma significativa en las facultades orgánicas y sensoriales. De modo que el autor no está en capacidad de amoldar su conducta conforme al directivo normativo, siempre y cuando no se haya colocado de manera dolosa o imprudente en dicho estado. De ser así, se aplica la institución del *actio libera in causa*²⁰, de manera que ha de responder penalmente por la comisión del injusto penal. Igualmente, en el caso de la llamada “fuerza física irresistible”, donde el sujeto actuante obra como un mero cuerpo mecánico, ya que, al no concebirse como una acción atribuible a una persona libre y responsable, se procede a su exoneración de responsabilidad.

18 Art. 456 del nuevo CPP.

19 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 407-2015 Tacna*, Lima: 7 de julio del 2016, f. j. n.º 6.

20 Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 900-908.

V. ENTRE EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA Y LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN (PRINCIPIO DE LEGALIDAD)

La materialización del principio de imputación necesaria, en el plano de una atribución precisa, concretada, detallada y especificada, debe entenderse como el relato fáctico en donde los hechos que construyen la imputación delictiva deben estar correctamente explicados, pues cada uno de los insumos que la comprende define —qué duda cabe— los elementos accidentales modificativos de responsabilidad penal, que de recibo incide en el proceso de subsunción típica y da lugar a tipos penales agravados o atenuados.

Asimismo, debe precisarse las circunstancias de lugar, tiempo y modo del hecho imputado. Esto difiere con las facultades que cuenta el fiscal en el ámbito de la imputación delictiva, debido a que puede formular tipos penales alternativos y/o subsidiarios, lo que, en sustancia, da lugar a un conflicto aparente de normas penales (entre el delito de parricidio y la figura del tipo penal de feminicidio) o a un concurso medial de delitos (delito medio: falsedad documental y delito fin: estafa), pues al final del proceso solo se podrá condenar por un solo delito (en respeto del principio de *non bis in idem*). La descripción típica nunca podrá ser alterada por respeto a las garantías del debido proceso, que involucra, a su vez, los principios de defensa y contradicción.

En la misma línea, de acuerdo al *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, la Cas. N.º 465-2019 Cusco expone en los siguientes fundamentos jurídicos²¹:

2. El texto constitucional, en el art. 139, establece que el Ministerio Público es el titular de la acción penal y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la imputación necesaria como una manifestación de los principios de legalidad y de la defensa procesal (artículos 2.24.d y 139.14).

21 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez COÁGUILA CHÁVEZ), *Casación N.º 465-2019 Cusco*, Lima: 23 de septiembre del 2020, ff. jj. n.ºs 2, 3, 4, y 5.

3. En virtud del referido principio, la jurisprudencia constitucional señala como de:

“Ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan [...]” (f. j. n.º 16 de la STC N.º 4989-2006-PHC/TC).

4. En ese entendido, cuando el Ministerio Público elabora la pretensión penal, debe especificar el contenido exacto de la imputación, esto es, que los cargos deben caracterizarse por ser expuestos, inequívocos y ciertos, lo que dará lugar al ejercicio defensivo en toda su magnitud.

5. El apartado fáctico de la acusación fiscal debe ser completo —incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado— y específico —debe permitir conocer cuáles son las acciones que se consideran delictivas—, pero no exhaustiva. Así, toda imputación supone la atribución de un hecho punible, fundado en el *factum* correspondiente, así como en la *legis* concerniente. El órgano jurisdiccional debe exigir que la labor fiscal sea íntegra, y para ello verificar que la presentación de los cargos cumpla las características antes señaladas, lo que permitirá desarrollar juicios razonables, lo que conllevará a emitir una condena ajustada a derecho.

Cuestión distinta sucede cuando se postula que el hecho imputado no es considerado “delito”, con el argumento de que existe una *atipicidad absoluta* (la conducta no constituye un hecho punible, no está prevista por la ley), *atipicidad relativa* (relacionado a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado) o el comportamiento no es justiciable penalmente (la no presencia de condiciones objetivas de punibilidad, pero sí presencia de excusas absolutorias; declaratoria de “inconstitucionalidad” de la norma penal por parte del Tribunal Constitucional; la amnistía otorgada por el Congreso de la República a ciertas conductas sustraídas al ámbito de punición). En estos supuestos, lo que cabe es la excepción de improcedencia de acción. En los casos donde se presenta una falta y/o carencia de imputación necesaria

corresponde interponer una audiencia de tutela de derechos, previa instancia al fiscal del caso.

Del mismo modo, la Cas. N.º 814-2015 Junín señala lo siguiente²²:

2. La excepción de improcedencia de acción es el medio técnico de defensa que otorga al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra, cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente; ello en virtud a la exigencia del principio de legalidad, conforme lo prevé el art. 6.1.b del nuevo CPP.

6. Debe puntualizarse con respecto a la imputación necesaria que se reclama, que esta debe ser entendida como la exigencia de un relato detallado y preciso de los hechos con relevancia penal, que se atribuyen a una persona, a la que el titular de la acción penal le comunica la acción punible que le atribuye, detallando su relación histórica e indicando las circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como los elementos de convicción existentes.

7. En el caso presente, la Sala de Apelaciones declaró fundada la excepción de improcedencia de acción, en razón que el titular de la acción penal pública no cumplió en la formalización de la investigación preparatoria, con precisar en forma clara y puntual cuál sería la conducta subsumible de la encausada, en el tipo penal que se le atribuye, transgrediendo el principio de imputación necesaria, por lo que el proceder de la recurrente no es justiciable penalmente, posición que asumió la Sala, sin tener en consideración, que el Ministerio Público, en el estadio procesal de control de acusación, precisó la imputación atribuida a Sonia Elizabeth Zuta Pacheco, de conformidad con el art. 352.2 del nuevo CPP, que autoriza al fiscal a hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que correspondan; en consecuencia, de haberse producido alguna imprecisión primigeniamente, la imputación contra la acusada quedó definitivamente subsanada.

Una cosa es postular que el hecho no constituye delito, en mérito a una interpretación estrictamente jurídica-normativa del tipo

22 PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez CHAVES ZAPATER), *Casación N.º 814-2015 Junín*, Lima: 19 de octubre del 2017, f. j. n.ºs 2, 6 y 7.

penal en cuestión, confrontándolo con el relato histórico que sostiene la imputación delictiva, y otra muy diferente es que la imputación delictiva no se ha ceñido con rigor a definir los hechos conforme al análisis propio del subprincipio de tipicidad legal y del resto de subcomponentes dogmáticos que se desprenden de la teoría del delito (autoría y participación).

Con el amparo jurisdiccional de una excepción —como medio de defensa técnica—, puede darse el fin del proceso penal, al no contarse con el substrato medular que legitima la persecución penal en un orden democrático de derecho. Mientras que, con la audiencia de tutela de derechos, que es activada por parte de la defensa, se puede cuestionar la falta de “imputación necesaria”, la necesaria observancia a las garantías que dimanen del debido proceso (garantía de “defensa procesal”). Es así que existe un control formal, incluso en la etapa de control de la acusación, a lo planteado por el fiscal. Respecto a lo mencionado, la Cas. N.º 760-2016-La Libertad señala²³:

16. Uno de los avances del nuevo sistema procesal penal es el hecho que la acusación formulada por el fiscal, para ir a juicio, está sujeta a un control por las partes, en una audiencia preliminar. En el nuevo sistema entonces, se establece una valla que los fiscales, como titulares de la acción penal deben superar. La cuestión que debe esclarecerse es cuál es el alcance de dicho control y qué grado de injerencia tienen las partes para controlarla.

En este sentido, se establece que la acusación será *debidamente motivada*. De esta manera, los fiscales al igual que los jueces deben fundamentar suficientemente, de manera lógica e integral su pretensión persecutoria. Con el nuevo sistema procesal penal ya no es más posible que los fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, ilógicas o contradictorias, deben satisfacer un mínimo estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso, en juicio.

Pero, además, la acusación fiscal debe contar con un conjunto de requisitos fácticos y jurídicos que son mencionados de manera

23 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. FIGUEROA NAVARRO), *Casación N.º 760-2016 La Libertad*, Lima: 20 de marzo del 2016, ff. jj. n.ºs 16 y 18.

taxativa e independiente, uno de los cuales son los elementos de convicción.

[...]

18. En este contexto, inicialmente, las partes y en particular la defensa solo tienen la posibilidad de hacer un control formal de la acusación; dar cuenta por ejemplo de omisiones relevantes en la acusación; indefinición en el título de imputación (aporte del coautor es posconsumativa como autor de un delito autónomo); insuficiencia o contradicción en la identificación de los acusados; insuficiente individualización de los acusados con relación a los hechos objeto del proceso o confusión en los tipos penales invocados. Se trata por tanto de errores o insuficiencias en la debida motivación de la acusación.

CAPÍTULO IV

EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO

I. CONCEPTOS PREVIOS

La imputación jurídico-penal (delictiva) debe vincularse al hecho punible desde un plano “subjetivo” y no solo desde la realización de una conducta (por acción u omisión) susceptible de generar un riesgo jurídicamente desaprobado (en términos normativos), lesionando o poniendo en riesgo la incolumidad de un bien jurídico amparado por la ley penal. La responsabilidad penal es una garantía fundamental en un orden democrático de derecho —se deriva del principio de “culpabilidad”—, que ya tiempo atrás (normativa y jurisprudencialmente) ha establecido de manera categórica la prohibición de sancionar por la sola “objetividad del resultado”, tal como se desprende del Título Preliminar del Código Penal.

Entonces, ese estado visible (o inmaterial)¹ de lesión y/o puesta en peligro del bien jurídico protegido debe ser complementado con el examen subjetivo del delito. Lo que importa es penetrar en la esfera consciente del agente, en el sentido de determinar su grado de cognición sobre la conducta portadora del riesgo “jurídicamente desaprobado”. No obstante, determinar el aspecto subjetivo no es una tarea fácil, no olvidemos algo muy importante: resulta inviable basarnos estrictamente en un aspecto dogmático. Por tanto, debe aparejarse su constatación probatoria en el marco del proceso penal y escudriñar en lo que quería o no quería el agente al momento de la comisión del delito; sin duda, es una tarea complicada.

Quienes se ven incurso en una actuación que infringe el deber objetivo de cuidado se sitúan a la vez en una posición empírica que les permite identificar (hay que ver en qué nivel) el grado del riesgo gene-

1 Dígase “espiritual”.

rado. Para ello, debe apreciarse las características personales del agente (su nivel de evitabilidad y controlabilidad del acto), considerando las bases normativas de la imputación. De esta manera, se puede fijar bases racionales que puedan derivar a la inferencia lógica-jurídica de que el autor era o no consciente de que su actuación lo podría estar colocando en una aptitud de lesión al bien jurídico.

Lo mencionado implica inclinarnos de cierta manera en el aspecto cognitivo sobre el volitivo del “dolo” (el componente subjetivo protagónico de la imputación delictiva), pues todas las figuras delictivas resultan reprimibles a título de dolo. Por lo cual debemos analizar en rigor si es que la tradicional forma de conceptuar al dolo como “conciencia y voluntad de realización típica” nos puede otorgar una premisa de valoración adecuada para con los fines político-criminales que persigue el derecho penal en un orden democrático de derecho, que es la protección preventiva de bienes jurídicos. Y esto al margen de las diversas tipologías que se enumeran en el dolo (directo, primer grado, consecuencias, necesarias, eventual, etc.). Aspecto que se analiza tanto desde un punto de vista dogmático como jurisprudencial. Este último es importante, pues los altos tribunales de justicia en el país se han encargado de dar una posición doctrinal al respecto, que repercute sobremanera en el plano probatorio donde puede discurrir entre la justa sanción y la impunidad.

Asimismo, establecer las bases de la imputación “subjetiva” no es algo de segundo rango o nivel, sino de vital relevancia. El delito doloso es penado con una sanción punitiva más gravosa que el delito culposo. La modalidad delictiva culposa solo es penada cuando se encuentra expresamente prevista en la norma penal (art. 12 del CP)², lo cual se ajusta al principio de legalidad. Además, lo importante es cautelar el principio de proporcionalidad, pues el delito culposo no puede recibir una pena más severa que el delito doloso. Sin embargo, los derroteros de una política criminal (orientada a privilegiar el castigo, de superponer las

2 Principio de taxatividad legal.

ansias de retribución de la sociedad por sobre una verdadera *prevención delictual*) supusieron la construcción normativa artificiosa de delitos “preterintencionales” en el marco de la tutela de los bienes jurídicos fundamentales de la persona: la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y el patrimonio. Ello ha generado que el homicidio culposo sea penado de manera más severa que el homicidio doloso: pena de cadena perpetua en el caso del primero (robo agravado con muerte subsecuente) y 35 años de pena privativa de la libertad en el caso de asesinato.

La situación descrita implica una franca transgresión a los principios de proporcionalidad, culpabilidad y razonabilidad. A su vez, han propiciado ámbitos confusos de interpretación normativa que han sido abordados por la Corte Suprema en el marco de acuerdos plenarios y sentencias casatorias (doctrina jurisprudencial vinculante). Ante la oscuridad y fatalidad que han ingresado al modelo político-criminal en el país, aparece la luz que enciende los criterios interpretativos (normativos) a esbozar por parte de los órganos jurisdiccionales, acorde a los lineamientos de una dogmática penal ajustada a los valores de un orden democrático de derecho.

Aparte del dolo, la culpa y la preterintencionalidad, también se advierten otros componentes marcadamente *subjetivos*. Nos referimos a los elementos subjetivos de naturaleza “trascendente” e “intensificada”, cuya concurrencia está condicionada también al principio de legalidad. Es decir, deben estar expresamente previstas en la ley penal como sucede en los casos de asesinato, feminicidio, sicariato, hurto, trata de personas, tráfico de influencias, rebelión, etc., y que necesitan ser igualmente probados en el decurso del proceso penal. Identificarlos pasa de hecho por el proceso de subsunción típica y, también, por delimitar su radio de acción con otras figuras delictivas emparentadas.

Justo, como consecuencia del estudio cognoscitivo del dolo, aparece la institución del “error de tipo”, regulado en el primer párrafo del art. 14 del CP. Esta se da cuando existe un error en el que pueda incurrir el agente sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo legal. Tiene una incidencia importante en los delitos patrimoniales,

sexuales y otros. Su aplicación puede significar una justa impunidad y su no valoración una injusta sanción. Debe distinguirse esta figura del denominado “error de prohibición”, regulado en el segundo párrafo del art. 14 del CP (materia de estudio en el apartado sobre la culpabilidad). De hecho, al análisis teórico conceptual, se suma una fecunda jurisprudencia que los tribunales de justicia han elucubrado en los últimos tiempos.

II. LA FORMULACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL EN LA LEY PENAL, CONFORME A CRITERIOS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Los delitos de homicidio (“tipo base”) y sus derivados (contra la vida humana independiente) llevarían consigo las penas más severas, como la cadena perpetua. Al margen de los tipos penales de feminicidio y sicariato, que sí cuentan con esta pena “indeterminada”, advertimos que la formulación de una política criminal guiada por el coyunturalismo y a la mediatización de la “noticia criminal”, en el marco de los delitos que afectan la seguridad ciudadana y el orden público (secuestro, extorsión y delitos contra la intangibilidad sexual), vienen conminados con penas altísimas mediante la elaboración normativa artificiosa de los tipos penales “preterintencionales”, donde el resultado más gravoso sobrevenido (la muerte o lesiones graves de la víctima), al sostenerse la atribución delictiva sobre el baremo de la “previsibilidad”, importa la imputación a título de culpa y no de dolo. Esto genera problemas interpretativos ante la evidente manifestación de un “conflicto aparente de normas”, en donde al tipo penal aplicable no hay que buscarlo en el marco de la conminación penal más severa, sino con arreglo a los principios de “legalidad” y “culpabilidad”, en armonía con el contenido real de las categorías dogmáticas de la “teoría del delito”.

1. El delito preterintencional

Un delito preterintencional se caracteriza por la producción de un acto doloso seguido por la producción culposa de un resultado de mayor

gravedad³. Esta definición permite plantearnos las siguientes interrogantes: ¿puede haber coautoría en un delito preterintencional?, ¿codominio del hecho?, ¿fusión delictiva intelectual o convergencia criminal?, ¿hay coautoría culposa?, ¿la muerte de la víctima es a título de culpa?, ¿no existen delitos preterintencionales que puedan ser imprudentes?

Existe una discusión sobre la naturaleza preterintencional del delito de robo al existir un alto grado de probabilidad de dar muerte a la víctima al resistirse al acto (asesinato para facilitar otro delito). Al respecto, el R. N. N.° 1591-2017 Lima señala:

El AP N.° 3-2009/CJ-1163 establece que la parte *in fine*, art. 189 del CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Esta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella —de los actos propios de violencia o *vis in corpore*— le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente, pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado solo se le puede atribuir al agente a título de culpa —la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisibles, está prohibida por el art. VII del título preliminar del CP—.

El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada, la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) —es una situación de preterintencionalidad heterogénea—. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y

3 HURTADO POZO, *Nociones básicas de derecho penal*, ob. cit., p. 146.

la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última⁴.

Sin embargo, el substrato fáctico de la imputación es el siguiente:

Un primer agravio para la rebaja de pena consiste en que su patrocinado y sus coacusados solo planificaron el robo y no coordinaron causar la muerte al agraviado, ya que fue Daniel Campos Ricse quien disparó. Este agravio no es de recibo por este Tribunal Supremo, pues el condenado en juicio oral dio a conocer cada una de las funciones que estos realizaron con la finalidad de efectuar el robo del dinero, y que ante ello el agraviado opuso resistencia lo que originó el empleo del arma de fuego para apoderarse del bien, y que finalmente ocasionó su muerte. El resultado muerte sí era previsible, al habersele disparado tres veces, por lo que resulta de aplicación el AP N.º 3-2009/CJ-116⁵.

Máxime, si más de uno comparte el dominio del hecho de un delito, han de ser reprimidos como coautores. Si se trata de un delito preterintencional, al ser el resultado “muerte” atribuible en su faz culposa, no resulta legalmente admisible la coautoría. Sobre todo, si se habla de una convergencia intelectual que no es de recibo en un delito culposos.

Asimismo, debemos tomar en cuenta que tanto en el delito de asesinato como en el de parricidio solamente se conmina la pena mínima, pero no se dice nada sobre la pena máxima (35 años), con base en una interpretación sistemática del art. 29 del CP. El principio de legalidad no solo tiene que ver con la conducta delictiva, sino también con la pena.

El tipo legal de lesiones graves seguidas de muerte fue el punto de partida que ocasionó más represión que prevención. Es así que, por las complicaciones que provoca en el proceso de subsunción típica (subprincipio de “tipicidad”), se requirió por parte de las instancias más altas de la judicatura la elucubración de criterios interpretativos en el marco de

4 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez CASTAÑEDA OTSU), *Recurso de Nulidad* N.º 1591-2017, Lima: 12 de marzo del 2019, f. j. n.º 8.

5 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez CASTAÑEDA OTSU), *Recurso de Nulidad* N.º 1591-2017, Lima: 12 de marzo del 2019, f. j. n.º 11.

acuerdos plenarios y de sentencias plenarias (doctrina “jurisprudencial vinculante”) de acuerdo a la aplicación del modelo “acusatorio”. (Vide, al respecto, la posibilidad de una coautoría en el caso de un robo agravado seguido de muerte, debido a que no se admite la confluencia de voluntades en el delito de culposo, donde el desvalor del injusto culposo reside en la falta de previsibilidad de los deberes objetivos de cuidado).

La tipicidad legal requiere la confluencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Por ejemplo, en un lugar autorizado, un cazador de venado dispara a un arbusto pensando que es un venado, pero genera la muerte de una persona. ¿El cazador habrá cometido el delito de homicidio simple? El dolo debe cubrir al sujeto activo del delito, pues este debe ser consciente de que está dando muerte a un ser humano. En el caso planteado, el agente no era consciente de que estaba matando a un ser humano, por tanto, existiría un “error de tipo”.

Tanto en el delito de homicidio doloso como en el homicidio culposo se debe partir de la premisa de la infracción de una norma de cuidado. La Cas. N.º 912-2016 San Martín indica lo siguiente:

[S]e trata de un instituto dogmático liberador de responsabilidad penal, que nos permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo. Así, es necesario reconocer que la sociedad en la que vivimos es una sociedad de riesgos, pues, en determinados ámbitos, haya la necesidad de un riesgo —un riesgo permitido— contra los bienes jurídicos. En tanto se actúe dentro del riesgo jurídicamente permitido, no se puede —normativamente hablando— quebrantar una norma⁶.

Bajo tales consideraciones, los constructos normativos típicos son recogidos de las propias actividades socioeconómicas y culturales que se desarrollan y suscitan en el quehacer cotidiano de los individuos (con evidentes limitaciones en el contexto de la COVID-19). No obs-

6 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 912-2016 San Martín*, Lima: 11 de julio del 2017, f. j. n.º 10.

tante, dicho revestimiento jurídico-penal no puede ser concebido desde un plano formal o causal del estado de las cosas, referido a lesiones o muertes de personas, sino a partir del baremo que fija precisamente las diversas estipulaciones legales que regulan una determinada actividad humana. Por tanto, si la lesión generada está dentro del margen normativo permisible, no se le puede atribuir dicho estado de desvalor al agente, así como aquellas conducciones humanas que se sujetan a los roles predeterminados en sociedad.

2. Error de tipo (ausencia de dolo)

Debemos considerar las consecuencias jurídico-penales que se desprenden de la teoría del error de tipo (vencible e invencible). El error puede recaer sobre cualquiera de los elementos descriptivos y normativos del tipo legal: sea sobre la calidad del sujeto activo o sujeto pasivo, sobre el medio empleado, el objeto material del delito y toda circunstancia que hace del tipo base una modalidad agravada.

La realización del tipo penal debe cumplir con una doble exigencia: la relación de riesgo que se verifica objetivamente y el tipo subjetivo que supone que el autor conoce de los elementos que hacen típica su conducta. Si el sujeto ignora o cree erróneamente que no concurre en su conducta un elemento del tipo, queda excluido el dolo⁷.

Entonces, se hace preciso remitirnos al art. 14 de nuestra legislación penal, que a la letra contempla lo siguiente: “El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación [...]”.

La institución del “error del tipo” viene a reconocer los posibles defectos cognitivos que pueden manifestarse en el agente, sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo penal. Esto quiere decir que para dar por afirmada la tipicidad subjetiva de la conducta se requiere comprobar que el aspecto cognoscitivo del dolo del agente cubría todos los

7 CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de derecho penal español*, p. 133.

componentes de la descripción típica. En la hipótesis delictiva del tipo penal de violación sexual de menores importa que el autor sepa con toda exactitud que está teniendo relaciones sexuales con una persona con la edad cronológica que se especifica en la redacción normativa en cuestión.

Es preciso añadir que para nuestra ley penal el error esencial e invencible sobre el conocimiento de la edad de la víctima excluye la responsabilidad o la agravación del delito. Si bien el error de tipo vencible importa la punición por el delito atribuido al agente —en su modalidad culposa—, al no contar dicha variante delictiva los delitos sexuales, lleva igualmente a la exoneración de responsabilidad penal del inculcado, según los términos del art. 14 del CP, concordante con el art. 12 (*in fine*). De igual manera, se pronuncia la siguiente ejecutoria suprema, recaída en el R. N. N.º 63-2004 La Libertad:

Del estudio y análisis de autos se desprende que la agraviada en la época de ocurrido los hechos contaba con un poco más de 13 años de edad; apreciándose además su declaración preventiva en la que está declara y reconoce no solo haber sido enamorada del acusado, sino haberlo inducido a error en cuanto a su verdadera edad, al mentirle que contaba con 16 años de edad al momento de suscitados los hechos, agregando inclusive que las relaciones sexuales las ha mantenido voluntariamente y sin ningún tipo de violencia. Estas versiones, por lo demás, se ven corroboradas con la declaración instructiva del procesado, donde sostiene que efectivamente tuvo relaciones sexuales con la menor agraviada porque esta le manifestó que tenía 16 años de edad, lo cual ha sido debidamente compulsado por la Sala Superior⁸.

Por lo tanto, si es que se colige que el autor incurrió en un error de tipo acerca de la edad de la víctima, se podrá eximir de responsabilidad penal. Por ello, al no haber dolo, falta solamente el tipo subjetivo del correspondiente delito de comisión dolosa⁹. Si no se verifica que el aspecto cognitivo del autor comprendía algún elemento constitutivo

8 Vid. *Recurso de Nulidad N.º 63-2014 La Libertad*, Lima: 1 de octubre del 2004.

9 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Madrid: Edersa, 1982, p. 180.

del tipo penal, ya no puede afirmarse con suficiente certeza de que el agente sabía exactamente lo que estaba haciendo, incidiendo en una valoración jurídico-penal singular.

En definitiva, el error de tipo supone una institución encaminada a verificar si el autor era consciente de que la conducta emprendida se adecuaba a los conceptos privativos de un tipo penal. El desconocimiento de dicha estructuración típica puede llevar a la impunidad del comportamiento o, en su defecto, a la imputación por un delito culposo, dependiendo de su naturaleza “vencible” o “invencible”, siguiendo, en estricto, las reglas contenidas en la codificación penal sustantiva.

3. Entre el dolo y la culpa

El estado de consciencia de generar el riesgo jurídicamente desaprobado sobre la indemnidad de la vida de la víctima hace que la tipificación sea por el art. 106 (homicidio simple) y no por el art. 111 (homicidio culposo) del CP, siendo indiferente si el agente quería o no causar el resultado lesivo. Cabe recordar que en el caso del delito de homicidio culposo no se admite la tentativa (art. 16 del CP). Al margen de los daños o resultados “tardíos” (en donde la muerte de la víctima toma lugar tiempo después de que se cometió el acto delictivo), se tienen que descartar factores externos, causales (naturalísticos) o el obrar de tercer causante para atribuir el resultado a la esfera de organización del autor del delito.

De la tentativa se pasa al delito consumado, lo cual tiene cierta repercusión en el proceso penal, con arreglo a los principios acusatorio, de defensa y de contradicción de las partes. Si no se produce la muerte de la víctima, simplemente la tipicidad legal queda anclada en lesiones culposas “graves” (acción penal pública). Solo las lesiones “leves” han de ser perseguidas por acción penal privada. Al respecto, en el R. N. N.º 243-2018 Lima se expone lo siguiente:

La instigación de los miembros del Comité de Lucha y la acusada Valladolid Lazares —vocera del Frente Único de Instituciones del

Mercado Mayorista N.º 1— consistente en solicitar apoyo de otras personas —quienes no tenían interés ni serían afectados con el traslado del mercado La Parada—, a través de promesas de pago, con el fin de que el día de los hechos no acaten lo dispuesto por la Municipalidad Metropolitana de Lima, determinó la comisión de los delitos de disturbios y violencia contra la autoridad. Sin embargo, los excesos cometidos, como fueron las lesiones y tentativa de homicidio a los efectivos policiales, se atribuyen directamente a los sentenciados Chalco Arias, Guerrero Geraldo y Navidad Bardales, en calidad de autores, pues el instigador responde solo dentro del ámbito de lo que predeterminó¹⁰.

Entre los actos que violentan el ejercicio normal de la actuación pública y aquellos actos que afectan los bienes jurídicos fundamentales de los custodios del orden, será el interés jurídico afectado el que incida en la correcta tipificación de la conducta incriminada al agente, sea como conflicto aparente de normas.

Asimismo, la Corte Suprema señala:

Para determinar entre un real ánimo de atentar contra la vida —*animus necandi* o intención de matar—, y la intención de lesionar al sujeto —*animus laedendi*, se han de analizar los hechos desde una perspectiva *ex ante* y, a partir de ello, verificar el desvalor de la acción. Por tanto, se debe considerar el contexto violento en que se produjeron los hechos y la cantidad de personas que atacaban conjuntamente —sin confundir con la coautoría— a los efectivos policiales, con expresiones de “hay que matarlo”, “vamos a llevarlo adentro en el mercado, ya se fregó”, y otras. De ahí que, cuando uno de los recurrentes tomó una piedra y la usó como objeto contundente para atacar al efectivo policial que yacía en el suelo, sin protección, su finalidad era atentar contra su vida¹¹.

Tanto las evidencias como los indicios pueden determinar el real propósito del agente, sin necesidad de acudir a los ánimos acotados que

10 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez CASTAÑEDA OTSU), *Recurso de Nulidad N.º 243-2018*, Lima: 10 de junio del 2019.

11 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez CASTAÑEDA OTSU), *Recurso de Nulidad N.º 243-2018*, Lima: 10 de junio del 2019.

no se encuentran regulados de manera expresa en los arts. 106 y 121 del CP. De esta manera podemos saber la real intención del agente con su conducta lesiva.

La falta de previsión, prudencia o precaución afecta el deber objetivo de cuidado. El factor “previsibilidad” determina la imprudencia. En cambio, la potencialidad de la cognición del riesgo jurídicamente desaprobado nos lleva a los linderos regulativos del dolo “eventual”, propio de una “sociedad del riesgo”.

III. LA PRUEBA DEL DOLO EN EL PROCESO PENAL (CAS. N.º 367-2011 LAMBAYEQUE)

En muchas ocasiones, la judicatura no realiza una debida valoración del dolo, para emitir una correcta sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria. Ante tal problemática, la Cas. N.º 367-2011 Lambayeque ha fijado algunos criterios acerca de la probanza del dolo en nuestro sistema procesal penal¹²:

4.1. La imputación subjetiva se centra en determinar si el autor actuó con dolo, entendido como el conocimiento exigido al sujeto según su rol en un caso concreto; y, culpa, entendida como el no conocer que la acción es delictiva, pero que es posible de exigir en función a la posición del imputado en el contexto de la acción por él realizada.

4.2. Un error común al momento de evaluar el elemento subjetivo del delito es obviar su prueba, y dar por supuesto o probado el elemento subjetivo. Ello puede constatarse al observar una resolución y analizar que el juzgador centra todos sus argumentos en la imputación objetiva, descuidando la argumentación en el plano subjetivo.

4.3. La prueba del dolo en el proceso penal va de la mano del concepto que se tenga de dolo. Si se parte de considerar un concepto eminentemente subjetivo de dolo (que ponga un énfasis en el elemento volitivo), entonces existirá un serio problema de prueba, porque no es posible —

12 SALA PENAL PERMANENTE (Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 367-2011 Lambayeque*, Lima: 15 de julio del 2013, ff. jj. n.ºs 4.1.y 4.8.

al menos no con los métodos de la ciencia técnica actual— determinar qué es aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción.

4.4. El problema de la prueba del dolo será distinto en el caso de que el concepto sea de corte normativo. Ya no se buscará determinar el ámbito interno del procesado, sino que el énfasis se centrará en la valoración externa de la conducta, vale decir, en la imputación.

4.5. En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito.

4.6. Por ejemplo, si un policía tiene un arma y dispara a un delincuente en la cabeza, de forma innecesaria, más aún cuando el delincuente estaba desarmado, podríamos considerar que estamos frente a un hecho doloso. En este caso, el policía sabe que el disparo que el realiza tendrá como efecto la muerte de la persona.

4.7. Tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica. En el dolo, la relación es directa tanto en lo causal como en lo culpable, por ello el agente conoce el resultado delictivo y lo quiere, para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente.

4.8. En ese sentido, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración; que la ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad.

CAPÍTULO V

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I. FUNDAMENTOS Y LINEAMIENTOS DOGMÁTICOS SOBRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Para ser autor (tener dominio del hecho) no es necesario o, dígase, indispensable que el protagonista principal del evento delictivo esté presente en el escenario de los hechos. Ello da cuenta de descripciones criminológicas que abonan en concepciones de materialidad fáctica del ilícito penal, alejadas de una estricta visión de una materialidad formal del delito.

1. A modo de introducción

La realización de un delito no puede ser vista como un suceso en la que participa una sola persona: el autor (un agente que de manera directa dispara un arma de fuego y mata a su víctima o quien golpea salvajemente a su pariente). En una sociedad caracterizada por una variedad de actuaciones de los ciudadanos, su unión, conjunción o, dígase, convergencia de voluntades delictivas es prototipo de la descripción criminológica de la sociedad actual, en el marco de la inseguridad ciudadana del crimen organizado y de las diversas manifestaciones delictivas que afectan bienes jurídicos de diversa esencia y naturaleza. Entonces, se puede decir que el crimen es ahora prototipo de una conjunción o agrupamiento de personas bajo diversas manifestaciones criminológicas.

El hecho punible es un escenario fáctico (“relato histórico”) donde intervienen varias personas. Cada una de ellas se encargan de un determinado rol y función, las cuales dan como engranaje la comisión de un determinado delito, a manera de una “unidad”. Esto significa que ha de ser atribuido a todos sus intervinientes una imputación recíproca cuando son coautores, mas, cuando es un solo autor (dominio de la

“acción”), el injusto (acción u omisión típica y penalmente antijurídica) solo le pertenece a él. Si se advierte la presencia de otros participantes en el hecho punible que solo coadyuvaron, auxiliaron u apoyaron al autor para que pueda perfeccionar su plan criminal, estos participantes no tendrían el codominio del hecho, por lo que tendrán que responder como cómplices o instigadores (partícipes en sentido estricto) y bajo el mismo título de imputación delictiva (unidad de tipificación legal). Toda persona que interviene o participa bajo diversos roles y en los estadios del suceso delictivo debe de responder por el mismo tipo legal.

La participación delictiva tiene tres rasgos esenciales: accesoriedad, dependencia y complementariedad. Los participantes intervienen en un hecho punible que le pertenece al “autor”. Dicho en otras palabras, colaboran en un injusto penal propio del autor, pues solo él tiene el dominio del hecho.

De esta manera, y sobre todo en delitos de cierta complejidad material (“corporativización del crimen”) donde intervienen varios agentes —desde diversos grados de relevancia de aportaciones—, resulta fundamental identificar a los protagonistas principales (autores) de los secundarios (partícipes), con arreglo a los principios de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad. Por tanto, consideramos, en concatenación con un concepto restrictivo de autor y el sistema “diferenciado” que acoge nuestra ley penal, que siempre el autor debe recibir una pena más grave que la del partícipe, al ser portador de un mayor reproche de culpabilidad (énfasis en los delitos especiales “propios”¹ e “impropios”²). Una cosa es la pena legal y otra muy distinta la individualizada, la cual debe sostenerse, fundamentalmente, por el principio de culpabilidad (art. 45 del CP).

1 Aquellos que sostienen el estado de desvalor conforme a la posición del agente en el marco de una institución.

2 Aquellos que se construyen a partir de una modalidad “base”, conforme añadidos en la estructuración típica, determinados esencialmente sobre la relación entre el autor y el sujeto pasivo del delito.

Establecer con total grado de rigurosidad conceptual quién es autor y quién es partícipe va más allá de una pretensión estrictamente científica, pues está ligado al aspecto político-criminal, en donde quienes han tenido en sus manos, quienes tienen el control del aparato criminal y quienes forman parte de la estructura de mando del poder de la organización responden como “autores” (autoría mediata, coautoría, etc.)³. De hecho, quienes cuentan con el dominio y control del desarrollo de la ejecución delictiva que es emprendida por otros, no pueden responder como partícipes, sino como autores, lo cual resulta acorde con su nivel de responsabilidad penal.

2. La coautoría no ejecutiva

Es necesario destacar la idea de que para ser “autor” no necesariamente se debe estar presente en el lugar de los hechos (coautoría no “ejecutiva”). Sin duda, ese acápite de la teoría del delito es de especial relevancia hoy en día, por motivos criminológicos (crimen organizado, banda criminal, delitos de sangre, violaciones sexuales, sicariatos, extorsiones, robos, etc.), por razones de orden procesal (principio de imputación necesaria) y por objetivos de justicia, esencial en un orden social y democrático de derecho. Así, cuando toma lugar una suerte de adaptabilidad a un plan criminal preconcebido, donde entendiendo a la coautoría, fuera de un escenario estrictamente fáctico, pueden ubicarse personas-agentes que, sin dar inicio a los actos típicamente ejecutivos, igual comparten el codominio del hecho, incluso cuando no han emprendido las formalidades previstas en la tipificación en particular.

Con ello, percibimos a la “coautoría” como una imputación recíproca del hecho delictivo como una “unidad”, donde este compartimento delictivo no requiere necesariamente que uno de los coautores realice actos típicamente ejecutivos. En la doctrina especializada, MUÑOZ CONDE manifiesta que “la ubicación de los casos de dominio funcio-

3 La rigurosa valoración en el plano de la determinación e individualización de la pena debe ser con arreglo a los principios de culpabilidad, lesividad, proporcionalidad y razonabilidad.

nal entre los genuinos supuestos de autoría resultaría así plenamente justificada en cuanto que también el coautor no ejecutivo ostenta un dominio del hecho”⁴. Asimismo, ROXIN manifiesta que “es coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido”⁵. A su vez, señala que “es coautor aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso causal del hecho, dirigiéndolo”⁶. No poner manos sobre la obra delictiva, de manera fáctica y formal, no importa asumir que este agente no tenga el codominio del hecho, en el sentido de su intervención en la decisión del plan criminal, en cuanto a la asunción de los resultados que ello va a generar, en términos lesivos, de comprometerse a la realización de este, ante una falta de ejecución de los otros coautores y donde su contribución no puede ser entendida bajo una caracterización plenamente fáctica y formal.

A nivel jurisprudencial, la Cas. N.º 173-2018 Puno señala respecto a la coautoría lo siguiente⁷:

1. Se es parte del plan criminal que se confecciona entre la pluralidad de intervinientes, de modo que, cuando se ejecuta, el aporte de cada quien cobra sentido, aunque uno de ellos no esté presente durante la ejecución.
2. Organización menor que por lo general no alcanza la categoría de aparato organizado de poder.
3. Tiene mayor margen de maniobra para esquivar la responsabilidad penal por los “excesos” de los ejecutantes.

4 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría general del delito*, Bogotá: Temis, 2012, pp. 184 y 185.

5 ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 27.

6 ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 89.

7 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SEQUEIROS VARGAS), *Casación N.º 173-2008 Puno*, Lima: 5 de octubre del 2018, f. j. n.º 4.5.

4. El control que detenta es superior, pues conoce los pasos a seguir para ejecutar el plan criminal
5. Estructura horizontal.

Asimismo, el R. N. N.º 3048-2012 La Libertad agrega:

[E]n la coautoría no se requiere que uno de los coautores realice todas y cada una de las acciones típicas específicas, esto es, dispare y mate o hiera a la víctima, basta el dominio funcional del hecho, su aporte personal al resultado típico y estar en el entendimiento común de perpetrar el delito, que fue lo que ha ocurrido en el caso de autos, a tenor de la acusación fiscal⁸.

Es así que la ejecución de un determinado delito no puede ser visto desde un plano meramente óntico o causal, sino debe ser percibido desde su engranaje conductivo y volitivo. El codominio del suceso delictivo puede darse desde la comunidad delictiva, llevada a la predisposición de materializar el hecho punible, en orden a los determinados factores que pueden presentarse en la escena criminal o quien ejerce un grado de influencia y arraigo sobre los ejecutores de delito, lo que no exige su presencia personal en el plano ejecutivo del delito en cuestión.

Según ROBLES PLANAS, “la ejecución es un concepto normativo y significa comienzo de injerencia en una esfera jurídicamente garantizada. El paso de la fase preparatoria a la ejecutiva puede no decidirla el autor, sino un tercero. Y ese tercero puede, a su vez, obrar de forma típica y entonces ser coautor o partícipe o bien obrar de forma atípica, esto es, amparada por el riesgo permitido, neutral, o en error”⁹. Lo mencionado significa que la ejecución es un concepto que vincula a todos los intervinientes (si hay pluralidad de ellos). Además, significa que es en la ejecución donde se exterioriza la relevancia jurídico-penal de sus aportaciones

8 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Nulidad N.º 3048-2012 La Libertad*, Lima: 7 de marzo del 2013, f. j. n.º 4.

9 ROBLES PLANAS, Ricardo, “La autoría no ejecutiva”, en *InDret*, n.º 2, Barcelona: 2012, p. 2.

3. La distinción entre la autoría directa y la coautoría

El hecho punible puede ser visto como la puesta en escena de un determinado acto (por acción u omisión) que lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado por la ley penal. De manera que dicha descripción fáctica, al momento que es recogida por un determinado tipo legal (homicidio, asesinato, parricidio, etc.), asume la categoría de una conducta delictiva que puede ser obra de una o más personas.

Así, el art. 23 del CP asume diversas formas de “autoría” a ser construidas desde un plano “material” y “normativo” a la vez, desgajado de toda visión naturalista o causalista. El delito es un comportamiento atribuible al agente como “autor”, pues a él le pertenece, él es quien ha dado curso al evento fáctico portador de lesividad social y solo él tiene capacidad de frustrar la realización material del delito.

Entonces, la primera manifestación de “autoría directa”, en cuanto al dominio de la acción del agente, implica que solo a una persona se le puede atribuir la comisión del acto delictivo, sin defecto de poder identificarse “partícipes”, pero ellos no tienen el dominio del hecho.

Ahora bien, si identificamos desde un plano material y fáctico que la realización del delito es producto de la obra de más de una persona (“ejecutiva o no”), estamos ante un hecho delictivo que les pertenece a los agentes en grado de “coautoría”. Una suerte de imputación recíproca del hecho como una “unidad”, siempre que las aportaciones de todos los intervinientes sean esenciales para la materialidad del delito, en el marco de una división de roles o funciones que permite construir el denominado “codominio del hecho”.

En palabras del maestro sanmarquino PEÑA CABRERA, “una hipótesis de coautoría requiere la presencia de dos condiciones: la coejecución (objetiva) y el acuerdo de voluntades (subjetiva). En cuanto a la condición objetiva, es necesario que la ejecución del hecho se realice conjuntamente, estructurándose un todo”¹⁰. Por ejemplo: si la víctima es cogoteada

10 PEÑA CABRERA, Raúl, “El concurso de personas en el delito”, en *Debate Penal*, Lima: mayo-agosto de 1988, p. 348.

por uno y el otro se apropia de sus pertenencias, ambos delincuentes son coautores; igual si un agente reduce a su víctima mediante un arma de fuego mientras otro la accede carnalmente; si los tres miembros de un comité de selección se coluden con los licitantes (proveedores de bienes y servicios) en evidente codominio funcional del hecho.

En consecuencia, no se sería válido ni legítimo alegar que dos personas que mataron a mansalva y salvajemente a su víctima son autores de un asesinato; o decir que son autores aquellos que, según su división de roles en la etapa ejecutiva del delito, logran desapoderar al sujeto pasivo de su bien mueble con destreza; o que respondan a título de “autores” quienes en contubernio con los representantes de la empresa licitante (esto es, los miembros del Comité de Selección de una determinada entidad pública) defraudan patrimonialmente al Estado (colusión ilegal). Ello sin defecto de que se precise con detalle y exactitud cuál fue la labor o la tarea que ejecutó cada uno de los coautores en sujeción al principio de imputación necesaria. Se debe tener en claro que “la indicación del título de intervención delictiva forma parte fundamental en la construcción del principio de imputación necesaria”¹¹.

En todos los casos descritos se trata, pues, de una coautoría donde se estaría quebrando el hecho como una “unidad”, así como una suerte de “copropiedad” del hecho con base en una imputación recíproca. No resulta, pues, legalmente admisible atribuir un hecho delictivo como “autores” cuando comparten el codominio del hecho, siendo por tanto verdaderos “coautores”. Sin duda, el substrato fáctico y jurídico es distinto de una autoría con las diversas manifestaciones de la “coautoría”. Se tiene que analizar los diversos compartimentos que se desprenden de los diversos tipos legales, como también su estructuración legal-normativa, sin defecto de no poder admitir coautoría en tipos legales como la bigamia, falsedad testimonial en juicio, conducción bajo la influencia de alcohol o sustancias psicotrópicas y el enriquecimiento ilícito¹².

11 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SEQUEIROS VARGAS), *Casación N.º 173-2018*, Lima: 5 de octubre del 2018, f. j. n.º 3.2.d.

12 Según PEÑA CABRERA, en estos delitos lo ilícito del supuesto de hecho tiene lugar

4. Conclusión

Desentrañar quiénes pueden asumir responsabilidad penal a título de autor y quiénes, a título de coautores es algo que requiere de una valoración que trasciende el plano fáctico, naturalístico y causal. Precisamente, la dogmática jurídico-penal ha elaborado posiciones teóricas conceptuales a tales efectos, sin vulnerar el principio de legalidad y, sobre todo, para alcanzar los fines político-criminales que se tienen de una justicia penal sometida a los principios del Estado constitucional de derecho.

II. CONCEPTO DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. DIFERENCIACIÓN

Nuestro sistema de punición se rige bajo un concepto restrictivo de autor. Esto quiere decir que aparte del autor se identifican a otros intervinientes, que, al resultar marginal y/o accesoria su participación, son calificados como “cómplices”. Ello es así, en tanto y en cuanto el dominio del hecho solo lo tiene el autor, pues en sus manos está la posibilidad de que el plan criminal pueda o no adquirir concreción material. Dicho dominio del evento típico le permite al autor frustrar en cualquier momento la realización típica; potestad que no cuenta el partícipe (cómplice).

Así, se distingue el autor del cómplice por dos elementos a destacar: 1) la contribución objetiva al hecho, esta contribución la presta el autor necesariamente en la etapa ejecutiva del delito, mientras que el cómplice la efectúa en la etapa preparatoria y/o ejecutiva del delito; 2) el hecho delictivo como tal le pertenece al autor, por lo que la intervención del cómplice es accesoria y dependiente de aquel. El injusto penal se le atribuye al autor, al cual el cómplice coadyuva y/o colabora para que este pueda exteriorizarse en el mundo fenoménico. Entonces, la participación significa dependencia del hecho del partícipe al hecho del autor,

cuando el autor realiza personalmente la acción. PEÑA CABRERA, Raúl, *El concurso de personas en el delito*, ob. cit., p. 344.

y este nexo de dependencia es el que permite hablar, precisamente, de la naturaleza accesoria de la participación¹³.

Autor será, por lo general, aquel que emprende de forma personal el injusto penal, abarcando una instrumentalización del ejecutor inmediato. Cuando exista un hombre de atrás que ejerza una suerte de dominio sobre el curso causal del evento típico, será considerado como un ejecutor mediato.

Una vez que el injusto penal adquirió perfección delictiva, ya no se admiten formas de participación delictiva. Por ello, el hecho punible al momento de la participación, como regla general, aún tendrá que estar sin consumarse¹⁴.

Es partícipe aquel que contribuye a la realización del hecho delictivo. Es quien convence a otro para que cometa un delito que no tenía pensado realizar (instigador), o quien proporciona los medios o cualquier tipo de colaboración para que otro lleve a cabo un hecho delictivo¹⁵ (cómplice). La teoría de la participación descansa sobre dos presupuestos: 1) el principio de la unidad en el título de imputación y 2) el principio de la accesoriedad¹⁶.

Siendo así, debe afirmarse que la redacción normativa que se describe en la literalidad de los tipos penales tiene como destinatario al “autor”. Es decir, los hechos descritos en la figura delictiva han de ser ejecutados (formal y/o materialmente) por el autor. Específicamente, el concepto de *autor* debe ser establecido en concordancia con los tipos delictivos¹⁷; la intervención del partícipe (cómplice) se deduce de una

13 PÉREZ ALONSO, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, p. 729.

14 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, p. 417.

15 FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ y Paula Andrea RAMÍREZ BARBOSA, *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, p. 517.

16 RODRÍGUEZ DEvesa, José María y Alfonso GÓMEZ SERRANO, *Derecho penal español. Parte general*, p. 806.

17 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal*, p. 320.

interpretación sistemática entre la composición típica del delito en particular y el art. 25 del CP.

Entonces, si la comisión de un delito puede ser obra de una pluralidad de personas, es labor irrenunciable de la dogmática jurídico-penal identificar el grado de responsabilidad de todos sus intervinientes, con arreglo a la institución de “autoría y participación”. Esto adquiere sintonía con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, que requieren ser rigurosamente analizados a la luz del proceso de determinación e individualización de la pena con arreglo al principio de imputación necesaria.

La notable incidencia criminológica de nuestros tiempos da cuenta del fenómeno de la asociación y la corporación delictiva, donde la perpetración de los delitos puede involucrar a una o más personas. En tal medida, podemos decir que en la mayoría de casos el hecho punible es obra de la intervención de una pluralidad de agentes: mientras que uno cogotea a la víctima, otra se apropia de sus prendas y otro hace de campana; uno contrata al sicario para que elimine a su enemigo y otro acepta el trato y dispara el arma de fuego dando muerte al sujeto pasivo; quienes se encargan de confeccionar las bases de la licitación a imagen y semejanza de una determinada empresa; o aquellos que se coluden directamente con los representantes de la persona jurídica para afectar el patrimonio del Estado; o aquellos que proveen de municiones y armas a organizaciones subversivas con quienes ejecutan los más graves atentados terroristas; etc.

En todo hecho delictivo existirá un autor (o coautores). No obstante, en ocasiones intervendrán en el escenario delictivo otras personas que no tienen el dominio del hecho, no son los que tienen en sus manos la decisión de si se comete o no el hecho punible, pero igual colaboran, coadyuvan, brindan auxilio al autor del delito para que este pueda perfeccionarlo. Todo con la finalidad de que el autor pueda lograr la consumación del delito.

Sobre la distinción entre autor y partícipe, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente¹⁸:

34. [...] En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho.

35. Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución.

El aporte o, dígase, colaboración si es de carácter esencial se llamará “complicidad primaria”, mientras aquellas contribuciones no esenciales para la realización del delito se denominan “complicidad secundaria”. Son tres las características fundamentales de la participación delictiva: accesoriedad, complementariedad y dependencia. El injusto penal pertenece al autor y su punición del cómplice está condicionada al dolo (art. 25 del CP). Visto ello, tenemos los siguientes ejemplos: Pedro le presta su arma a Juan para que mate a su padre, Ricardo; la persona que entrega al agente la llave del cuarto para que se ultraje sexualmente a una adolescente; el agente que hace caso omiso a su rol y permite la huida de quienes se han apropiado de celulares ajenos; los representantes de las personas jurídicas que se coluden con los miembros del Comité de Selección de una entidad pública para defraudar el patrimonio estatal. La Cas. N.º 367-2011 Lambayeque define a la complicidad como “la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho

18 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1805-2005-HC/TC*, Huaral: 29 de abril del 2005, ff. jj. 34 y 35.

doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito”¹⁹.

Un derecho penal del acto, afín a una culpabilidad por el acto, exige que la responsabilidad se afinque en la realización de una conducta (realizar un acto de relevancia jurídico-penal), al margen de lo que se concibe por apología al delito y la conspiración. A nuestro entender, un apoyo psicológico al autor sin que se plasme en un acto concreto no es punible, al margen de lo que debe entenderse por una verdadera instigación delictiva (art. 24 del CP). Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos. El partícipe colabora, ayuda, coadyuva al autor para que este pueda ejecutar la conducta típica.

Se ha postulado en sectores doctrinales que aquel agente que interviene en la etapa ejecutiva del delito ha de ser necesariamente un coautor. No obstante, no siempre es así, ya que dependerá de establecer si el agente tenía el codominio del hecho. Por ejemplo, aquel que solo es reclutado por una gavilla de delincuentes para distraer a las víctimas y así estos consigan arrebatárles sus pertenencias no puede ser considerado como coautor del delito. Eso sí, quien interviene en la etapa preparatoria difícilmente puede ser considerado autor, a menos que estemos ante el caso de organizaciones criminales de cierto calado.

Por tanto, resulta fundamental establecer en qué etapa del *iter criminis* puede tomar lugar una participación (complicidad) delictiva punible. Como también, descartar la relevancia jurídico-penal de aquellas conductas socialmente adecuadas, neutras o, dígase, estereotipadas. Si bien estas conductas pueden estar vinculadas a la realización de un delito, debe negarse su tipicidad al expresar un acto admitido y tolerado por el derecho, con los matices que ello significa en la mácula constructora de la teoría del delito.

19 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 367-2011 Lambayeque*, Lima: 15 de julio del 2013, f. j. n.º 3.9.

Las etapas son las siguientes: preparatoria, ejecutiva y consumación (en algunos casos puede resultar importante el agotamiento del delito). Una decisión de acción, con cuya realización aún no se ha comenzado, queda simplemente impune²⁰. Las deliberaciones decisorias que no trascienden la esfera interna del agente simplemente no son recogidas por la ley penal, conforme al principio de ofensividad.

Véase como ejemplo aquellos dos maleantes que están siendo perseguidos por la policía por haber asesinado a varias personas durante el robo a un banco y que deciden enfrentarse a los custodios del orden, pero encimados por el contingente policial uno de ellos decide rendirse mientras el otro empieza a disparar su arma de fuego contra los miembros de la Policía Nacional del Perú.

III. DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA PUNIBLE

Habiendo sostenido que la participación delictiva (complicidad) solo puede tomar lugar en la etapa preparatoria y ejecutiva del delito. Esto quiere decir algo muy importante: una vez que el delito ya se consumó, ya no se admiten formas de participación delictiva punible (agotamiento impune por el delito cometido, pero puede dar cuenta de la configuración de otro delito: receptación, encubrimiento y lavado de activos).

Siendo esto así, diríamos que la intervención punible del cómplice ha de tomar lugar, generalmente, en la etapa preparatoria del delito, proveyendo al autor de los insumos, instrumentos, información u otros medios para que este pueda perfeccionar el delito, es decir, lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicos tutelados por la ley penal. No solo debe actuar transgrediendo ciertas normas, sino a la par debe ser consciente de ello (v. gr.: quien le entrega al vecino un arma de fuego para que este mate a su esposa, complicidad en el delito de feminicidio o parricidio).

20 STRATENWERTH, *Derecho penal*, ob. cit., p. 326.

En el tipo subjetivo del injusto basta el dolo eventual, lo que define si estamos o no ante una conducta neutra (inocua). Vender un carro a un joven alocado que se sabe que es imprudente manejando no genera complicidad en el delito de homicidio si este atropella a un transeúnte de forma dolosa. De manera que la labor esencial del operador jurídico es establecer con toda rigurosidad cuándo se consumó el hecho punible, lo cual dependerá de la naturaleza jurídica de la figura delictiva en cuestión. Así también, el abogado que explica a su cliente sobre la forma en cómo se cometen ciertos delitos financieros y tributarios no será cómplice o instigador si la información prestada es empleada por el cliente para acometer un fraude a la Hacienda pública.

Así, la Cas. N.º 581-2015 Piura —sobre la complicidad en los delitos de parricidio y feminicidio— señala que el cómplice presta auxilio al autor para “la realización del hecho punible”²¹, de la cual se extrae la siguiente consecuencia: el “auxilio” del cómplice tiene que ser previo a la consumación. Postura dogmática similar la observamos en la Cas. N.º 661-2016 Piura, donde, citando doctrina especializada (GARCÍA CAVERO), se señala lo siguiente:

[L]as acciones que puede realizar un sujeto a fin de ser considerado cómplice primario o secundario son acciones anteriores o simultáneas a la comisión del hecho delictivo perpetrado por el autor. En este sentido, las acciones posteriores a la comisión del delito pese a ser reprochables no pueden ser considerados parte del delito precedente²².

En el AP N.º 3-2010, la Corte Suprema dice lo siguiente²³:

Conforme a la doctrina especializada cabe declarar la atipicidad o la justificación de los casos representativos de negocios estándar o

21 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 581-2015 Piura*, Lima: 5 de octubre del 2016, f. j. n.º 10.4.

22 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 661-2016 Piura*, Lima: 11 de julio del 2017, f. j. n.º 19.

23 VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.º 24.

conductas neutras. En principio, porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Por ejemplo, VIDALES RODRÍGUEZ, analizando la situación de los abogados, afirma que *la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se limite a la realización de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica*. En cambio, si ella se expresa en una asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos: “La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio legítimo de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales” [Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 122].

A decir de JAKOBS, “no todo es asunto de todos, pues el derecho penal no puede estabilizar como expectativa respecto del comportamiento de otros que nadie le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo”²⁴. Una consideración en contrario importaría prohibir de plano una serie de actuaciones sociales que de plano paralizarían el normal desenvolvimiento de toda sociedad. Como se expone en la doctrina, si alguien se comporta conforme a las prescripciones de su rol, no puede ser responsable de los enlaces delictivos que a su conducta inocua hagan terceros. Así, el carácter conjunto (en tanto dicha conjunción sea “de facto”) de una conducta no puede convertir dicha conducta inocua en un quebrantamiento del rol. Llevado el comportamiento conforme al rol, se produce una desvinculación de este con respecto a las conductas de terceros, de modo que no se puede “regresar” a dicha conducta para adscribir responsabilidad (prohibición de regreso)²⁵. Se produce una desvinculación entre el acto anterior y la actuación posterior de quien

24 JAKOBS, *La prohibición de regreso*, ob. cit., p. 125.

25 PIÑA ROCHEFORT, *Rol social e imputación objetiva*, ob. cit., p. 424.

emplea la primigenia contribución para la realización de un hecho delictivo.

Así, tenemos los delitos de resultado como el homicidio, el asesinato, la estafa, la colusión ilegal (modalidad agravada), etc., cuya consumación requiere que se alcance la muerte, la afectación del acervo patrimonial de la víctima, la lesión al patrimonio estatal, respectivamente. Mientras que los delitos de consumación instantánea son la omisión de socorro, la injuria²⁶, la calumnia y la colusión ilegal (modalidad simple), así como los tipos penales de peligro (conducción bajo la influencia de alcohol o sustancias psicotrópicas).

1. ¿Hasta qué fase del *iter criminis* se admite la participación delictiva punible?

A través del R. N. N.º 2528-2010 Junín, la Corte Suprema señala lo siguiente:

5. [D]ebemos indicar lo siguiente: i) respecto al *iter criminis* o itinerario del delito; que el proceso de un delito comprende la fase interna; constituida por la ideación, esto es, el proceso mental del sujeto que termina con la toma de decisión de cometer el delito (no punible); y, la fase externa; constituida por: a) los actos preparatorios (el autor dispo-

26 Delitos muy en boga en la actualidad, dada la coyuntura que atraviesa nuestra sociedad, donde muchos agentes (funcionarios públicos o particulares) no escatiman esfuerzos para enlodar honras ajenas de forma temeraria, de manera dolosa, pues saben perfectamente que están imputando hechos que la otra persona no ha cometido (aprovechando el apoyo de sectores mediáticos parciales de la sociedad), pero igual proceden de esta forma repudiable y desdeñable desde un orden jurídico que tiene al honor, la reputación y el prestigio como sus valores esenciales, que dimanar desde un punto de vista ontológico y son recogidos normativamente, vinculados al concepto de dignidad humana. Cuando este delito (“injuria”) es cometido a través de los medios de comunicación, extendiendo a un mayor número de personas la frase peyorativa o, dígame, la atribución de hechos falsos, llámese difamación, que en los términos normativos del art. 132 del CP define una represión más severa. Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Delitos contra el honor y su conflicto con el derecho a la información y la libertad de expresión*, Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

ne de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para lograr el fin que se propone —conducta que generalmente es atípica y en consecuencia impune—; b) ejecución (el agente empieza a utilizar los medios previstos para lograr cometer su plan delictivo —aquí se presenta la tentativa—); c) consumación (se verifica la realización completa de todos los elementos del tipo penal); y d) agotamiento (el agente logra satisfacer fines específicos); y ii) respecto a la tentativa, que esta se presenta cuando el agente empieza la fase ejecutiva del delito, sin consumarlo, ya sea por causas voluntarias o extrañas a él²⁷.

En definitiva, se identifica una fase interna (ideación, resolución y deliberación) y una fase externa que se exterioriza en el mundo fenoménico (preparación, tentativa y consumación, en ciertos casos hasta su agotamiento). El camino al delito, desde una perspectiva de política criminal, ha ido cada vez más adelantando las barreras de punición —más allá de un derecho penal del acto con una culpabilidad por el acto—, propiamente al penalizarse actos típicamente preparatorios. Como, por ejemplo, posesión de insumos fiscalizados, cultivo de la hoja de coca y *cannabis sativa*, reglaje o marcaje, posesión de dragas para realización de minería ilegal, la conspiración y proposición para delinquir en el delito de sicariato, delitos de rebelión y sedición, también los supuestos de acoso y chantaje sexual. La incorporación de forma expresa de estas tipificaciones penales en el catálogo delictivo importa la necesidad de delimitar su operatividad aplicativa, en la medida que su realización por parte del agente puede implicar en algunos casos ya el inicio del delito de mayor progresividad delictual.

El proceso de subsunción típica dependerá no solo de una mirada objetiva del comportamiento —en sí— atribuido al agente, sino también, desde un aspecto subjetivo, en el sentido de su propósito delictual. Por ejemplo: si ya el autor es visto con la intención de acceder carnalmente a su víctima, o ya el reglaje del que es objeto el sujeto pasivo está encaminado a privarlo de su libertad o a despojarlo de sus pertenencias utilizando la violencia. Esta progresividad delictual define un probable

27 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez NEYRA FLORES), *Recurso de Nulidad N.º 2528-2010 Junín*, Lima: 17 de enero del 2011, f. j. n.º 5.

conflicto aparente de normas, ante una conducta que va adquiriendo mayor dosis de lesividad material en la línea de tiempo: desde que la toca en los órganos genitales hasta propiamente la penetración (parcial y/o total); asimismo, la privación temporal de la libertad de la ofendida, a fin de que el autor de la violación sexual pueda dar rienda suelta a su apetito sexual. En este caso, aquel que acecha de manera frecuente y sistemática a la víctima para llevar a cabo con ella actos de connotación sexual, si es que en esa misma frecuencia de tiempo logra tal cometido —claro está, sin consentimiento de ella—, estará incurso solo en el delito de violación sexual o actos contra el pudor, a menos que se haya escenificado los hechos en tiempos distintos, pudiendo incidir en un concurso delictivo, que en estos casos sería “real”.

La fase externa, en cuanto a los actos preparatorios, ya refiere a todos aquellos actos que realiza el agente para hacerse de los medios, instrumentos, insumos, información, etc., que deben ser aptos e idóneos para que pueda dar inicio a los actos ejecutivos. Es decir, hacerse de los medios (el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para lograr el fin que se propone —conducta que generalmente es atípica y, en consecuencia, impune—) para así adquirir la perfección delictiva, propiamente, la consumación, visto con la lesión del bien jurídico —penalmente tutelado—. Una vez que esta fase adquiere formas sobrevinientes de cierto grado de desvalor, al margen del llamado “agotamiento”, pueden darse tipificaciones penales autónomas, sea por autoría o participación delictiva.

1.1. Conceptos preliminares

En el escenario delictivo participan protagonistas principales y protagonistas secundarios. Los primeros serán aquellos que tienen en sus manos decidir si se comete o no el delito, no solo por nacer en ellos el plan criminal, sino por realizar la conducta que exige el tipo penal para la realización típica. Son aquellos que tienen el “señorío del hecho”, el dominio total del suceso delictivo, por lo que ellos son “autores” (art. 23 del CP: quien dispara el gatillo, aquel que accede carnalmente a la

víctima, el que arrebató el bien mueble del sujeto pasivo, el funcionario perceptor que se apropia de caudales públicos, etc.).

No obstante, debe decirse que en casos de bandas y organizaciones criminales puede que aquellos que tienen el dominio y control de la ejecución de los delitos que cometen los miembros de la esfera más baja de la estructura criminal sean verdaderos “autores” (coautoría no ejecutiva).

El delito es un fenómeno social de relevancia jurídica que adquiere diversas adscripciones criminológicas en una sociedad de bastante dinamismo e incesante interacción ciudadana, donde la inseguridad, que cunde en todo lo ancho y largo de nuestra geografía nacional, da cuenta de la comisión de delitos de toda especie y naturaleza (sociedad de sujetos pasivos).

Entonces, si la comisión de un delito puede ser obra de una pluralidad de personas, es labor irrenunciable de la dogmática jurídico-penal identificar el grado de responsabilidad de todos sus intervinientes, con arreglo a la institución de “autoría y participación”. Esto en sintonía con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, que requieren ser rigurosamente analizados a la luz del proceso de determinación e individualización de la pena, y con arreglo al principio de imputación necesaria.

2. Intervención posconsumativa: ¿autoría de un delito autónomo?

Si una vez que la víctima muere y recién en ese momento interviene un tercero ocultando el cadáver o el arma homicida, él responderá por el delito de encubrimiento real (a menos que tenga una vinculación muy próxima con el autor del delito previo —excusa absolutoria—).

Así, si este tercero se encarga de negociar el bien mueble objeto de un hurto en el mercado negro, habrá de responder como autor del delito de receptación. Una vez que el funcionario o servidor público logró incrementar su patrimonio producto del aprovechamiento del cargo público y un tercero transfiere o adquiere bienes inmuebles con activos de procedencia ilícita, ha de responder como autor del delito

de lavado de activos, siempre que concurren los elementos objetivos y subjetivos de los primeros articulados del D. Leg. N.º 1106.

En el R. N. N.º 1051-2011 Lima, la Corte Suprema señala:

La participación del *extraneus* que se presente con posterioridad a los hechos de enriquecimiento ilícito y que consista en actos de ocultación del patrimonio ilícito del agente especial —v. gr. cuando se coloca a terceros como propietarios de bienes muebles o inmuebles provenientes del delito— no constituyen actos de complicidad o de colaboración para la ejecución, pues el delito ya se consumó. En todo caso, esta aportación posterior configurará un delito autónomo independiente de receptación, encubrimiento o lavado de activos, según sea el caso²⁸.

La excepción a la regla anotada, en cuanto a la data temporal de la participación delictiva punible en los delitos de resultado y consumación instantánea, es el delito permanente, donde el estado antijurídico se prolonga a efectos de la acción u omisión atribuible a la esfera de organización personal del autor, dígase: secuestro, usurpación por despojo u omisión de asistencia alimentaria, donde la proyección delictiva permite avizorar una complicidad. Por ejemplo: un empresario secuestrado es trasladado de la casa de A a la de B a fin de que la policía no dé con el paradero de la víctima, por lo que B responde como cómplice primario de secuestro.

MIR PUIG sostiene que “el delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor [...], dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica”²⁹. Son hasta tres presupuestos que deben identificarse en el delito “permanente”: que se trate de una conducta, cuya consumación se prolonga en el tiempo; que el estado antijurídico provocado no cese en el tiempo, en cuanto a la afectación al bien jurídico —tutelado—,

28 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez PRADO SALDARRIAGA), *Recurso de Nulidad N.º 1051-2011 Lima*, Lima: 7 de diciembre del 2011.

29 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, p. 216.

mediando una voluntad unívoca del agente³⁰; y, finalmente, que no sea un bien jurídico susceptible de ser inutilizado.

No es factible admitir participación delictiva punible una vez que el delito se consumó, sin defecto de que este tercero pueda asumir responsabilidad penal como autor de un delito autónomo (lavado de activos, receptación, encubrimiento, etc.). Máxime cuando estamos ante conductas neutrales o inocuas como el desempeño de una actividad profesional (abogacía, contador, economista, etc.).

Propiamente, la conducta del abogado defensor que patrocina a investigados de delitos graves no puede ser considerado “colaborador eventual³¹” de organizaciones criminales³², al ser una conducta socialmente adecuada. En todo caso, si es que procede a ocultar evidencias de un crimen u impide dolosamente que los órganos de persecución penal puedan realizar debidamente su labor, la tipificación será por otro delito (encubrimiento u obstrucción de la justicia).

JIMÉNEZ DE ASÚA señala que los encubridores son aquellos que, sin repetir la ofensa del derecho violado y sin previo acuerdo, proporcionan cualquier género de asistencia para impedir el descubrimiento y el castigo del delito³³. Se trata de una figura delictiva que constituye una

30 El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica en el tiempo por voluntad del autor. *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al*, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 212.

31 Colaboradores “eventuales” u “ocasionales” serán todos aquellos que sin formar parte de la organización criminal colaboran de cierta forma, prestando una ayuda, un auxilio a la estructura criminal, para que desde su interior se puedan cometer una serie de hechos punibles (extorsión, sicariato, lavado de activos, robo agravado, etc.). Son agentes que no tienen el codominio del hecho, pues se limitan a aportar una contribución para que estos graves delitos puedan perfeccionarse, por lo que debe tomar lugar en la etapa preparatoria o ejecutiva del delito en cuestión, si ello aparece cuando el hecho punible se consumó, su intervención no puede ser catalogada como “participación”, debiendo en todo caso responder por un delito autónomo, siempre que se adviertan indicios de su comisión.

32 Conforme a la Ley N.º 30077.

33 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, pp. 500 y 501.

especie de contribución posterior a la ejecución de un delito previo, que plantea cuestiones próximas a las propias de la participación criminal³⁴.

3. A modo de conclusión

A nuestro entender, es de vital relevancia identificar cuándo se está ante una participación delictiva “punible”, en orden a impartir una justicia basada en criterios legales y racionales³⁵. Por ello ubicarnos en el estadio del *iter criminis* resulta fundamental. Si esto es así, la participación delictiva punible solo es admisible en las etapas preparatoria y ejecutiva del delito. Por tanto, una vez que se consumó el delito, ya no se admite formas de participación delictiva pasibles de ser sancionados por la ley penal, al margen de que este tercero pueda responder como autor de un delito autónomo (lavado de activos, receptación, encubrimiento).

La argumentación descrita permite a su vez determinar la no relevancia jurídico-penal de aquellas conductas (actos) “socialmente admitidas”, “inocuas”, “estándar”, que, si bien pueden tener conexión con la comisión de un hecho punible, al ser permitidas por el orden jurídico (social y jurídicamente toleradas) caen fuera del ámbito de punición, como transportar sustancias prohibidas, siempre que el agente no sepa lo que está haciendo (error de tipo), como aquellas conductas que toman lugar luego de la materialidad del delito y el agente realiza una actividad propia de la labor de abogado, asesor financiero o contable de aquellos que están siendo investigados por los órganos de persecución penal.

34 BLANCO CORDERO, Isidoro, “Delimitación del ámbito de aplicación del delito de encubrimiento personal”, en *Delitos contra la administración de justicia*, p. 160.

35 La dogmática penal ha sido, es y será siempre una herramienta interpretativa de primer orden para fijar los alcances estrictos de la ley penal, teniendo como teleología el bien jurídico protegido y como límite el principio de legalidad (proscripción de analogía). Esto a fin de garantizar una aplicación de la ley penal que no extienda forzosamente su alcance a supuestos de hecho no previstos en su ámbito de protección.

Este emprendimiento, al ser propio de una labor admitida por el orden jurídico, no puede ser objeto de penalización (sea como partícipe del delito o, dígame, colaborador eventual), a menos que el abogado defensor ejecute actuaciones destinadas a ocultar evidencias de un crimen o de obstruir la correcta labor de la justicia.

CAPÍTULO VI

LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La realización de todo hecho punible parte de una serie de valoraciones (*dogmáticas*), pues para poder afirmar la presencia de un verdadero *injusto penal* no basta con advertir la presencia de un agente (*autor o partícipe*) provisto de una mínima dosis de libertad (presupuesto esencial de una acción que *sostiene la imputación jurídico-penal*) y que dicha conducta (sea por *acción u omisión*) haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico amparado por la ley penal (*principio de lesividad*)¹. Es decir, no basta con la tipicidad penal², sino que, desde el plano dogmático, se debe verificar que la lesión y/o puesta en peligro del interés jurídico no haya obedecido a un precepto autoritativo que hiciera que el acto no fuese penalmente antijurídico. Solo entonces estaremos ante un verdadero “injusto penal”.

En la jurisprudencia nacional ha quedado plenamente establecido que la imposición legítima de una pena a la persona del culpable (como autor y/o partícipe) requiere de la acreditación probatoria —en un juicio oral público, contradictorio y bajo la intermediación judicial— tanto de la materialidad del delito como de la responsabilidad penal del imputado (como autor y/o partícipe). Lo primero significa no solo que la conducta incriminada sea “típica”, sino que a su vez sea “penalmente antijurídica”. De manera que, si el agente que lesionó o puso en peligro un bien jurídi-

-
- 1 Recordemos que la sanción penal parte la premisa de una conducta portadora de dañosidad (*lesividad*) para alguno de los intereses jurídicos que son objeto de tutela por la codificación punitiva, base material esencial que otorga legitimidad a la intervención del *ius puniendi* estatal en un orden democrático de derecho.
 - 2 GÓMEZ LÓPEZ aprecia una diferencia práctica entre injusto y tipicidad, pues esta última cumple una función de señalamiento o selección del injusto; por tanto, el tipo le da relevancia penal al injusto y añade a la conducta otra calificación: la de *injusto criminal*. GÓMEZ LÓPEZ, Jesús, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, t. IV, vol. II, Bogotá: Doctrina y Ley, 2013, p. 1060.

co estaba amparado por un precepto autoritativo (sea legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio legítimo de un derecho o bajo el corsé de la obediencia debida), no puede ser objeto de sanción punitiva.

Todas las causas de justificación tienen cabida el día de hoy en una sociedad sumida en una cotidiana y estructural violencia, no solo en las calles de las ciudades, sino también dentro de los hogares (violencia familiar). Así, el ciudadano que es objeto de una agresión antijurídica puede valerse de la legítima defensa; los custodios del orden (efectivos policiales) pueden hacer uso de su arma reglamentaria a fin de resguardar el orden público y los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos; y, en el ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio, se permite al agente la vulneración de un bien jurídico en virtud de la preponderancia de un interés jurídico sobre otro de menor relevancia conforme el orden de valores consagrados constitucionalmente.

Así pues, el aprendizaje de este módulo ha de ser abordado desde un plano dogmático, doctrinal, jurisprudencial y, en algunos casos, conforme ciertas normativas del derecho internacional.

I. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La acción humana sumada al juicio positivo de la tipicidad penal (confluencia de los elementos objetivos, subjetivos, descriptivos y normativos) da como resultado una conducta humana que, en uso pleno de la libertad de su ejecutor, ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico. Sin embargo, con ello no lo decimos todo, es menester que dicho comportamiento típico sea también *penalmente antijurídico*, es decir, *que contradiga el ordenamiento jurídico en su totalidad*. De manera que, si, en consonancia con la Constitución, ciertos dispositivos legales en particular permiten o, dígase, autorizan la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, la conducta atribuible al agente no puede ser penalmente sancionada³.

3 Como anotan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, “en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas

Una cosa es que alguien directamente tire a matar a otro para apropiarse de sus pertenencias o lo haga motivado por la recompensa que le prometió un tercero, y otra muy distinta es que un ciudadano mate al agresor ilegítimo que amenazaba su vida o la de un tercero vinculado, o que el policía dispare a matar al hampón para evitar que este siga matando ciudadanos inocentes.

Dicho en otros términos: la punición de un acto, conforme a los valores de un orden democrático de derecho, requiere no solo de una conducta lesiva para un interés jurídico, sino también que dicho comportamiento no esté autorizado por el ordenamiento jurídico. Solo si se satisfacen ambos requisitos estaremos ante un injusto penal. JESCHECK y WEIGEND escriben que “la realización del tipo de injusto fundamenta la antijuricidad del hecho concreto siempre que, excepcionalmente, no intervenga una causa de justificación”⁴. Como expone PEÑA CABRERA, la sospecha que posee la tipicidad como indicio de antijuricidad queda cancelada por la presencia de una causa excluyente de antijuricidad, que convierte el hecho típico en uno totalmente lícito y —lo más importante— consentido por el ordenamiento jurídico; y a esto se le denomina causa de justificación⁵.

Una contrariedad a derecho o dígase una antinormatividad no puede ser construida desde una visión estrictamente formal, sino que se requiere a la par su acusada “materialidad”. Esto llevó a VON LISTZ a postular la dañosidad social de la conducta, en cuanto a una perturbación

que así lo aconsejan”. MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 9.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 331. La vida del hombre en sociedad es por sí conflictiva. A su vez, el propio ordenamiento jurídico, con la finalidad precisamente de proteger los bienes jurídicos fundamentales del ciudadano, otorga autorizaciones para su afectación en determinados contextos histórico-sociales en que, por razones de utilidad política criminal, ello convenga.

- 4 JESCHECK, Hans-Henrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, traducción de la 5.^a ed. alemana (1996), renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete, Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 478.
- 5 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, Lima: Grijley, 1997, p. 404.

que trasciende la circularidad humana, al margen de que tal lesión pueda ser percibida únicamente desde un plano inmaterial (bienes jurídicos *supra* individuales). A decir de MEZGER, la antijuridicidad es el juicio imperativo-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico⁶.

El análisis de antijuridicidad debe hacerse, a diferencia de la tipicidad penal, basándose en todo el universo del orden jurídico⁷, donde se van a poder identificar preceptos legales que autorizan a una determinada persona, en ciertos contextos, a vulnerar bienes jurídicos, lógicamente con una necesaria dosis de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad. A estas autorizaciones se les conoce como “causas de justificación”⁸.

Las causas de justificación son aquellas “permisiones” o, dígase, “autorizaciones” que dimanen de todas las parcelas del ordenamiento jurídico interno, en armonía con lo previsto en los documentos internacionales, y confieren a ciertas personas la facultad de ejercer ciertos actos de violencia sobre intereses jurídicos fundamentales de terceros, para defender sus propios bienes vitales (legítima defensa), para hacer prevalecer intereses jurídicos de mayor importancia constitucional (estado de necesidad justificante), para respetar la autonomía de las personas en plano de libre actuación personal (consentimiento) y, en el caso de los custodios del orden, para preservar el orden y la seguridad pública (cumplimiento del deber).

6 MEZGER, Edmund, *Derecho penal*, p. 131.

7 Ello se fundamenta en la “unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico”. WESSELS, Johannes; Werner BEULKE y Helmut SATZGER, *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*, traducción de la 46.^a ed. alemana por Raúl Pariona Arana, Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 168.

8 A decir de WESSELS, BEULKE y SATZGER: “Por medio de las causas de justificación, frente a los tipos penales se encuentran los tipos permisivos, que autorizan excepcionalmente el comportamiento típicamente lesivo para el bien jurídico”. WESSELS, BEULKE y SATZGER, *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*, ob. cit., 2018, p. 167.

Así, el mismo ordenamiento jurídico concede a ciertas personas en determinados contextos, un derecho subjetivo que, en puridad, importa la injerencia al derecho fundamental de un tercero, lo que se concibe como el ejercicio legítimo de un derecho. En este sentido se pronuncia GÓMEZ LÓPEZ cuando señala que, si el ordenamiento jurídico atribuye a una persona determinada una facultad, significa que le está reconociendo un poder de supremacía y prevalencia de su interés para los casos en que entre en conflicto con otros intereses, merced al principio de que una acción no puede ser consentida y al mismo tiempo prohibida por el derecho⁹.

II. LA LEGÍTIMA DEFENSA

El delito constituye una manifestación fenoménica que importa una lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente tutelado, conducta cuyo estado de desvalor antijurídico legitima al Estado y a la sociedad a reaccionar mediante el uso de consecuencias jurídicas, esto es, una pena y/o una medida de seguridad. Esto quiere decir que, conforme el sistema jurídico-constitucional, el delito solo puede ser sancionado a través de los mecanismos e instrumentos reglados en la Constitución y en la ley. De modo que los ciudadanos no pueden hacer venganza de propia mano. Esta proscripción atiende a un orden estatal basado en el respeto irrestricto de los derechos humanos.

No obstante, este mismo orden jurídico puede regular excepciones, como el reconocimiento a los individuos de la facultad de repeler de propia mano aquellas inminentes agresiones ilegítimas que puedan poner en franco riesgo la intangibilidad de los bienes jurídicos fundamentales, v. gr.: la vida, el cuerpo, la salud y la libertad personal. En esto consiste la institución de la “legítima defensa”, sostenida (axiológicamente) básicamente sobre dos presupuestos: primero, la defensa de los derechos humanos y, segundo, el derecho no puede ceder ante lo injusto.

9 GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 1055.

Como señalan POMARES CINTAS *et al.*, “la legítima defensa desarrolla una función preventivo-general, pues advierte al potencial agresor que el agredido puede reaccionar de modo enérgico frente a él”¹⁰.

Al respecto, el R. N. N.º 910-2018 Lima Este indica:

La legítima defensa, como causa de justificación, se funda, desde un plano individual, en la defensa que realiza la persona en repuesta racional frente a una agresión injusta; y, desde el plano supraindividual, en la necesidad de defensa del orden jurídico y del derecho en general, conculcados por la agresión antijurídica; sin embargo, la importancia y trascendencia que tiene conceder a una persona derechos que incluso se nieguen al Estado (por ejemplo, matar a otra persona en defensa propia) imponen la necesidad de limitar ese derecho individual a casos y situaciones realmente excepcionales, en los que solo el individuo puede defender sus bienes jurídicos más preciados, y en la medida en que no sea posible operar eficazmente otros mecanismos jurídicos protectores del bien puesto en peligro¹¹.

La referida resolución también enumera los requisitos de la legítima defensa:

[N]o existe ninguna posibilidad de imputación del resultado a quien hizo la defensa de su patrimonio y de su propia vida, porque no creó la situación de conflicto, constituyendo el supuesto de hecho una situación de legítima defensa prevista en el inciso 3, del artículo 20, del Código Penal, puesto que concurren sus elementos configurativos: *agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o*

10 POMARES CINTAS, Esther; José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR; Esteban PÉREZ ALONSO; María Dolores MACHADO RUIZ; María Luisa MAQUEDA ABREU; Elena MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS; Juan MORA SÁNCHEZ; María Rosa MORENO TORRES HERRERA; Guillermo PORTILLA CONTRERAS y María Inmaculada RAMOS TAPIA, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 556.

11 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez CASTAÑEDA ESPINOZA), *Recurso de Nulidad N.º 910-2018 Lima Este*, Lima: 5 de diciembre del 2018, f. j. n.º 5.2. Recuperado de <<https://bit.ly/2SCHany>>.

*repelerla y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa*¹². [La cursiva es nuestra].

No siempre los custodios del orden (agentes policiales) estarán en condición de repeler estas agresiones ilegítimas, por ende, se autoriza a los ciudadanos a ejercer una positiva defensa en pos de salvaguardar sus intereses jurídicos más preciados, siempre que concurren ciertos presupuestos, tal como se desprende del art. 20.3 del CP.

En el R. N. N.º 1740-2019 Lima Este, la Sala Penal Permanente destaca:

[N]o se debe olvidar que, según el numeral 3 del artículo 20 del Código Penal y conforme lo señala el profesor Hurtado Pozo:

Actúa en legítima defensa quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros [...]. En su aspecto objetivo, esta descripción comprende una situación de peligro creada por la agresión ilegítima y la acción destinada a neutralizarla. El aspecto subjetivo consiste en la voluntad de defenderse, o de defender a terceros, con la que ha de actuar quien ejerce la defensa. Esta voluntad está prevista de modo implícito en la expresión “obrar en defensa de”. La situación de peligro (estado de necesidad en sentido amplio) supone, por un lado, una agresión ilícita, actual o inminente y, por otro lado, un bien jurídico preponderante que deba ser protegido^{13 14}.

La institución jurídico-penal de la legítima defensa es de vital importancia en la actualidad, pues el número de efectivos policiales con que cuenta la institución es insuficiente para hacer frente a la delincuencia que azota todas las ciudades del país. De ahí que los ciudadanos, no en

12 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez CASTAÑEDA ESPINOZA), *Recurso de Nulidad N.º 910-2018 Lima Este*, Lima: 5 de diciembre del 2018, f. j. n.º 5.3.

13 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, pp. 524 y 525.

14 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PRÍNCIPE TRUJILLO), *Recurso de Nulidad N.º 1740-2019 Lima Este*, Lima: 12 de febrero del 2020, f. j. n.º 12. Recuperado de <<https://bit.ly/3uGP5OQ>>.

pocas oportunidades, deban defenderse de forma personal. Situación que debe ser valorada correctamente por los operadores jurídicos, a fin de evitar resoluciones jurisdiccionales injustas, donde se sancione punitivamente a quien se limitó a defender sus bienes jurídicos vitales.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el R. N. N.º 3697-2007 San Martín, señala los alcances de la “legítima defensa” en nuestra legislación:

[L]a Constitución Política del Estado, en el numeral veintitrés del artículo dos, señala [...]: “Toda persona tiene derecho a la legítima defensa”; asimismo, el numeral tres del artículo veinte del Código Penal estipula [...]: “El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes: a) agresión ilegítima. b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa”¹⁵.

El R. N. N.º 910-2018 Lima Este establece los presupuestos de la sentencia condenatoria:

Constituye premisa básica para expedir sentencia condenatoria, que la misma se respalde en suficientes elementos que acrediten, de forma clara y categórica, la vinculación de una persona en el evento materia de imputación; asimismo, se debe verificar si en autos existe una causa de justificación que exima de responsabilidad penal a la autora de los hechos materia de investigación; ya que a falta de dichos elementos procede su absolución¹⁶.

15 SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: RODRÍGUEZ TINEO), *Recurso de Nulidad N.º 3697-2007 San Martín*, Lima: 19 de febrero del 2008, f. j. n.º 3.

16 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez CASTAÑEDA ESPINOZA), *Recurso de Nulidad N.º 910-2018 Lima Este*, Lima: 5 de diciembre del 2018, f. j. n.º 6.2.

Esto significa que para que una sentencia condenatoria sea legítima en un orden democrático de derecho —que toma a la libertad como plataforma fundamental de su construcción programática— no basta que el condenado haya realizado una conducta típica portadora de lesividad social, sino que se exige a su vez que el agente no haya actuado avalado por un precepto permisivo, propiamente autorizado por una causa de justificación, en cuya virtud la lesión del interés jurídico es lícita.

III. EL CUMPLIMIENTO DE UN “DEBER” COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

El cumplimiento de un deber aparece en el escenario legal y jurídico de las eximentes de responsabilidad penal, propiamente en el marco de las causas de justificación. Acorde a nuestra *lege lata*, es considerado como el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Esta causa de justificación tomó lugar de forma expresa en nuestra legislación penal en julio del 2007, con la emisión del D. Leg. N.º 982, que incluyó el inc. 11 al art. 20 del CP. Bajo esta hipótesis, el uso de la violencia, propiamente el empleo de la fuerza pública por parte los custodios del orden (efectivos policiales y militares), dimana del propio ordenamiento jurídico, pues se autoriza a dichos sujetos públicos al despliegue de la fuerza —basado en el principio de legalidad y sujeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad— sobre los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos con el fin de cumplir una de las funciones esenciales del Estado republicano: resguardar el orden público y la seguridad nacional.

Al respecto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ señala:

[D]e conformidad con esta permisión legal, se declara ajustada al derecho la realización de ciertas conductas típicas llevadas a cabo por el agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico; aunque, para poder concebir esta hipótesis como justificante, es indispensable la existencia de un deber consagrado en la ley, esto es, jurídico —no de carácter moral—, y que el agente cumpla con una serie de exigencias, tanto de índole objetiva como subjetiva¹⁷.

17 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.ª ed., Bogotá: Colimbros, 2009, p. 723.

Estos hechos, que desde lo formal se adecúan a la descripción acuñada en la figura delictiva, están justificados por la eximente en análisis si el funcionario interviniente los ha ejecutado dentro de los límites de la legalidad, objetiva y subjetiva, del cargo público que ejerce y ostenta¹⁸. En palabras de BACIGALUPO: “El ‘oficio o cargo’ solo tiene efecto justificante en la medida que impone un deber específico al que lo desempeña”¹⁹.

Partimos nosotros desde una concepción de la teoría del delito en la que cada nivel o categoría dogmática despliega fines político-criminales por separado, distintos. Entonces, estaremos ya penetrando en la tipicidad siempre que se supere el umbral de lo normativamente permitido, en la medida en que se trate de un acto lesivo para un bien jurídico. Luego, en el ámbito de la antijuricidad, confrontamos esa conducta típica con todo el universo del ordenamiento jurídico. De manera que, si un precepto legal en particular autoriza a una persona a proceder, en un contexto y circunstancia determinada, a tal acometimiento lesivo, estamos pues ante una “causa de justificación”, como sucede en el caso que nos ocupa.

1. El cumplimiento del deber en el Acuerdo Plenario N.º 5-2019

1.1. Fundamento y naturaleza jurídica del “cumplimiento del deber”

Partimos el examen *jurídico-penal* sosteniendo que no hace lo mismo aquel que mata a otro (agresor ilegítimo) para defender su vida (o la de una persona estrechamente vinculada a él) que aquel efectivo policial que mata a otro en el cumplimiento de un deber (por la ley y la Constitución Política del Estado). De todos modos, aun considerando que el uso de la fuerza en cumplimiento de un oficio y/o cargo tiene que ser legítimo —esto es, realizarse conforme a las normas extrapenales que

18 LÓPEZ MESA, Marcelo y José Daniel CESANO, *Antijuricidad y causas de justificación*, Buenos Aires: B de F, 2010, p. 387.

19 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general.*, 2.ª ed., 3.ª reimp., Buenos Aires: Depalma, 2012, p. 381.

lo regulan²⁰—, debe tomar lugar de manera restrictiva, pues se trata de una acción de violencia institucionalizada. En consecuencia, solo será lícita la conducta del agente policial que mata o hiere gravemente a otra persona, cuando es estrictamente necesario para salvaguardar su vida o la de otro ciudadano, ante una situación de franco peligro, generado ilícitamente (*ilegítimamente*) por quien es ultimado o herido de gravedad. Una medida tan extrema y proactivamente violenta debe ser siempre la última opción (atendiendo al principio de *progresividad*)²¹: el efectivo policial (custodio del orden) debe barajar antes otras opciones menos lesivas (principio de proporcionalidad), esto significa que tirar a matar o herir gravemente a alguien debe ser siempre la única alternativa para evitar la muerte de un inocente o del propio policía (siempre que este no haya generado culposa o deliberadamente la situación de peligro)²². Esta es la fórmula necesaria para arbitrar y regular rigurosamente el uso de la violencia represiva “institucionalizada”, con arreglo a los principios esenciales de un Estado constitucional de derecho.

Como bien lo postulan en la doctrina especializada, el uso de la fuerza, armas o de violencia es, por lo general, una causa de justificación, pues el ejercicio de las funciones propias de ciertos cargos públicos faculta a estos servidores a usar la fuerza pública para cumplir con sus funciones. De manera que en el cumplimiento de su actividad pueden causar daño a la vida o integridad personal, para inmovilizar a un demente que pone en peligro a la comunidad, o para capturar a alguien que atenta contra otra persona, o a fin de impedir la perturbación del orden público o para recuperarlo, para hacer cumplir las decisiones y

20 Una suerte de ley penal en blanco.

21 GÓMEZ LÓPEZ señala que las autoridades solo podrán utilizar sus armas de fuego para causar muerte cuando “sea estrictamente inevitable para proteger la vida de una persona” o cuando “las medidas menos extremas resulten insuficientes”. GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Antijuricidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 1192.

22 Cuestión distinta toma lugar ante el conflicto de bienes jurídicos del mismo rango prelativo, fuera de toda agresión ilegítima —propia de la legítima defensa—, propiamente el estado de necesidad “disculpante”.

órdenes de los jueces y demás autoridades, “impedir la comisión de infracciones penales, para evitar mayores peligros en casos de calamidad pública, para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona”, etc.²³

La vida, el cuerpo y la salud son los valores supremos del Estado y la sociedad, por lo que constituyen los cimientos sobre los cuales se edifica y soporta todo el ordenamiento jurídico constitucional.

En consecuencia, la Corte Suprema señala que “la interpretación de las normas sobre la materia no puede realizarse fuera de los límites señalados por las normas internacionales e internas relativas al uso de la fuerza y el uso de armas de fuego en particular”²⁴. O, dicho en otras palabras, tal interpretación debe hacerse en sujeción al subprincipio de “necesidad”, cuando otras medidas represivas menos gravosas no sean idóneas o eficaces para conjurar el riesgo de lesión a los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos y del propio efectivo policial.

Para ZUGALDÍA ESPINAR, el cumplimiento de un deber “implica la ejecución de una conducta obligada por el derecho, impuesta a su autor, y que, además, es penalmente típica, pues supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por la ley”²⁵. Cumplir con el deber supone una actuación funcional conforme a derecho, donde la afectación a la vida, el cuerpo y la salud es definitivamente típica, al constituir una afectación a un bien jurídico, pero es lícita, y por tanto no penalmente antijurídica, al dimanar dicha obligación de los valores

23 GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 1190.

24 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 6. Recuperado de <<https://bit.ly/2SIVYRD>>.

25 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de derecho penal. Parte general. Adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior. Incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio de reforma del Código Penal*, p. 303, citado por XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 4.

del modelo republicano de derecho, que es justamente proteger dichos bienes jurídicos fundamentales.

El programa filosófico-humanista que impregna nuestro ordenamiento jurídico determina que la normatividad que ampara el uso de la fuerza pública institucionalizada sea necesariamente interpretada de manera reduccionista. De esta manera evitamos vaciar de contenido los bienes jurídicos esenciales de la persona, el Estado y la sociedad.

Siguiendo a JESCHECK y WINGEID, el acuerdo plenario *in comento* señaló que “la facultad coactiva del funcionario debe regirse tanto por el principio de menor lesividad de la intervención como el de su proporcionalidad, como normas fundamentales del Estado de derecho”²⁶. Es decir, la fuerza pública se ejerce al amparo de las facultades legales y jurídicas que el ordenamiento jurídico confiere a los custodios del orden, con arreglo a la específica normatividad que la regula como a la competencia funcional (“material”), de quien cumple con el acotado deber²⁷.

Así pues, dar un contenido amplio y extensivo de una justificante como la descrita supondría devaluar precisamente los bienes jurídicos fundamentales que se quiere proteger. Esto nos acercaría a modelos autoritarios y/o policiacos donde la represión estatal no se encuentra debida y rigurosamente delimitada, lo cual daría lugar a violaciones sistemáticas de los derechos humanos, tal como sucedió en décadas pasadas en nuestro país y otras latitudes de la región, sea cual fuese la situación que se atraviesa (estado de emergencia o de excepción).

Siguiendo a POLAINO NAVARRETE, la Corte Suprema indica: “Este deber [...] ha de ser necesariamente un deber jurídico o, mejor dicho, un deber que tenga necesariamente relevancia jurídica; en el presente

26 JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 577.

27 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ indica que “el deber jurídico debe ser de aquellos que obliguen al sujeto a realizar un comportamiento tipificado en el ordenamiento punitivo, y es indispensable que el deber cumplido por el agente no sea de rango inferior al infringido, esto es, que sea igual o superior”. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 726.

caso, directamente derivado de una norma legal”²⁸. Este será, a nuestro entender, un verdadero deber jurídico, pues implica la realización de una actuación funcional encaminada a salvaguardar los valores primordiales del Estado constitucional de derecho, en cuanto a la defensa del orden público, concretamente los bienes jurídicos elementales que pueden verse en peligro de lesión cuando toman lugar situaciones de extrema violencia. Es de la propia normatividad que emergen todas las facultades coactivas estatales, que en el presente caso son conferidas a los efectivos policiales, verdaderos custodios del orden público. Así se desprende del art. 166 de la Const. Pol.:

La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Siguiendo a la doctrina especializada, el ejercicio de la autoridad o de las funciones propias del cargo debe ser legítimo —esto es, conforme a derecho— y —cumpliéndose las formalidades propias de la función y el ejercicio de la fuerza— debe ser necesario y proporcionado a la gravedad de los hechos²⁹. O como se dice en otro sector de la doctrina, el criterio fundamental para dilucidar este extremo es el de *menor lesividad posible* apreciable en concreto al momento de la acción³⁰. De manera que, para poder considerarse lícito, el ejercicio de la fuerza debe ser “necesaria, congruente, oportuna y proporcionada a la exigencia de mantenimiento de la autoridad y el orden público en la situación concreta”³¹.

28 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, t. II, pp. 154 y 155, citado por XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 4.

29 DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOLCIDO, citados por GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 1191.

30 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZABAL MALAREE, *Lecciones de derecho penal*, Madrid: Trotta, 2006, p. 158

31 LÓPEZ MESA y CESANO, *Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., pp. 390 y 391.

No perdamos de vista que se trata de *violencia institucionalizada*, por lo que para ser legítima el uso de la fuerza pública debe dimanar de una competencia reconocida por la ley y la Constitución, y debe tomar lugar de manera arbitrada y proporcional a las circunstancias y gravedad de la situación que enfrenta el custodio del orden.

En consecuencia, la Corte Suprema señala que “la interpretación de las normas sobre la materia no puede realizarse fuera de los límites señalados por las normas internacionales e internas relativas al uso de la fuerza y el uso de armas de fuego en particular”. El programa filosófico humanista que impregna nuestro ordenamiento jurídico determina que la normatividad que ampara el uso de la fuerza pública institucionalizada sea necesariamente interpretada de manera reduccionista, así evitamos vaciar de contenido los bienes jurídicos esenciales de la persona, el Estado y la sociedad.

Sintetizando los planteamientos de CARO JHON y VILLAVICENCIO TERREROS, la Corte Suprema concluye:

Como se apreciaba, CARO y VILLAVICENCIO acotan que el entendimiento mayoritario del cumplimiento del deber como causa de justificación debe ser reconducido a la imputación objetiva (riesgo permitido)³² como elemento integrante del tipo. Se trata de un debate relevante dado que, si el miembro policial no cumpliera su deber de obrar, incurriría

32 Si estamos al nivel de imputación objetiva, propiamente en el plano del *riesgo jurídicamente aprobado*, y si ello implica que la conducta está desprovista de tipicidad legal, es porque no resulta lesiva a bien jurídico alguno, esto resulta ajustable a aquellas actuaciones por las cuales la utilidad social hace descartar que la podamos calificar como “lesiva”, pero cuestión distinta a saber es cuando dicho emprendimiento da lugar a una afectación a un interés jurídicos por menos afectivo que sea, pues ello define un marco de afección cuya licitud solo puede construirse desde las vértices de una causa de justificación. A decir de GÓMEZ LÓPEZ, obrar bajo un “riesgo permitido” es una causa de atipicidad, más aún cuando, “[...] conforme a la teoría de la imputación objetiva, actuar bajo un riesgo jurídicamente aprobado es causa de no imputación del resultado producido”. GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 1110.

en conducta omisiva probablemente delictiva, de modo que no puede constituir causa de justificación la obligación de no delinquir³³.

Decir que el hecho de que la omisión de una acción exigible por una norma extrapenal al efectivo policial sea delictiva (omisión de actos funcionales) significa que su actuación conforme a dicha obligación funcional es una causal de atipicidad penal, importa confundir los diversos planos de valoración dogmática, en las diversas situaciones que puede colocarse el custodio del orden. Una cosa es no incautar una mercadería ilícita o no poner a disposición del Ministerio Público a quien ha sido aprehendido en flagrante delito (omisión de actos funcionales) y otra aquella situación de extremo riesgo para la vida, el cuerpo y la salud de personas inocentes, donde el efectivo policial procede a matar o herir gravemente al agresor ilegítimo, pues en este último caso se ha extinguido una vida humana o se ha puesto en peligro esta³⁴. Acá pues, al haberse afectado un bien jurídico fundamental, la conducta es típica, pero, al haber tomado lugar en el estricto cumplimiento del deber y no haber otra alternativa menos lesiva, es considerada una causa de justificación. Una postura en contrario implicaría vaciar de contenido dichos intereses jurídicos nucleares del ser humano. Así el AP N.º 5-2019 precisa: “Solo corresponde indicar que se estaría ante una causa de justificación sin ánimo de agotar ahora el tema puesto que no es materia del pleno”³⁵.

33 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 15.

34 En opinión de LÓPEZ MESA y CESANO, esta justificante tiene como presupuesto la existencia de conflicto de deberes que impone a su titular, en forma concurrente, comportamientos contradictorios y excluyentes, de tal modo que el cumplimiento de uno de ellos determina la lesión del otro. LÓPEZ MESA y CESANO, *Antijuricidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 365.

35 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 15.

1.2. Presupuestos³⁶ de aplicación del cumplimiento del deber

El f. j. n.º 18 del AP N.º 5-2019 señala que el uso de la fuerza por parte de la PNP está regulado por el D. Leg. N.º 1186, de agosto del 2015, cuyo art. 4 establece los principios que guían el uso de la fuerza: legalidad, necesidad y proporcionalidad.

- a) *Principio de legalidad*: el uso de la fuerza pública policial solo puede estar encaminada al cumplimiento de una finalidad prevista en la ley y en la Constitución Política del Estado. Esta no es otra que la protección del orden público y la defensa de los valores fundamentales consagrados al primer nivel del ordenamiento jurídico.
- b) *Principio de necesidad*: en el caso concreto no se cuenta con otros instrumentos o medidas legales menos lesivas que permitan lograr cabalmente la finalidad propuesta³⁷.
- c) *Principio de proporcionalidad*: el uso de la fuerza pública debe ser acorde a la situación de violencia generada, esto es, para poder sofocar o, dígase, conjurar dicha situación de peligro para los bienes jurídicos fundamentales de las personas o del mismo efectivo policial.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 166 de la Const. Pol., la finalidad constitucional de la PNP es resguardar el orden público y la integridad de los ciudadanos en todo el territorio nacional, para lo cual se le faculta el uso de la “fuerza pública”³⁸.

36 Legales y jurídicos.

37 LÓPEZ MESA y CESANO indican que no habría tal proporcionalidad, por ejemplo, cuando para conjurar una fuga de un preso se efectúa un disparo fatal. Es evidente que, en tal caso, el restablecimiento del orden no puede justificar tamaña conducta. LÓPEZ MESA y CESANO, *Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 391.

38 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN indican que los límites propios del ejercicio del cargo serán los que expresamente aparezcan en el reglamento o en la ley, pero, en todo caso, la doctrina y las disposiciones internacionales han señalado límites a fin de “evitar todo exceso o desviación de poder”: “la *necesidad racional de la fuerza y su adecuación proporcional al hecho*”. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN,

Para el ámbito de aplicación del cumplimiento del deber hemos de remitirnos al D. Leg. N.º 1186, que justamente establece el marco legal que regula el uso de la fuerza por parte del personal de la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su finalidad constitucional. Así, en su art. 2 se dispone: “Las disposiciones del presente decreto legislativo alcanzan a todo el personal de la Policía Nacional del Perú en situación de actividad que usa la fuerza en defensa de la persona, la sociedad y el Estado”. Este es su ámbito de actuación, en lo que respecta a la persona facultada para ejercer la fuerza pública, en el ejercicio del cargo público y en defensa de los intereses jurídicos fundamentales del Estado, la persona y la sociedad, es decir, de naturaleza personal, colectiva e institucional.

Para la eximente no es suficiente que se esté en ejercicio del cargo, sino que requiere además que se obre con ocasión del ejercicio de las funciones propias del cargo, es decir, que la acción típica correspondiente se ejecute en el desarrollo de las funciones propias de la autoridad o cargo; por lo mismo, la tarea debe constituir un acto propio del servicio³⁹.

Por su parte, el f. j. n.º 20 del AP N.º 5-2019 establece que “el Decreto Legislativo N.º 1186 reconoció que el uso de la fuerza tiene lógicos niveles”, lo que implica una suerte de proceso de progresividad en la dosificación del uso de la fuerza pública, dependiendo de la gravedad de la situación que ha de enfrentar el efectivo policial en cada caso en particular. En consecuencia, de entrada, el policía no puede tirar a matar al probable agente delictual, sino que ha de hacer uso primero de otros mecanismos disuasivos que importen una menor dosis de violencia represiva. Ello también en atención al principio de proporcionalidad.

Llevado lo argumentado al “uso racional de la fuerza”, vemos que el f. j. n.º 33 del AP N.º 5-2019 establece: “Los efectivos policiales en el desempeño de su labor (como funcionarios) encargados de hacer

Derecho penal. Parte general, ob. cit., p. 1192. La cursiva es nuestra.

39 GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., pp. 1191 y 1192.

cumplir la ley están autorizados, entre otras cosas, a emplear la fuerza y usar las armas de fuego que el Estado les confía, pero dentro de los razonables límites permitidos”. Esto quiere decir que, en la realización de su labor, en la custodia del orden público y la defensa de la integridad de los ciudadanos, la Policía ha de hacer uso de la fuerza, pero para que esta sea legítima, mejor dicho, lícita, debe ser dosificada de manera racional, en el sentido de que la expresión misma de la fuerza denota diversos niveles de intensidad, por lo que su graduación dependerá de las características y particularidades del caso. No se podrá de frente tirar a matar, o disparar contra los órganos vitales de un ciudadano, ante el mínimo arrebató de un bien de escaso valor sin violencia o ante una protesta pública.

No en vano en el fundamento siguiente del referido acuerdo plenario se señala que, “aunque estén autorizados a usar la fuerza y las armas de fuego, [...] en el derecho internacional existen límites a dichas actuaciones para evitar los excesos y resultados fatales. Todo ello en respeto a la dignidad de la persona”. Esta es una premisa fundamental, por cuanto acá existe conflicto de bienes jurídicos, no propiamente del que surge del estado de necesidad justificante, sino del que exige la ponderación, sabedores de que el empleo de la fuerza física y sobre todo de las armas de fuego es potencialmente lesivo para la vida, el cuerpo y la salud, de manera que el desarrollo de toda esta actuación funcional de los custodios del orden ha de estar debidamente delimitada —normativamente hablando—.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) —que, en su calidad de organización imparcial, neutral e independiente, mantiene un diálogo con las fuerzas policiales y de seguridad de muchos países del mundo—, en las Reglas y Normas Internacionales aplicables a la Función Policial, sostiene:

Las fuerzas policiales y de seguridad a las que se les ha conferido el mandato de hacer cumplir la ley en sus países desempeñan un papel importante en ese sentido, puesto que tienen la responsabilidad de servir y proteger a sus poblaciones y comunidades y, en particular, de

prevenir y detectar los crímenes, mantener el orden público y proteger y asistir a las personas que lo necesitan. Al cumplir esas obligaciones, tienen el deber de respetar el marco jurídico internacional relativo a la aplicación de la ley, que es el derecho internacional de los derechos humanos.

A su vez, se requiere la presencia del elemento subjetivo, que toda causa de justificación conlleva, esto implica la necesidad de verificar que el agente policial (o militar), al momento de realizar el cumplimiento del deber (lesionar gravemente o matar a un ciudadano), sepa que está actuando amparado bajo una causa de justificación, en cuanto a un precepto permisivo que le autoriza efectuar injerencias en los derechos fundamentales de terceros⁴⁰. En la literatura internacional, se estima que “el autor debe [...] reconocer la existencia de la situación que justifica el hecho y haber actuado en el ejercicio de la autorización que se le otorga o en cumplimiento del deber que se le impone”⁴¹.

1.3. Conflicto de intereses jurídicos en el uso de la fuerza en cumplimiento del deber

Empezamos este apartado con el planteamiento del problema, a saber, que el uso de la fuerza en cumplimiento de un deber “engloba la afectación de los bienes jurídicos vida e integridad física”, los cuales, a criterio de PEÑA CABRERA, son colocados por el texto punitivo “en un primer plano de valoración; en el sentido de la vitalidad elemental del ser humano”⁴². Esto es algo de especial valor, en el sentido de que no puede perderse de vista que el ordenamiento jurídico busca proteger dichos bienes jurídicos y por ello les otorga prevalencia, lo que justamente debe tomarse en consideración al momento de analizar la legitimidad de causas de justificación como la presente.

40 LÓPEZ MESA Y CESANO, *Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 392; POMARES CINTAS *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 597.

41 JESCHECK Y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 483 y 484.

42 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 48.

Dar solución al conflicto, entre la afectación y/o lesión de bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos y, precisamente, su inviolabilidad y respeto a su contenido esencial, que subyace al cumplimiento del deber ha de partir desde el orden de valores contemplados en el texto ius-constitucional, considerando que el uso de la fuerza pública supone una actuación funcional legítima del efectivo policial, pues resulta consustancial a las labores que el mismo orden jurídico le confiere. Y es que justamente se le confiere legalmente la autorización de realizar actos de injerencia sobre la integridad personal de un ciudadano con el fin de lograr la irrestricta defensa del orden público y los bienes jurídicos vitales del ser humano y de la sociedad.

El uso de la fuerza por parte del custodio del orden deberá ser dosificado conforme las características y particularidades de la situación de alarma generada por el tercero y siempre —claro está— conforme a los principios de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad. No poner límites legales e interpretativos a la normatividad que concede a estos funcionarios y servidores públicos el empleo de la “fuerza pública” significaría —sin duda— vaciar de contenido los derechos fundamentales afectados por ella, algo inaceptable e intolerable en un orden jurídico regido por la justicia y el derecho. POMARES CINTAS señala que en la esfera específica de la violencia estatal por parte de la autoridad y sus agentes colisionan dos intereses: “el interés relativo al mantenimiento de la seguridad pública y la prevención de delitos, de un lado, y la protección de bienes jurídicos individuales fundamentales, de otro; conflicto que se resolverá a favor del primero, siempre que se observen determinados requisitos”⁴³⁴⁴.

En su momento nos mostramos contestes a la reforma normativa provocada por la Ley N.° 30151⁴⁵, básicamente por dos razones: prime-

43 POMARES CINTAS *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 592.

44 Vid. DEMETRIO CRESPO, Eduardo y Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE (coords.), *Curso de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Barcelona: Experiencia, 2010, pp. 311 y 312.

45 Ley que modifica el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, referido al uso de armas u otro medio de defensa por personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

ro, porque existe un mercado negro de armas de fuego que, en vez de ser combatido, se vería alimentado con una disposición de tal calibre; y, segundo, porque varias de las organizaciones delictivas que operan en todo lo ancho y largo del territorio nacional están compuestas por efectivos policiales, que escudándose en preceptos como este, podrían pretender cubrir de licitud actuaciones manifiestamente antijurídicas.

Bajo ninguna circunstancia podrá afectarse o, dígase, degradarse o relativizarse la dignidad humana. Aun en estados de emergencia o de excepción —que el texto constitucional reconoce y que de hecho implican una limitación al ejercicio de derechos fundamentales y un mayor ámbito de intervención de los custodios policiales del orden—, el ordenamiento jurídico nunca permitirá trato degradante alguno —como el uso de la tortura o el aislamiento total del individuo—, el despojo de las garantías mínimas del “debido proceso”, la privación del derecho de una defensa técnica (sea privada o de oficio) ni la ausencia del control legal y constitucional que la Ley Fundamental le atribuye al representante del Ministerio Público. Ningún estado de excepción puede importar tales vulneraciones. Las normas constitucionales deben ser interpretadas de manera sistemática, por lo que ninguna actuación policial queda exenta de control del persecutor del crimen y defensor de la legalidad, es decir, del representante del Ministerio Público, máxime cuando se produce una detención. La Policía está obligada a poner al detenido a disposición del fiscal, a fin de que este ejercite ante el órgano jurisdiccional las acciones legales que estime pertinente. Esta es la distinción entre regímenes policiales autoritarios y regímenes democráticos y garantistas de la persona humana.

Al respecto, el f. j. n.º 52 del AP N.º 5-2019 señala lo siguiente:

La eximente de obrar en cumplimiento de un deber no comprende los tratos inhumanos o degradantes, prohibidos en la Constitución Política e internacionalmente, pues suponen un atentado grave contra la dignidad de la persona, por lo que para apreciarse esta causa de justificación el agente además debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir con su deber. Para que sea de aplicación la eximente referida, “es preciso

que la violencia sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible”^{46 47}.

Lo dicho significa, primero, que el uso de la fuerza pública nunca puede vaciar de contenido el cimiento material y espiritual que soporta todo el edificio normativo, esto es, la “dignidad humana”; y, segundo, que su utilización es arbitrada por medio de los subprincipios de necesidad y de lesividad.

Ello se concatena con lo que se expone en el f. j. n.º 53 del AP N.º 5-2019, a saber:

*Ni la incorporación ni la modificación del inciso 11 del artículo 20 del CP —a través de los sucesivos actos legislativos indicados: el Decreto Legislativo 982 y la Ley 30151—, exoneran al Perú (y a sus funcionarios policiales) a reducir u obviar los parámetros del uso de la fuerza que han sido establecidos para todos, a escala mundial, en los instrumentos internacionales que la comunidad de las naciones unidas (en que nuestro país se inserta) se ha comprometido a cumplir; ni se puede interpretar las normas locales de modo que contravengam aquellas*⁴⁸. [La cursiva es nuestra].

El inciso 11 fue incorporado al art. 20 del CP en julio del 2007 por el D. Leg. N.º 982. En su momento cuestionamos duramente⁴⁹ esta

46 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de derecho penal. Parte general. Adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior. Incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio de reforma del Código Penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 325.

47 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 52.

48 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 53.

49 Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., “Objeciones a la legitimación del inciso 11 del artículo 20 del CP. A propósito de la STC Exp. N.º 00012-2008-PI/TC”, en PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Estudios sobre derecho penal y procesal penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, pp. 11-21; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Derecho penal. Parte general*, t. I, 4.ª, ed., Lima: Idemsa, 2013.

decisión político-criminal, no solo por su acusada falta de sistematicidad, sino también por su implicancia y repercusiones para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, GARCÍA CAVERO sostuvo que la incorporación del inciso 11 al art. 20 del CP fue “absolutamente innecesaria, pues la existencia de una causa de justificación general por el cumplimiento de un deber hace ociosa la previsión de este supuesto específico referido a los miembros de las Fuerzas Armadas y posterior modificación”⁵⁰. De hecho, esta inclusión normativa partió más de una consideración político-criminal tendiente a ejercer una función más sociopedagógica que propiamente técnica (dogmática), puesto que no era indispensable su inclusión en el Código Penal. Ello obedeció más a tribunas y trincheras de la sociedad civil, que criticaban duramente a los operadores jurídicos que no aplicaban con justicia y corrección esta causa de justificación y, en consecuencia, encarcelaban preventivamente o, en el peor de los escenarios, condenaban a efectivos policiales que habían actuado en “cumplimiento del deber”.

La reforma del precepto legal por la Ley N.º 30151 incidió negativamente en los mismos factores o planos de valoración: en el uso racional y legítimo de la violencia pública “institucionalizada”.

No es de menor importancia lo señalado en el último párrafo del f. j. n.º 55 del AP N.º 5-2019:

Resulta innecesario disparar contra la persona que eligió la opción de fugar ante la presencia policial (como forma de autotutela ante una inminente detención y posterior procesamiento) salvo que la vida o la integridad de los efectivos del orden u otras personas sea puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando⁵¹.

50 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, p. 608, citado por XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 42.

51 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 55.

Esta postulación es coherente con lo argumentado por nosotros: que tirar a matar y/o lesionar al presunto infractor de la norma jurídico penal debe ser siempre la última alternativa a tomar por el custodio del orden, en armonía con el criterio de “progresividad”, y que la dosificación del uso de la fuerza pública ha de depender de la situación de riesgo (concreto) para los bienes jurídicos fundamentales de un ciudadano o del propio efectivo policial. Solo si hay una real probabilidad de lesión a dichos intereses jurídicos es que se puede proceder funcionalmente de tal manera. Entonces, la sola fuga del presunto autor de un delito no es justificación suficiente para tirar a matar o herir gravemente, máxime si él está desarmado o no cuenta con objeto contundente alguno para eliminar a alguna persona.

En cuanto al ámbito de actuación de los custodios del orden, el f. j. n.º 56 del AP N.º 5-2019 señala:

[R]esulta importante que todos los agentes encargados de hacer cumplir la ley tengan en claro los límites del término “uso de sus armas” y de la referencia “otros medios de defensa”, dado que las disposiciones locales y los cambios normativos internos están subordinados al alcance de los compromisos internacionales que protegen desechos fundamentales, teniendo en cuenta que, además de generar en algunos casos daños irremediables y graves responsabilidades personales, pueden derivar en pesadas cargas estatales en el ámbito ético y reparatorio⁵².

Sin duda, resulta vital que el efectivo que hace uso de la fuerza pública, a veces “extrema”, sepa perfectamente cuál es su ámbito legal de actuación funcional para moverse en el campo de lo “lícito” y evitar ingresar al ámbito de lo penalmente prohibido. Así, en esta línea de argumentación, es difícil que el agente policial pretenda ampararse en un error de prohibición cuando cometa un exceso en su actuación funcional.

52 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 56.

Dicha premisa de cognición normativa adquiere vigor y justificación aplicativa conforme se desprende de los valores y garantías que subyacen del ordenamiento jurídico constitucional, acorde a los compromisos asumidos por el Estado peruano en virtud de los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

No perdamos de vista que un exceso de la función policial o una violación flagrante a los derechos humanos puede generar dos clases de responsabilidad: una responsabilidad penal, que solo recae en el efectivo policial; y otra, muy distinta y mucho más extensiva en su imputación, de naturaleza “civil”, que debe asumir el Estado. Esta última puede generar controversias que en algunos casos llegan incluso hasta la Corte IDH, instancia que, en ocasiones, determina que el Estado pague altas sumas de dinero a las víctimas o a sus deudos.

Lógicamente, toda la normatividad que regula el uso de la fuerza pública por parte de los efectivos policiales (D. Leg. N.º 1186 y Resolución Ministerial N.º 952-2018-IN), en consonancia con el art. 20.11 del CP, debe interpretarse de conformidad con los intereses en juego. Es decir, la utilización de la violencia institucionalizada de la actuación policial debe obedecer a una debida ponderación entre: 1) la necesidad de resguardar la seguridad pública e integridad de la población y 2) el irrestricto respeto a los derechos fundamentales. El resultado de ello es la utilización racional de la fuerza pública en armonía con los valores que constituyen los cimientos de un orden democrático de derecho.

Entonces, podemos decir que la reforma introducida por la Ley N.º 30151 “no es una carta en blanco para el uso de la fuerza por parte del funcionario encargado de hacer cumplir la ley”⁵³. En un Estado de derecho no hay licencia abierta para matar o lesionar a alguien, el uso racional y arbitrado de la violencia implica necesariamente someter

53 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, citado por XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 44.

dicha actuación pública a los presupuestos establecidos en la ley de la materia (ley penal en blanco).

Solo en casos extremos, de indudable emergencia y necesidad, los efectivos policiales han de disparar a matar o, dígase, a eliminar a los agentes del delito, solo cuando no quepa otra opción y exista un peligro latente para la vida, cuerpo y salud de una persona. Acá se aplican los principios de “proporcionalidad” y de “prohibición de exceso”. No existe precepto legal alguno que de manera abierta y directa conceda a una persona el derecho de matar o lesionar gravemente a otra, tal derecho ni siquiera es concedido a los efectivos policiales en la custodia del orden público. A lo que el ordenamiento jurídico autoriza a los miembros policiales es al uso de la fuerza pública en los casos estrictamente necesarios para controlar y conjurar la probable lesión de un ciudadano o del propio efectivo policial, así como para preservar un clima de paz pública. El empleo de la fuerza pública debe estar siempre arbitrado y razonablemente controlado, a fin de cautelar su legitimidad y evitar su desborde, un abuso de un derecho que puede en algunos casos convertirse en una violación de derechos humanos.

La Corte Suprema, en el AP N.º 5-2019 (f. j. n.º 57), concluye:

El Ministerio del Interior tiene que proporcionar la logística suficiente para que la Policía Nacional utilice medios no letales eficaces para realizar óptimamente su función de modo que los medios letales puedan ser empleados en los extremos casos en que fueran estrictamente necesarios⁵⁴.

Esto implica que las fuerzas del orden público, en específico los efectivos policiales en el cumplimiento del deber, puedan contar no solo con su arma reglamentaria, sino con otros instrumentos, herramientas o armas no letales para poder cumplir eficazmente con su labor. Por ejemplo, el generador de voltaje (descarga eléctrica que contrae los

54 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 57.

músculos) y el gas pimienta. Hay, pues, todo un abanico de alternativas cuya dotación requiere de una gestión administrativa del más alto nivel (Ministerio del Interior). De esta forma, al dotar al policía de distintos tipos de armas, este utilizará la que se corresponda con la naturaleza de los hechos, lo que, en otras palabras, significa someter el ejercicio de la fuerza pública a baremos de proporcionalidad. No en vano en el f. j. n.º 58 del AP N.º 5-2019 se dice que “no se pretende desarmar a la policía a escala mundial, sino se aspira promover intervenciones policiales firmes y eficaces, que, al mismo tiempo, sean razonablemente respetuosas de los derechos básicos internacional y nacionalmente declarados y protegidos”⁵⁵. La eficacia y la eficiencia de la actuación policial —en el marco de la lucha contra la delincuencia y en resguardo del orden público y la defensa de los bienes jurídicos fundamentales de la persona y la sociedad— no supone, en un orden democrático de derecho, descargar siempre el máximo y extremo de la violencia institucional, sino de ejercer esta actuación en sujeción a criterios de razonabilidad y racionalidad, así evitamos represiones indiscriminadas y, lo que es más grave, flagrantes atentados a los derechos humanos.

Prevención y contención contra la delincuencia *sí*, sobre todo en las manifestaciones más graves de la criminalidad, pero nunca degradando las garantías fundamentales (constitucionales) de la persona humana.

1.3.1. A modo de conclusión

Así como el Estado debe proteger y respetar rigurosamente la vida, el cuerpo y la salud, que constituyen los bienes jurídicos fundamentales (*vitales*) del ser humano, aparece también la obligación de ese mismo Estado de garantizar un estado de convivencia pacífica entre los ciudadanos. La paz y el orden público importan intereses jurídicos dignos también de tutela jurídica y constituyen tareas fundamentales del modelo republicano que recoge nuestro texto ius-constitucional.

55 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 58.

La labor de paz y seguridad pública —de primer orden en un Estado constitucional de derecho— se materializa a través de la actuación de los custodios del orden, de los efectivos policiales de la PNP (en estados de emergencia también por los miembros de las Fuerzas Armadas) —tal como lo consagra el art. 166 de la Const. Pol.—, quienes están autorizados a utilizar la fuerza pública para llevarla a cabo. Y esta facultad del uso de la “fuerza pública” adquiere configuración legal en los incisos 8 y 11 del art. 20 del CP, en cuanto al “cumplimiento de un deber” o el “ejercicio legítimo de un oficio o cargo”, que, en términos dogmáticos de la “teoría del delito”, opera en el caso que nos ocupa como una causa de justificación, al ser un precepto que autoriza legalmente a los custodios del orden el empleo de la fuerza pública, que en algunos casos puede importar la muerte o la causación de lesiones graves a una persona. Esta consecuencia es evidentemente lesiva para un bien jurídico fundamental, por lo que es necesariamente “típica”, pero no penalmente antijurídica ni, por tanto, punible, siempre que concurren en rigor los presupuestos de configuración legal del cumplimiento del deber, que justamente son delineados por la Corte Suprema en el AP N.º 5-2019.

Todo lo dicho, sin perjuicio de reconocer que en ciertas actuaciones públicas de mucho menor entidad lesiva el llamado cumplimiento del deber pueda operar como una causal de “atipicidad penal”, pero no en el presente caso, donde se hace alusión a una utilización progresiva del uso de la fuerza pública, que —como se indicó— puede tener como desenlace la muerte de una persona, máxime ante la innecesaria inclusión del numeral 11 al art. 20 del CP, que dispuso eximir de responsabilidad al personal de las Fuerzas Armadas y de la PNP que en cumplimiento del deber cause lesiones o muerte. Si ya el numeral 8 les otorgaba esta facultad legal a los efectivos policiales, no era indispensable generar normativamente esta causal de exoneración de responsabilidad penal. No existe, pues, el derecho de matar o lesionar a nadie, lo que sí existe es la facultad que tiene el custodio del orden público de lesionar o matar a otra persona cuando es la única opción para salvar la vida de otro ciudadano o la suya propia, siempre en ejercicio del cargo.

Entonces, sea bajo el amparo del numeral 8 o del 11 del art. 20 del CP, igual el uso de la fuerza pública por parte del efectivo policial debe sujetarse estrictamente a toda la normatividad extrapenal que lo regula, tanto interna como internacionalmente, siempre considerando las diversas circunstancias y particularidades del caso concreto que debe enfrentar el efectivo policial, de modo que acá rigen los principios de proporcionalidad y de razonabilidad. De esta forma se impide el uso excesivo de la fuerza pública, desproporcionada, nunca lícita (por tanto, *injustificada*), cuyo desborde ha significado —no en pocas ocasiones— flagrantes violaciones al contenido esencial de los derechos humanos.

Arbitrar, regular y dosificar el uso de la fuerza pública, muchas veces necesaria para resguardar el orden público como la defensa de los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos, es una misión vital en un orden democrático de derecho, que tiene como plataforma la defensa irrestricta de la persona humana y su intrínseca dignidad.

2. El cumplimiento del deber en la Ley N.° 31012, Ley de Protección Policial

2.1. El contexto de emisión de la Ley N.° 31012: estado de emergencia nacional a causa de la pandemia de la COVID-19

El 15 de marzo del 2020, durante el periodo del expresidente Vizcarra, por primera vez se decretó el estado de emergencia nacional como una forma de evitar la propagación y contagio del COVID-19. Esto supuso la inmovilización social obligatoria de todos los ciudadanos. No obstante, los miembros de la PNP y de las Fuerzas Armadas, debido al estado de emergencia declarado en todo el territorio nacional, fueron los más expuestos no solo debido a la posibilidad latente de contagiarse con el COVID-19, al tener cercanía directa y permanente con las personas que transitaban en la calle, sino también porque los mismos ciudadanos que desacataban los mandatos imperativos del Gobierno nacional producían francas agresiones a los bienes jurídicos fundamentales de los efectivos. Por ejemplo, el 20 de marzo del 2020 un sujeto que no quiso acatar el estado de emergencia atropelló y dio muerte de forma deliberada a un soldado en Puno, cometiendo el delito de homicidio

agravado por la calidad de la víctima, cuya pena privativa de libertad no debe ser menor de los 25 años ni mayor de los 35 años.

En este contexto y ante la necesidad de proteger legalmente la función policial (y militar), se promulgó la Ley N.º 31012, Ley de Protección Policial.

2.2. La Ley de Protección Policial a la luz de las garantías y principios del Estado constitucional de derecho

La Ley N.º 31012, Ley de Protección Policial, diseñada por el Congreso de la República anterior al que la promulgó, dispuso en su primer artículo lo siguiente:

La presente ley tiene por objeto otorgar protección legal al personal de la Policía Nacional del Perú que, en ejercicio regular de su función constitucional, hace uso de sus armas o medios de defensa, en forma reglamentaria causando lesiones o muerte y brindar el servicio de asesoría y defensa legal gratuita al personal policial, que afronta una investigación fiscal o un proceso penal o civil derivado del cumplimiento de la función policial, señaladas en el Decreto Legislativo N.º 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú, y Decreto Legislativo N.º 1186, Decreto Legislativo que Regula el Uso de la Fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú. En estas circunstancias al ejercer su derecho a su legítima defensa y de la sociedad establecido en la ley, el principio de razonabilidad de medios será interpretado a favor del personal policial interviniente, estableciendo mecanismos procesales que eviten menoscabar el principio de autoridad policial.

Subrayamos la idea de que la función policial (y militar), sobre todo en tiempos actuales, debe ser tutelada por el ordenamiento jurídico, y para tal fin se debe utilizar todas las armas e instrumentos legales y constitucionales que ello demande. Sin embargo, debemos tener mucho cuidado, pues estemos o no en un estado de emergencia no existe abolición alguna de los derechos vitales (esenciales) del ser humano, como la vida, integridad personal e intrínseca dignidad.

Así, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Exp. N.º 00002-2008-PI/TC, señaló:

La suspensión del ejercicio de derechos regulada por el artículo 137 de la Constitución, “constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el Gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. *Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de derechos comporte la suspensión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse [...]*”^{56 57}. [La cursiva es nuestra].

El Estado constitucional de derecho sigue, pues, vigente, pero con ciertas restricciones.

Al margen de la defensa legal que deba tener aquel efectivo policial procesado por la justicia en el “cumplimiento del deber” (en uso de la fuerza pública), no se pueden establecer criterios interpretativos que vayan en contra de la ley y del ordenamiento constitucional. Por ejemplo, el *in dubio pro reo* toma lugar en el ámbito de la valoración de la prueba, pues en todo proceso penal democrático y garantista para condenar al acusado se requiere la superación de dicho estándar cognitivo (de la prueba). En ese sentido, la fijación de una cláusula normativa cuya interpretación favorezca *al personal policial interviniente* significa una suerte de interpretación a favor del imputado que no tiene vigor jurídico alguno —ni en el derecho penal sustantivo ni en el adjetivo—. La ley penal o procesal penal que tiene vigencia en un orden democrático de derecho debe ser interpretada con arreglo al principio de legalidad, ajustable a los valores penales y constitucionales. Cuestión distinta es la posibilidad de aplicar la norma penal más favorable en el tiempo, acorde a lo previsto en el art. 103 de la Const. Pol. y a los arts. 6 y 7 del CP.

56 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-8/87*, San José: 30 de enero de 1987, f. j. n.º 24.

57 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00002-2008-PI/TC*, Lima: 9 de septiembre del 2009, f. j. n.º 26.

2.3. La labor interpretativa sujeta a la ley y a la Constitución

La interpretación normativa es aquella operación intelectual encaminada a desentrañar la *ratio* del dispositivo legal en cuestión. Por tanto, la labor *interpretativa* es irrenunciable en un orden democrático de derecho, es decir, no hay forma de considerar que las convenciones penales puedan ser aplicadas de forma directa, pues su sentido y alcance necesita de una interpretación. Al respecto, BACIGALUPO sostiene: “Hay un punto de consenso en el que en la actualidad existe una coincidencia generalizada: toda aplicación de la ley requiere un entendimiento de la misma y un entendimiento único del texto legal está prácticamente excluido en la mayoría de los casos decisivos”⁵⁸.

La interpretación judicial de la ley es aquella que ejecutan los tribunales en ejercicio de su potestad jurisdiccional. No solo se expresa en las conclusiones que integran la parte dispositiva de los fallos, sino también de manera más explícita en las consideraciones⁵⁹. Así, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Exp. N.º 00030-2005-AI/TC, dejó sentado lo siguiente:

La interpretación es una función inherente a la labor de todo operador del derecho; es decir, inherente a la labor del operador de las normas jurídicas.

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51) como desde el subjetivo-institucional (artículos 38 y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución)⁶⁰.

58 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 113.

59 CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 11.ª ed., Santiago de Chile: Ediciones UC, 2020, p. 193.

60 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00030-2005-PI/TC*, Lima: 2 de febrero del 2009, ff. jj. n.ºs 39 y 40.

La interpretación normativa de ningún modo puede desbordar el tenor literal de la ley, pues de hacerlo se estaría produciendo una creación judicial del derecho penal, lo que se encuentra vedado en un orden democrático de derecho, el cual debe estar siempre en armonía y concordancia con los valores y principios del texto ius constitucional. Así, la Corte Suprema, a través del AP N.º 1-2016, ha esbozado lo siguiente:

El ordenamiento jurídico no se fundamenta solo en la ley, entendida esta como el acto que emana del legislador, sino en la Constitución Política del Estado. Dicha afirmación se basa en la razón misma que motivó la creación de este instrumento normativo: la definición de los principios y valores que caracterizan a una sociedad en concreto. [...]

La selección realizada por el constituyente tiene sus efectos directos en la labor que desempeñarán todos los operadores jurídicos, pues ellos deberán cumplir sus funciones dentro de los marcos que establece la Constitución, por una doble razón. En primer lugar, desde una perspectiva formal, porque la Constitución Política es la norma básica del ordenamiento jurídico. Por tanto, las normas que se crean, o la interpretación que se realiza de aquellas, deberán encontrarse conforme a la Ley Fundamental, dada su posición en la base del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, existe una razón de validez material, según la cual la norma es concebida como una expresión, específicamente una concreción, de los principios o los valores que la Constitución recoge. La actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino —y ante todo— un razonamiento constitucional [...] ⁶¹.

Cada día es mayor el número de tribunales constitucionales en todo el mundo que utilizan las exigencias del principio de proporcionalidad para evaluar si las limitaciones penales a los derechos fundamentales o las omisiones legislativas en relación con la posible expedición de normas

61 II PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2016/CIJ-116*, Lima: 1 de junio del 2016, ff. jj. n.ºs 10 y 11.

penales para proteger derechos de esta índole son inconstitucionales⁶². El principio de proporcionalidad, en sentido amplio, es el primer test de legitimación que ha de superar cualquier intervención penal, y que vincula a todos los poderes públicos.

Por último, el art. 5 del D. Leg. N.º 1186, Decreto Legislativo que Regula del Uso de la Fuerza por Parte de la Policía Nacional del Perú, indica:

Las disposiciones del presente decreto legislativo se interpretan conforme a lo establecido en la Constitución Política del Perú, las normas del derecho internacional de los derechos humanos reconocidas por el Estado peruano, las decisiones de organismos supranacionales, los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

2.4. Límites de la “eficiencia” de la función policial

La postulación que realiza la defensa del procesado (efectivo policial) sobre la muerte o lesiones producidas a la víctima en estricto cumplimiento de su deber (como causa de justificación) se debe analizar en rigor fáctico, jurídico y probatorio, y constatar si en realidad concurren los presupuestos de configuración legal de dicha eximente de responsabilidad.

El art. 2 de la Ley N.º 31012 señala que esta tiene por finalidad “garantizar la eficiencia del servicio que presta el personal policial en el cumplimiento de su función constitucional, cuando hacen uso de sus armas o medios de defensa en forma reglamentaria y de esta manera gocen de la protección legal del Estado”.

62 BERNAL PULIDO, Carlos, “Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal”, en RUSCONI, Maximiliano y Juan LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 94.

Sin embargo, dicha finalidad no puede lograrse a cualquier costo. Como señalamos anteriormente, el AP N.º 5-2019 estableció que el uso de la fuerza por parte de los custodios del orden debe ser racional y que está sujeto a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Garantizar la eficacia y eficiencia de cualquier servicio público, en este caso, el uso de la fuerza pública por parte del efectivo policial bajo supuestos de extrema necesidad, no puede dejar de lado los otros intereses jurídicos afectados y que también son dignos de amparo jurídico, en este caso, la vida, el cuerpo, la salud y la libertad de los ciudadanos.

De manera que la eficacia y eficiencia de la actuación policial, en resguardo del orden público y la defensa de los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos, nunca podrá (según los principios del Estado constitucional de derecho) reducir o en su defecto vaciar de contenido los derechos fundamentales de las personas, que han de estar en armonía al bloque duro de constitucionalidad. Así, el TC, a través de la sentencia recaída en el Exp. N.º 00002-2008-PI/TC, señaló: “[E]l Estado no cuenta con medios ilimitados, especialmente en lo referido al uso de la fuerza. Por esta razón, dicho empleo debe estar circunscrito a las personas que efectivamente sean una amenaza y que se encuentren en situaciones preestablecidas por la ley”⁶³. Así también, la Corte IDH, en el caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, sostuvo lo siguiente:

En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. *Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria*⁶⁴. [La cursiva es nuestra]

63 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00002-2008-PI/TC*, Lima: 9 de septiembre del 2009, f. j. n.º 54.

64 CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, San José: 4 de julio del 2007, párr. 84.

2.5. Los modelos de política criminal

Resulta relevante describir los modelos político-criminales que se han impuesto en los últimos tiempos. La estructural violencia característica de estos tiempos, manifestada en la delincuencia más grave, ha llevado a que los Estados nacionales la afronten mediante la potenciación del arma represora del Estado, lo cual es legítimo; sin embargo, el problema viene cuando ello debilita las garantías materiales y procesales de los justiciables.

Respecto a las consecuencias políticas, la doctrina ha señalado que la criminalidad y el sentimiento de inseguridad suelen originar que la población ejerza presión sobre las autoridades públicas con la finalidad de generar cambios en las modalidades de intervención frente al problema. Esta presión suele concretarse en medidas más represivas, tanto en el plano legal (aumento de las penas, instauración de la pena de muerte) como en el plano policial (otorgamiento de poderes más amplios a los cuerpos policiales)⁶⁵. Al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS sostiene que “el afán por satisfacer [...] las más superficiales demandas populares ha metido a los partidos mayoritarios y sus acólitos en una atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen, y a una sorprendente proximidad de propuestas político-criminales, que a algunos de ellos le supone la pérdida de su identidad ideológica”⁶⁶.

En resumidas cuentas, las tendencias represivas de la población, generalmente atribuidas al incremento de la criminalidad y al miedo al crimen, han generado una respuesta estatal ineficiente. Su impacto en el proceso de democratización de América Latina ha impuesto el replanteamiento de las políticas oficiales de seguridad ciudadana actualmente aplicadas⁶⁷.

65 RICO, José M., “El rol policial”, en DAMMERT, Lucía y Gustavo PAULSEN (eds.), *Ciudad y seguridad en América Latina*, Valparaíso: FLACSO-Chile, 2005, p. 40.

66 DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires: B de F, 2007, p. 82.

67 Cfr. RICO, “El rol policial”, art. cit., p. 41.

2.6. Toma de postura respecto a la flexibilidad de la regulación del uso de la fuerza pública

Las fuerzas policiales y militares (que actúan en los estados de emergencia) deben ser fortalecidas y robustecidas en el marco de la prevención y lucha contra toda manifestación de criminalidad (sobre todo contra el crimen organizado), de modo que cumplan con su misión constitucional de cautelar el orden público y la seguridad ciudadana.

Por ello, es plausible que se pretenda otorgar el servicio de asesoría y defensa legal gratuita al personal policial que afronta una investigación fiscal o un proceso penal o civil derivado del cumplimiento de su función policial, señaladas en el D. Leg. N.° 1267 —Ley de la Policía Nacional del Perú— y D. Leg. N.° 1186 —Decreto Legislativo que Regula el Uso de la Fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú—, como se desprende del art. 1 de la Ley N.° 31012. Sin embargo, ello de ningún modo implica que se trastoquen los principios y valores que han de guiar la interpretación de aquellos preceptos que confieren a los efectivos policiales el uso de la fuerza pública, en cuanto a la legítima injerencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De esta manera, la interpretación de la ley ha de ser siempre producto de una intelección basada estrictamente en la legalidad, donde la razonabilidad y la proporcionalidad son precisamente baremos a tomar en cuenta, no para favorecer a quien hace uso de la fuerza pública, sino para garantizar que su empleo en los casos concretos haya tomado lugar sin excesos y en apego a la ley. Entonces, no puede haber ley que pretenda desvirtuar o desnaturalizar los métodos interpretativos de otra que por su esencia y naturaleza faculta a los efectivos policiales al uso de la “fuerza pública”. El uso de la fuerza debe ser rigurosamente aplicado, pues toda flexibilidad en su aplicación o aparente permeabilidad solo puede llevar a la legitimación del abuso, del exceso y de la arbitrariedad policial, inaceptable en un orden democrático de derecho.

DE LA MATA BARRANCO precisa que “la reivindicación de la proporción en la intervención estatal frente al ciudadano, entendida como

prohibición del exceso, surge o, al menos, se explicita en el ámbito penal, pero inmediatamente se traslada al derecho de policía; y, de ahí, a otros ámbitos del derecho administrativo, en relación con la aplicación de todo tipo de medidas restrictivas de derechos”⁶⁸.

Seguramente a ciertas tribunas desprovistas de proporcionalidad y razonabilidad, y que son muy proclives a promover el uso de la fuerza pública, no les será de agrado nuestra postura⁶⁹, sobre todo en la actual coyuntura que atraviesa el país por la pandemia de la COVID-19. Sin embargo, ello es lo que menos nos interesa, pues lo único que nos impulsa a realizar el presente análisis es la defensa de los principios, valores y garantías de un Estado constitucional de derecho, a los cuales nunca vamos a renunciar, sea cual fuese el contexto en que nos encontremos.

2.7. Análisis de la reforma del art. 20.11 del Código Penal (el cumplimiento del deber como causa de justificación)

La Ley de Protección Policial trajo consigo la modificación del art. 20.11 del CP. Su redacción normativa ahora versa de la siguiente manera: “Está exento de responsabilidad penal [...] el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”. La pregunta principal que trataremos de responder con cierta solvencia académica y científica es la siguiente: ¿el reemplazo del término *cumplimiento del deber* por *cumplimiento de su función constitucional* implica que el uso de la fuerza pública, por parte de los efectivos policiales y militares, sea más

68 DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “La actualización proporcionada. Una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal”, en RUSCONI, Maximiliano y Juan LASCURAÍN SÁNCHEZ (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 203.

69 Otros que quieren aplicar la ley penal de manera literal, sin mayor grado de valoración e interpretación, demuestran una vocación autoritaria del uso del derecho penal en tiempos del COVID-19.

laxa?, ¿ello supone un entendimiento más favorable para aquellos que dan por sentada esta causa de justificación?

De entrada, postulamos que no existe el derecho de matar o lesionar a nadie por parte del efectivo policial o militar, lo que sí existe es la facultad que tiene el custodio del orden público de lesionar o matar a otra persona cuando sea la única opción para salvar la vida de otro ciudadano o la suya, siempre en el ejercicio regular del cargo.

El cumplimiento de su función o del deber debe darse siempre a luz de la Constitución, pues las facultades que el ordenamiento jurídico confiere a los funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones deben estar acorde a los parámetros fijados en el texto ius fundamental. Sin embargo, si bien la Constitución Política del Estado marca y dibuja el programa político-criminal, y fija los parámetros de actuación de todos los funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, es la ley propiamente la que confiere los poderes de coercibilidad y uso de la fuerza pública a los efectivos policiales y militares, no la Carta Política.

2.7.1. Sujeción de la fuerza pública al principio de legalidad

LÓPEZ RAMÓN sostiene que “la sujeción de toda la actividad de las Fuerzas Armadas al principio de legalidad es un dato verificable en las previsiones normativas”⁷⁰. Asimismo, BARCELONA LLOP expresa lo siguiente:

[E]n el Estado social, el legislador no ha de limitarse a habilitar a la Administración para que este actúe; antes bien, ha de establecer pautas, criterios, estándares medios. [Y] estos no se quedan en el mero deseo o aspiración, ante todo lo contrario: expresan una verdadera voluntad conformadora y determinante de lo que ha de ser la actuación adminis-

70 LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid: Thomson-Civitas, 1991, p. 2589.

trativa, a la par que ofrecen un conjunto de reglas que van a permitir a los jueces verificar el comportamiento administrativo contando con una serie de criterios objetivados de contraste⁷¹.

La ley (de desarrollo) y no propiamente la Carta Política es la que le otorga u confiere a los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas la facultad de usar la fuerza pública contra los ciudadanos. Ello significa que sus presupuestos de configuración legal y los límites de la actuación funcional están determinados taxativamente en la ley de la materia y no en el texto ius constitucional. La Constitución Política no es autoaplicativa, sino más bien legalmente aplicativa.

Esto implica dos aspectos fundamentales. Primero, que los propios custodios del orden sepan a ciencia cierta cuál es el ámbito de su competencia funcional en el uso de la fuerza pública, los supuestos de su configuración legal, límites de dicho ejercicio coactivo y a su vez el régimen de responsabilidades. Segundo, que los ciudadanos conozcan de antemano cuál es el ámbito del ejercicio de la fuerza pública, cuándo toma lugar (su progresividad en la gradualidad e intensidad en su empleo) y cuándo se está ante un acto arbitrario y abusivo de la actuación policial, en rigor, ante una probable violación de los derechos humanos.

Así, el art. 6.1.a del D. S. N.º 012-2016-IN, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1186, dispuso: “La legalidad implica la sujeción de la fuerza pública al mandato de la ley. La atribución de emplear la fuerza contra las personas tiene límites, condiciones y protocolos, explícitos y previamente establecidos, para el ejercicio legítimo de este recurso”. Así también, el art. 7 señaló: “El uso progresivo y diferenciado de la fuerza es la graduación y adecuación, por parte del personal policial, de los medios y métodos a emplear teniendo en cuenta

71 BARCELONA LLOP, JAVIER, “Principio de legalidad y organización administrativa (gobierno, administración, ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitución)”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid: Thomson-Civitas, 1991, pp. 2365 y 2366.

el nivel de cooperación, resistencia o agresión que represente la persona a intervenir o la situación a controlar”.

Respecto a lo anterior, el principio de interdicción a la arbitrariedad pública, tal como lo señala el Tribunal Constitucional, consiste en lo siguiente:

Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad. (Exp. N.º 090-2004 AA/TC)⁷².

De ahí, nuestra legítima reflexión recae en que toda actuación pública (funcional) si bien tiene reconocimiento constitucional requiere de un desarrollo legal (D. Leg. N.º 1186, R. M. N.º 952-2018-IN, D. S. N.º 01-2016-IN) de sus límites y desarrollo, como la competencia funcional de los efectivos policiales (y militares) que toma injerencia en los derechos fundamentales. Esto significa que el marco de actuación funcional de los efectivos policiales (PNP) ha de estar reglado en una ley, por lo que resulta equívoco, desde un punto de vista jurídico (por tanto, semántico y terminológico), que en el inc. 11 del art. 20 del CP se haga alusión al cumplimiento de su *función constitucional* y ya no al *cumplimiento de su deber*.

Por lo demás, la reforma de la Ley N.º 31012 deja de lado la causa de justificación prevista en el inc. 8 del art. 20 del CP (*obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho*), que, como hemos sostenido en reiteradas oportunidades, tiene la misma

72 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 617-2005-2008-PHC/TC*, Lima: 28 de febrero del 2006, f. j. n.º 30.

naturaleza jurídica que la del inc. 11, el cual debe ser aplicado a la luz de los principios recogidos en el texto ius fundamental. Evidente asistematicidad que oscurece aún más la reforma legal en cuestión.

2.8. Síntesis conclusiva

El uso de la fuerza pública por parte de los miembros de la PNP y las Fuerzas Armadas constituye una causa de justificación, por lo que la conducta atribuida al efectivo policial será típica, pero no antijurídica, en el sentido de que dicha conducta se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico. Para ello, dicho acto funcional debe sujetarse rigurosamente a los presupuestos previstos en la ley (D. Leg. N.º 1186) y así evitar los excesos y las arbitrariedades de la actuación pública, lo cual se encuentra proscrito y vedado en un Estado constitucional de derecho.

No encontramos asidero jurídico que justifique la modificación realizada al inc. 11 del art. 20 del CP, porque, bajo los términos normativos allí descritos, se contraviene los criterios de aplicación e interpretación legal (más aún si autoriza el uso de la fuerza pública)⁷³ desde el plano de los valores consagrados en nuestra Ley Fundamental.

Las llamadas “facultades constitucionales” que señala el texto legal no se condicen con el principio de legalidad, pues es la ley y no la Constitución Política del Estado la que autoriza el uso de la fuerza pública a los efectivos policiales en defensa del orden público y los derechos fundamentales de las personas. Al respecto, el art. 166 de la Const. Pol. señala lo siguiente: “La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”. En ninguna parte se dispone el derecho de los efectivos policiales a matar o a lesionar a otro en el ejercicio del cargo, pues es el D. Leg. N.º 1186

73 Que supone injerencias al contenido esencial de los derechos fundamentales de los justiciables.

el que establece el marco legal que regula el uso de la fuerza por parte del personal de la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de su finalidad constitucional.

Por tanto, es la ley la que desarrolla legalmente el uso de la fuerza pública por parte de los efectivos policiales, y permite el cumplimiento de su finalidad constitucional de cautelar y proteger el orden público y la seguridad ciudadana. De manera que el uso de la fuerza pública debe ser arbitrado por medio de los subprincipios de necesidad y de lesividad, y nunca puede vaciar de contenido el cimiento material y espiritual que soporta todo el edificio normativo, esto es, la dignidad humana.

Arbitrar, regular y dosificar el uso de la fuerza pública, muchas veces necesaria para resguardar el orden público y para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos, es una misión vital en un orden democrático de derecho que tiene como plataforma la defensa irrestricta de la persona humana y su intrínseca dignidad.

En consecuencia, la ley *in comento* no se ajusta en rigor a los valores, principios y garantías de un Estado constitucional de derecho, debido a que esta ley puede propiciar arbitrariedades y excesos en la función policial, intolerables en cualquier circunstancia y contexto (aun en el estado de emergencia), por tanto, urge su revisión por parte de los estamentos públicos competentes.

IV. NO CONCURSO ENTRE LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER

Una sustancial y notoria distinción entre la legítima defensa y el cumplimiento del deber es que, si bien en ambas puede advertirse una agresión ilegítima, en el primer precepto autoritativo, la acción defensiva debe tomar lugar antes o en el desarrollo de la conducta lesiva del agresor (que debe ser “actual” o, dígase, “inminente”) para así conjurar el riesgo de lesión para los bienes jurídicos elementales de quien se defiende o de alguien vinculado a este; en cambio, en el segundo de los

preceptos autoritativos mencionados, puede haberse ya consumado la lesión al bien jurídico.

Si ya la víctima murió y su familiar persigue al autor del crimen y lo mata, no habrá legítima defensa. En cambio, en el cumplimiento de un deber, el efectivo policial puede disparar a matar o lesionar al agente delictual que, ya habiendo matado a varios ciudadanos, va de huida disparando a mansalva o pretende seguir disparando contra ciudadanos inocentes e indefensos.

De manera que en el caso de la legítima defensa debe subyacer un “nexo de inmediatez” entre la probable o ya ejecutable agresión ilegítima y la acción defensiva, lo que no se aprecia en el cumplimiento del deber. Acá no opera la “falta de provocación suficiente”. Si el efectivo policial primero da una amonestación o realiza un acto encaminado a evitar que siga en trayecto una actuación violenta de otro y luego este pretende ya ejercer un acto en sí lesivo, el custodio del orden puede neutralizarlo haciendo uso de la fuerza pública.

En este sentido, el AP N.º 5-2019 señala:

La legítima defensa es “la defensa necesaria” ante una agresión ilegítima no provocada suficientemente por el agredido, puede presentarse sobre las personas o sus derechos; sin embargo, es necesario apreciar la racionalidad del medio empleado. Mientras que en el actuar en cumplimiento del deber, la ejecución de una conducta que supone una lesión o menoscabo de un bien jurídico está protegida por la ley⁷⁴.

Además, en el cumplimiento del deber, ya la ley establece la forma, modo y circunstancias del actuar del efectivo policial ante casos de extrema violencia, cuando se pone en riesgo el orden público y la integridad de las personas y sus bienes.

74 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 35.

En definitiva, el cumplimiento del deber importa una facultad más amplia que la legítima defensa y que, a diferencia de esta, está determinada legalmente. No es que el custodio del orden pueda sentirse o no provocado por un tercero, para así hacer uso de la fuerza pública contra los bienes jurídicos de aquel, sino que el propio ordenamiento jurídico le autoriza a actuar de tal manera, en defensa justamente de los valores más preciados de la persona y la sociedad.

COCA VILA, cuya posición asume el AP N.º 5-2019, sostiene:

El agente de policía, en definitiva, no actúa bajo la lógica de la legítima defensa de terceros, sino en cumplimiento de un deber positivo institucional que le obliga a proteger los intereses de los particulares y la seguridad ciudadana cuando se ven amenazados. Por otro lado, la legitimidad de la intervención coactiva policial para conjurar un peligro depende a su vez de que aquella se dirija contra un destinatario adecuado⁷⁵.

V. EL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL

El “consentimiento”⁷⁶ del titular del bien jurídico lesionado no podría generar reacción penal alguna, si es que en realidad se respeta la autonomía de la libertad y la voluntariedad humana, claro está, bajo determinados criterios de razonabilidad y proporcionalidad. V. gr., estar encerrado por buen tiempo voluntariamente en un determinado lugar o decidir mantener relaciones sexuales con cierta dosis de violencia son

75 COCA VILA, Ivó, “Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de intervención policial”, pp. 14 y 15, citado por XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 05-2019/CJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 37.

76 Como expresa QUINTERO OLIVARES, al hablar del problema general del consentimiento en el derecho penal, ante todo existe un planteamiento político e iusfilosófico que ha de ser conocido, rechazado o aceptado, pues solo desde él se comprenderá la posición legal. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, Pamplona: Aranzadi, p. 478.

conductas que no pueden ser calificadas como “típicas”⁷⁷, en tanto no ingresan al ámbito de protección de la norma. En cambio, aquel ciudadano que, en plena plaza pública, consiente ser azotado de forma brutal por otro da lugar a una valoración jurídico-penal distinta, máxime si de dichos actos puede desencadenarse su muerte⁷⁸. Hay que distinguir entre la persona atropellada por un vehículo que no es auxiliada por los paramédicos del lugar y aquel paciente de un hospital que, aquejado de una grave enfermedad, se niega a recibir el tratamiento médico respectivo. En este último caso, no se le puede obligar a recibirlo, so pena de vulnerar la autonomía del individuo. Situaciones como las descritas obligan a formular una postulación doctrinaria que no solo tenga en cuenta la libertad de quien cede en la intangibilidad de un bien jurídico, sino también el interés social que hay en la protección de dichos intereses, una suerte de ponderación que define marcos particulares de resolución teórica.

Es importante, entonces, lo que acota PEÑA CABRERA: la libertad que despliega el titular del bien jurídico protegido debe realizarse en consonancia con los intereses de los demás. La libertad no puede llevarse a cabo sacrificando los intereses sociales de otros⁷⁹. Esta es la

77 Vid. CUELLO CONTRERAS y MAPELLI CAFFARENA, *Curso de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 82. A decir de DONNA, “el consentimiento es una causa de exclusión del tipo penal, habida cuenta de que no existe bien jurídico a proteger porque el propio titular acepta la lesión cuando ello es posible, teniendo en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad que guía esta obra, como no puede ser de otra forma”. DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte general*, t. III, Buenos Aires: Rubiznal-Culzoni, pp. 422 y 423;

78 Sobre los actos sadomasoquistas, ROXIN escribe que el consentimiento sí es eficaz, pues, “en primer lugar, en tales prácticas privadas falta la referencia al daño social y, en segundo lugar, tampoco es manifiesta una reprobación por parte del legislador de conductas de esta índole”. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, traducción de la 2.^a ed. alemana (1994) y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, p. 530.

79 PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, ob. cit., p. 430.

clave para discernir los diversos conflictos que pueden presentarse en determinados planos de la criminalidad.

1. Ideas preliminares

Conforme los postulados de un orden democrático de derecho, la intervención del Estado, por medio del *ius puniendi*, solo es lícita cuando se advierten estadios de lesión o de puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente tutelados. Estos intereses jurídicos responden a los fines más valiosos del individuo y de la comunidad, por tanto, resultan consustanciales a la idea de la autorrealización de la persona humana como a una vida social, basada en el respeto hacia las libertades ajenas.

Los bienes jurídicos adquieren tal denominación merced a una consagración normativa. Esto no quiere decir que no existan antes de su positivización. Los bienes jurídicos conforman, en esencia, una categoría prejurídica, en cuanto a su naturaleza ontológica, pues existen al margen de su reconocimiento legal y constitucional; lo que sucede es que el legislador los reviste de cobertura normativa para garantizar su respeto y protección. El reconocimiento de ellos en los textos legales o constitucionales no determina por sí mismo su creación, sino un poder-deber de protección normativa y práctica, de allí que los límites impuestos por el orden jurídico se entienden como mecanismos para garantizar los derechos de los demás. Pero todo derecho de la persona implica necesariamente un ámbito de disponibilidad, incluso la vida bajo ciertos presupuestos conlleva en última instancia el derecho a una muerte digna⁸⁰.

Si bien los bienes jurídicos son inmanentes a la condición de persona humana, su tutela punitiva parte de una consideración “social” y “estatal” a la vez: su protección normativa es producto de un consenso social y de una decisión política de colocar en el primer nivel del estatuto jurídico a los elementos vitales de la persona y la sociedad.

80 VERGÉS RAMÍREZ, Salvador, *Derechos humanos: fundamentación*, Madrid: Tecnos, 1997, p. 160.

El hecho de que la intervención del derecho penal se legitime materialmente en el constructo normativo del *bien jurídico* no quiere decir que el resto de parcelas del orden legal no hagan referencia a bienes jurídicos. Por ello, la distinción ha de elaborarse según criterios de “lesividad”, que, en concreto, define situaciones de “necesidad” y “merecimiento” de la pena⁸¹.

Dicho esto, debe entenderse lo siguiente: *el hecho de que los bienes jurídicos vengan sostenidos desde necesidades sociales y estatales no quiere decir que no se pueda identificar a sus titulares, pues su existencia viene ligada a la esencia del ser humano, desde un plano de individualidad y de marcada sociabilidad*. Entonces, bienes jurídicos como la vida, el cuerpo, la salud, el honor y la libertad, etcétera, forman parte del ontologismo humano y, por ello, son intereses inherentes a él. De esta forma, los individuos se erigen en portadores de dichos derechos humanos, por lo que gozan de la protección jurídica que el ordenamiento jurídico les otorga.

Así las cosas, el derecho penal está en la obligación de valorar las diversas formas, circunstancias y modos en que estos bienes jurídicos pueden ser afectados y/o colocados en peligro, puesto que en dichos estados de desvalor puede haber intervenido su titular, en un ámbito de plena conciencia y libertad. En consecuencia, la respuesta política criminal debe tomar en cuenta dicha decisión de disponibilidad para articular una decisión jurídica en sintonía con los principios de un Estado constitucional de derecho.

Dicho en otros términos: *si es que el propio titular del bien jurídico concedió libremente espacios a terceros para que lo lesionaran, su autonomía de la libertad no puede ser pasada por alto por el Estado, que no podrá promover una reacción penal que desdiga dicho predicado fundamental de toda democracia liberal*. Bajo una óptica valedera, se dice que “el consentimiento

81 Esto significa que, aun con una víctima renuente a que se persiga el delito, los órganos de persecución penal deben continuar con su labor investigativa, de acorde a los principios de legalidad, oficialidad y obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

se basa en el libre desarrollo de la personalidad”⁸², baluarte esencial en un Estado de derecho.

2. La naturaleza disponible e indisponible del bien jurídico

Se habla de bienes jurídicos “disponibles” y bienes jurídicos “indisponibles”. A decir de GÓMEZ LÓPEZ, la disponibilidad de los derechos emana de que estos le pertenecen al individuo por el simple hecho de existir, por tanto, no son simples concesiones del Estado ni pertenecen a este, por lo mismo, en principio, no puede impedirse la cesión, renuncia voluntaria y disposición por parte de su titular legítimo^{83 84}. Entonces, si es que, en el marco de su propia autorrealización personal, el titular del bien jurídico consciente la injerencia de un tercero, el hecho es simplemente atípico^{85 86}. Así, el acto sexual consentido de una persona mayor de catorce años no ingresa a un plano de ofensividad, todo lo contrario, resulta favorecedor para su titular⁸⁷. En este sentido, JESCHECK y WIN-

82 CUELLO CONTRERAS, Joaquín y Borja MAPELLI CAFFARENA, *Curso de derecho penal. Parte general*, Madrid: Tecnos, p. 82.

83 GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 965.

84 A decir de PEÑA CABRERA, la permisibilidad de la disposición de determinados bienes jurídicos es un asunto casi aceptado en la doctrina y en la legislación comparada, tratándose de bienes jurídicos que no sean la vida humana. PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, ob. cit., p. 432.

85 SALAZAR MARÍN sostiene que el consentimiento hace que las acciones que dañan derechos de los cuales puede disponerse sean atípicas, como la sustracción del bien mueble ajeno con el permiso del dueño o el ingreso a domicilio ajeno con el permiso del morador de la casa, eventos en los cuales no hay hurto ni violación de habitación ajena, pues ambas conductas ilícitas suponen que sea contra la voluntad de sus titulares. SALAZAR MARÍN, Mario, *Teoría del delito. Con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*, Bogotá: Ibáñez, 2014, p. 578.

86 BACIGALUPO escribe que en los bienes jurídicos disponibles la acción solo realiza el tipo en la medida que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico. BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal español*, Buenos Aires: 1999, p. 83.

87 GÓMEZ LÓPEZ señala que, “si los derechos expresan la autonomía de la persona humana, se presentará la atipicidad cuando el titular del bien en ejercicio de

GEID señalan: “Hasta donde alcanza la libertad del titular queda cubierta la infracción del objeto protegido, en la medida en que concurran los requisitos especiales para la eficacia del consentimiento”⁸⁸.

No le falta razón a BUOMPADRE cuando señala que, “si el hombre no es libre para disponer de su libertad, entonces [...] no es realmente libre”⁸⁹.

Distinta situación se presenta en aquellos casos en los que la lesión de un bien jurídico, como la integridad corporal, resulta el único medio para salvar un interés jurídico de mayor valor, esto es, la vida humana. Aquí sí estamos ante una conducta típica, mas no antijurídica.

Ahora bien, ¿cuáles son los bienes jurídicos *indisponibles*, aquellos en los que el consentimiento de su titular no implica una suerte de atipicidad o antijuridicidad de la conducta lesiva? De entrada, debe decirse que dicha cualidad se dará respecto a ciertos bienes que, en mérito a su alto valor constitucional, el Estado y la sociedad no están dispuestos a conferir a su titular un ámbito de plena disponibilidad, como sucede con la vida humana, pues el consentimiento del sujeto pasivo a que otro le cause la muerte no genera impunidad, sino que dicha conducta es constitutiva de un injusto penal, si bien atenuado, el homicidio piadoso. Lo mismo rige para todos aquellos actos conducentes a colaborar y/o coadyuvar a que otro pueda autoeliminarse, conforme la figura típica de instigación o ayuda al suicidio^{90 91}. En ambas hipótesis se da preponde-

ese poder de disposición que se le reconoce como titular innato [...] de derechos dispone del interés a favor de un tercero o consiente válidamente en la injerencia en sus bienes, pues no se ha lesionado la autonomía de la persona, ni la libre disponibilidad de los intereses jurídicos. GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 967.

88 JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 556.

89 BUOMPADRE, Jorge E., *Trata de personas, migración legal y derecho penal*, Córdoba: Alveroni, 2009, p. 66.

90 Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 2.^a ed., pp. 168-171.

91 Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, ob. cit., p. 432.

rancia al interés socioestatal de preservar la vida por sobre la autonomía de la voluntad, lo cual puede ser discutible, desde la plataforma de un Estado constitucional de derecho.

Las ideas esbozadas deben ser matizadas, en la medida en que la conducta del que atenta sin éxito contra su propia vida, lógicamente, no es punible. En este sentido se pronuncia GÓMEZ LÓPEZ cuando expresa que “autonomía y libertad comportan la facultad de cada individuo para disponer libre y conscientemente de su vida por mano propia”⁹². Solo habrá sanción cuando un tercero, de propia mano, provoca la lesión del bien jurídico. El consentimiento del ofendido de haber sido colocado en un estado de lesión y/o peligro por un tercero (autor) no libra a este último de una pena, por existir intereses superiores que así lo aconsejan. De ahí que se diga en la doctrina que está fuera de discusión que el derecho vigente no concede a nadie la libertad de renunciar, frente a otros, a esta misma en su totalidad o, sin razones de peso, a una parte esencial de ella⁹³.

Que de la vida humana se deduzca o no tal valoración dependerá lo que concibamos por “dignidad humana”, que a nuestro entender no es un derecho fundamental, sino la estructura basilar sobre la cual se construyen y diseñan todos los derechos fundamentales^{94 95}. La dignidad

92 GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 1005.

93 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, t. I, Madrid: Edersa, 1982, p. 215.

94 Sobre este punto, ALONSO ÁLAMO indica: “El reconocimiento de que la dignidad humana es inherente a la persona humana y de que de ella emanan los derechos fundamentales, unido a su consideración como principio material antepuesto a los citados derechos e inspirador de los valores reconocidos en la Constitución, ha llevado a sostener a un sector de la doctrina que el derecho penal no le compete la protección directa de la dignidad, sino concreciones de la misma: vida, integridad, libertad, honor, etc.”. ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, en *Revista Penal*, n.º 19, Valencia: 2007, p. 4. Recuperado de <<https://bit.ly/3y89caY>>.

95 Entrando ya al análisis del delito de trata de personas, VILLACAMPA ESTIARTE

humana le pertenece al hombre por su sola condición de tal, al margen de cualquier tipo de criterio diferenciador, v. gr., raza, cultura, etnia, ideología, etc.; aun aquellos que están purgando carcelería tienen dignidad.

En esta línea, el art. 2.24.h de la Const. Pol. prescribe:

Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

Ello se complementa con el art. 157.3 del nuevo CPP, que define la siguiente situación probatoria: “No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos”⁹⁶. Esto significa que, aun cuando el imputado haya prestado su asentimiento para ser objeto de tortura⁹⁷, la confesión obtenida mediante tal procedimiento no podrá ser valorada por el juzgador, al haberse afectado la dignidad humana, que no es *disponible* por el sujeto pasivo.

La dignidad humana, el derecho a la vida, a no ser sometido a esclavitud, torturas, tratos inhumanos o degradantes, a no ser objeto de trata de seres humanos, a no ser detenido arbitrariamente, al debido proceso y otros de esta naturaleza no son renunciables, pues existe un

anota que “constituye lugar común la referencia a la dignidad humana, quizá no como concreto derecho humano, pero sí como base de todos ellos, en las declaraciones internacionales y europeas destinadas a la enumeración de los derechos del hombre”. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 398.

96 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., *Derecho procesal penal*, t. I, pp. 465-480.

97 En este sentido, LÓPEZ MESA y CESANO indican que no es válido el consentimiento, por ejemplo, para ser torturado por funcionarios policiales. LÓPEZ MESA y CESANO, *Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 405.

interés social que lo impide o el derecho en cuestión constituye uno de los principios medulares del sistema constitucional vigente, tal como sucede en el caso de la dignidad humana, valor informante de todo el orden jurídico⁹⁸.

Así las cosas, la protección de la dignidad humana es absoluta e irrestricta, a diferencia de los derechos fundamentales. Por ello, aunque el titular del bien jurídico consienta la lesión, igual la conducta será típica y antijurídica y, en consecuencia, pasible de punición. De tal modo, el consentimiento no tiene eficacia general. Tal eficacia depende del poder de decisión que el orden jurídico le asigne al titular del bien jurídico respecto a su mantenimiento⁹⁹.

Una cuestión a debatir es si la dignidad humana puede ser objeto directo de tutela punitiva, es decir, ser considerada como *bien jurídico*, como sucede en el caso de los delitos de trata de personas y explotación. Ello debe ser concatenado con nuestra postura de considerar a la dignidad como el constructo basilar sobre el cual se edifican todos los derechos fundamentales. De manera que es la particularidad que revisten estos injustos penales lo que conduce a una a la formulación político-criminal direccionada a erigir a la dignidad como bien jurídico penal¹⁰⁰.

3. El consentimiento en el delito de trata de personas: Ley N.° 30251

En los últimos años, la técnica legislativa empleada por el legislador no siempre ha respondido a los criterios de sistematización que todo cuerpo legal demanda. Así, en el caso del Código Penal, el criterio no ha

98 GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 1002.

99 LÓPEZ MESA y CESANO, *Antijuridicidad y causas de justificación*, ob. cit., p. 405.

100 De esta opinión es ALONSO ÁLAMO al sostener que “la dignidad, como es por lo general aceptado, es algo distinto a la suma de derechos esenciales que de ella emanan y en los que se concreta, y que, en cuanto tal, es susceptible de ser protegida de forma directa, inmediata, por el derecho penal. ALONSO ÁLAMO, “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, art. cit., p. 5.

correspondido al patrón del bien jurídico protegido, cuyo escrupuloso respeto define situaciones jurídicas de enorme importancia. Nótese que el delito de trata¹⁰¹ de personas^{102 103 104 105} se encontraba inicial-

- 101 TERRAGNI señala que “tratar” es comerciar, y en su acepción histórica significa vender seres humanos como esclavos. TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. II, Bueno Aires: La Ley, 2012, p. 504.
- 102 MARTOS NÚÑEZ indica: “Con el nombre de trata de seres humanos se denominada una actividad criminal, universal, que se caracteriza por el abuso de una situación de superioridad y de la necesidad económica que padecen personas cuya pobreza genera el tráfico y el transporte a otros países distintos a los de su origen, para aprovecharse de ellas como mano de obra barata, en condiciones muy parecidas a la ‘esclavitud’”. MARTOS NÚÑEZ, Juan, “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, Santiago de Compostela: 2012, p. 98. Recuperado de <<https://bit.ly/3y9W5pQ>>. El art. 3.a del Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas del 2000 (Protocolo de Palermo) describe la trata de personas de la siguiente manera: “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.
- 103 En sentir de BUOMPADRE, la trata de personas —como es sabido— configura un fenómeno delictivo de amplio calado; sus ramificaciones no se agotan en un solo territorio, sino que, por el contrario, y cada vez en forma más creciente, traspasan las fronteras nacionales. Se trata de un fenómeno trasnacional que golpea fuertemente a las naciones del mundo. BUOMPADRE, Jorge E., *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires: Astrea, p. 641.
- 104 TERRAGNI, señala que “la explotación sexual es la tercera actividad ilícita más rentable del mundo, detrás del tráfico de drogas y de armas. Se trata de un tráfico de naturaleza subterránea, imposible de procesar sin la cooperación de las víctimas, quienes, sin embargo, no solo carecen de incentivos de los gobiernos para hacerlo, sino que, además, corren el riesgo de ser criminalizadas por el ejercicio de la prostitución u otros delitos conexos, ser deportadas o sufrir represalias por parte de los traficantes”. TERRAGNI, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, ob. cit., pp. 503 y 504.
- 105 En España, la LO 5/2010 de 22 de junio modifica la Ley Orgánica 10/1995, introduciendo el título VII, “De la trata de seres humanos”, en el marco del art.

mente regulado en el art. 182 del CP, es decir, estaba comprendido en la criminalidad sexual; luego, con la dación de la Ley N.º 28950, fue reubicado en los arts. 153 y 153-A (este último contempla sus formas agravadas) del CP, esto es, en el plano de aquellos injustos penales que atentan contra la “libertad personal” del individuo, un interés jurídico de orden individual basado en la capacidad locomotora del sujeto pasivo de desplazarse de un lugar a otro¹⁰⁶, que se ve afectada o restringida por causa del sujeto activo del delito. Posteriormente, la Ley N.º 30251 modificó el art. 153 del CP, pero lo mantuvo dentro de los delitos contra la libertad. Actualmente, con la publicación de la Ley N.º 31146 se han reubicado los artículos que regulaban la trata de personas y otras formas de explotación entre los arts. 129-A al 129-P del CP, con la finalidad de sistematizarlos y considerarlos como delitos contra la dignidad humana.

Al centrarnos en la modificación realizada por la Ley N.º 30251, nos preguntamos: ¿el delito de trata de personas únicamente afecta la libertad personal? La respuesta es negativa, pues, cuando decimos que el bien jurídico tutelado es la libertad personal¹⁰⁷, nos quedamos cortos; es como identificar solo el primer paso que realiza el autor para cometer tal ilícito, nos referimos a los actos de *captación, traslado, retención, recepción del sujeto pasivo al ingreso o salida del territorio nacional*, dejando de lado el verdadero desvalor de estos comportamientos: el sometimiento a la víctima a situaciones de explotación laboral, sexual, etc. Esta, en

177. VILLACAMPA ESTIARTE indica que dicha acriminación venía obligada a España como consecuencia de los compromisos asumidos en documentos emitidos a nivel internacional o regional en cuya elaboración ha intervenido. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, ob. cit., p. 355.

106 El delito de secuestro. Véase PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. Parte especial*, pp. 476-480.

107 Siguiendo esta sistemática, para BUOMPADRE, “en cualquiera de las modalidades típicas de trata previstas, el consentimiento de la víctima adquiere plena eficacia desincriminante, salvo [...] que se tratare de una hipótesis de reducción a la esclavitud, por cuanto tal situación importaría la aniquilación de la persona como categoría jurídica”. BUOMPADRE, *Trata de personas, migración legal y derecho penal*, ob. cit., p. 67.

puridad, importa manifestaciones de esclavitud¹⁰⁸, donde el hombre es degradado a un nivel infrahumano, rebajado a una suerte de objeto por obra de los agentes delictivos, que no dudan en instrumentalizar a sus víctimas y colocarlas en contextos indignos a fin de hacerse de una ventaja de cualquier índole. Así, se llega a extremos de poner precios sobre los seres humanos¹⁰⁹, algo que no se condice con la ontología y esencia del hombre.

Consideramos, por tanto, que dicha ubicación no se correspondía en lo más mínimo con el bien jurídico objeto de tutela, que por su vital esencia y naturaleza penetra en lo máspreciado del ser humano, es decir, en su intrínseca *dignidad*. Por ello, señalábamos en su momento que su idónea ubicación era en el título concerniente a los delitos de “lesa humanidad”. En la doctrina española, se dice que el delito de trata de seres humanos protege bienes jurídicos individuales, básicamente, la dignidad¹¹⁰ y la libertad del sujeto pasivo. Se considera una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, por cuanto la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone su anulación como persona, siempre y cuando sea en contra de su voluntad o sin consentimiento válido^{111 112}. Por

108 Según el acápite 2.c del art. 7 del ECPI, por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos de derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de estos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

109 Cfr. MARTOS NÚÑEZ, “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, art. cit., p. 123.

110 VILLACAMPA ESTIARTE indica que, “si la trata de personas debe ser considerada delito a nivel global, y esa parece ser la intención que guía a las instancias internacionales al normar en la materia, el interés a proteger mediante el delito que la incrimine debe ser un valor que goce también de reconocimiento al mismo nivel. La dignidad humana no solo es plenamente capaz de cumplir con ese objetivo, sino que además es el interés personal más adecuado para erigirse en bien jurídico en este concreto caso”. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, ob. cit., p. 401.

111 MARTOS NÚÑEZ, “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, art. cit., p. 100.

112 En opinión de MUÑOZ CONDE, “el bien jurídico protegido es doble, aunque la

ejemplo: la mujer mayor de edad que libremente ingresa al mercado de la prostitución —cuya conducta no es punible conforme a lo descrito en los arts. 179 y 180 del CP— ha de tener siempre la posibilidad de salir del negocio, por lo que no estamos ante un acto típico de trata de personas. En cambio, valoración distinta se infiere cuando, por más que reciba una contraprestación por los actos sexuales que mantiene con sus clientes, la libertad y voluntad de la mujer es anulada, pues quienes regentan estas actividades usan la violencia, la amenaza u otras formas de coacción contra las víctimas o sus familiares a fin de mantenerlas en el mercado sexual en contra de su voluntad.

Debe quedar en claro que, en el caso de los adultos, no existe discrepancia alguna respecto a que el consentimiento de ser traslado de un lugar a otro elimine la tipicidad penal de la conducta; sin embargo, esta anuencia es el medio del que se vale el agente para que luego él u otro coloque a la víctima en un estado de esclavitud sexual y/o laboral, por lo que el asentimiento de esta no puede tener efectos jurídicos válidos. No olvidemos que estamos ante un delito mutilado en dos actos: el *elemento subjetivo de naturaleza trascendente* le da el desvalor al delito de trata de personas¹¹³.

En la literatura penal-filosófica, DÜRIG¹¹⁴ consideraba la cualidad de ser fin en sí mismo como fundamento para la protección de la dignidad humana y, en consecuencia, a la instrumentalización del hombre como el acto decisivo de lesión de esa dignidad. “La dignidad humana como tal es fulminada cuando el hombre concreto es degradado a un

razón de su incriminación autónoma tiene más que ver con la dignidad e integridad moral, a la que se lesiona a través de diversas formas de atentado a la libertad”. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 207.

113 Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, ob. cit., p. 408.

114 DÜRIG, Günter, *Archiv del öffentlichen Rechts*, pp. 117 y ss., citado por SEELMAN, Kurt, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 33.

simple instrumento, a un mero medio, a una magnitud fungible”¹¹⁵. Este autor entiende que la dignidad queda “igualmente comprometida cuando el hombre se ve obligado a subsistir bajo condiciones económicas que le degradan a condición de objeto”¹¹⁶. En definitiva, tratar a la persona como un fin en sí mismo supone que esta no puede ser cosificada, por lo que la protección de la dignidad requerirá la protección jurídica frente a cualquier forma de cosificación¹¹⁷.

La propuesta descrita ha de ser confrontada con lo que el legislador ha previsto en el inc. 4 del art. 129 del CP. Este inciso señala que “el consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1”, es decir, se haya apelado a la “violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio [...]”.

En principio, parece que la intención del legislador fue aclarar una consecuencia, que pareciese lógica desde la ubicación que le había conferido a esta figura delictiva en el Código Penal (antes de la modificación Ley N.º 31146, *Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N.º 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, con la finalidad de sistematizar los artículos referidos a los delitos de trata de personas y de explotación, y considerar estos como delitos contra la dignidad humana*). Cuando era la libertad personal lo que se protegía, si la víctima consentía el acto, este sería atípico, con la incongruencia de que esta titularidad se obtiene a los catorce años y no a los dieciocho años, conforme se revela del alcance cronológico de los delitos sexuales. No hay, por tanto, secuestro, si el sujeto pasivo ha consentido el acto

115 SEELMAN, Kurt, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 33.

116 DÜRIG, citado por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 44.

117 VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, ob. cit., pp. 402 y 403.

de privación de su libertad, siempre que sea mayor de catorce años. Sin embargo, si consideramos que lo protegido con el delito de trata de personas es la dignidad humana (tal y como ahora se ha establecido en la normativa nacional), el consentimiento que pueda prestar el sujeto pasivo —sea este o no mayor de edad— para sumirse en un estado de humillación humana¹¹⁸, esclavitud laboral y/o sexual no debe tener efectos jurídicos válidos; fíjese que, en algunos casos, hasta las propias familias “venden” a su hijos a estas organizaciones delictivas (sobre todo en hogares humildes, sumidos en la pobreza y la violencia cotidiana), desde una temprana edad, por lo que estos jóvenes se ven desarraigados no solo de su entorno familiar, sino también social y jurídico. Por tanto, aunque los actos de explotación recién se inicien cumplida ya la mayoría edad, la víctima no está en condiciones de prestar un consentimiento “válido”, que igual no puede desplegar efectos jurídicos para eliminar la tipicidad ni la antijuridicidad penal de la conducta. Como bien acota TERRAGNI, en lo que respecta a la discusión del valor del consentimiento, este no es un trabajo pactado en igualdad de condiciones. Por lo general, las víctimas son personas extranjeras mantenidas en lugares cerrados y aislados, con sus documentos retenidos, sin ningún tipo de asistencia médica, jurídica o social, pertenecientes a clases sociales de bajos recursos y que sufren permanentemente amenazas y sometimiento físico por parte de sus captores¹¹⁹.

El hecho de que el legislador, antes de la modificación con la publicación de la Ley N.º 31146, haya tipificado este injusto penal en una ubicación inexacta no fue impedimento para definir su real connotación, desde un ámbito de interpretación normativa, tal como sucedió con el inc. 3 del art. 173 del CP¹²⁰.

118 A decir de SEELMANN, la violación de la dignidad humana es una humillación que consiste en el apartamiento de individuos de la relación de igualdad jurídica general. SEELMAN, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, ob. cit., p. 46.

119 TERRAGNI, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 504.

120 Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO R., *Los delitos sexuales*, Lima: Ideas, 2015.

En esta línea, el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que es un crimen de lesa humanidad¹²¹ “cualquier [...] acto [...] cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Entre estos actos tenemos a la “deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; [...] violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”¹²². Todas estas conductas acogidas desde el tipo penal de trata de personas dan cuenta de la realización de una forma genérica de esclavitud, así como de explotación que gravita en el núcleo más duro de la persona humana. Esto incide en un reproche jurídico y social que alcanza a toda la comunidad internacional en su conjunto¹²³. En el preámbulo del Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, se proclama:

Convencidos de que para prevenir y combatir ese delito será útil complementar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con un instrumento internacional

121 CASOLA, siguiendo a ASSORATI, señala que la expresión “lesa humanidad” refiere a crímenes que, por su magnitud, lesionan o dañan a la humanidad en su conjunto; dicho en otras palabras, se trata de “actos serios de violencia que dañan a los seres humanos privándolos de lo que es más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar psíquico, salud y/o dignidad. Son actos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites tolerables por la comunidad internacional”. CASOLA, Laura, “Los crímenes de lesa humanidad y el delito de trata de personas: análisis del principio de legalidad a la luz del Estatuto de Roma y de la Constitución Argentina”, en *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*, vol. 1, n.º 1, Córdoba: 2011, p. 4. Recuperado de <<https://bit.ly/3fi3Npf>>.

122 No olvidemos que el Perú se encuentra adherido al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

123 Como dice MARTOS NÚÑEZ, “los crímenes contra la humanidad [...] se dirigen contra cualquier población civil y no solo contra individuos, lo que no quiere decir que toda la población de un Estado o de un territorio debe verse afectada por el ataque”. MARTOS NÚÑEZ, “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, art. cit., p. 122.

destinado a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Las autoridades políticas argentinas, en cuanto a la regulación del delito de trata de personas, dieron cuenta de que se requería de una reformulación normativa desde un aspecto represivo, preventivo y tutelar de las víctimas. Esto se reguló a partir de la sanción de la Ley N.º 26.842, de diciembre del 2012, modificada por la Ley N.º 26.364, que señala lo siguiente:

Artículo 2: Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países. A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: a) cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; b) cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; d) cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; e) cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; f) cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos. *El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores.* [La cursiva es nuestra].

Se advierte que la legislación penal argentina no distingue al sujeto pasivo (que sea menor o mayor de dieciocho años de edad), por lo que da lugar así a un tratamiento punitivo integral del delito de trata de personas, donde el consentimiento del sujeto pasivo no despliega efectos jurídicos válidos. Su concurrencia no elimina el injusto penal y, menos aún, la culpabilidad del autor. En todo caso

pensamos que, si el agente recurre a la violencia, amenaza u otra forma de coacción o engaño (abuso de superioridad), debe configurarse una circunstancia de agravación cuando la víctima sea menor de catorce años de edad.

Si es que el consentimiento no tiene efectos válidos, en orden a establecer la punición de la conducta —sea cual fuese la edad de la víctima—, mal se hizo con la legislación anterior al concebir la libertad personal como el objeto jurídico de tutela, siendo, en efecto, la dignidad humana el sostén que puede legitimar tal consideración dogmática, máxime en delitos tan execrables y de alto grado de denigración humana, no solo en el caso del delito de trata de personas, sino también en el marco de las diversas tipificaciones que desarrollan y regulan las ampulosas formas de explotación sexual, producto de la Ley N.º 30963.

4. Ley N.º 31146, que modifica el delito de trata de personas y otras formas de esclavitud

La modificación que trajo la Ley N.º 31146 regula una serie de ilícitos comportamientos bajo el patrón de sistematización del bien jurídico tutelado, con lo cual aglutina una serie de familias delictivas cuya aspiración político criminal es la de proteger los intereses más valiosos de la persona, el Estado y la sociedad.

Así, la norma *in comento*, propone criterios interpretativos válidos para delimitar el ámbito de protección de la norma y promover reformas *de lege ferenda* de la ley penal que permitan cerrar espacios de impunidad con arreglo al principio de legalidad. No han sido pocas las ocasiones en las que el legislador se ha salido de este patrón sistematizador al incluir comportamientos típicos en capitulaciones o titulaciones que no se corresponden con la naturaleza del bien jurídico objeto de tutela punitiva. Vemos así que la Ley N.º 31146, publicada el 29 de marzo del 2021, tiene un unívoco sentido político criminal que es el de sistematizar el comportamiento prohibido conforme a la naturaleza del bien jurídico tutelado, a fin de que dichas conductas típicas sean fijadas en el apartado correcto de la codificación penal.

En nuestros estudios sobre la parte especial del Código Penal, sostuvimos que el desvalor en el delito de trata de personas y los delitos de explotación (sexual y laboral), trasciende a la libertad personal como objeto de tutela penal, al penetrar en el núcleo más esencial del ser humano, esto es, la dignidad humana. De tal manera, la sistematización de estas conductas típicas supone concretar la aspiración legítima de una sociedad (“internacional”), que no puede permitir la cosificación del ser humano, su servilismo y consecuente degradación, conforme a los principios basilares que componen todo nuestro ordenamiento jurídico.

Por tanto, con la modificación realizada por la Ley N.º 31146, se ha precedido a dar un paso fundamental para cautelar correctamente el bien jurídico tutelado en el delito de trata de personas. A esto debe sumarse la declaratoria de ineficacia del consentimiento de la víctima, sea esta mayor o menor de edad, al estar ante un interés jurídico indisponible por parte de su titular.

5. Ideas conclusivas

Somos de la convicción de que una política criminal integral ha de enderezar el brazo punitivo del Estado sobre todos aquellos focos de conflictividad social donde se manifiesten estados de lesión producto de conductas humanas merecedoras de una pena; mas tal acotación debe ser ponderada cuando es el mismo titular del bien jurídico quien asiente dicho plano de intervención —por parte de un tercero—, pues en un Estado constitucional de derecho ha de respetarse también la autonomía de la libertad humana como el desarrollo de la personalidad del hombre. Con ello, aparece así el consentimiento como una causal de atipicidad penal, en el marco de los bienes jurídicos *disponibles*.

En intereses jurídicos anclados en la libertad humana, el asentimiento de su titular hace del comportamiento humano uno de irrelevancia *jurídico-penal*. De tal forma, no será lícita la intervención del Estado mediante el derecho penal. Este aspecto eleva el “consentimiento” a un

filtro indispensable de examen, en orden a definir la probable tipicidad de la acción u omisión humana.

La valoración antedicha adquiere otro matiz cuando se tratan de bienes jurídicos *indisponibles*, como la vida humana, cuya afectación —aun con asentimiento de su titular— no enerva ni la tipicidad ni la antijuridicidad penal de la conducta, a lo sumo sería una causal de atenuación punitiva, tal como se desprende del delito de homicidio a ruego.

El consentimiento en el caso del delito de trata de personas, y en los delitos de *explotación sexual*, ha de ser entendido en su real magnitud. Primero, debe comprenderse que lo tutelado en este delito no es la libertad personal, como lo dejó a entrever el legislador en la codificación penal con la anterior regulación¹²⁴, sino más bien la *dignidad humana*¹²⁵, como elemento vital y nuclear de la personalidad humana reconocida al individuo solo por su condición de tal. Si bien no es ordinario tutelar penalmente a la dignidad humana sino a los derechos fundamentales que dimanan de ella, no es menos cierto que situaciones como las que se desnudan en el delito de trata de personas —que rebajan a las personas a estadios de esclavitud— hacen irrenunciable dicha tutela jurídico-penal.

A decir de VILLACAMPA ESTIARTE, precisamente porque el proceso de trata implica un atentado en contra la personalidad humana, pues

124 En Italia, es tipificado también este injusto penal, en los delitos contra la libertad, pese a ello, señala VILLACAMPA ESTIARTE, un sector de la doctrina italiana refiere que el bien jurídico protegido es el *status libertatis*, no resulta habitual identificar dicha referencia a la libertad con la libertad de obrar, sino esencialmente con la idea de dignidad. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, ob. cit., p. 405.

125 ALONSO ÁLAMO concibe la dignidad humana como “algo” singular y distinto que paradójicamente constituiría la esencia misma de la persona, y que podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona. ALONSO ÁLAMO, “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, art. cit., p. 5.

supone la vulneración de la esencia misma de la persona y la negación de su humanidad, debe reclamarse que sea la dignidad y no otro interés el que integre el bien jurídico protegido por este delito. Con ello se reacciona frente al proceso de juridificación de la persona y de su mera conversión en objeto de imputación operado por el positivismo jurídico¹²⁶.

Según lo explicado, no resulta admisible ni jurídicamente tolerable que se pretenda dotar de eficacia jurídica al consentimiento del sujeto pasivo (mayor de 18 años de edad)¹²⁷ para determinar la atipicidad penal de la conducta, sabedores que la dignidad humana no es disponible por su titular.

El delito de trata de personas es un flagelo social que azota a muchas naciones, entre estas al Perú¹²⁸, por lo que se debe proyectar una política criminal que entienda que la esclavitud humana, la explotación sexual y toda clase de servidumbre humana debe ser reprimida penalmente.

VI. EL DERECHO DE RETENCIÓN COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

1. Conceptos preliminares

Toda “causa de justificación” que da lugar a una eximente de responsabilidad penal requiere ser debidamente acreditada, al ser un precepto permisivo que autoriza a una persona a lesionar o a poner en peligro bienes jurídicos tutelados por la ley penal. Esto conforme a

126 VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, ob. cit., p. 404.

127 Esto a pesar de que en los planos que se manifiesta la *libertad personal*, la disponibilidad del bien jurídico se alcanza a los catorce años de edad, de acuerdo a una posición coincidente de la doctrina.

128 De acuerdo con la estadística proporcionada por RETA (Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas), hasta abril del 2012 se reportaron un total de 1960 casos de trata de personas a nivel nacional, de los cuales 763 tenía como víctimas a niños y adolescentes, en su mayoría mujeres.

los presupuestos legales que definen su marco de legítima aplicación. Por su parte, la doctrina penal especializada señala que la categoría dogmática de la “antijuridicidad penal”, en su contenido y valoración, es mucho más amplia que la categoría de “tipicidad penal”, pues algunas causas de justificación se encuentran previstas en el ordenamiento extrapenal. De igual forma, se afirma que mientras la “tipicidad penal” es definida exclusivamente sobre la base de la ley penal, la “antijuridicidad penal” supone observar las diversas codificaciones del orden jurídico nacional vigente.

En ese orden de ideas, la criminalización de un acto requiere de una conducta lesiva de un interés jurídico, de conformidad con los valores de un ordenamiento democrático de derecho, y, además, se demanda que dicho comportamiento no esté autorizado por tal ordenamiento. Solo en estas circunstancias estaremos ante un verdadero “injusto penal”. Así también, la realización del tipo de injusto fundamenta la antijuricidad del hecho concreto siempre que, excepcionalmente, no intervenga una causa de justificación, escriben JESCHECK y WEIGEND¹²⁹. Como indica PEÑA CABRERA, la sospecha que posee la tipicidad como indicio de antijuricidad queda cancelada por la presencia de una causa excluyente de antijuricidad, que convierte al hecho en totalmente lícito y —lo más importante— consentido por el ordenamiento jurídico; a esto se le denomina “causa de justificación”¹³⁰.

Una contrariedad del derecho o, dígase, una antinormatividad no puede ser construida desde una visión estrictamente formal, puesto que se requiere a la par de su “materialidad”. Esta afirmación llevó a VON LISZT a postular la dañosidad social de la conducta, concebida como una perturbación que trasciende la circularidad humana, al margen de que tal lesión pueda ser percibida únicamente desde un plano inmaterial (bie-

129 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, traducción de la 5.ª ed. alemana (1996) por Miguel Olmedo Cardenete, Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 478.

130 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 1997, p. 404.

nes jurídicos supraindividuales). A decir de MEZGER, la antijuridicidad es el juicio imperativo-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico¹³¹. En consecuencia, el análisis de este concepto, a diferencia de la tipicidad penal, debe fundamentarse en todo el ordenamiento jurídico¹³². Aquí se podrán identificar preceptos legales que autorizan la vulneración de bienes jurídicos a una persona en ciertos contextos —lógicamente con una necesaria dosis de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad—. A estos preceptos se les conoce como “causas de justificación”¹³³ o también llamadas “autorizaciones” o “permisiones” que dimanen de todas las parcelas del ordenamiento jurídico interno en armonía con lo previsto en los documentos internacionales. Estas “causas de justificación” confieren el ejercicio de actos de violencia sobre intereses jurídicos fundamentales de terceros a ciertas personas, sea para defender sus bienes vitales, para hacer prevalecer intereses jurídicos de mayor prevalencia constitucional, para respetar la autonomía de las personas en el plano de su libre actuación personal o para preservar el orden y la seguridad pública. En consecuencia, el mismo ordenamiento jurídico concede en determinados contextos un derecho “subjetivo” a ciertas personas que vulneran los derechos fundamentales de un tercero. Esto es lo que se concibe como el “ejercicio legítimo de un derecho”.

GÓMEZ LÓPEZ considera que, si el ordenamiento jurídico atribuye determinada facultad a una persona, significa que le está reconociendo la supremacía y prevalencia de su interés, para los casos en los que se

131 MEZGER, Edmund, *Derecho penal*, p. 131.

132 Vid. WESSELS, Johannes; Werner BEULKE y Helmut SATZGER, *Derecho penal. Parte general. Delito y su estructura*, traducción de la 46.ª ed. alemana por Raúl Pariona Arana, Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 168. Postulan la unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico.

133 A decir de WESSELS *et al.*, por medio de las causas de justificación, frente a los tipos penales se encuentran los tipos permisivos, que autorizan excepcionalmente el comportamiento típicamente lesivo para el bien jurídico. WESSELS, Johannes; Werner BEULKE y Helmut SATZGER, *Derecho penal. Parte general. Delito y su estructura*, ob. cit., p. 167.

produzcan conflictos con otros intereses. Una acción no puede ser consentida y, al mismo tiempo, prohibida por el derecho¹³⁴.

2. El delito de apropiación ilícita

El contenido material-sustantivo del delito de apropiación ilícita aparece cuando el agente delictivo se niega a devolver un bien mueble que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante, que por ley debe ser restituido a su legítimo propietario. Con ello se afectan los derechos reales que el agente posee sobre el objeto material del delito.

Ahora bien, no olvidemos que muchos de los delitos de corte patrimonial tienen contenidos extrapenales, situación que genera la necesidad de acudir a la normatividad civil, a fin de poder identificar correctamente el ámbito de protección de la norma y, aún más allá, precisar aquellos supuestos donde subyacen ciertos derechos del acreedor frente a su deudor, con el propósito de cautelar su legítima acreencia. En tal sentido, si se usa el derecho de “retención” como causa de justificación, este permite al agente no devolver el bien de su deudor —retenerlo— hasta que este último proceda a hacer efectiva su obligación pecuniaria. Entonces, si bien la conducta es atípica, no es penalmente antijurídica, ante la concurrencia de una causa de justificación.

3. Comentarios a la Casación N.º 1885-2018-Arequipa

La Cas. N.º 1885-2018 Arequipa establece una serie de requisitos que justifican la apropiación del bien en mérito al derecho de “retención”:

[L]a retención como derecho real de garantía tiene su regulación en el art. 1123 del Código Civil [...]. Su naturaleza, en principio, sí permitiría situarla como un supuesto para afirmar el ejercicio de un derecho y justificar una conducta punible, siempre que cumpla con los requisi-

134 GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causa de justificación*, t. IV, vol. I, Bogotá: Doctrina y Ley, 2013, p. 1055.

tos que la legislación civil prevé: a) la existencia de una obligación no garantizada suficientemente; b) la existencia de un bien del deudor en poder del acreedor; y c) conexión entre el crédito y el bien¹³⁵.

En principio, si la obligación se encuentra plenamente garantizada con otro bien, ya no hay necesidad de que el agente retenga cualquier otro bien, puesto que de hacerlo incurriría en abuso del derecho; así también, debe existir un poder fáctico sobre el bien del deudor en señorío del acreedor y una vinculación entre la obligación y el bien, lo que, en cierta forma, garantiza que el objeto material del delito haya ingresado de manera lícita a la esfera de custodia del sujeto activo.

Asimismo, la casación *in comento* señala que según “el ordenamiento civil muestra que el derecho de retención tiene sus excepciones. La principal está regulada en el art. 1124 del Código Civil, según el cual no puede ejercerse sobre bienes que al momento de recibirse estén destinados a ser depositados o entregados a otra persona”¹³⁶. Esto es, el bien objeto de retención no debe tener un destino predeterminado contractual o legalmente, así como tampoco debe tener como destinatario a un tercero; de ser así, no procede el derecho de “retención”.

Asimismo, la referida casación establece:

4.10. La determinación del ejercicio de un derecho [art. 20.8 del CP] demanda su licitud, esto es, la ausencia de prohibiciones para su invocación tanto a nivel penal como civil, así como la mención expresa de que no se ampara el abuso del derecho ni el ejercicio de justicia por mano propia.

4.11. La retención que no cumpla con las condiciones para ser invocada y aplicada a nivel de derecho civil no tendrá amparo suficiente para ser

135 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SEQUEIROS VARGAS), *Casación* N.º 1885-2018 Arequipa, Lima: 19 de agosto del 2020, f. j. n.º 4.4.

136 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SEQUEIROS VARGAS), *Casación* N.º 1885-2018 Arequipa, Lima: 19 de agosto del 2020, f. j. n.º 4.5.

constituida como el ejercicio de un derecho y, por ende, desvirtuaría la configuración de una causa de justificación a nivel penal¹³⁷.

De esta manera, la casación apela a la antijuridicidad, que desborda el ámbito penal para adentrarse en la antinormatividad civil. Esto quiere decir que el precepto permisivo del ejercicio legítimo de un derecho, al estructurarse sobre normas del derecho civil, requiere del cumplimiento de los presupuestos previstos en los artículos correspondientes del Código Civil para su validez. Así se podrá dar paso a la realización legítima de un derecho y no se permitirán actuaciones que ingresen a un campo de ilicitud, sea de orden civil o de orden penal. De hecho, la recuperación de un bien ha de tomar lugar conforme a los cauces y procedimientos reglados en el ordenamiento jurídico y en concordancia con los valores de un Estado constitucional de derecho.

En la sentencia en análisis no se amparó la conducta de apropiación como ejercicio legítimo de un derecho —derecho de retención—, pues la pretensión laboral, el pago de beneficios sociales y sus comisiones no estaban presentes al momento en que tomó lugar la retención del bien. Esta continuidad en la línea de tiempo resulta esencial para poder confirmar la presencia legítima de este precepto permisivo. El acto que se realice en oposición a esta circunstancia será un acto de justicia por propia mano, que no resulta admisible según los valores de un orden democrático de derecho.

Ante los hechos narrados, no solo se está ante una conducta típica, sino también penalmente antijurídica. Por tanto, dicho comportamiento es “punible” y susceptible de ser sancionado penalmente al ser un injusto de apropiación ilícita.

137 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SEQUEIROS VARGAS), *Casación N.º 1885-2018 Arequipa*, Lima: 19 de agosto del 2020, ff. jj. n.ºs 4.10 y 4.11.

CAPÍTULO VII

LA CULPABILIDAD

El injusto penal, como desvalor típico de la acción y desvalor del resultado, expresa un estado de lesión o de probable peligro para un bien jurídico tutelado. Esto, a su vez, constituye la base material que legitima la reacción punitiva estatal. En consecuencia, para que exista un injusto típico es de importancia el primer nivel de valoración, cuyo resultado dará lugar a la presencia de una conducta “penalmente antijurídica”; sin embargo, con ello no decimos todo, ya que la pena presupone la existencia de un injusto culpable (a veces, punible).

La categoría del “hecho punible” realiza un análisis objetivo y subjetivo de la conducta, así como de la vinculación anímica del autor con el hecho que genera un riesgo no permitido. Por su parte, la culpabilidad supone, en estricto, un análisis de orden personal. La imputación individual recae sobre aquel autor y/o partícipe a quien se le atribuye haber cometido el injusto típico. Por ende, esto tiene que ver con un juicio de atribución personal.

En el ámbito del reproche “culpable-personal” debe acreditarse que el sujeto, al momento de la presunta comisión del delito (*tempus commissi delicti*), contaba con una capacidad psicofísica idónea que le permitía adecuar su conducta al mandato y/o prohibición normativa. Este presupuesto ha de ser medido conforme a un hombre específico en una situación concreta, pues no podemos establecer el baremo en función del prototipo del “hombre medio y razonable”, por la sencilla razón de que no todos los individuos han de responder uniformemente ante las diversas circunstancias que acontecen en el quehacer social. Máxime si nuestra Ley Fundamental reconoce al Perú como un país multicultural y multiétnico —esto se manifiesta, por ejemplo, cuando los ciudadanos de ciertas regiones del país, aún arraigados en sus costumbres ancestrales, responden conductivamente de forma diversa, dependiendo de si son

hombres de la costa, de la sierra o de la selva—. De ahí que el legislador, con acierto, haya incorporado al texto punitivo la figura del “error de comprensión culturalmente condicionado” (art. 15 del CP), que tal vez puede resultar insuficiente para determinar una pena que sea justa y útil para el condenado.

El derecho penal no puede de ningún modo ser una respuesta mecanizada o automatizada ante la evidencia de una conducta delictiva, pues, de ser así, se estaría debilitando el principio de “dignidad humana”, establecido en el art. 1 de la Const. Pol., que representa el fundamento *ius constitucional* del principio de culpabilidad. Además, la culpabilidad es el principio que garantiza la imposición de una pena humana y razonable. En tal sentido, el juicio de reproche personal tiene que ver esencialmente con los deberes infringidos por el autor, su especial vinculación con la víctima, la asunción de deberes de garantía, la importancia del cargo y otros factores que pueden devenir en una agravación y/o atenuación de la pena, en aplicación de los arts. 45, 46 y 46-A del CP. Por tales motivos, se desprende una clara vinculación entre la determinación judicial de la pena y la culpabilidad.

La inseguridad ciudadana que padece el país desde hace varios años atrás significó la incorporación de las figuras de reincidencia y habitualidad, mediante la publicación de las Leyes N.ºs 28726 y 28730 en el 2006. Con la publicación de ambas normas se produjo una ruptura entre los principios rectores del *ius puniendi* —plasmados en el título preliminar del Código Penal— y los marcos penales que el juzgador está en la facultad de imponer bajo el imperio de dichas instituciones. Incoherencia sistemática que no puede ser salvada con la modificación efectuada al art. VIII del título preliminar del CP. Cuestión distinta son las modificaciones realizadas a la institución del concurso delictivo, específicamente en los arts. 48, 50 y 51 del CP, a través de la Ley N.º 28730.

En suma, el juicio de “culpabilidad” comprende lo siguiente: el análisis estricto de imputabilidad, el conocimiento de la prohibición de la conducta (error de prohibición) y la no exigibilidad de un comporta-

miento distinto. Todos estos factores han de ser analizados a continuación, conforme los valores que guían nuestro ordenamiento jurídico.

Un reproche estrictamente personal e individualizado, desde un plano ontológico, necesita escudriñar todos los factores que permiten el acceso a un sujeto responsable al interior del sistema del Estado de derecho. Esto dependiendo de su grado de socialización, culturalización y educación. Tales características nunca pueden perderse en el análisis de la determinación e individualización judicial de la pena al interior de Estados como el peruano, prototipo de la multiculturalidad, al ser lo heterogéneo parte de nuestra sociedad. Así debe estudiarse el aspecto normativo; la motivación del agente para cometer la conducta plasmada en la ley penal, pues, a pesar de poder elegir no cometer tal conducta, optó transitar por el camino de la desviación; la “imputabilidad” y otros elementos categoriales que se desprenden de este supraconcepto en la teoría del delito.

I. LA NECESIDAD DE MANTENER EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD COMO LÍMITE Y FUNDAMENTO DE LA PENA

Nuestra posición es mantener el concepto de culpabilidad como un juicio de reproche estrictamente personal, que, si bien debe fundamentarse en una orientación preventiva, también debe tener como soporte la estructura ontológica del autor.

El Estado limita el ejercicio de su facultad de castigar en mérito a este principio: no se puede imponer una sanción si no existe culpa. La sanción ha de ser adecuada a esa culpabilidad¹.

Según el orden jurídico-constitucional peruano, el principio de responsabilidad personal (culpabilidad) no está reconocido expresamente en la normativa nacional; sin embargo, este puede deducirse de varios preceptos constitucionales, sobre todo del art. 1 de la Carta Magna.

1 GARRIDO MONT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Santiago: Jurídica, 2001, p. 257.

Este artículo consagra al ser humano y a su dignidad como el valor supremo del Estado y la sociedad. La autorrealización del individuo y su participación en los procesos sociales solo resulta factible en un orden normativo que respete al máximo las “libertades fundamentales”.

La privación de la libertad solo es legítima en cuanto se manifiesta un hecho de significativa lesividad para los intereses jurídicos superiores. No obstante, la intensidad de la reacción estatal debe ser proporcional al grado de afectación del bien y, sobre todo, al reproche personal que recae sobre su autor. En consecuencia, la imposición de una pena sin culpabilidad o la medida de la pena que rebasa la medida de la culpabilidad suponen la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales (en este caso preventivos), lo que implica un grave atentado contra su dignidad².

Todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan, en buena parte, sobre la dignidad humana, en concordancia con un Estado democrático respetuoso del individuo³. Entonces, el juicio de culpabilidad implica una valoración estrictamente personal, que debe adentrarse en todos los aspectos que determinaron que el autor tome una decisión en contra del ordenamiento jurídico. En tal caso es necesario remitirse a los procesos sociales, económicos y culturales por los que atravesó el autor con sus congéneres —procesos que hicieron madurar una decisión antinormativa en su personalidad (manifestarse contraria a derecho)—, así como sus concretas relaciones familiares y personales. Esto con el propósito de enjuiciar la conexión personal real existente entre el autor y el hecho tipificado como delito⁴.

2 CEREZO MIR, José, “El delito como acción culpable”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIX, Madrid: 1996, p. 21.

3 MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed. corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995, Barcelona: Reppertor, 1996, p. 96.

4 TORIO LÓPEZ, Ángel, “El concepto individual de culpabilidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVIII, Madrid: 1996, p. 299.

En otras palabras, la culpabilidad tiene que considerar al individuo como un sujeto que ha internalizado toda una red social compleja de valores, definiciones y que, al mismo tiempo —en un proceso interactivo—, es productor de valores y definiciones, desde un punto de vista estrictamente ético⁵, como se ha señalado últimamente. Los factores asociados a la conducta desviada del individuo en sociedades como la nuestra responden a motivos de la más variada índole y naturaleza. No merecen igual reproche aquel malhechor que se apropia sistemáticamente de caudales que han sido confiados en razón del cargo público que ostenta que el abigeo que sustrae el ganado ajeno para alimentar a su familia, en evidente estado de necesidad. No se puede, por tanto, en modo alguno establecer una medición de culpabilidad fundamentada en la abstracción ideal del “hombre medio”.

La capacidad para responder al mandato o prohibición jurídica no le es dada de forma general al hombre. Como afirma TORIO LÓPEZ, esta capacidad depende fundamentalmente de sus relaciones sociales. Así, defectos culturales, analfabetismo o pertenencia a culturas marginales influyen relevantemente sobre la imputabilidad⁶. Ya en el nivel de la medición de la pena deben inclinarse por los factores de prevención.

Siendo así, nuestra concepción de culpabilidad permite una mejor comprensión de la “reincidencia”, que se fundamenta en el juicio del reproche personal. Esto será materia de análisis en otro capítulo⁷.

Ahora bien, ¿qué es lo que debemos entender por culpabilidad por el carácter del sujeto o por su conducción de vida? Esta caracterización se la debemos a MEZGER, quien utilizó la frase *Lebensführungsschuld* para hacer referencia a la culpabilidad por la conducción de vida:

5 BUSTOS RAMÍREZ, José, “Política criminal y dogmática”, en *El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 129.

6 TORIO LÓPEZ, Ángel, “El concepto individual de culpabilidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, art. cit., p. 297.

7 Véase el capítulo sobre la determinación judicial de la pena.

La fundamentación teórica viene de la culpabilidad por la conducción de vida [...]. La culpabilidad del autor no solo existe en la culpabilidad por el hecho, sino también en la “actitud” que el autor ha mantenido en el transcurso de su vida pasada en relación con el derecho en su totalidad⁸.

Este autor quiere decir que el juicio de culpabilidad no solo debe circunscribirse al hecho punible cometido, sino que debe extenderse a la conducta que el autor ha ido desarrollando toda su vida frente a las regulaciones positivas, que se manifiestan concretamente en su récord delictivo. La culpabilidad por la conducción de vida, que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, es decisiva para la mayoría de los delitos, porque solo esta parece estar en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de la “pena”⁹.

La culpabilidad por el carácter hace alusión a la manifestación de la personalidad frente al derecho. Esto se expresa en la predisposición que tiene el agente de delinquir en orden a factores psicológicos y caracterológicos. SAUER rechaza el concepto de “culpabilidad por conducción de vida” utilizado por MEZGER, al considerar que este autor desarrolla un concepto de culpabilidad del autor. SAUER, en este sentido, adopta una “culpabilidad crónica de tendencia”, que consiste en la disposición de ánimo o cualidad de carácter como causa inmediata del hecho. En realidad, este concepto de culpabilidad se fundamenta en numerosas tendencias de fuerza y de valor iguales, que se han condenado en una magnitud psíquica constante, a causa de la tenacidad de la excitación criminal¹⁰.

8 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 87.

9 ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, traducción y notas de la 2.ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 180.

10 SAUER, GUILLERMO, *Derecho penal (parte general)*, traducción de la edición alemana por Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona: Bosch, 1956, pp. 235 y 236.

La “culpabilidad crónica de tendencia”, entonces, se manifiesta en la predisposición que el autor revela al cometer ciertos hechos de símil naturaleza, que se expresan en su voluntad de actuar. Esta postura evoca una concepción de culpabilidad que centra el estado del valor jurídico no en el hecho en sí, sino en la personalidad del delincuente que se enuncia caracterológicamente cada vez que comete un hecho punible. En consecuencia, la esfera personal del autor tiene un valor trascendente, pero solo en el ámbito de la determinación judicial de la pena, so pena de ingresar a una esfera que no es lícita para el derecho penal en un ordenamiento democrático de derecho.

La lesividad que se expresa en el desvalor de la acción conjuntamente con el desvalor del resultado es la fuente material que legitima la reacción punitiva. Esto quiere decir que en un Estado de derecho la punición se condiciona a un “derecho penal del acto” en correspondencia con una “culpabilidad por el acto”.

Según dicha línea argumentativa, debemos apuntar a un juicio de reproche estrictamente personal, que se inicie en la propia persona que delinquirió y según las diversas aristas que se puedan observar en su conducta antijurídica. Esto debe hacerse mediante una retrospectión de los vínculos que tiene el individuo con su familia y la sociedad, que comprenden todo el aprendizaje sociopedagógico del individuo. Entonces, el análisis que se realizará es ontológico, pero no se sustenta en una premisa ya de por sí falsa —si otro (hombre medio) hubiese podido actuar conforme a derecho (libre albedrío)—, sino en un criterio individualizador. Esto con el propósito de adentrarse en un reproche que da lugar a una imputación individual, cuya naturaleza es esencialmente normativa.

Por consiguiente, la “culpabilidad” sigue ejerciendo una función limitadora del *ius puniendi* estatal, en correspondencia con la defensa de la autonomía humana y el respeto a su dignidad, valores que se compaginan armoniosamente en el marco del Estado social y democrático de derecho.

El juicio de culpabilidad debe reflejar, entonces, no solo un criterio individualizador, sino también una retrospección al análisis sociocultural del autor. Esto a fin de establecer la vulnerabilidad que este tiene frente al sistema jurídico-estatal en su conjunto, sin que ello signifique penetrar en juicios de valoración morales o éticos.

Resumiendo, URQUIZO OLAECHEA señala que en el derecho penal peruano el principio de culpabilidad tiene diversas expresiones. La expresión orientada a partir de la Constitución indica que existe un límite infranqueable para la determinación de la culpabilidad penal: el respeto a la dignidad¹¹.

A nuestra consideración, el juicio de imputación individual en el Perú adquiere una particularidad propia a partir de la complejidad étnica y multicultural y en razón a las variadas tipologías antropológicas y bioculturales que presenta el hombre peruano, tal como se desprende de la Ley Fundamental. Una máxima del Estado de derecho es el respeto a la pluralidad ideológica y a la diversidad cultural, de modo que la imputación jurídico-penal debe recoger estos datos culturales a fin de ajustar la sanción punitiva a un mínimo de racionalidad.

Los habitantes de la costa, sierra y selva revelan ciertas particularidades y singularidades que ameritan ser valoradas por el juzgador al momento de la “determinación judicial de la pena” e “individualización de la pena”. Es sobre todo el hombre de los “andes” el que merece una mayor distinción, por el desarraigo que tiene con el monismo jurídico impuesto por el Estado. En algunos parajes del territorio nacional se observan comunidades con sus propias reglas y valores, así como formas propias de ejercer la justicia. Es a raíz del monismo jurídico imperante que existe un divorcio profundo entre la normativa nacional y este tipo de prácticas al interior del país.

11 URQUIZO OLAECHEA, José Francisco, “Derecho penal: principio de culpabilidad”, en *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, año 3, n.º 94, Lima: 16 de mayo del 2006, pp. 4 y 5.

Por consiguiente, resulta todo un despropósito pretender homogeneizar (estandarizar) al hombre peruano, en orden a los fundamentos antes mencionados. Un derecho penal que no recoge la realidad socio-cultural de un pueblo produce una ruptura entre la norma y la sociedad, que desencadena su propia ilegitimidad.

Un sistema de imputación delictiva (juicio de reproche individual) acorde con la realidad nacional peruana fue materializado por legislador en el Código Penal de 1991, al introducir el denominado “error de comprensión culturalmente condicionado” (art.15 del CP). Sin embargo, esta institución punitiva no resulta lo suficientemente comprensiva como para valorar las múltiples características que pueden manifestarse en el infractor. De ahí que el estudio del hombre delincuente es un imperativo en el marco de un Estado social y democrático de derecho que tiene como sostén la “diversidad cultural”, a fin de establecer una adecuada graduación de la pena por parte del juzgador.

II. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

“Culpable” es aquel que tenía la capacidad de motivarse conductivamente conforme al directivo de conducta (imputabilidad), que conocía de la antijuridicidad que conllevaba la realización de tal conducta (conocimiento de la antijuridicidad) y al que le era exigible comportarse conforme a derecho (exigibilidad). Tal reproche solo se puede dirigir a las personas que —según su estructura psicosomática— están en la capacidad de adecuar su comportamiento de acuerdo con el efecto motivador de la norma (imputabilidad). El presupuesto básico que puede exigir tal comportamiento es el conocimiento de la antijuridicidad, como garantía del “principio de legalidad” y de una verdadera relación normativa.

En palabras de BACIGALUPO:

La capacidad de motivarse por el cumplimiento del derecho determina que la realización del ilícito sea reprochable y esa capacidad depende de que el autor haya podido comprender el derecho, comportarse de

acuerdo con esa comprensión y haya podido tener conocimiento del derecho (es decir, la antijuridicidad). Las causas de inculpabilidad no son elementos que eliminen esa capacidad [...], pero que, de todos modos, marcan el mínimo de gravedad de la reprochabilidad para fundamentar un reproche¹².

En cuanto a los fundamentos de la inculpabilidad, JIMÉNEZ DE ASÚA expone un contenido distinto al desarrollado por nosotros:

El fundamento de las causas eximentes reside en que, hallándose ante un acto que encaja en un tipo legal, que es antijurídico y procedente de un hombre imputable, si bien no falta en él ese ligamen subjetivo de intención o negligencia, es imposible elevarlo normativamente a las categorías de dolo y culpa, en las que se fundamenta la responsabilidad jurídico-penal, debido a que ese acto ha sido anormal o irregularmente motivado, ora porque el agente creía erróneamente, de modo invencible, que obraba conforme a derecho, cuando en verdad no era así; ora porque el sujeto, movido por especiales apremios, se vio en la necesidad de obrar de manera antijurídica, o, finalmente, porque a causa de una u otra motivación, no se le podía exigir una conducta adecuada al orden jurídico¹³.

De ello se colige que el “dolo” y la “culpa” forman parte del reproche individual, como variantes de la culpabilidad. Es de verse que el “dolo” y la “culpa” constituyen elementos de la tipicidad, por lo que el conocimiento del agente no abarca la conciencia de lo prohibido, únicamente comprende el aspecto formal de la construcción típica. El resto es común a lo descrito anteriormente. En cuanto al error de prohibición y los estados de inexigibilidad, solo los primeros forman parte del juicio de imputación individual, pues el error de tipo encaja en un nivel dogmático distinto.

12 BACIGALUPO, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis, 1996, pp. 151 y 152.

13 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal. El delito*, t. VI, Buenos Aires: Losada, p. 303.

Asimismo, el derecho no puede exigir a sus ciudadanos comportamientos imposibles que impliquen sacrificio de los bienes jurídicos más preciados por el orden social, como la vida, la integridad física y la libertad. Surgen pues, circunstancias excepcionales en las que el individuo ve amenazados dichos intereses jurídicos —tanto propios como de terceros—, por lo que opta por agredir a otro bien jurídico de equivalente valor normativo en aras de salvaguardar el propio. Dicha descripción fáctica mantiene subsistente su carácter antijurídico, pero el Estado renuncia a la imposición de una pena, por no poder exigir al ciudadano la realización de un acto heroico, o por el eminente decaimiento de la necesidad de una pena con base en sus fines preventivos —tanto generales como especiales—. En consecuencia, el sujeto está fuera de los límites de la “exigibilidad”.

Dentro de las diversas variantes de inculpabilidad, estas pueden aparecer en su forma excluyente o cuando no concurren en su fase completa. Sea una u otra, estas permiten determinar la graduación de la culpabilidad, incluso teniendo como consecuencia la atenuación de la pena (art. 21 del CP), como una potestad discrecional que el legislador confiere al juzgador.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE GRAVE ALTERACIÓN DE LA PERCEPCIÓN Y GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONSCIENCIA COMO EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

Cada una de las eximentes de responsabilidad penal reguladas en el art. 20 del CP obedecen a una estructura y naturaleza jurídica distinta; ello llevado al plano del análisis de la “culpabilidad” (en sentido estricto), de la imputabilidad como presupuesto esencial y fundante del reproche personal que recae sobre el agente delictivo. Así, analizar si la imposibilidad de conducirse consecutivamente conforme a la comprensión del sentido de la norma obedece a factores exógenos o internos (estructurales) del autor.

Como bien señala la Corte Suprema en la Cas. N.° 460-2019 Huánuco, una cuestión es la “grave alteración de la percepción”, que tiene una base

psicosomática (requiere de un diagnóstico médico) y que es de naturaleza permanente en el plano del psiquismo del agente, y otra cuestión muy distinta es la “grave alteración de la consciencia”, que es producto de factores exógenos (consumo de alcohol y/o sustancias psicotrópicas) que alteran de manera temporal las facultades físicas del agente (ebriedad media y absoluta). Su incidencia sobre este último, en cuanto a la imposibilidad de comportarse conforme a derecho —como bien se dice en la ejecutoria en cuestión—, dependerá de una serie de factores fisiológicos y del grado de alcohol consumido al momento de la comisión del delito. De esta manera, corroborado con otros medios de prueba se determinará su eficacia como eximente de responsabilidad penal. En esa línea argumental, si es que el agente se colocó consciente o inconscientemente en dicha situación de inimputabilidad (*actio libera in causa*), a nuestro entender esto implicaría la improcedencia de dicha situación psicofísica para determinar la no atribución de responsabilidad penal del agente, así como para disminuir el nivel de reproche “culpable”.

Los estados de “inimputabilidad” residen en un plano normativo (imposibilidad de adecuar su conducta a la motivación que dimana de la ley penal); sin embargo, estos son producto de causas distintas, unas aparecen en la estructura óptica del ser humano, otras en factores externos, por tanto, solo se manifiestan de manera transitoria en la estructura psicofísica del agente.

CAPÍTULO VIII

EL PROCESO DE DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

La pena importa la intromisión de mayor injerencia en el ámbito de las libertades fundamentales, por lo que su aplicación está sometida a una pluralidad de principios. Estos son criterios rectores que se convierten en límites al ejercicio del *ius puniendi* estatal, de acuerdo a la configuración de un derecho penal a la luz de la Ley Fundamental.

En el marco de un orden democrático de derecho, debe cautelarse que la imposición de una pena no solo sea el resultado de una actividad probatoria de cargo que haya superado la valla de la duda razonable¹, sino también de la valoración, con toda rigurosidad, de las circunstancias y/o factores relacionados al hecho punible, así como las particularidades del sujeto culpable. Con ello ingresamos al proceso denominado “determinación e individualización de la pena”. Este proceso, en los últimos años, ha generado cierto interés a nivel doctrinario y jurisprudencial. No en vano la Corte Suprema, a través de ciertas instituciones jurídicas como los acuerdos plenarios, ha esbozado criterios que todos los órganos jurisdiccionales han de tomar en cuenta en el proceso determinativo de la sanción punitiva.

Los marcos penales que el legislador ha conminado en los tipos penales tienen una razón de ser. Es decir, la escala penal integrada por una pena mínima y una pena máxima tienen por finalidad la fijación de un *quantum* de pena que debe estar ajustado a los sentimientos de justicia social y las necesidades preventivas del penado. No puede concebirse a la determinación de la pena como una operación mental matemática o autómatas, pues no olvidemos que detrás de su imposición se ubican intereses jurídicos de primer orden. Es por ello por lo que la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales toma mayor fuerza

1 Esto supone haber enervado exitosamente el principio constitucional de presunción de inocencia.

argumentativa cuando de por medio está la libertad de una persona. Y por más que se afirme que el substrato teleológico de la pena es viabilizar la recuperación social del condenado, su esencia y naturaleza es esencialmente “retributiva”. Nuestras cárceles, que no cuentan con las condiciones necesarias para que logren ser centros de rehabilitación social, terminan siendo solo centros custodiales de neutralización del condenado².

La determinación de la pena, o de cualquier otra clase de sanción penal, requiere de un marco regulador básico, que se edifica sobre la base de un conjunto de principios rectores o políticas de gestión, que orientan las decisiones del legislador o del juez hacia la configuración legal o la aplicación procesal de penas justas y racionales³. El asunto se encuentra, por tanto, en un tema legal, judicial e interpretativo. Se requiere que la imposición de la pena sea producto de una intelección valorativa debidamente razonada conforme a principios de política criminal, pues, al ser un asunto de gran agudeza y sensibilidad, necesita de una atención prioritaria por parte del sistema penal en su conjunto.

Entonces, tal y como se ha señalado, dichos marcos penales permiten al juzgador valorar todos los factores, elementos y/o circunstancias que pueden rodear la comisión del injusto penal, así como el reproche culpable que recae sobre el autor. No todos los infractores de la ley penal presentan las mismas características y singularidades, tal como lo establece el estudio criminológico de la conducta desviada; máxime en un país como el Perú, portador de una pluralidad étnica y cultural consagrada en la Ley Fundamental. Por consiguiente, si la judicatura

2 Así también de los procesados, y, por más que el Código de Ejecución Penal defina la separación entre los procesados y los condenados, esto en la práctica es letra muerta, al compartir los mismos espacios arquitectónicos. No obstante, cabe reconocer que en aquellas circunscripciones territoriales donde se aplica el nuevo Código Procesal Penal se ha podido reducir ostensiblemente el porcentaje de procesados en prisión. Esto en comparación con los condenados, aspecto que vislumbra una proyección positiva del modelo acusatorio en el Perú.

3 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La determinación judicial de la pena y los acuerdos plenarios*, Lima: Idemsa, 2010, p. 121.

no valora dichos presupuestos, la pena que se imponga al agente puede ser justa (muy grave); sin embargo, también puede ser incompatible con los fines preventivo-especiales y no condigna con la humanidad de las penas. Asimismo, puede que la pena permita lograr los fines de rehabilitación del sujeto infractor (sea muy leve) y, sin embargo, también sea contraria a los sentimientos de justicia de la sociedad.

Desde el punto de vista dogmático, podría pensarse que el delito daña el bien jurídico protegido y que es sobre la base de esta dañosidad abstracta que se delimita la medida de una pena adecuada. Sin embargo, el delito también produce consecuencias mediatas, que no están directamente vinculadas con la ofensa que el hecho haya producido sobre el bien jurídico. La falta de consideración de estas consecuencias puede provocar una verdadera injusticia⁴.

Por otro lado, el legislador ha reglado una serie de circunstancias que hacen que el injusto penal pueda agravarse o atenuarse, tal y como se desprende de varios articulados de la “Parte especial” del Código Penal. Este aspecto debe considerarse al momento de la individualización de la pena —tema que ha sido escasamente valorado por la judicatura nacional—. No se ha entendido en algunos casos cómo concurriendo más de dos circunstancias de agravación la magnitud de pena no alcanzaba el máximo de penalidad, o cómo concurriendo varias circunstancias atenuantes (genéricas y/o específicas) se le imponía la pena de mayor gravedad; así también, la vastedad de instituciones regladas en la “Parte general”, que también dan lugar a mitigaciones punitivas, y, ya en el mismo marco de la “aplicación de la pena”, se advierten circunstancias de agravación “específicas” y “genéricas”, como la prevista en el art. 45-A del CP, cuya plasmación en los casos concretos no ha tenido un desarrollo adecuado. Este era un estado de las cosas que requería de una urgente revisión normativa (*de lege ferenda*), y no bastaba, por tanto, el esfuerzo jurisprudencial realizado por las máximas instancias jurisdiccionales del Poder Judicial en los últimos tiempos. Lo anterior dio lugar a la sanción

4 FLEMING, Abel y Pablo LÓPEZ VIÑALS, *Las penas*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 374.

de la Ley N.º 30076, de 19 agosto del 2013⁵, que modificó los arts. 45 y 46 del CP, e incorpora el art. 45-A a dicho código.

Es de este modo que se instituye en nuestro texto punitivo el sistema de los tercios. Este sistema pretende solucionar los graves problemas que suscita un proceso de determinación e individualización de la pena desprovisto de una sesuda valoración al interior de la justicia penal. Sin embargo, hemos de tener cuidado, puesto que un modelo concebido de forma *matemática* —por así decirlo— podría convertirse en una camisa de fuerza para el juez al momento de valorar los fundamentos programáticos de un derecho penal democrático, tales como son el principio de “dignidad de las penas”, sobre el cual se asienta todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional⁶, y el principio de “mínima intervención”.

No puede sostenerse un sistema estrictamente legalista donde la literalidad normativa sea un escollo para que el juez pueda buscar una pena que, en realidad, se ajuste a los fines preventivos que la auspician. Fines que apelan —claro está— a los principios rectores de nuestro texto punitivo que se encuentran contenidos en el título preliminar del Código Penal. Obviamente, por tratarse de auténticas directrices hermenéuticas, esos axiomas están llamados a servir de orientación para todo el sistema penal. En particular, para la problemática de la determinación de la pena. Razón por la que no pueden ser soslayados por el intérprete, el analista o el administrador de justicia⁷.

5 JIMÉNEZ NIÑO afirma que lo que hace el Código Penal en sus arts. 45, 45-A y 46 es recoger los criterios que se habían establecido en algunos acuerdos plenarios de la Corte Suprema sobre la materia o, en todo caso, la forma en que siempre se debió de utilizar. JIMÉNEZ NIÑO, Sergio, “La determinación de la pena en la Ley N.º 30076: ¿de dónde parto?”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 51, Lima: septiembre del 2013, p. 44.

6 PRADO SALDARRIAGA señala que por el principio de dignidad de las penas se entiende que el Estado no puede diseñar, aplicar ni ejecutar sanciones penales que afecten la dignidad de la persona ni que dañen la constitución psicofísica de los condenados. PRADO SALDARRIAGA, *La determinación judicial de la pena y los acuerdos plenarios*, ob. cit., p. 126.

7 VELÁSQUEZ V., Fernando, “Los criterios de determinación de la pena en el Código

En la actual coyuntura sociopolítica de inseguridad ciudadana, el legislador no deja de apelar al discurso de violencia punitiva con la finalidad de mantener cautivos a los ciudadanos. Esto a través de la buena recepción de sus demandas de penalización y por medio de la reforma permanente de los tipos penales. Muchas veces se recurre a elementos que agraven drásticamente los marcos penales, descuidando los principios de proporcionalidad y de razonabilidad. En consecuencia, es necesario realizar un análisis perspicaz de estas circunstancias para que el sistema propuesto no arrastre al juzgador a estos oscuros torrentes de la política penal en el Perú.

La proporcionalidad de la pena es motivo principal de equilibrio para la reacción represiva del Estado, al infundir racionalidad y, con ello, evitar que se produzca un castigo excesivo donde no sea estrictamente necesario. Con este propósito, la consideración de la perspectiva de la víctima suministra una sólida referencia, al haber estado tradicionalmente relegada frente a la comunidad. La proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa, a infracciones de diversa naturaleza se les debe castigar con penas diferentes, como de índole cuantitativa, puesto que cada hecho punible debe ser correspondido con una sanción que se compadezca con su importancia⁸. Al respecto, el R. N. N.° 752-2008 Lima señala lo siguiente:

La aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena se realiza a través de los juicios de idoneidad, que va de la mano con el principio de culpabilidad, tomando en cuenta la socialidad de la persona y su hecho; necesidad, que sirve para determinar si se aplica una pena privativa de libertad, restrictiva de libertad o limitativa de derechos; y proporcionalidad en sentido estricto, según el cual la pena impuesta debe corresponder con la gravedad del delito concreto.

Penal peruano de 1991", en *Revista de Derecho Penal*, n.° 13, Montevideo: 2002, p. 7.

8 VELÁSQUEZ V., Fernando, "Los criterios de determinación de la pena en el Código Penal peruano de 1991", art. cit., p. 12.

Estamos, por tanto, ante un tópico de sensible aprehensión y apreciación, por las consecuencias que se derivan de este. Los esfuerzos de la dogmática penal deben enrumbarse a esta institución fundamental del derecho penal.

En definitiva, existían enormes vacíos legales tanto en lo que respecta a la rebaja de la pena —como consecuencia de la concurrencia de circunstancias atenuantes genéricas y calificadas— como en la tentativa, el desistimiento voluntario y la responsabilidad restringida, pues algunos podían entender que la disminución solo podía tomar lugar en el ámbito del marco penal, en cambio, para otros, podía ir por debajo de él. Considero que esta última postura es la correcta, pues es sabido que instituciones como las nombradas obedecen preferentemente a motivos de prevención “especial positiva”, desde un plano realmente rehabilitador, por lo que, a menor pena, mejor. En efecto, no se explicaría la razón del porqué instituciones procesales como la confesión sincera⁹ ¹⁰, que se da *post delictum*, puedan definir una situación jurídica más ventajosa en comparación con el delito tentado, al manifestarse en este último una actuación del agente al momento de la comisión del hecho punible.

En tales circunstancias, el presente estudio pretende abordar los temas señalados, desde la reforma normativa provocada por la Ley N.º 30076, tanto desde un enfoque dogmático como desde la política criminal.

I. EL SISTEMA PUNITIVO DE LOS TERCIOS EN EL PERÚ Y SU APLICACIÓN EN EL TIEMPO

De entrada, habría que preguntarse primero: ¿el Código Penal de 1991 contiene un verdadero “sistema punitivo”? Desde una mirada superficial podría afirmarse que no, pues no alberga reglas que definan de forma estricta los criterios a tomar en consideración para

9 Comprendida en el listado de la redacción primigenia del art. 46 del CP.

10 Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal y procesal penal*, t. I, Lima: Idemsa, 2016.

la “determinación”¹¹ e “individualización de la pena”¹². La redacción del art. 45 del CP hace alusión a los “presupuestos para fundamentar y determinar la pena”, al dar un listado de circunstancias a tomar en cuenta por el juzgador, sin especificar si estas habrían de operar como atenuantes y/o agravantes, y en qué medida y/o proporción habrían de incidir en el *quantum* de pena¹³. Luego, la redacción primigenia del art. 46 (*in fine*) regulaba aquellos factores que el juez podía considerar para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, de manera que le suministraba ciertos datos que le permitían graduar la penalidad según el contenido de desvalor del injusto penal como el grado de reproche culpable. A tal efecto, el marco de la pena justa, acorde a un concepto de culpabilidad por el acto, estaba plenamente garantizado, pues las dosimetrías penales permiten —justamente— respetar dicha garantía fundamental. Estas cuestiones permiten poner un baremo a un derecho penal orientado hacia la retribución, al poner un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad y de proporcionalidad (arts. II, IV, VII

11 Para VELÁSQUEZ V., la determinación de la pena es aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, y, por supuesto, la fijación de los plazos para el pago de la multa, etc. VELÁSQUEZ V., “Los criterios de determinación de la pena en el Código Penal peruano de 1991”, art. cit, p. 8.

12 PEÑA CABRERA, conforme al sistema antiguo, señala que es fundamental la determinación legal de la pena y su fijación, en abstracto, en clases y escalas. Esta vendría a ser la edificación inicial que ha de conducir a la aplicación concreta de una pena por parte del juzgador. PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Lima: Sesator, 1983, p. 626. Por su parte, PRADO SALDARRIAGA indica que la función de la pena es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito. PRADO SALDARRIAGA, *La determinación judicial de la pena y los acuerdos plenarios*, ob. cit., p. 130.

13 Vid. ORÉ SOSA, Eduardo, “Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N.º 30076”, en *Boletín Estudio Oré Guardia*, n.º 41, 2013, p. 12.

y VIII del título preliminar del CP)¹⁴. Sin embargo, como el lector podrá observar, no se señalaba si estas eran “agravantes” o “atenuantes”, lo que conducía a la inferencia de su naturaleza “mixta” y, sobre todo, que no podían ser atendidas si eran específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad. De ahí que si la misma calidad de funcionario y/o servidor público es lo que fundamenta la naturaleza del injusto penal de peculado o malversación de fondos, o si la mayor desvaloración del homicidio es el móvil de lucro, ferocidad o placer, estas circunstancias habían de ser dejadas de lado. Avizoraban también la dejadez por establecer guías metodológicas con respecto al cómplice (primario) que colabora en un delito especial propio, como en los injustos funcionariales, puesto que al dirigirnos al art. 25 del CP se le impondría el mismo *quantum* de pena. Situación que es dogmáticamente desacertada, puesto que, al no contar con las cualidades que sostiene el desvalor del injusto, debe recibir una pena menor. Aun así, cabe admitir que, pese a que la ley somete a la misma escala penal que prevé para el autor a los instigadores y cómplices primarios, la importancia del accionar del autor, en cuanto comporta la concreción de la afectación del bien jurídico y porque sin él no tiene relevancia alguna hablar de la responsabilidad de los otros sujetos, determina que en la cuantificación sea tratado con mayor severidad¹⁵.

En la doctrina nacional, PRADO SALDARRIAGA puntualiza que las disposiciones del Código Penal al respecto se encuentran repartidas cuando no confundidas en artículos aislados de la “Parte general”, así como en asistemáticas normas de la “Parte especial”. Es más, también coexisten reglas sobre la determinación judicial de la pena esparcidas en la legislación procesal vigente. Tal desorden legislativo —lamentablemente— ha incentivado poco al razonamiento especializado de los

14 VELÁSQUEZ V., “Los criterios de determinación de la pena en el Código Penal peruano de 1991”, art. cit., p. 9.

15 FLEMING y LÓPEZ VIÑALS, *Las penas*, ob. cit., p. 376.

juristas para conectar y explicar dogmáticamente tan anómalo sistema normativo¹⁶.

Según lo sostenido, los vacíos normativos descritos propician cierto espacio de discrecionalidad para el juzgador. Situación que, si bien no es negativa, podría agudizarse cuando los criterios manifestados por nuestro sistema judicial son dispares y, por ende, nada auspiciosos para la seguridad jurídica¹⁷ que este poder del Estado debe generar en la sociedad¹⁸. No en vano el art. 45-A exige que el órgano jurisdiccional fundamente y explique, lícita y suficientemente, los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Adviértase que la fundamentación de las resoluciones judiciales es una exigencia de orden constitucional, siempre vigente en los ordenamientos legales, de manera que el recelo y la desconfianza han motivado —creemos— la literalidad en su cumplimiento. Asimismo, cabe resaltar que resoluciones de tal naturaleza requieren de un exigente rigor explicativo y fundamentador, al estar de por medio la libertad de una persona, un bien jurídico ubicado en el listado de valores de primer rango constitucional. Por lo que no puede dejarse de lado a la sociedad representada por el Ministerio Público y su legítimo derecho de conocer las razones por las que se le ha impuesto tal o cual pena al acusado.

VELÁSQUEZ indica que la disposición normativa *in examine* reafirma la exigencia según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales. De tal manera que al condenado no se le sorprenda con tasaciones de pena caprichosas, que, por lo demás, también contrarían la Carta Magna, al ser el modelo de convivencia comunitaria de un Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad de

16 PRADO SALDARRIAGA, *La determinación judicial de la pena y los acuerdos plenarios*, ob. cit., pp. 119 y 120.

17 El sistema legalista de determinación de la pena es el indicado para promover la seguridad jurídica en un Estado de derecho. Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal. Parte eneral*, ob. cit., p. 626.

18 Vid. PRADO SALDARRIAGA, *La determinación judicial de la pena y los acuerdos plenarios*, ob. cit., p. 120.

la persona humana (arts. 1 y 43 de la Const. Pol.)¹⁹. Entonces, estamos ante un evidente sistema que le otorga discrecionalidad al juzgador en la etapa de la determinación e individualización de la pena, mas no a su puro arbitrio, en la medida que de todas formas tenía el deber de exponer las razones de su decisión²⁰.

Siendo así, pensamos que nuestra codificación penal contaba con un sistema, pero este padecía de una serie de vacíos y claroscuros, que, por razones de orden cultural e ideológico, no era posible subsanar mediante puros criterios interpretativos, por lo que resulta positiva la reforma *in comento*.

Ahora bien, ya en el tema en particular, habría que decir que el sistema de los tercios sigue la fuente colombiana. Es decir, se adscribe en un plano reglamentarista y formalista a la vez, por cuanto reduce de forma sustantiva la discrecionalidad judicial, al colocarla frente a una operación matemática en lo que respecta al *quantum* de la pena y al tener que seguir ciertas pautas en la aplicabilidad punitiva. El derecho penal no es una ciencia exacta como las matemáticas, donde los números definen situaciones desprovistas de discusión. La ciencia jurídica, como toda ciencia social, regula patrones de conducta sobre seres imperfectos, así como regula la conducta de quienes lo aplican. No somos contestes a esta fórmula punitiva. Nuestra preocupación se sostiene en las consecuencias que puede producir esta fórmula en el proceso intelectual de los operadores jurídicos, pues al analizar los casos los operadores pueden centrarse únicamente en la concurrencia de las circunstancias

19 VELÁSQUEZ V., “Los criterios de determinación de la pena en el Código Penal peruano de 1991”, art. cit., p. 8.

20 ORÉ SOSA sostiene que la fase de concreción o individualización de la pena no se abandona al libre arbitrio judicial, pues dicha tarea debe respetar los límites legales establecidos (mínimos y máximos de la pena básica y las circunstancias modificativas), así como valorar en el caso concreto los factores propuestos por el legislador para la dosificación de la pena (naturaleza de la acción, medios empleados, importancia de los deberes infringidos, extensión de los daños, etc.). ORÉ SOSA, “Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N.º 30076”, art. cit., p. 12.

descritas en el art. 45-A, con lo que se puede marginar los principios fundamentales de un derecho penal democrático. En opinión de un sector de la doctrina nacional, no se ha pretendido llegar a un sistema próximo a la pena tasada, o a un sistema que busque la pena puntual (pena exacta y supuestamente acorde al grado de culpabilidad), sino que se ha querido acoger un sistema que, dejando un margen de discrecionalidad al juez para la valoración del injusto y la culpabilidad (pues el sistema de tercios siempre deja un margen para que el juez proceda a individualizar la pena), así como de otros criterios de política criminal (verbigracia: la necesidad de pena), contenga reglas claras y sistemáticas de determinación judicial de la pena²¹.

De hecho, siendo la pena el castigo público más grave al interior del ordenamiento jurídico, no puede estar desprovista de límites o de márgenes de razonabilidad. El muro de contención de la pena debe erigirse sobre los principios fundamentales regulados en la Carta Magna. Esto con el fin de poder hacerle frente a toda pretensión de arbitrariedad punitiva. Fue el advenimiento de estos criterios rectores en el desarrollo de la civilización lo que permitió poner fin a la violencia estatal que, a todas luces, fue desproporcionada e inhumana. Con ello, se proscribieron las penas corporales y las sanciones anulatorias del ser humano (pena de muerte). Esta gran victoria de la Ilustración nos hace repensar la política criminal actual, donde el aspecto filosófico es relativizado por un utilitarismo a ultranza, producto del alarmismo derivado de la conflictividad social imperante. No faltarán, entonces, las voces que aquieten las galerías para que las corrientes punitivistas sean acogidas en las leyes que el Parlamento promulga.

Sobre lo anotado, cabe precisar que el que determina los marcos penales es el legislador, quien en algunas ocasiones procede a penalizar conductas de forma absurda, mientras que en otras procede con una agravación draconiana de la pena. Véase el caso de un sujeto de 22 años de edad que una noche para arrebatarse una gorra de cinco soles a su

21 ORÉ SOSA, "Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N.º 30076", art. cit., p. 13.

víctima realiza un pequeño empujón. De conformidad con el art. 189 del CP (delito de robo agravado), la pena oscilaría entre los doce y veinte años de pena privativa de la libertad. Al existir agravantes y atenuantes, la pena deberá ubicarse en el tercer intermedio, es decir, entre 13 años con nueve meses y 15 años con seis meses. Ante esta circunstancia, surge una interrogante: ¿es posible establecer una pena por debajo de los 13 años y más? Para ello, habría que recurrir a los principios basilares del derecho penal, que no pueden ser coartados por una legislación de tal calibre. Ello, sin dejar de reconocer que el art. 45-A permite ir por debajo del mínimo legal, siempre que concurra una circunstancia atenuante “privilegiada”.

En todo caso, siempre se suscitarán dudas en un país como el nuestro dónde la volatilidad del legislador y la falta de uniformidad interpretativa del juzgador es una característica inevitable.

En resumidas cuentas, será finalmente la práctica judicial la que nos dé el termómetro sobre la utilidad de este sistema punitivo, que de hecho debe brindar un marco de mayor seguridad jurídica entre los justiciables, y los baremos para espacios de discrecionalidad judicial que pueden lindar con la arbitrariedad. Sin embargo, no estamos seguros de que sea un tratamiento penal más benéfico para el imputado, en el sentido de que, apelando al principio de favorabilidad normativa, pueda aplicarse a hechos anteriores a la dación de la Ley N.º 30076. Esto lo decimos, precisamente, por lo que se señaló con anterioridad al hacer referencia a las cuantificaciones punitivas, al decir que estas puedan terminar convirtiéndose en una verdadera espada de Damocles para el juzgador. Los números pueden terminar por subvertir una labor esencialmente valorativa, que tiene por trasfondo un problema humano. Claro está que quienes abogan por su aplicación a los actos procesales, es decir, a un hecho delictivo perpetrado antes de agosto del 2013, tendrán que postular la naturaleza procesal de este, lo que —lógicamente— es inviable, pues un tema es el uso del “sistema de los tercios” y otro muy distinto es poder valorar una de las circunstancias de agravación genéricas previstas en el art. 46 del CP, que de recibo se alza en negativo;

solo las atenuantes podrían ser invocadas, siempre que cumplan con las garantías del acusatorio. Fíjese, por tanto, que la regla de la vigencia de la ley al momento de los hechos supone —en primera línea— que sus destinatarios conozcan de antemano (comunicabilidad normativa) no solo los hechos constitutivos del injusto penal, sino también todas las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de su comisión²².

Dicho lo anterior, el art. 45-A dispone en su primer párrafo: “Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”. Es de verse que el articulado recoge un modelo mixto, al hacerse alusión a aspectos de orden “cualitativo” y “cuantitativo” a la vez²³. Es decir, en primera instancia debe fijarse la clase de pena a imponer. Nuestro texto punitivo no solo cuenta en su seno con la pena privativa de libertad, pues también existen penas limitativas de derechos²⁴, las que pueden ser de aplicación alternativa (sustituta), autónoma, conjunta o accesoria con la primera de las mencionadas, tal como se desprende de los arts. 32 y 44 del CP; así también si la pena es efectiva o, en su defecto, es suspensiva, condicional, reserva del fallo condenatorio, exención de pena, etc.²⁵. Luego, ya la norma se encarga de definir el plano cuantitativo, esto es, la duración de la pena en términos temporales, considerando el art. 29²⁶ del CP y demás dispositivos legales pertinentes.

22 En opinión de JIMÉNEZ NIÑO, no existe problema alguno en la aplicación de la ley penal en el tiempo. El procedimiento para determinar e individualizar la pena el día 18 de agosto del 2013 es (debía ser) exactamente el mismo que el del día 20 de agosto del 2013. JIMÉNEZ NIÑO, Sergio, “La determinación de la pena en la Ley N.º 30076: ¿de dónde parto?”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 51, Lima: septiembre del 2013, p. 44.

23 PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 628.

24 Estas son tres: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libre e inhabilitación.

25 De acuerdo a los substitutivos penales regulados en los arts. 57 y 58 del CP.

26 Modificado por el Decreto Legislativo N.º 982.

El tema a destacar es lo concerniente a la “fundamentación de la pena”, factor desatendido y traído a menos por los operadores jurídicos. En virtud de este factor se expresan las razones y motivos por los que, a un determinado acusado, se le impone tal o cual pena, así como el margen temporal de esta. Asimismo, la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas conforme al art. 139.5 de la Const. Pol. garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se realice con sujeción a la Carta Magna y a la ley.

Respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional, en el Exp. N.º 1230-2002-HC/TC, señala:

La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa [...]. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver²⁷.

Asimismo, en el Exp. N.º 02880-2013-PHC/TC se establece:

En consecuencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de

27 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1230-2002-HC/TC*, Lima: 20 de junio del 2002.

la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que supone que se exprese no solo la norma aplicable al caso, sino que también se explique y justifique la razón del porqué el hecho investigado se encuentra enmarcado en los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta o se establezca el supuesto de motivación por remisión (Cfr. Expediente N.º 4348-2005-PA/TC)²⁸.

En el Exp. N.º 879-2000 se indica:

Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además, la gravedad de esta debe ser proporcional a la del delito cometido; ello implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulta imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico, por tanto para los efectos de la graduación de la pena se debe tener en cuenta la forma, circunstancias y peligrosidad con que el encausado perpetró el ilícito, conforme el artículo cuarenta y seis del Código Penal.

Así también, la necesidad de una motivación radica en su naturaleza de derecho fundamental que se adscribe en la idea de un debido proceso penal. La motivación de una resolución —en especial la motivación de una sentencia— supone una justificación racional, no arbitraria, expresada mediante un razonamiento lógico concreto y no abstracto, particular, ni genérico; aspecto que permite a las partes saber con ciencia y lógica los motivos por los que han sido desvirtuados sus argumentos de defensa y contradicción. El ciudadano tiene derecho a conocer las razones por las que resulta condenado o absuelto. Esto exige ir más allá de lo que es una escueta calificación de los hechos declarados probados. El deber de motivar las resoluciones judiciales

28 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00268-2012-PHC/TC*, Lima: 18 de septiembre del 2012.

no exige que el juez o tribunal lleve a cabo una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, sino que es suficiente que conste cuál ha sido el fundamento en derecho o criterio de razonabilidad de la decisión adoptada²⁹. Este deber constitucional de la judicatura adquiere mayor rigor explicativo en el proceso penal en la medida en que de su estadio conclusivo puede derivarse la pérdida de libertad ambulatoria del acusado, como consecuencia jurídica legítima, siempre y cuando se haya acreditado convincentemente tanto la materialidad del delito como la responsabilidad penal del imputado.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC, señaló:

Conforme lo ha destacado este tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.

Mientras que en el Exp. N.º 05601-2006-PA/TC se precisó:

El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional³⁰.

29 LORCA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel, “Presunción de inocencia: validez, motivación, razonabilidad y suficiencia probatorias. Los presupuestos esenciales de su naturaleza jurídica según la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 59, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 319.

30 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N.º 05601-2006-PA/TC*, Lima: 16 de julio del 2007.

De hecho, la debida motivación es un principio que se concatena con el principio de “imputación necesaria”. Este principio es el que exige que en toda resolución judicial en el ámbito penal los juicios de valor tomen lugar de forma individualizada. En ese sentido, la Corte Suprema, en el R. N. N.° 956-2011 Ucayali, establece como precedente vinculante:

En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podía implicar la declaración de nulidad de la sentencia.

En la doctrina especializada se señala que la motivación de la decisión judicial que impone una pena debe permitir conocer de manera concreta cuáles son las razones por las que el tribunal ha establecido una sanción en vez de otra. Ese conocimiento no debe ser logrado mediante un esfuerzo de intuición, sino que ha de quedar claramente a disposición de quien lea el fallo, de manera que no solo se advierta el marco legal aplicable, sino también el uso particular que se ha hecho con él³¹.

La decisión judicial no responde únicamente a razones de justificación jurídica, sino también a las llamadas razones explicativas vinculadas a las ideas, creencias y valores culturales de quien decide. Y pese a que es posible que el juez decida, al menos en parte, mediante un proceso mental inverso, en el que se plantea primero la conclusión y luego las premisas, e incluso que su decisión sea, sobre todo, producto de prejuicios, este juicio no debe dejar de tener las debidas justificaciones. La motivación de la decisión judicial que impone una pena debe permitir conocer de manera concreta cuáles son las razones por las que el tribunal ha escogido la sanción que aplica y no otra³².

31 FLEMING y LÓPEZ VIÑALS, *Las penas*, ob. cit., p. 440.

32 *Loc. cit.*

Según lo anotado, esta exigencia constitucional no se verá colmada cuando el juzgador, en la resolución de condena, solo invoque el articulado correspondiente, por ejemplo, al imponer una pena suspendida a un procesado por delito de peculado; sino que debe explicar en rigor los motivos por los que procede tal favorecimiento punitivo o, en su defecto, por qué le impone el máximo de rigor punitivo al autor de un robo agravado, con la concurrencia de una sola circunstancia de agravación. Esto se hace más sensible cuando el juzgador ha de aplicar las instituciones de la reincidencia y la habitualidad, así como la mayor pena por la condición de funcionario y/o servidor público —de acuerdo al art. 46-A del CP—. Asimismo, el tema de los fines preventivo-especiales, como la culpabilidad por el hecho, toma una notable importancia. Si es que consideramos que el fin de la pena es la prevención, debe hacerse mención concreta a ello. En cualquier caso, la adecuada fundamentación del fallo exigirá que se mencionen los aspectos que se emplean para dimensionar la pena y se indique con precisión que se los tiene por atenuantes o agravantes, sin que sea necesario además que se explique por qué razón se les asigna ese sentido. Lo que será fácilmente advertible por el enrolamiento del juzgador a determinadas líneas de pensamiento sobre los fines y fundamentos de la sanción³³.

Hemos enfatizado en el presente capítulo que, en este marco determinativo e individualizador de la sanción, al margen de los criterios retributivos, solo puede apelarse a los fines preventivos especiales de la pena, mas no a los fines preventivo generales, los que únicamente han de estar presentes en la conminación punitiva.

Es importante ahora analizar el segundo párrafo del art. 45-A del CP:

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

33 *Ibid.*, p. 445.

La pena —en principio— debe ser expresión de lo sucedido en el hecho punible cometido, esto es, debe valorarse en estricto el contenido material del injusto, desde un marco de lesividad, el grado de afectación del bien jurídico, en cuanto al desvalor del resultado y, por otra parte, el desvalor de la acción; recuérdese que no todos los delitos provocan un estado real de lesión, sino su puesta en peligro, como sucede en los delitos de mera actividad³⁴ y en el delito tentado. Las circunstancias son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a medir la intensidad de un delito. Es decir, ellas hacen posible valorar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuridicidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente)³⁵. En otras palabras, aquellos elementos que sean de la esencia de los tipos penales respectivos o que hayan sido señalados al redactar las figuras punibles en la “Parte especial” del Código Penal o en el derecho penal complementario no podrán ser empleados de nuevo en esta etapa, porque se violentaría el principio del *non bis in idem*³⁶.

Dicho límite de aplicación normativa prohíbe la arbitrariedad del juzgador, puesto que al momento de determinar la pena no puede agravarla en atención a una circunstancia cuya presencia sea necesaria para la configuración delictiva³⁷. Los tipos penales describen las conductas de las que puede derivarse una pena; se trata de requisitos mínimos para que alguien sea castigado. Sería entonces ilógico que la pena que el juez selecciona para el caso fuese agravada por haberse realizado un aspecto

34 Cuestión similar ha de verse en los delitos de peligro.

35 PRADO SALDARRIAGA, *La determinación judicial de la pena y los acuerdos plenarios*, ob. cit., pp. 138 y 139.

36 VELÁSQUEZ V., Fernando, “Los criterios de determinación de la pena en el Código Penal peruano de 1991”, art. cit., p. 10.

37 ZÚÑIGA RÍOS, Juan Carlos, “La determinación judicial de la pena: reflexiones sobre las limitaciones a la arbitrariedad judicial. Comentarios a la Sentencia N.º 0027-2012 del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Lima”, en *Actualidad Penal*, n.º 3, Lima: septiembre del 2014, p. 147.

del hecho necesario para el perfeccionamiento del tipo³⁸. La objeción de doble valoración se funda en el principio general de prohibición del *non bis in idem* y se configuraría en el entendido de que el legislador penal en la confección de los delitos y de las penas asignadas a su comisión ya habría tomado en cuenta los efectos preventivos generales necesarios para una eficaz disuasión de terceros, por lo que su consideración también por el juez en la fase de medición penal importaría su doble valoración con efectos agravatorios de la medida de pena³⁹.

Acá, se vincula el sujeto culpable con el hecho, nos referimos a la culpabilidad por el acto, al reproche que surge de la relación personal del autor con la conducta antijurídica que se le atribuye haber cometido. De hecho, la medida de la pena debe tener como fundamento la culpabilidad del agente con el acto perpetrado. Esta es la garantía que ofrece la teoría “retributiva” y que de cierta forma evita que una persona sea sancionada fuera de los marcos legales imponibles.

Cuestión particular es lo que sucede con la pena de cadena perpetua, una sanción indefinida e indeterminada, que si bien tiene un comienzo no tiene un fin temporal, al margen de la simbólica revisión de la condena prevista en el art. 59-A del CEP. Una pena así concebida no puede ser graduada, no permite dosificar la pena justa conforme al grado de desvalor del injusto y a la intensidad del reproche culpable; no es lo mismo la muerte sobreviniente producto de un robo o secuestro agravado que las lesiones graves inferidas en la estructura somática de la víctima, o que el agente forme parte de una organización criminal dedicada a cometer alguno de estos injustos penales. Así, será imposible valorar también circunstancias atenuantes privilegiadas, como la responsabilidad restringida o el delito tentado; situación que hace de esta una pena incompatible con los criterios que deben hacerse uso en el proceso aplicativo de la sanción punitiva. Se señala en la doctrina que se trata de una conminación penal imposible de ser graduada dada su

38 Citado por FLEMING y LÓPEZ VIÑALS, *Las penas*, ob. cit., p. 369.

39 BESIO HERNÁNDEZ, Martín, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 154.

duración indeterminada, y solo se explica en cuanto que el legislador acude a criterios preventivo-generales negativos para intimidar o atemorizar al conglomerado social⁴⁰.

Por tanto, el tipo penal —en su composición normativa— puede definir ciertos elementos que integran el desvalor de la conducta o un determinado grado de reproche personal (culpabilidad). Verbigracia: la calidad de funcionario y/o servidor público en el caso de los delitos funcionales; el estado de emoción violenta en el art. 109 del CP; la alevosía como medio empleado en el delito de asesinato; la ferocidad, lucro, placer, codicia (para facilitar y/u ocultar otro delito); el móvil piadoso en homicidio a ruego; la relación de parentesco en el parricidio y en el infanticidio; las diversas circunstancias de agravación contenidas en el robo agravado, secuestro, extorsión, hurto; etc. Puede indicarse también la calidad de funcionario y/o servidor público como agravante en la figura delictiva del delito de tráfico de influencias, la modalidad culposa en el delito de peculado, el destino de los caudales apropiados por el *intraneus* en el peculado agravado⁴¹, etc. En este sentido, por ejemplo, MIR PUIG entiende que las circunstancias son elementos accidentales del delito y que, por ello, no afectan a su existencia sino solo a su gravedad. Estas circunstancias inciden, en su mayoría, aumentando o disminuyendo la cantidad de injusto penal o la posibilidad de imputación personal (culpabilidad) del hecho. Este autor también destaca que, en todo caso, si bien normalmente las circunstancias afectan al delito en su gravedad, “los efectos que la ley les atribuye sobre la pena corresponden siempre a la teoría de la pena, dentro de la que han de contemplarse las reglas de determinación de la pena”⁴².

Respecto al concepto de “circunstancias”, en el AP N.º 1-2008 se sostiene:

40 VELÁSQUEZ V., “Los criterios de determinación de la pena en el Código Penal peruano de 1991”, art. cit., p. 10.

41 Por ejemplo, en el caso del injusto funcional de malversación de fondos.

42 BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, ob. cit., p. 528.

Se denomina circunstancias a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* de pena aplicable al hecho punible cometido.

Todos estos datos permiten dar mayor legitimidad al *ius puniendi* estatal, que adquiere contornos de mayor severidad apoyado en los principios de lesividad, culpabilidad y de proporcionalidad. Por tales motivos es que el legislador define normativamente un marco penal de mayor dureza en comparación con la conminación penal del tipo base.

Es decir, existe toda una vastedad de circunstancias, datos y/o elementos que el legislador ha incluido de forma taxativa en la composición de los tipos penales que modulan el contenido material del injusto, tanto en una escala menor como en una escala mayor. Las circunstancias son factores componedores de la tipicidad penal como del grado del juicio de reproche personal (culpabilidad). De manera que, si esto es así, el juzgador deberá tomarlas en consideración, so pena de vulnerar el principio de *non bis in idem*.

El art. 45-A del CP indica lo siguiente:

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
 - a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
 - b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
 - c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

- a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
- b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
- c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

“Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes”. Este primer paso es una cuestión de índole puramente matemática, que divide el marco penal en tres partes⁴³: un tercio inferior, un tercio medio y un tercio superior.

Seguidamente, el art. 45-A del CP establece:

2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

- a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.

Acá debe hacerse una distinción. No es lo mismo que concorra —por ejemplo— la carencia de antecedentes penales o un obrar por móviles nobles a que no exista ninguna de las causales contenidas en la primera tabulación del art. 46 del CP. De modo que la primera de las ocurrencias debe permitir al juez concretar el quantum de pena desde la escala más baja del marco punitivo. Este fundamento encuentra su

43 Vid. ZÚÑIGA RÍOS, “La determinación judicial de la pena: reflexiones sobre las limitaciones a la arbitrariedad judicial. Comentarios a la Sentencia N.º 0027-2012 del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Lima”, art. cit., pp. 145 y 146.

razón de ser en el principio de proporcionalidad, motivo por el que ambos supuestos no podrían recibir igual tratamiento⁴⁴.

- b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
- c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

Las circunstancias agravantes y/o atenuantes a las que hace referencia esta tabulación del articulado conciernen a todas aquellas que se encuentran regladas en el art. 46 del CP, pues son aquellas de naturaleza “genérica”, en principio, susceptibles de aplicación a todo delito y agente, siempre que se cumpla con su identidad valorativa. Un factor a añadir es que el legislador no ha señalado en la letra de la norma qué es lo que sucede cuando no hay equivalencia cuantitativa entre las circunstancias de agravación y/o atenuación. Piénsese, por ejemplo, en aquel delito donde concurren tres factores de agravación y uno solo de atenuación o viceversa. ¿Sobre cuál tercio debe ubicarse el juzgador? Entendemos que en el primer caso se debe ubicar en el tercio superior, mientras que en la otra hipótesis en el tercio inferior.

- 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera [...]

Primero, nos preguntamos: ¿cuáles son las circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas? En principio, las primeras serán —por ejemplo— la responsabilidad restringida en razón de la edad del agente, las eximentes incompletas de responsabilidad penal, el desistimiento voluntario, la tentativa, el error de tipo, el error de prohibición y el error de comprensión culturalmente condicionado vencible. Mien-

44 PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy, “Nuevas reglas de determinación de la pena: ‘El sistema de tercios’”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 51, Lima: septiembre del 2013, p. 36.

tras que en el segundo rubro se identifica la calidad de funcionario y/o servidor público del agente, la reincidencia y la habitualidad. El móvil, por tanto, ya no puede ser considerado en esta cuantificación punitiva, al tratarse de una circunstancia genérica de agravación o de atenuación.

- a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior.

Importa acá que se pueda ir por debajo del mínimo legal, pues tómese el ejemplo de un móvil piadoso y, luego, que se identifique un delito tentado o una responsabilidad restringida. En el caso del delito de hurto agravado podría aplicarse una pena de dos años de pena privativa de la libertad, la que por su corta duración puede ser suspendida.

- b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior.

En este espacio punitivo se ubican las figuras de reincidencia y habitualidad, las que, por su denostada fijación en la personalidad del autor, devienen en una valoración que limita el principio de culpabilidad por el acto, al considerar dentro de esta a las actitudes que tiene el agente frente a la vida misma. Lo que nos hace regresar a una situación que ya fue considerada en una condena anterior, así como la predisposición del autor a cometer una determinada clase de hechos punibles. Finalmente, el art. 45-A del CP prescribe:

- c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Entonces, si estamos ante un agente al que se le atribuye haber cometido el delito de hurto agravado, mediante la hipótesis de que este ilícito se perpetró durante la noche y en casa habitada, además de señalarse que el agente obró bajo un estado de emoción o de temor excusable,

la graduación de la pena tendría que darse conforme al tercer intermedio, esto es, entre cuatro a cinco años. Luego, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de responsabilidad restringida y si el agente es también reincidente, la sanción sería de cuatro años de pena privativa de libertad, a lo que habría que añadir las circunstancias descritas en el art. 45 del CP.

CAPÍTULO IX

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En una sociedad de consumo, cuya característica es el intercambio masivo de bienes y servicios, los protagonistas son los consumidores y proveedores que deben sujetar su actuación mercantil a estándares de calidad y de óptima funcionalización.

En tal contexto, aparece la empresa como motor que dinamiza y mueve esta actividad a través de la cobertura normativa que le otorga el ordenamiento jurídico. La “empresa” es una abstracción legal que construye el legislador para viabilizar la corporativización de las decisiones que se gestan desde su *input*. Esto se refiere a las decisiones de las personas físicas que representan sus órganos de gestión y administración. Por tanto, su funcionamiento y operatividad es decisión de las personas físicas, portadoras de voluntad y libertad. Surge la siguiente pregunta: ¿se puede distinguir entre las decisiones corporativas de la empresa y las mentes que encaminan dichas decisiones? Esta duda debe ser resuelta desde las diversas parcelas que integran nuestro ordenamiento jurídico.

El protagonismo adquirido por las personas jurídicas en la actualidad define situaciones de relevancia para establecer niveles de responsabilidad por las actuaciones defectuosas en las que puede incurrir en su cotidiana actividad. Tales actuaciones serán relevantes para la intervención penal cuando lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados. El sistema de imputación jurídico-penal tiene como fundamento ontológico para la responsabilidad penal en la *lege lata* a un individuo poseedor de conciencia, libertad e inteligencia. Por tal motivo, ante la comisión de un delito al interior de una empresa, solo responden penalmente las personas individuales pasibles de imputación,

mientras que la organización (empresa) no puede ser sometida a ninguna sanción criminal¹.

La economía actual a nivel nacional e internacional está manejada principalmente por personas jurídicas. Estas empresas son, en su mayoría, entidades comerciales que compiten por los contratos públicos. Las grandes corporaciones, usualmente, tienen operaciones globales en áreas como transporte, construcción, telecomunicación, minería, energía, producción de químicos, entre otros sectores de la economía.

La empresa, definida como el conjunto de personas estructuradas en razón a funciones o competencias, tiene como factor criminógeno su deficiente organización estructural. Donde individuos, al sacar provecho del anonimato, la conciencia de grupo, la falta de control, perpetran ilícitos penales².

Por tanto, la postura normativa era el no reconocimiento de la responsabilidad penal a las personas jurídicas —*societas delinquere non potest*—, y esto significó la elaboración de la fórmula legal del *actuar en lugar de otro* (art. 27 del CP), por la que se transfieren cualidades de la persona jurídica (sujeto de imputación) a las personas físicas que asumen sus órganos de representación. El régimen sancionador aplicable a las personas jurídicas, conforme el listado reglado en el art. 105 del CP, es dependiente de la responsabilidad penal de las personas físicas sobre sus órganos de gestión y/o administración (consecuencias accesorias al delito). Por consiguiente, la sanción a las empresas se somete a un sistema de “heteroresponsabilidad”, donde la responsabilidad del actuar delictivo de las personas jurídicas se trasfiere a las personas físicas. El aforismo *Societas delinquere non potest*, por ende, se construye a partir de categorías dogmáticas en esencia “ontológicas”, de conformidad con los valores de un Estado democrático de derecho. Sin embargo, las

1 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Lima: Sesator, 1983, p. 298.

2 JIMÉNEZ BERNALES, Juan Carlos, “La criminalidad empresarial como defecto de organización”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 27, Lima: septiembre del 2001, p. 185.

estructuras de imputación pueden ser renovadas de acuerdo con una visión político-criminal moderna.

La aplicación de los lineamientos de la política criminal moderna no ha sido suficiente para prevenir el vertiginoso avance de la delincuencia que se gesta desde la estructura societaria de la persona jurídica. Esta delincuencia se expresa no solo con respecto a la criminalidad económica y financiera, pues también repercute en el ámbito del cohecho transnacional, que involucra esferas de actuación que trascienden los hitos fronterizos de los Estados³. Al respecto, el preámbulo de la United Nations Convention Against Corruption (UNCAC) refiere:

[L]a gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.

II. LA DOGMÁTICA PENAL FRENTE A LOS RETOS DE LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL

La encrucijada a la que se enfrentan la dogmática penal y la política criminal supone nuevos retos en la actualidad. Uno de estos es la delincuencia empresarial cuyos hechos punibles son perpetrados desde las estructuras organizacionales de la *societas*. Así, el emprendimiento legislativo requiere de una redefinición de las categorías dogmáticas de la teoría del delito desde una proyección penal encaminada a ampliar la base sancionadora del derecho penal.

Son muchos los esfuerzos de la doctrina representativa de estos últimos años para dotar de legitimidad a un discurso punitivo que sea capaz de sostener —válidamente— la posibilidad de dismantelar el principio del *societas delinquere non potest*, donde se controviertan los

3 La primera Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales data del 21 de noviembre de 1997.

núcleos más elementales del derecho penal liberal: los conceptos de acción y culpabilidad. Una conducta atribuible a la fenomenología del ser humano, portador de inteligencia y libertad, una acción de sentido que se involucra con la naturaleza de la persona. La voluntariedad y la motivación normativa son predicados identificables solo en la persona natural y su valoración jurídico-penal está supeditada a su ingreso al ámbito de protección de la norma —estructura lógica-objetiva, razón que guía y determina la actuación humana—. Las personas deberán poseer las capacidades psicocognitivas suficientes para conducirse conforme al directivo de conducta plasmado en la norma. GÓMEZ-JARA DÍEZ, respecto a las concepciones ontológicas del derecho, afirma que estas tienen difícil acomodo en el debate jurídico actual, ya que todas las propuestas observan al derecho, en mayor o menor medida, como un fenómeno social y que resulta igualmente un lugar común que las sanciones administrativas sean insuficientes en la actualidad, sobre todo, en lo referente a la dimensión comunicativa propia del derecho penal⁴.

“Acción” y “culpabilidad” representan dos niveles de valoración (dogmáticos), cuya concepción tradicional expresa el carácter ontológico de la persona, por lo que una persona jurídica no puede ser portadora de ambos elementos. Detrás de toda persona jurídica están las personas físicas, quienes la regentan, administran y gestionan; son estos los sujetos que deciden la marcha societaria. De ahí que la imputación jurídico-penal solo tenga como destinatario a la persona natural y no a la empresa⁵.

La acusada normativización de las categorías dogmáticas del delito, realizadas por parte de un sector representativo de la doctrina penal, no

4 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrina actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y especial*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 335.

5 En la doctrina germana, KUDLICH apunta que, desde una perspectiva internacional, la *lex lata* alemana insiste, desde una posición marginal, en mantener el principio *societas delinquere non potest* en el ámbito del derecho penal. KUDLICH, Hans, “¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones?”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 82, Lima: abril del 2016, p. 132.

solo puede ser vista como un esfuerzo intelectual —cargado de una fuerte dosis de abstracción—, sino también como un medio para armonizar los derroteros de una política criminal (internacional) unívocamente direccionada al reconocimiento del *societas delinquere potest*. Esto ha sucedido ya hace tiempo, no solo en los modelos jurídicos propios del *common law*, sino también en aquellos adscritos al sistema jurídico continental-europeo, como España, según su Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio (responsabilidad penal “autónoma” de las personas jurídicas).

A decir de NIETO MARTÍN, en todos los convenios internacionales que procedan de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Europa o en las Directivas Decisiones marco de la Unión Europea aparece, casi como una cláusula de estilo, la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas. En términos del autor:

[L]a responsabilidad colectiva es producto de la influencia del ordenamiento más poderoso del mundo, el de los Estados Unidos, donde desde la época del ferrocarril descubrieron —y temieron— el poder de las corporaciones, y descubrieron que para dominarlo hacían falta, aparte de la Sherman Act, la instauración de la responsabilidad colectiva. Si se repasa la historia se comprueba que ambas creaciones son producto de un mismo monstruo: el ferrocarril⁶.

Este rumbo de la política criminal tiene un correlato criminológico. Sin embargo, en la actualidad, al existir un incremento acelerado de delitos que se cometen a través de la empresa, puede afirmarse que el modelo político-criminal es insuficiente. Esto se debe a que, en esta clase de delitos, la imposición de la pena recae sobre las personas naturales; mientras que las consecuencias accesorias, recaen sobre las personas jurídicas; máxime cuando la aplicación de las consecuencias accesorias

6 NIETO MARTÍN, Adán, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 11, Lima: mayo del 2010.

está ligada a la aplicación de una pena, tal como se señala en la *lex lata*⁷. La necesidad de prevenir y contener esta criminalidad es la que hizo posible el cambio de paradigma. Una ciudadanía empresarial cuya dimensión, extensión y operatividad tiene un impacto tal que se convierte en foco de atención de las políticas públicas, entre estas, la política penal. Parece ser muy complicado penetrar en las estructuras societarias de la empresa a fin de identificar al cerebro de los planes criminales que se gestan desde sus órganos de representación, sobre todo cuando se trata de empresas transnacionales, que cuentan con múltiples sucursales. De ahí que la fórmula del *actuar en lugar de otro* no haya podido enfrentar exitosamente esta creciente delictuosidad y se requieran nuevas formulaciones en materia dogmática y político-criminal.

Una sociedad caracterizada por el dinamismo y la especialidad en sus diversificadas actuaciones (de diferente índole), que subyacen al modelo empresarial, hace que las comunicaciones sean difícilmente aprehensibles por los actores estatales (el *know how*). Por tal motivo, se transmite la idea de que sean las mismas sociedades las que deban generar sus propios mecanismos de autorregulación. Se puede afirmar, entonces, que existe una relación entre los mecanismos de autorregulación de la empresa y la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como refiere HEINE:

[L]a carencia de información y de competencia hace que el Estado se distancie de la asunción de cualquier tipo de responsabilidad al respecto y que se establezcan nuevas relaciones de responsabilidad recíprocas entre sociedad, Estado y empresa. De esta manera, existen motivos de peso para afirmar que ese déficit de responsabilidad estatal debe ser asumido por las empresas⁸.

7 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ sostiene que la lucha contra la criminalidad económica, que amenaza buena parte del bienestar social y económico de las sociedades posindustrializadas, encuentra su asunto más espinoso precisamente en establecer cuándo es legítimo utilizar la vía sancionadora administrativa y cuándo la penal. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3.^a ed., Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 243.

8 HEINE, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las perso-

Por ello, concluye HEINE, “la línea a seguir en el ámbito de la responsabilidad penal empresarial consiste, básicamente, en la ‘estimulación’ de la autorresponsabilidad empresarial”⁹.

[E]n esta nueva adscripción social, y por qué no decirlo empresarial, el protagonismo de la persona jurídica es de tal dimensión y estructura que se instituye en una fuente inmanente de riesgos para determinados bienes jurídicos (*supraindividuales*), deviniendo en compleja la tarea de un control estatal eficiente y oportuno. Así, cuando se expresa que en este escenario un tanto extremo irrumpen las organizaciones empresariales modernas como sistemas sociales autopoieticos que no admiten un control o intervención externo directo, complicando aún más la situación¹⁰.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE UN ENFOQUE PREVENTIVO DEL DERECHO PENAL

El pensamiento dogmático-doctrinal se ha renovado por influencia del derecho anglosajón, que tiempo atrás reconoció la responsabilidad criminal de las empresas (Criminal Liability Company). Así, a partir de decisiones marco brindadas por la Unión Europea, se ha redefinido la política criminal internacional que ahora apunta al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y anula la vigencia normativa del *societas delinquere non potest*. Lógicamente, una formulación dogmática y política criminal de tal calibre no está exenta de críticas, en el marco de una imputación jurídico-penal construida sobre la base de factores ontológicos, tales como la acción y la culpabilidad¹¹.

Los lineamientos de esta política criminal han sido sustentados por directrices normativistas para la reelaboración de las categorías dogmáticas que inciden en la creación de un injusto sistémico de organización. Conocedores que la empresa es un ente colectivo dotado de una

nas jurídicas”, art. cit., p. 340.

9 *Ibid.*, p. 341.

10 *Ibid.*, p. 348.

11 Factores de imputación jurídico-penal únicamente identificables en las personas físicas, portadoras de conciencia y voluntad.

propia voluntad (corporativa) —que guía su actuación en las relaciones socioeconómicas que sostiene en sociedad (en el mercado, Estado y los diversos actores que conjugan en tales esferas)—, si la empresa realiza actividades que pueden ser riesgosas para los bienes jurídicos de la persona y de la sociedad, estará obligada a adoptar mecanismos tendientes a reparar dichos riesgos, a fin de que estos no sobrepasen límites que supongan estados de lesión sobre bienes jurídicos.

En realidad, a través de las “penas aplicables a las personas jurídicas” se procede a reforzar la tendencia hacia una autorregulación o autoorganización mediante una medida coactiva. Por lo demás, tales sanciones muestran una función social-comunicativa que tiene sentido, pues las personas jurídicas son agentes sociales y, por ende, centros de imputación¹².

IV. PROYECCIÓN LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Siguiendo el direccionamiento de la política criminal moderna, es que se presentan proyectos legislativos al Congreso de la República, patrocinados por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), con el fin de que el Perú pueda ingresar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), organismo de cooperación internacional, compuesto por 34 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales y mantener la participación del Perú en el Grupo Antisoborno de la OCDE. Son estos compromisos internacionales y las estructuras criminales de la modernidad las que motivaban el derrumbamiento del principio *societas delinquere non potest*.

La Ley N.º 30424, Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional, del 21 de abril del 2016, establece la “responsabilidad

12 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 34.

administrativa de las personas jurídicas”. Con esta ley, se hace patente un reconocimiento que en realidad ya estaba consagrado en la *lex lata*, pues desde siempre la persona jurídica ha sido pasible de responder administrativamente por los defectos de organización que pueden tomar lugar en su marcha societaria. Así, el art. 1 de la ley dispone lo siguiente: “La presente ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el art. 397-A del Código Penal”. Asimismo, el art. 2 de la referida ley precisa qué se entiende por persona jurídica:

Para efectos de la presente ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta.

Es sabido que la imposición de sanciones a la persona jurídica como consecuencia de un injusto penal que se cometió a través de sus estructuras societarias tiene como premisa indispensable la identificación de las personas físicas que se valieron de la posición de dominio que tenían en dicha empresa para cometerlo, por tanto, la aplicación de sanciones administrativas a personas jurídicas está sujeta a una declaración condenatoria de culpabilidad de quienes las utilizaron, siguiendo en estricto la literalidad normativa que se expresa en el título VI de la parte general del Código Penal. Es decir, no resulta legalmente admisible sancionar a la empresa con las medidas que allí se detallan si es que no se ha acreditado la responsabilidad penal de las personas físicas que ejercen sus órganos de representación¹³.

En la doctrina especializada, quienes están a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica señalan que someter las sanciones imponibles a las personas jurídicas a un filtro de constitucionalidad, según el cual “por sus características aflictivas son materia penal y le son de aplicación las garantías básicas del derecho penal”, es un “excelente

13 Tal orientación sigue de cierta forma la cláusula normativa contenida en el art. 27 del CP (“Actuación en nombre de otro”).

antídoto contra la estafa de etiquetas, y también relativiza [...] el valor de las construcciones doctrinales que rechazan a toda costa que se hable de penas, y luego admiten, solo que con otro nombre, las mismas sanciones e incluso los mismos criterios de imputación”¹⁴.

Nosotros sostenemos que solo aquellas sanciones que resultan lesivas para los bienes jurídicos fundamentales de la persona —es decir, aquellas que se encuentran catalogadas en el art. 28 del CP— constituyen auténticas penas (*criminales*), por ello, no pueden ser denominadas como tales las sanciones contenidas en el art. 105 del CP¹⁵. No puede confundirse lo que se concibe como pena criminal con aquel concepto amplio y genérico que significa la terminología “sanción”. Si las sanciones “fueran penas, se estaría afirmando con ello la configuración de una responsabilidad vicaria o derivada, acorde con el derecho civil y administrativo, mas no con el derecho penal”¹⁶.

El sistema vicarial presenta el siguiente defecto: el “efecto de desaliento de todo sistema de responsabilidad objetiva, la empresa nunca ve reconocidos sus esfuerzos organizativos encaminados a evitar los hechos delictivos”¹⁷.

V. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA AUTÓNOMA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS BAJO EL MODELO DE AUTORREGULACIÓN

La Ley N.° 30424 toma nuevos rumbos de política criminal al establecer que “la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural” y que

14 NIETO MARTÍN, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, art. cit., p. 147.

15 Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, ob. cit., p. 264.

16 PINEDO HIDALGO, Patrick, “La vulneración del non bis in idem mediante la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 27, Lima: septiembre del 2011, p. 91.

17 NIETO MARTÍN, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, art. cit., p. 149.

“las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”. Esto significa que la imposición de las sanciones que se glosan en el art. 5 (“medidas administrativas”) de la ley pueden ser impuestas a las personas jurídicas sin necesidad de que las personas físicas que ejercen sus diversos órganos de representación (*societaria*) sean pasibles de una sentencia de condena por parte de la justicia penal. En términos literales de la ley, dichas sanciones se aplicarán “contra las personas jurídicas que resultaren *administrativamente responsables* de la comisión del delito de cohecho activo transnacional, tipificado en el art. 397-A del Código Penal”^{18 19}. Esta es la “autonomía” que se predica en la presente ley, que se sustenta en el marco de una política de “autorregulación” de la empresa, donde la persona jurídica responde por sus defectos de autoorganización, por no haber adoptado las medidas internas (*societarias*) que puedan conjurar la generación de riesgos no permitidos capaces de afectar bienes jurídicos tutelados por la ley penal. A decir de PINEDO HIDALGO, “para fundamentar la aplicación de las consecuencias accesorias a la persona jurídica se estaría trasladando a esta los defectos de organización de los miembros de sus órganos, que no han realizado las acciones necesarias para prevenir la comisión de delitos”²⁰.

En un nivel apropiado de sinceridad científica, debe indicarse que son las personas físicas las que propician dicho defecto organizativo estructural de las empresas, pues son ellas quienes, desde los órganos de representación de las empresas, toman las decisiones que enrumban la marcha de las personas jurídicas. La voluntad conjunta de estas personas físicas forma una *voluntad corporativa, que, de forma ficticia y abstracta, da lugar precisamente a la construcción dogmática (teórica-conceptual) denominada culpabilidad empresarial, que es el sustento para el diseño doctrinal de la*

18 La cursiva es nuestra.

19 La norma prevé además medidas administrativas complementarias (art. 6), que son desarrolladas desde el art. 7 al 10. Adicionalmente, establece la sanción del decomiso en el art. 11.

20 PINEDO HIDALGO, “La vulneración del *non bis in idem* mediante la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas”, art. cit., p. 92.

responsabilidad penal de la persona jurídica. En este sentido, acertadamente apunta la doctrina que “el defecto de organización [...] no constituye el fundamento de la responsabilidad del ente por un hecho propio, ya que tal como están las cosas, dicho defecto de organización es predicable de la persona física que administra la empresa”²¹.

Si bien este modelo de “autorregulación” permite la construcción normativa de una responsabilidad autónoma de la persona jurídica, esto de ningún modo significa que tal responsabilidad esté desvinculada del hecho atribuido a las personas físicas, de una mínima constatación de que estas, en el marco de la representatividad empresarial (de derecho y/o de facto), hayan incurrido en el delito de cohecho activo transnacional, de que se esté frente a un acto típico y antijurídico.

El art. 17 de la ley regula el denominado *compliance* (programa de cumplimiento) en los términos siguientes:

La persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Esto quiere decir que la normativa en cuestión tiende a privilegiar una política criminal preventiva consistente en que las personas jurídicas estén en la obligación de diseñar modelos de “prevención”²²

21 RUIZ RENGIFO, Hoover W., “La necesidad del contenido propio del deber de las personas jurídicas delineados por un más allá de la eficacia de los programas de cumplimiento”, en *Actualidad Penal*, n.º 12, Lima: junio del 2015, p. 90.

22 El art. 17.2 de la Ley N.º 30424 dispone que una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa,

del delito de cohecho activo transnacional, es decir, adoptar medidas adecuadas, precautorias y eficaces para evitar que desde su interior se pueda cometer dicho delito.

A decir de KUDLICH, puede entenderse como *compliance* a “aquellas medidas que deban exigir un comportamiento conforme a reglas, precisamente, desde la perspectiva de los mandatos y las prohibiciones del derecho penal”²³. En la doctrina nacional se apunta que “el modelo de prevención de delitos es el instrumento jurídico-penal que garantiza la defensa de la empresa y sus administradores en el evento de un proceso penal en contra de cualquier miembro de la empresa”²⁴.

Consecuentemente, se denomina *criminal compliance* a las medidas de prevención a través de las cuales las empresas pretenden asegurar el cumplimiento de las normas aplicables a ellas y a sus trabajadores, así como la denuncia y la eventual sanción de las infracciones²⁵. Se trata de establecer medidas preventivas, obligaciones y deberes que mitiguen el riesgo de comisión de delitos en el desarrollo de la actividad empresarial, con la finalidad de que no sea necesaria la intervención penal^{26 27}. Con ello

donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración. Es importante esto último, en el sentido de considerar la dimensión y envergadura de la estructura societaria, a fin de fijar la asunción orgánica de administración de la persona jurídica.

- 23 KUDLICH, “¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones?”, *art. cit.*, p. 136.
- 24 RUIZ RENGIFO, Hoover W., “El descontrol como fundamento de la responsabilidad empresarial. El compliance (su definición) eficaz como causal de irresponsabilidad de las personas jurídicas” en *Actualidad Penal*, n.º 17, Lima: noviembre del 2015, p. 117.
- 25 KUHLEN, Lothar, “Compliance y derecho penal en Alemania”, en HORTAL IBARRA, Juan Carlos y VICENTE VALIENTE IVÁÑEZ (coords.), *Responsabilidad penal de la empresa y compliance*, Madrid: Edisofer, p. 91.
- 26 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los compliance”, en HORTAL IBARRA, Juan Carlos y VICENTE VALIENTE IVÁÑEZ (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Madrid: Edisofer, p. 166.
- 27 CORCOY BIDASOLO señala que, en relación con el delito de corrupción privada, los *compliance* deberían ser útiles no solo para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino también para determinar tanto el contenido del tipo,

se pretende reducir los riesgos que pueden aparecer en las actuaciones de las personas jurídicas, generar estándares de cumplimiento, obligatorios para las empresas so pena de asumir una responsabilidad, que en este caso sería de orden “penal”, bajo categorías distintas a las acuñadas en el derecho penal convencional, pues la responsabilidad penal solo puede ser producto de una actuación propia y no ajena, y no puede dejar de reconocerse que será siempre la mente humana la que planifica y ejecuta los hechos punibles en el seno de una persona jurídica²⁸. Así, las empresas pasan a ser reconocidas como agentes sociales con significación propia y sobre ellas tratará de influir el Estado, principalmente mediante el establecimiento de incentivos para el mejor cumplimiento normativo²⁹.

Estos programas de cumplimiento (*compliance program*) constituyen uno de los temas más debatidos actualmente dada la tendencia legislativa en la mayoría de los países del entorno jurídico común de establecer una responsabilidad penal para las personas jurídicas³⁰. Si la empresa adoptó este modelo conforme a su propia naturaleza, riesgos, necesidades y características, no podrá ser objeto de sanción (administrativa). No en vano el art. 17 de la ley acoge la rotulación de “eximente por implementación de modelo de prevención”.

QUINTERO OLIVARES señala que, a pesar de no ser frecuentes los *compliance* en el sistema jurídico de Europa, “es cierto que en algún caso concreto se ha ido abriendo paso la idea de que el desorden organizativo

el alcance de las obligaciones, como al de los supuestos de justificación. CORCOY BIDASOLO, “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *compliance*”, art. cit., p. 182.

28 La personalidad de las penas es algo inherente a un sistema de imputación delictiva elaborado desde raíces ontológicas, legítimo desde un derecho penal afincado en la idea de una culpabilidad de la mente humana. Ahora, en una sociedad con rasgos empresariales, donde son las corporaciones las que toman las decisiones que incumben a toda la sociedad, se define un concepto nuevo de pena, aparejado en una visión distinta de la política criminal clásica del Estado de derecho.

29 KUHLEN, “*Compliance* y derecho penal en Alemania”, art. cit., p. 103.

30 NAVAS MONDACA, Iván, “Los códigos de conducta y el derecho penal económico”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, p. 111.

era el fundamento de la imposición de las sanciones administrativas a las empresas”³¹.

Estos programas preventivos de cumplimiento van de la mano con la postura del *societas delinquere non potest*, en cuanto a la construcción de una culpabilidad de corte corporativizada, sostenida en el defecto sistémico de la organización.

Al respecto, KUDLICH señala que, “desde el punto de vista del *compliance*, la punibilidad de las asociaciones puede ser fundamentalmente un instrumento complementario absolutamente racional, al que [...] no se le opone *a priori* ningún obstáculo insuperable”³².

La discusión doctrinaria en cuanto a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias al delito es una agenda inacabada de la dogmática jurídico-penal de nuestros días³³.

El art. 18 de la ley señala:

El fiscal o el juez, según corresponda, verifican la efectiva implementación y funcionamiento del modelo de prevención. Si en el curso de las diligencias preliminares se acredita la existencia de un modelo de prevención implementado con anterioridad a la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada. En caso de que la investigación preparatoria se hubiese formalizado, el juez puede, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento de conformidad con la normatividad procesal vigente.

Esto importa que la justicia penal es la encargada de procesar a la persona jurídica por un supuesto delito de cohecho activo transnacional,

31 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, p. 81, citado por RUIZ RENGIFO, “El descontrol como fundamento de la responsabilidad empresarial. El *compliance* (su definición) eficaz como causal de irresponsabilidad de las personas jurídicas”, art. cit., pp. 114 y 115.

32 KUDLICH, “¿*Compliance* mediante la punibilidad de asociaciones?”, art. cit., p. 136.

33 Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, ob. cit., p. 267.

y finalmente, el juez penal, el competente para imponer las sanciones administrativas que se regulan en la ley especial. Por ende, si la empresa cumple con acreditar que previamente a la comisión del hecho punible adoptó este modelo de cumplimiento, estará exonerada de responsabilidad administrativa.

¿Cuál sería, en rigor, la distinción entre las disposiciones de la Ley N.º 30424 y las del Código Penal, dejando a salvo que en el primero de estos dispositivos legales las medidas se circunscriben al delito de cohecho activo transnacional? Que, en el Código Penal, sea cual fuera el injusto penal cometido, la sanción —también a nuestro parecer de carácter administrativo— de la empresa está condicionada a la comprobación de la culpabilidad de las personas físicas que ejercen sus órganos de representación.

El órgano funcional que impone las medidas estipuladas desde el art. 5 hasta el 10 de la ley es también el juez penal, de acuerdo a sus dispositivos legales. Sin embargo, el hecho de que sea un juez penal el funcionario estatal encargado de imponer esta clase de sanciones a las personas jurídicas no las convierte en una medida de orden “criminal”. Toda codificación penal recoge un programa de política criminal compuesto por regulaciones de diversa naturaleza jurídica, como la reparación civil³⁴ —entre otras—, lo que no implica darles la categoría de “punitivas”³⁵.

La predicada autonomía de la responsabilidad administrativa encuentra refrendo en la posibilidad de que se persiga a la persona jurídica, aun cuando haya prescrito la acción penal contra la persona física o se hayan presentado el resto de causas extintivas de la acción penal, conforme a lo prescrito en el art. 78 del CP. Lo que no se dice es si la responsabilidad penal de la persona física es también independiente de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica; inferimos de la normativa en cues-

34 Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., “La naturaleza jurídica ‘civil’ de la reparación en la vía criminal y su insostenible carácter accesorio en el proceso penal” en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 59, Lima: mayo del 2014, pp. 193-204.

35 Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, ob. cit., p. 242.

tión que los representantes de la empresa que, valiéndose de sus estructuras societarias, cometen el hecho punible de cohecho activo transnacional responden ante la justicia penal, aunque la empresa haya adoptado plenamente el modelo de prevención. Asimismo, si es que prescribe la acción contra la persona jurídica, de acuerdo a las causales estipuladas en el art. 4 de la ley, la acción penal queda vigente para perseguir penalmente a las personas naturales y que, estando probada su responsabilidad, se imponga la sanción penal que corresponda. En palabras de NIETO MARTÍN: “La responsabilidad de personas jurídicas tiene como finalidad incrementar la eficacia del derecho penal y la responsabilidad individual. No viene a sustituir a la responsabilidad individual, sino a hacerla más efectiva”³⁶.

Es importante precisar que la responsabilidad administrativa de la persona jurídica está supeditada a que los probables beneficios que haya podido reportar el hecho punible cometido por sus administradores de hecho y de derecho (y representantes) hayan sido en beneficio de ella. De manera que, si el hecho punible se cometió en estricto beneficio del agente del delito, la empresa estará exenta de responsabilidad administrativa. Así, el art. 3.c de la ley señala:

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en los literales a, b y c del primer párrafo, hubiesen cometido el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Esta precisión es importante para cautelar la razonabilidad que debe guiar los derroteros de todo el derecho público sancionador.

36 NIETO MARTÍN, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, art. cit., p. 146.

PARTE II

LA TEORÍA DEL CASO EN EL PROCESO PENAL

CAPÍTULO I

TEORÍA DEL PROCESO

I. EL SISTEMA ACUSATORIO Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. Concepto de sistema procesal

Un sistema procesal es el conjunto de principios e instituciones que configuran una determinada manera de concebir el proceso. El sistema procesal que asume jurídicamente un Estado determina la forma y ritos del procedimiento, asignación de roles de los sujetos procesales, atribuciones del órgano jurisdiccional y demás reglas metodológicas para la impartición de justicia.

2. SISTEMAS PROCESALES EN EL ÁMBITO PENAL

2.1. El sistema acusatorio

El sistema acusatorio se caracteriza por la división de funciones de *acusación* y *decisión* en dos entes diferentes. La primera función (persecutora) le compete a un ente público autónomo encargado de dirigir la investigación del presunto hecho punible, ejercer la titularidad de la acción penal pública y asumir la carga de la prueba. Para el caso peruano, ubicamos aquí al Ministerio Público, organismo constitucionalmente autónomo. La segunda función (decisora o sancionadora) le corresponde al juez de conocimiento, cuya decisión se encuentra sometida a las pruebas actuadas por las partes y a los principios de imparcialidad, trato igualitario, contradicción, inmediación, publicidad, igualdad, justicia y verdad, entre otros. El juez ya no puede ni debe investigar¹.

1 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima: INPECCP, 2015, pp. 40-48; SALAS BETETA, Christian, *El proceso penal común*, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 9-19; CALDERÓN SUMARRIVA, Ana y Guido ÁGUILA GRADOS,

Ambas funciones, tanto la persecutoria como la decisora, se desarrollan apuntando a la eficacia de la administración de justicia y con el objetivo de todo proceso penal: llegar a la verdad. No obstante, tales funciones y dicho objetivo encuentran limitaciones legales, pues no son absolutas. Sería incorrecto que un Estado democrático de derecho asumiera un sistema procesal que convalide el arribo de la verdad a toda costa o rebasando indebidamente los derechos humanos. Y justamente, estos, derechos consagrados en la Constitución Política y traducidos en principios y garantías procesales, constituyen los límites al despliegue de la persecución fiscal y la decisión judicial.

2.2. El sistema inquisitivo

El sistema inquisitivo consiste en la concentración de funciones de persecución y decisión en un mismo ente: el judicial. Este sistema se basa en la escrituralidad y secretismo del procesamiento, lo que, sumado a la falta de imparcialidad por la concentración de funciones, termina afectando los derechos humanos del ciudadano que es sometido al proceso penal. Un Estado que asume este sistema procesal avala que la verdad —o lo que se cree que es la verdad— se determine bajo cualquier forma o procedimiento, sin importar si en la búsqueda o determinación del procedimiento se afecten derechos constitucionales. El sistema inquisitivo en la actualidad importa un procedimiento persecutor ajeno a los estándares de un debido proceso penal propio de países democráticos.

En el caso peruano, tenemos una situación *sui generis*, pues, si bien se encuentra vigente en casi todo el país el nuevo CPP (D. Leg. N.º 957)² con reglas tendientes al sistema acusatorio (no es un propiamente un código acusatorio), en la actualidad (2021) aún se mantiene vigente el proceso sumario (D. Leg. N.º 124)³ para determinados casos. En el cual,

Derecho procesal penal: didáctico, Lima: Escuela de Graduados Águila & Calderón, 2001, p. 17; DAVID GRANDA, Alberto, *Derecho procesal penal*, t. I, Santa Fe: Nova Tesis, 2000, p. 43.

2 Decreto Legislativo N.º 957, publicado el 29 de julio del 2004.

3 Decreto Legislativo N.º 124, publicado el 12 de junio de 1981.

tras la investigación preliminar, el fiscal ejerce la acción penal ante un juez instructor, quien abre proceso judicial, investiga judicialmente y, tras la opinión del fiscal, sentencia. Es decir, la misma autoridad judicial que investiga emite la sentencia. Este es el mejor ejemplo de esos rezagos inquisitivos que se mantienen aún en el ámbito procesal penal.

2.3. El sistema mixto

El sistema mixto contempla reglas tanto del sistema inquisitivo como del acusatorio. Es un sistema que, pese al esfuerzo de equilibrar las funciones de persecución y decisión, deja vacíos y genera espacios en donde la interpretación de la norma adjetiva depende del perfil del encargado a aplicarla, sea que se trate de un juez con formación inquisitiva o uno con paradigma acusatorio. Todo ello resta predictibilidad y uniformidad a las decisiones judiciales y afecta la calidad del servicio de la administración de justicia.

El Perú es un claro ejemplo de este sistema, pues, en pleno 2021, a la par del nuevo CPP también se encuentra vigente, para otros casos, el proceso penal ordinario⁴. Este proceso contempla dos etapas procesales. La primera etapa consiste en una fase de instrucción, inspirada en el sistema inquisitivo (escrita y secreta) a cargo del juez instructor o juez especializado en lo penal, quien, una vez culminada su labor de investigación, eleva el expediente a la Sala Penal Superior. La segunda etapa es la de juzgamiento, desarrollada por el tribunal bajo una metodología solemne y lenta, con escasas reglas de litigación oral y con una actuación probatoria bajo el absoluto control del ente judicial. A lo largo de los años, desde la jurisprudencia nacional, se ha tratado de mejorar la dirección del juicio oral bajo este sistema en que nos encontramos. Lastimosamente, este sistema mixto no ha permitido obtener una jurisprudencia uniforme, sino que, por el contrario, se tienen criterios judiciales contradictorios como es el caso de la prueba prohibida.

4 Código de Procedimientos Penales (Ley N.º 9024), publicado el 23 de noviembre de 1939; Decreto Legislativo N.º 17110, que modifica el CdePP (3 de octubre de 1968).

En suma, en pleno 2021, en el Perú confluyen los tres sistemas procesales. Si bien se estima que dentro de unos años los procesos sumarios y ordinarios serán cosa del pasado, hoy existe un desorden jurídico que afecta la calidad del sistema de administración de justicia y evidencia la ausencia de una política gubernamental seria, programada, ininterrumpida y dotada de recursos suficientes. La reforma procesal penal data del 2006 y todavía no se encuentra vigente al 100 % el nuevo CPP en todo el territorio nacional.

3. Características del proceso penal bajo las reglas del nuevo Código Procesal Penal

3.1. El proceso como conjunto de garantías constitucionales

Un proceso penal civilizado es aquel que le permite al Estado administrar justicia en búsqueda de la verdad y, al mismo tiempo, garantiza que dicha función no atropelle ni afecte indebidamente los derechos humanos del ciudadano sometido al proceso. El Estado, a través de sus agentes (policía, fiscalía y jueces), debe de tener claro que la administración de la justicia penal le impone límites, los cuales deben de ser respetados, pues de ello importa que estemos o no ante un debido proceso. El proceso penal regulado en el nuevo CPP importa un conjunto de principios y garantías constitucionales que guían y gobiernan su desenvolvimiento, así como el rol de los sujetos procesales.

La dignidad humana, como pilar del Estado democrático de derecho, es un derecho fundamental cuyo respeto se exige al máximo durante el desarrollo del proceso penal. Este derecho fundamental es vulnerado cuando se presenta a sospechosos detenidos en ruedas de prensa o se les expone públicamente ante los medios de comunicación con el afán de generar una percepción pública de que las autoridades vienen haciendo su trabajo, o cuando se presenta en una audiencia pública a una persona con los grilletes puestos o con chalecos antibalas con la inscripción de “detenido”. Viles acciones que los operadores de justicia no deben de ordenar ni permitir ni avalar.

Así, cada derecho fundamental reconocido en la Constitución se encuentra amparado en los principios y garantías procesales, y es obligación de las autoridades velar por su cumplimiento y no justificar ni buscar excepciones a la vulneración de estos derechos. Al respecto, LANDA ARROYO señala:

El derecho constitucional contemporáneo se planteó la relación entre Constitución y proceso, procurando la reintegración del derecho y el proceso, así como superando el positivismo jurídico procesal basado en la ley, en base a reconocer un rol tutelar del juez constitucional —disciplina judicial de las formas—⁵.

3.2. La finalidad del proceso penal

La finalidad directa del proceso penal apunta a determinar si el ciudadano acusado es responsable o no de la comisión del delito que se le atribuye. De modo que, de determinarse con prueba suficiente (directa o indiciaria) su responsabilidad penal, corresponde aplicarle la sanción penal prevista en la ley. Caso contrario, si se determina su inocencia o existe duda razonable, la presunción de su inocencia se mantiene y, por tanto, toca absolverlo. El nuevo CPP contempla funciones y/o atribuciones para el órgano persecutor (Ministerio Público) y para el ente decisor (Poder Judicial) a efectos de esclarecer los hechos, arribar a la verdad y emitir una decisión debidamente motivada y, al mismo tiempo, prevé principios y garantías a fin de proteger al ciudadano sometido al proceso de cualquier acto oficial abusivo, desproporcional, arbitrario o ilegal que los agentes estatales puedan cometer en ejercicio de su función de administrar justicia. Un ejemplo de ello es la regla de exclusión de la prueba prohibida (art. VIII del título preliminar del nuevo CPP)⁶. Ello

5 LANDA ARROYO, César, “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”, en *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 8, n.º 8, Lima: febrero del 2002, p. 446. Recuperado de <<https://bit.ly/3utKrmr>>.

6 Art. VIII.- Legitimidad de la prueba

1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

obedece a que no se puede amparar legalmente la premisa de búsqueda de la verdad a toda costa. El mecanismo o instrumento (proceso) para alcanzar la verdad debe de estar dotado de legitimidad y legalidad; si no es así, simple y peligrosamente se convierte en una herramienta al servicio de la persecución política, de la justicia mediática o del linchamiento colectivo.

Además, tenemos como finalidad indirecta del proceso penal que, a través de la administración de justicia penal, se solucione el conflicto derivado del delito, para restablecer la paz social alterada por la ocurrencia del suceso criminal. La lógica de dicha finalidad es obvia, pues la decisión judicial final, sea absolutoria o condenatoria, permitirá restablecer el orden y la paz social, en tanto aquella sea legítima, es decir, que dicha decisión judicial sea el resultado de un debido proceso y cuyas conclusiones deriven o sean consecuencia de premisas sobre los hechos, la norma y las pruebas debidamente justificadas. No estamos ante el restablecimiento de la paz social con decisiones judiciales que generalizan y condenan a todos los hombres sospechosos de actos de violencia familiar o feminicidio, basadas en el solo hecho de ser hombres y con exclusivo fundamento de la credibilidad absoluta de la versión de la denunciante por el solo hecho de ser mujer. Tampoco se restablece el orden social cuando se emplea la prisión preventiva como una forma de aplacar la ira social generada por un presunto hecho punible, expuesto a los medios de comunicación o para quedar bien ante la ola mediática y el juicio paralelo aplaudido por la opinión pública. Esas circunstancias no tienen nada que ver con los fines del proceso penal y, más bien, están vinculadas a hechos discriminatorios, prejuiciosos y atentatorios de la presunción de inocencia, propio de civilizaciones de escaso desarrollo.

-
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

3.3. El tratamiento de la víctima, su pretensión y su reparación integral

Uno de los grandes avances que ha traído el nuevo CPP está referido al tratamiento de las víctimas o agraviados en el proceso penal. El agraviado es quien resulta directamente afectado por el hecho punible o por las consecuencias del mismo (art. 94 del nuevo CPP)⁷, por tanto, es agraviado quien sufre un daño o ha sido expuesto al alto riesgo de sufrirlo y, por consiguiente, el causante adquiere responsabilidad para resarcir o reparar dicho daño. Dicha responsabilidad es civil, esto por una obvia razón: la reparación civil no es consecuencia del delito, sino del daño. La consecuencia del delito es la sanción penal y la reparación civil no constituye una sanción penal.

Entender esto es importante porque la legislación adjetiva establece la independencia de pretensiones en el proceso penal. Siendo que la pretensión penal (imposición de sanción penal) le corresponde al Ministerio Público, en tanto que, en caso el agraviado se constituya como parte o actor civil en el proceso penal, asume la legitimidad para reclamar la pretensión civil (reparación civil). El agraviado tiene la facultad para decidir si defiende dicha pretensión en el proceso penal o la lleva a un proceso civil (demanda de indemnización por daños y perjuicios), pero

7 Art. 94.- Definición

1. Se considera agraviado a todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la ley designe.
2. En los delitos cuyo resultado sea la muerte del agraviado tendrán tal condición los establecidos en el orden sucesorio previsto en el art. 816 del Código Civil.
3. También serán considerados agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica cometidos por quienes las dirigen, administran o controlan.
4. Las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los delitos incluidos como crímenes internacionales en los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que el objeto social de la misma se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento.

no puede formular ambas pretensiones a la vez, pues ambas vías son excluyentes, o es una o es otra (art. 106 del nuevo CPP)⁸. Asimismo, la legislación establece que, incluso en caso de sobreseimiento de la causa penal o absolución del acusado por la conducta penal, es perfectamente posible que el juez fije una reparación civil a favor del agraviado. Ello es factible en atención a que la reparación civil deriva del daño (no del delito) y este puede haber sido causado por un hecho ilícito, que puede ser penal, civil o administrativo. Por lo que, si bien se puede determinar judicialmente que la conducta atribuida al acusado no tiene relevancia penal, pero se verifica que es un ilícito civil (o administrativo) y que generó un daño, entonces se fijará una reparación para la víctima de tal hecho (art. 12 del nuevo CPP)⁹.

Aquí, cabe precisar que las víctimas en el proceso penal no solo tienen derecho a una reparación económica, sino también a una reparación integral. Ello implica —siguiendo lineamientos de la jurisprudencia supranacional— que no pueden desconocerse los derechos a la verdad y a la justicia que también le corresponden a la víctima. Debe entenderse por “reparación integral” que el reclamo de la víctima no solo está conformado por la necesidad de ser resarcido económicamente, sino también por la necesidad de saber la verdad acerca de qué fue lo que ocurrió y quién lo hizo, e, identificado ello, tener la certeza de que el hecho dañoso no quedó impune. Bajo dicho lineamiento, el

8 Art. 106.- Impedimento de acudir a la vía extra penal

La constitución en actor civil impide que presente demanda indemnizatoria en la vía extrapenal. El actor civil que se desiste como tal antes de la acusación fiscal no está impedido de ejercer la acción indemnizatoria en la otra vía.

9 Art. 12.- Ejercicio alternativo y accesoriedad

1. El perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Orden Jurisdiccional Civil. Pero una vez que se opta por una de ellas, no podrá deducirla en la otra vía jurisdiccional.
2. Si la persecución penal no pudiese proseguir, ya sea que se disponga la reserva del proceso o se suspenda por alguna consideración legal, la acción civil derivada del hecho punible podrá ser ejercida ante el Orden Jurisdiccional Civil.
3. La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.

nuevo CPP establece varias facultades para el agraviado y el actor civil, tales como permitirle solicitar la elevación de actuados frente a una disposición fiscal de archivo, coadyuvar aportando datos o elementos de convicción o solicitando diligencias en la investigación preparatoria, oponerse al requerimiento fiscal de sobreseimiento, impugnar el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, sin pedir pena por supuesto¹⁰. Por tanto, no es tan cierto que la argumentación de la víctima en el proceso penal debe estar circunscrita al monto de la reparación civil. Es obligación de las autoridades policiales, fiscales y judiciales respetar y garantizar el respeto de los derechos de petición, a la información, de participación, de protección y de reparación integral de la víctima.

3.4. Funciones separadas: persecución y decisión

El rasgo más notorio del sistema acusatorio es la clara división de funciones que los agentes estatales, vinculados al sistema de administración de justicia, cumplen en el proceso penal. La mentada separación de funciones implica que la labor de persecución y de decisión a cargo el Estado sean desarrolladas por órganos diferentes. El nuevo CPP encarga la dirección de la investigación, el requerimiento de medidas coercitivas personales, la titularidad del ejercicio de la acción penal pública (imputación necesaria) y la carga de la prueba al Ministerio Público, órgano constitucional autónomo (art. iv del título preliminar del nuevo CPP)¹¹. En tanto que la función decisora, representada esencialmente

10 Véase, al respecto, los arts. 334.5, 95, 104 y 105 del nuevo CPP.

11 Art. iv.- Titular de la acción penal

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.
2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.
3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando

por la labor de juzgamiento (valoración de la prueba en un contexto contradictorio, con intermediación, publicidad y oralidad), está en manos del órgano jurisdiccional (art. v del título preliminar del nuevo CPP)¹² que viene a ser el Poder Judicial.

Esta división de roles de los agentes estatales garantiza al ciudadano contar con un juzgador imparcial no contaminado. Que un juez no se encuentre contaminado no significa que llegue a la audiencia de juicio oral sin conocer datos del caso, ello es prácticamente imposible, pues es factible que de cualquier manera el juzgador tome contacto con los datos del caso, sobre todo, si se trata de un caso mediático. Que un juez no se contamine significa que el magistrado mantenga ajeno a su razonamiento analítico y valorativo, ánimo que le compete al fiscal (suspiciencia, sospecha, desconfianza) como agente investigador; por ejemplo, haber participado previamente en la imposición de una medida coercitiva, ello significaría que el juez ya desarrolló una valoración de elementos de convicción y arribó a alguna sospecha contra el procesado. A eso nos referimos con contaminación del juzgador que intervendrá en el juicio oral, quien no puede ser un magistrado “investigador” ni tener una idea preconcebida de sospecha en contra del acusado. El juicio oral exige la intervención de un juez imparcial.

3.5. La dirección de la investigación

La investigación es dirigida por el Ministerio Público, órgano constitucional autónomo que le añade una calificación jurídica y que, asimismo, cuenta con la titularidad de la acción penal pública. El fiscal ejerce la acción penal atendiendo al principio de legalidad procesal,

debidamente su petición.

12 Art. v.- Competencia judicial

1. Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley.
2. Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la ley.

que lo obliga a ejercerla ante la existencia de elementos de convicción reveladores sobre la existencia de un hecho punible y la presunta responsabilidad del investigado.

La Constitución Política del Perú, como norma jurídica máxima del ordenamiento nacional, determina en su art. 159 que el Ministerio Público tiene por funciones:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Por su parte, el art. iv del título preliminar del nuevo CPP señala lo siguiente:

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.
2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.
3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera

indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición.

Asimismo, la Ley Orgánica del Ministerio Público en su art. 1 también define las funciones de este organismo autónomo:

El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Estas precisiones normativas justifican el rol que desempeña el Ministerio Público en el proceso penal como director de la investigación y como parte acusadora en el juzgamiento. En el sistema acusatorio —al cual tiende el Código Adjetivo del 2004— el Ministerio Público es un actor fundamental, ya que el proceso penal (en los delitos perseguibles por acción pública) se inicia a solicitud del fiscal, quien señala a la persona y el hecho punible que investigará formalmente, y, posteriormente, a través de la acusación, solicitará ir a juicio oral para que el juez penal (unipersonal o colegiado) determine la responsabilidad penal del acusado e imponga la sanción correspondiente.

Por su parte, la policía, como órgano técnico auxiliar, debe de realizar —bajo la dirección del fiscal— una investigación objetiva, es decir, destinada a la ubicación, identificación, fijación, análisis y procesamiento de las evidencias y testimonios, a través de métodos objetivos, sean técnicos o científicos, aplicando los procedimientos que aseguren la autenticidad del objeto y la veracidad de los hechos, dejando de lado todo elemento subjetivo o prejuicioso. Para ello, se requiere que los efectivos policiales sean especialistas, tanto en la investigación de campo (para

establecer los hechos y ubicar y recolectar los elementos materiales de prueba) como en la investigación técnica o científica, con la finalidad de indagar sobre aspectos esenciales del hecho investigado.

El fiscal no está obligado a realizar una investigación de campo o técnica, sino a agregarle valor jurídico a ella, orientando o reorientando —sea de forma general o particular— los procedimientos de búsqueda con base en los elementos configurativos del tipo penal; controlando el cumplimiento de los procedimientos; sirviendo de enlace con el juez al solicitar la autorización para la restricción de los derechos fundamentales; valorando la investigación para determinar el respeto de la legalidad de los actos de investigación; si la investigación es objetiva y si presta o no mérito jurídico para ejercer la acción penal mediante la acusación u otra forma alternativa, o si se debe archivar. Esto por supuesto no excluye, cuando así lo estime necesario el fiscal en cada caso concreto, la participación directa en una actuación para tener un panorama o visión del caso. En suma, el fiscal es el director objetivo de la investigación preparatoria.

La administración de justicia penal requiere contar, de un lado, con una policía técnica especializada y, del otro, con fiscales que cuenten con conocimientos jurídicos responsables de la investigación. Ello importa un trabajo conjunto y coordinado que permita tener delimitado que el trabajo técnico, la labor de investigación de campo, está a cargo del policía (pesquisa), mientras que la orientación, estrategia y calificación jurídica del hecho están a cargo del fiscal. Ese es el sentido de la parte final del art. iv del título preliminar del nuevo CPP cuando hace referencia a la conducción y control que ejerce el Ministerio Público respecto a los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

3.6. Disponibilidad de la acción penal

El principio de legalidad procesal se encuentra inspirado en los principios de obligatoriedad e indisponibilidad de la acción penal. Por el principio de obligatoriedad se obliga al titular de la acción penal pública a ejercerla ante el conocimiento de la presencia de elementos de

convicción de la comisión de un delito. En tanto que, por el principio de la indisponibilidad de la acción penal, no se le permite opción distinta a la de ejercerla. No obstante, el principio de legalidad procesal encuentra una excepción en los criterios de oportunidad, los cuales tienen su justificación en el principio de disposición de la acción penal. Cuando hablamos de los criterios de oportunidad nos referimos a la facultad que tiene el titular de la acción penal (Ministerio Público) para abstenerse de ejercitarla, contando con el consentimiento del imputado y presupuestos de falta de necesidad y merecimiento de pena. La aplicación del criterio de oportunidad en el Perú es reglada, ya que la ley define los límites y los controles que se aplican para su otorgamiento, conforme al art. 2 del nuevo CPP.

3.7. Intervención del juez de control de garantías

Si bien el fiscal dirige la investigación preparatoria, cuando la formaliza se somete a la supervisión del juez de control de garantías (“juez de la investigación preparatoria” en el nuevo CPP) a fin de que este controle la legalidad y el respeto de los derechos del imputado durante los actos de investigación del fiscal, evalúe y se pronuncie acerca de los pedidos de las partes (medidas coercitivas personales y reales, cesación de medidas coercitivas, medidas restrictivas de derechos, autorización para actos de búsqueda de prueba, actuación de prueba anticipada, entre otras), y, posteriormente, será ese mismo juez quien controle la procedencia de la acusación o, de ser el caso, del sobreseimiento.

En suma, el juez de investigación preparatoria controla los requerimientos y solicitudes de las partes procesales, determina la relación jurídica procesal y la incorporación del actor civil y de la persona jurídica; en ese sentido, se rige por el principio de imparcialidad y de independencia. De este modo, no puede admitirse que el juez sea un colaborador del fiscal, que convalide los actos ilegales o indebidos en los que pudiera incurrir el fiscal, que pretenda impulsar el procesamiento a toda costa sin observar los vicios de la investigación, que haga un *copy-paste* del requerimiento fiscal sin evaluación alguna y sin conside-

rar la oposición de la defensa, que dicte medidas coercitivas para dar una “buena imagen” al público (bajo presión social o mediática, o para librarse de ser sometido a un procedimiento disciplinario), que emita auto de enjuiciamiento sin hacer un minucioso control de la existencia de sospecha suficiente que justifique el paso a la siguiente etapa a sabiendas que el caso no tiene futuro y con el ánimo de evitar hacerse responsable de un auto de sobreseimiento.

3.8. El juicio oral

La etapa de juzgamiento es aquella en la que un juzgado (unipersonal o colegiado), bajo los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad, evaluará la actuación de los medios probatorios a cargo de las partes, los valorará y emitirá un pronunciamiento sobre el fondo del proceso penal, es decir, si el acusado es responsable o inocente de la conducta penal imputada.

En esta etapa procesal, el juzgador necesita escuchar a las partes y apreciar directamente las pruebas que actúen, a efectos de determinar la validez o corrección de sus pretensiones o posiciones respecto a los hechos materia de debate. El juicio oral no es una etapa para investigar o indagar, es un contexto en el que el Ministerio Público debe de plantear afirmaciones (conducta acusada) y probarlas con los medios probatorios que le hayan sido admitidos, pues el fiscal no va a juicio a lanzar preguntas, sino afirmaciones.

El juzgamiento no es la etapa para generar sospechas, sino para acreditar premisas. La sospecha es un nivel de conocimiento propio de la investigación, el juez en el juicio oral requiere arribar a un nivel de certeza (o de seguridad) plena de la responsabilidad del sujeto acusado para condenarlo; caso contrario, frente a un nivel de posibilidad, lo que se tiene es duda razonable y, por tanto, corresponderá la absolución. Será el transcurso del tiempo, el cambio generacional, la mejora de condiciones del sistema de administración de justicia y la evolución jurisprudencial los que permitan asumir que el juez no investiga en juicio ni subroga ni coadyuva a la pretensión penal del Ministerio Pú-

blico, por lo pronto, el nuevo CPP mantiene abierta la puerta para que el juzgador pueda coadyuvar a la corrección de la tipificación errónea planteada por el fiscal (art. 374.1)¹³, formular preguntas al acusado y/o testigos (art. 375.4)¹⁴ y actuar prueba de oficio (art. 385)¹⁵ incluso en perjuicio del acusado.

13 Art. 374.- Poder del Tribunal y facultad del fiscal

1. Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el juez penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el juez penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el juez penal suspenderá el juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente.

14 Art. 375.4.- Orden y modalidad el debate probatorio

4. El juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba sólo cuando hubiera quedado algún vacío.

15 Art. 385.- Otros medios de prueba y prueba de oficio

1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o esta resultara manifiestamente insuficiente, el juez penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo.
2. El juez penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El juez penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.
3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible.

II. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

1. Los derechos fundamentales en el proceso penal

El desarrollo de un proceso penal a cargo del Estado importa poderes y deberes. En relación con esto último, los operadores del sistema de administración de justicia se encuentran obligados a respetar un conjunto de derechos, libertades, garantías y principios a favor de las personas sometidas a una investigación o procesamiento.

Los derechos humanos¹⁶ son aquellos inherentes a la persona, sin los cuales su desarrollo y realización no sería posible. En tanto que los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados, es decir, están contenidos en la Constitución Política. Son derechos públicos subjetivos consagrados en nuestra Carta Magna, como, por ejemplo: la libertad, la dignidad y la igualdad.

Los derechos fundamentales pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales¹⁷.

En ese sentido, existen los denominados derechos fundamentales procesales, que, entendidos en sentido amplio, son aquellos principios procesales, libertades públicas y garantías institucionales reconocidos por la Constitución que se aplican directa o indirectamente en el proceso, como son la igualdad procesal, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, etc.¹⁸

16 Bajo la clasificación por generaciones de los derechos humanos tenemos: de primera generación, que protegen los derechos de libertad; de segunda generación, que protegen los derechos económicos y sociales; de tercera generación, que protegen los derechos de solidaridad; y de cuarta generación, que protegen los derechos de la sociedad tecnológica. LÓPEZ GARRIDO, Diego; MARCOS MASSÓ GARROTE y LUCIO PEGORARO, *Nuevo derecho constitucional comparado*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 162 y ss.

17 Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal español*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, pp. 58 y ss.

18 *Loc. cit.*

2. Derechos, libertades públicas, principios y garantías procesales

Como resulta conocido, los derechos —desde un punto de vista subjetivo— son las facultades con las que cuenta una persona para exigir el respeto de toda situación que le favorece, conforme al ordenamiento jurídico vigente. Un derecho es una potestad individual¹⁹ de proceder o no conforme a los límites legales impuestos por una autoridad. Las libertades abarcan un campo más amplio que el de los derechos y su esencia es fundamentalmente política²⁰. Las libertades públicas son un concepto parecido al de los derechos fundamentales y tienen una trascendencia en el Estado, como, por ejemplo, el derecho a la libertad²¹.

Los principios son los fundamentos de algo, se entienden como proposiciones o verdades que sustentan el saber o la ciencia jurídica²². Los principios procesales son “aquellas máximas que configuran las características esenciales del proceso, pudiendo o no coincidir con un derecho fundamental procesal, por ejemplo, el principio de imparcialidad de los jueces o el de igualdad procesal”²³. En específico, los principios del proceso penal brindan un marco general de concepción, actuación, deber ser y hacer de los sujetos procesales frente a ellos, y definen la estructura del proceso, determinando sus etapas y los roles de los sujetos procesales. NEYRA FLORES señala: “Los principios son máximas que configuran las características esenciales de un proceso. Además, son proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o

19 Vid. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 26.^a ed., t. III, Buenos Aires: Eliastra, 2003, p. 152.

20 Vid. ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, 2.^a ed., Lima: Alternativas, 1999, pp. 56 y 57.

21 Vid. BURGOS MARÍÑOS, Víctor, *El proceso penal peruano. Una investigación sobre su constitucionalidad*, tesis para optar el grado académico de magíster con mención en Ciencias Penales, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002. Recuperado de <<https://bit.ly/34kxnW4>>.

22 Vid. FLORES POLO, Pedro, *Diccionario de términos jurídicos*, t. II, Lima: Editores Importadores, 1984, p. 340.

23 Vid. BURGOS MARÍÑOS, *El proceso penal peruano. Una investigación sobre su constitucionalidad*, ob. cit., p. 57.

inspiran a las normas concretas, y, a falta de estas normas, los principios deben resolver directamente los conflictos”²⁴.

Los principios consignados en el ordenamiento penal como normas rectoras deben ser fundamentos o criterios finalistas de orientación, interpretación y aplicación al caso concreto por parte del juzgador, de los operadores del sistema y de la sociedad en general. Para ello, los grandes referentes son la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad, los tratados de derechos humanos, el derecho penal internacional y la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional.

Por su parte, las garantías importan el aseguramiento y/o protección contra algún riesgo o necesidad. Las identificamos con el concepto de tutela, amparo o protección jurídica²⁵. Las garantías son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento²⁶.

La mayoría de las constituciones de Latinoamérica han incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Las garantías genéricas son las normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Estas últimas se refieren a aspectos puntuales y concretos del procedimiento y a la estructura y actuación de los sujetos procesales²⁷. Como garantías genéricas identificamos el derecho a la tutela jurisdiccional, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso. Estas garantías refuerzan e, incluso, dan origen a las garantías específicas del

24 NEYRA FLORES, JOSÉ, *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*, Lima: Idemsa, 2010, p. 121.

25 Vid. FLORES POLO, *Diccionario de términos jurídicos*, ob. cit., p. 12.

26 Vid. ORÉ GUARDIA, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 56 y 57.

27 Vid. SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR, *Derecho procesal penal*, vol. I, Lima: Grijley, 1999, p. 51.

juez natural, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc. Existe, además, una marcada interrelación entre ellas.

Las garantías procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal en la administración de justicia penal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso. Hablar de garantías es hablar de mecanismos jurídicos que impiden un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal. A la par que la Carta Magna reconoce derechos constitucionales, también establece una serie de mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos, pues los derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo.

3. Los principios y garantías del proceso penal

Las garantías constitucionales del proceso penal están conformadas por un cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y que, a su vez, se encuentran garantizados por ella misma, a través del carácter de norma fundamental que dota al ordenamiento y, en especial, a las normas que regulan la función penal del Estado, de unidad y coherencia²⁸.

El Perú, como Estado democrático de derecho, debe de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de toda persona sometida a la jurisdicción. Por ello, el Estado debe basar el desenvolvimiento del proceso penal en las normas contenidas en la Constitución. Es pues, la Carta Magna la que define los límites o restricciones del poder estatal.

La Constitución y el título preliminar del nuevo CPP establecen los cimientos esenciales de esta nueva regulación del proceso penal, evidenciando una marcada tendencia al sistema acusatorio. El proceso penal

28 Vid. CUBAS VILLANUEVA, Víctor, "Las garantías constitucionales del proceso penal", en *APECC Revista de Derecho*, año I, n.º 1, Lima: 2004.

regulado en el citado código adjetivo tiene una estructura esencialmente constitucional que apunta a alcanzar el ansiado equilibrio entre eficacia procesal y el respeto de las garantías del ciudadano sometido al proceso.

3.1. Principios y garantías procesales comunes

Como hemos adelantado, la Constitución reconoce un conjunto de derechos, principios y garantías procesales de los que se derivan consecuencias que, en suma, limitan el poder del Estado. En ese marco, DÍEZ PICAZO señala que los principios generales hacen referencia a aquellos principios no legislados ni consuetudinarios mediante los cuales se integran las lagunas de la ley y sirven al juzgador para no dejar de administrar justicia²⁹. En tanto que los principios procesales son una expresión monodisciplinaria de los principios generales del derecho y, vistos en su conjunto y al interior de un ordenamiento, sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, así como para poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Esa es la razón por la que aparecen en la parte inicial (título preliminar) de un ordenamiento³⁰. No obstante, hay varios principios procesales que no necesariamente figuran en un código, pero forman parte de la sistemática de este.

La aplicación de los principios procesales exige una interpretación reflexiva que trasciende su sentido literal o histórico, por lo que se privilegia los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación. Es importante que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso.

RAMOS MÉNDEZ, refiriéndose al proceso penal, señala que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de

29 DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona: Ariel, 1975, p. 202.

30 Vid. EISNER, Isidoro, *Planteos procesales*, Buenos Aires: La Ley, 1984, p. 48.

una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento)³¹.

En el mismo ámbito, FERRAJOLI sostiene que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías, en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. La principal garantía constitucional, que sirve de presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*), en virtud de la cual se exige la acusación, la prueba y la defensa³².

Entonces, tenemos que los principios y garantías de la función jurisdiccional consagrados en el art. 139 de la Const. Pol. son aplicables a todos los tipos de procedimientos, sean penales, civiles, constitucionales, laborales, etc. A continuación, desarrollaremos brevemente los principios y garantías comunes a todos los procedimientos.

3.1.1. Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional

La unidad y la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial es uno de sus principios básicos. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral³³. Asimismo, las comunidades campesinas y

31 Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3.^a ed., Barcelona: J. M. Bosch, 1993, p. 9.

32 Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995, p. 539.

33 Art. 139.1 de la Const. Pol.

nativas pueden administrar justicia en el ámbito de su jurisdicción y según sus costumbres, en tanto no vulneren derechos fundamentales³⁴.

En materia penal, nadie más que el Estado puede arrogarse la función de aplicar la ley penal. Esta actividad le compete solo al Estado, a través de sus órganos especializados. El Estado tiene la exclusividad del encargo (monopolio del *ius puniendi*).

La obligatoriedad significa el sometimiento necesario de una persona frente al emplazamiento realizado por un órgano jurisdiccional para comparecer al proceso judicial, así como la obediencia o acatamiento de la decisión definitiva emitida por la judicatura. Así tenemos que ni la actividad ni la omisión del ciudadano pueden liberarlo del cumplimiento de la orden judicial. Incluso puede ser compelido a ello a través del uso de la fuerza estatal³⁵.

En suma, la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional es un principio elemental sin el cual la vida en comunidad se haría imposible en forma civilizada, pues es fundamento de la existencia misma del Estado, como organización jurídica. Sus consecuencias son la prohibición de la justicia privada y la obligatoriedad de las decisiones judiciales³⁶.

3.1.2. Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley

El procedimiento para ser tal no se configura simplemente por la secuencia ordenada de actos procesales, sino que además requiere que estos cumplan una forma preestablecida que los conduzca y permita interpretarlos congruentes con la etapa del litigio que atraviesan.

34 Art. 149 de la Const. Pol.

35 Vid. MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, t. I, Bogotá: Temis, 1996, pp. 80-108.

36 Vid. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, t. I, Buenos Aires: Universidad, 1984, pp. 21 y 22.

Estas formas condicionan la manifestación exterior del acto, comprometiendo su contenido, van dirigidas a las partes, terceros, auxiliares y al mismo órgano jurisdiccional. Cuando las reglas adjetivas señalan el modo de ser de los actos que componen el proceso, se habla del principio de legalidad de las formas³⁷.

En el ámbito penal, el nuevo CPP prevé diversos procedimientos de obligatorio cumplimiento para determinados actos a cargo de la autoridad fiscal, algunos de los cuales, en caso de incumplimiento de las formalidades, tienen sanción de nulidad y otros la posibilidad de ser excluidos (no utilizados) o valorados por el juzgador. Una de las grandes ventajas de este Código Adjetivo es que la actuación de investigación está regulada, así como la forma de realización de determinadas diligencias o actos de búsqueda de prueba o medidas restrictivas.

Tenemos como procedimientos de obligatorio cumplimiento a la lectura de derechos al ciudadano detenido, la entrega inmediata a la autoridad policial en caso de arresto ciudadano, la declaración del imputado en presencia de un defensor, los procedimientos de registro personal y de reconocimiento de imputado, el levantamiento del secreto de las comunicaciones, entre otros.

Cabe precisar que, si bien las formalidades para la realización de determinados actos oficiales de investigación son obligatorias, este rasgo no es absoluto, pues —en algunos casos— existen circunstancias excepcionales que permiten justificar su inobservancia por parte de la autoridad. Por ejemplo, tenemos al procedimiento de detención, que exige el levantamiento del acta de intervención, de detención y de lectura de derechos en el lugar y momento exacto del acto. No obstante, tal obligatoriedad puede obviarse en caso de que la intervención se produzca en un contexto de agresión por parte del detenido o terceros, lo que tornaría imposible que la autoridad pueda levantar el acta en ese instante y, por el contrario, se justificaría que, en salvaguarda de la se-

37 Vid. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal civil*, t. I, vol. I, Buenos Aires: Ediar, 1992, p. 342.

guridad de la autoridad y del detenido, se le conduzca a la dependencia policial y ahí recién se levante el acta, claro está consignando las razones que motivaron la inobservancia de la formalidad y precisando la hora exacta de la detención.

3.1.3. Principio de la independencia de los órganos jurisdiccionales

El principio de independencia³⁸ significa que la actividad jurisdiccional no debe verse afectada por ningún tipo de poder o elemento extraño que presione o altere su voluntad. Para que se pueda obtener el fin de una recta administración de justicia es indispensable que los funcionarios encargados de tan delicada y alta misión puedan obrar libremente en cuanto a la apreciación del derecho y de la equidad, sin más obstáculos que las reglas fijadas por ley para emitir su decisión. El principio de independencia del órgano jurisdiccional rechaza toda coacción ajena en el desempeño de sus funciones³⁹.

Si el juez no fuera soberano en la decisión que toma para resolver un caso concreto, el proceso judicial solo sería un pretexto para protocolizar una injusticia obtenida sobre la base un factor externo que pervierte la voluntad del juzgador⁴⁰. La independencia del juzgador se quiebra cuando su decisión no es producto de la evaluación del caso y de la interpretación normativa, sino de una orden superior del propio Poder Judicial o de cualquier otra autoridad, ajenos al proceso que viene conociendo. También se vulnera la independencia del juzgador cuando las presiones sociales, los juicios mediáticos o la justicia paralela son determinantes para que el juez defina su fallo, el cual se aleja de los hechos, de la norma y de las pruebas del caso concreto confiado a su labor judicial. La afectación al principio de independencia judicial es gravísima para los justiciables y en sí para la democracia.

38 La independencia es aquella condición de libertad en la que una persona o institución no depende de otro u otros para desenvolverse o desarrollar sus funciones. Por su parte, la autonomía implica la capacidad de regularse por sí mismo.

39 Vid. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general del proceso*, ob. cit., p. 22.

40 *Ibid.*, p. 47.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa [...].

De lo expuesto, se desprende, entre otros aspectos, que el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones:

- a) *Independencia externa.*- Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que esta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con esta. [...]
- b) *Independencia interna.*- De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos admi-

nistrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial [...].⁴¹

3.1.4. Principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales

El término “imparcialidad” proviene del vocablo *impartial*, que significa “que no es parte”. La imparcialidad es un requisito esencial para el juzgador, sin el cual este vería desnaturalizadas sus funciones y atribuciones. El juez, pues, debe de resolver en atención a la razonabilidad, legalidad y probanza de los argumentos vertidos por las partes en el proceso. Todo elemento extraño —como inclinaciones políticas o religiosas, prejuicios, sobornos, entre otros— perturbarán la imparcialidad del juez y, por ende, la legalidad y la justicia que deben revestir a todo fallo judicial.

En el ámbito penal, la indebida parcialización del juez se da cuando este opta por favorecer la pretensión de una de las partes basándose en vínculos familiares, amistades, afinidades políticas y religiosas, corruptelas u otros intereses ajenos a la administración de justicia. Incurrir en cuestionable parcialización el juez que considera que conforma el mismo equipo con el fiscal y que, por tanto, sin importar la corrección o validez del requerimiento del representante del Ministerio Público, estima su pedido a toda costa, atropellando los derechos del ciudadano procesado; así como el juez que por haber compartido aspectos laborales o académicos con el abogado del imputado lo favorece exclusivamente en atención a dicho vínculo, perjudicando el debido esclarecimiento de los hechos y los fines de la justicia.

El Tribunal Constitucional ha dejado establecido con relación en este principio lo siguiente:

41 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00004-2006-PI/TC*, Lima: 29 de marzo del 2006, ff. jj. n.ºs 17 y 18.

48. El derecho a ser juzgado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el art. 139.3 de la Const. Pol.

[...]

54. En tanto que derecho fundamental, el derecho a un juez imparcial tiene un contenido constitucionalmente protegido. Ese contenido está relacionado con aquello que el Tribunal ha identificado como las dos vertientes de la imparcialidad: la subjetiva y la objetiva.

55. Por lo que se refiere a la imparcialidad subjetiva, este Tribunal tiene declarado que ella ‘se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso’.

Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quieAl lado de la dimensión subjetiva, el Tribunal también ha destacado en el principio de imparcialidad una dimensión objetiva, ‘referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable’.

57. Conforme a ella, toda persona tiene el derecho a ser juzgada por un juez, o quien está llamado a resolver la cuestión litigiosa, dentro de determinadas condiciones de carácter orgánico y funcional que le aseguren la inexistencia de cualquier duda razonable sobre la parcialidad del juzgador⁴².

3.1.5. Principio de motivación de las resoluciones judiciales

El art. 139.5 de la Constitución prescribe como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fun-

42 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expedientes N.ºs 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC*, Lima: 14 de diciembre del 2006, ff. jj. n.ºs 48-57.

damentos de hecho en que se sustentan”. Así, el deber de motivación de las sentencias se convierte en una exigencia constitucional.

En esa misma línea, el art. 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que “todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en los que se sustentan”. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida no constituye motivación suficiente.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, desde hace varios años, ha emitido sostenidamente diversos pronunciamientos respecto al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. El Exp. N.º 1291-2000-AA/TC precisa:

[E]l derecho al debido proceso incluye dentro de su contenido el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en cualquier clase de procesos.

La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en los términos del art. 139.5 de la Carta Fundamental garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, deban expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión.⁴³

43 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1291-2000-AA/TC*, Lima: 6 de diciembre del 2001, f. j. n.º 2.

Fue en el Exp. N.º 0728-2008-PHC/TC, donde el Tribunal Constitucional desarrolló con mayor amplitud el contenido del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sin supuestos de limitación o afectación, el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad y el canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales. Pronunciamiento del que se recogen los siguientes criterios:

7. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Así, en el Exp. N.º 3943-2006-PA/TC, y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N.º 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida

motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. [...] cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o Tribunal en sus decisiones. Si un juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez. [...]

d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar

la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (art. 139, incs. 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) Motivaciones cualificadas. Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o Tribunal.

La sentencia arbitraria por indebida motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad

8. De modo similar, en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º 05601-2006-PA/TC, f. j. n.º 3) ha tenido la oportunidad de precisar que “el derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional”. [...] La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional.
9. Lo expuesto se fundamenta además en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado democrático de derecho (arts. 3 y 43 de la Const. Pol.), y tiene un

doble significado: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Exp. N.° 0090-2004-AA/TC, f. j. n.° 12). A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (art. 44 de la Norma Fundamental)⁴⁴.

En suma, queda claro que el juzgador debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, salvo aquellas que por su propia naturaleza son simplemente impulsivas del tránsito procesal o de mero trámite. Para el cumplimiento del deber constitucional de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, el juzgador debe manejar adecuadamente las reglas de las máximas de la experiencia, reglas de la lógica y categorías jurídicas. Si bien la exigencia está orientada al juzgador, tengamos en cuenta que las partes deben sustentar debidamente sus pretensiones u oposiciones, a fin de garantizar el desarrollo de un sistema procesal coherente, lógico y racional.

3.1.6. Principio de la doble instancia o pluralidad de instancias

En primer lugar, debemos tener en cuenta que existen dos definiciones de relieve jurídico acerca de la instancia. La primera se conecta de modo directo con el impulso del procedimiento, ya que a los tribunales no les corresponde la iniciación de la administración de justicia, que se confía a los interesados o a los perjudicados. En este aspecto, instancia equivale a iniciativa procesal y a la posterior actividad mediante solicitudes, peticiones o súplicas, de carácter escrito o verbal, esto último en el curso de diligencias, audiencias o vistas⁴⁵.

44 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 0728-2008-PHC/TC*, Lima: 13 de octubre del 2008, ff. jj. n.°s 7-9.

45 Vid. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. IV, ob. cit., p. 442.

La otra acepción básica de instancia en lo procesal se relaciona con la jerarquía de los tribunales o conjunto de actuaciones practicadas desde la iniciación litigiosa hasta la sentencia definitiva. Así, se llama primera instancia al ejercicio de la acción ante el primer juez que conoce el asunto; y segunda instancia, al ejercicio de la misma acción ante el juez o tribunal de apelación con el objeto de que reforme la sentencia del primer juez⁴⁶.

El TC define el derecho a la pluralidad de instancias como una “garantía consustancial al derecho al debido proceso, que persigue que lo resuelto por un juez en primera instancia pueda revisarse por un órgano funcionalmente superior, permitiendo de esta manera que lo resuelto por aquel sea objeto cuando menos de un doble pronunciamiento jurisdiccional”⁴⁷.

Asimismo, el máximo intérprete de la Carta Magna identifica que este derecho tiene por objeto “garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal”⁴⁸.

Finalmente, el TC precisa:

26. Este [derecho] garantiza que, en la dilucidación de una controversia planteada en sede judicial, exista una estructura jurisdiccional que, cuando menos, se encuentre organizada en una doble instancia, y para cuyo acceso se prevean los medios impugnatorios que correspondan.

[...]

46 *Ibid.*, p. 443.

47 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 0282-2004-AA/TC*, Lima: 18 de enero del 2005, f. j. n.° 4

48 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 03261-2005-PA/TC*, Lima: 25 de mayo del 2006, f. j. n.° 3.

27. Este derecho no garantiza que toda pretensión planteada a través de los medios impugnatorios deba ser amparado u otorgado. Tampoco garantiza un pronunciamiento sobre los extremos planteados en el medio impugnatorio, cuando la instancia judicial superior advierta que en su concesión o en el desarrollo del proceso, se ha producido una causal de nulidad contemplada en la ley⁴⁹.

Debemos concluir afirmando que todo proceso debe ser conocido por dos jueces de distinta jerarquía, cuando así lo requieran los interesados por medio de un recurso de impugnación. Ello en aplicación del derecho que toda persona tiene de impugnar las decisiones judiciales.

3.1.7. Principio de la cosa juzgada

Para que los fines del proceso judicial se concreten es indispensable que la decisión final que se obtenga en este sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de cosa juzgada.

Para que la autoridad de la cosa juzgada acompañe a una resolución es necesario que se hayan agotado todos los medios impugnatorios posibles de ser deducidos contra ella o que haya transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra esta. En el primer supuesto diremos que la resolución fue ejecutoriada y, en el segundo, que fue consentida. En ambos casos, la resolución quedará firme.

La cosa juzgada implica asignarle un carácter definitivo e inmutable a la declaración de certeza contenida en la sentencia. Por consiguiente, el principio de la cosa juzgada está orientado a evitar la continuación de la controversia cuando ha recaído sobre ella la decisión del órgano jurisdiccional, vale decir, no puede plantearse nuevamente el litigio (entre las mismas partes y respecto del mismo petitorio e interés para

49 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expedientes N.ºs 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC*, Lima: 14 de diciembre del 2006, ff. jj. n.º 14.

obrar) si ya fue resuelto. De esta manera habrá seguridad jurídica, y se fortalecerá además la función jurisdiccional al conferirle plena eficacia.

A nivel jurisprudencial, el TC indica:

Mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó⁵⁰.

El art. III del título preliminar del nuevo CPP establece la interdicción de la persecución penal múltiple:

Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este código.

Entonces, el citado Código Adjetivo proscribe no solo el procesamiento posterior a una sentencia previa firme, sino también las investigaciones preliminares y el procesamiento paralelo. Así también se encuentra reconocido y desarrollado en el ámbito jurisprudencial.

50 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4587-2004-AA/TC*, Lima: 29 de marzo del 2005, f. j. n.º 38.

3.2. Garantías genéricas del proceso penal

Las garantías genéricas son las normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal, mientras que las garantías específicas se refieren a aspectos puntuales y concretos del procedimiento. En el ámbito del proceso penal tenemos como garantías esenciales y genéricas el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

3.2.1. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El Tribunal Constitucional, mediante el Exp. N.º 615-1999-AA/TC, establece:

[E]l derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el art. 139.3 de la Constitución, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley, sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos, sin que so pretexto de cumplirlas se propicie en realidad una burla a la majestad de la administración de la justicia en general y, en forma particular, a la que corresponde a la justicia constitucional⁵¹.

Asimismo, en el Exp. N.º 1230-2002-HC/TC se indica:

[U]na interpretación ‘desde’ la Constitución de aquellos dispositivos de las Leyes N.ºs 23506 y 25398 no puede obviar que la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados

51 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 615-1999-AA/TC*, Lima: 26 de abril del 2000, f. j. n.º 4.f.

de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjeto-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales⁵².

De esta manera, el TC entiende que “el reconocimiento de derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático”⁵³. Más adelante, el TC sostiene que “el concepto de ‘proceso regular’ [...] está inescindiblemente ligado al desarrollo normal y respeto escrupuloso de los derechos de naturaleza procesal: el de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso y, con ellos, todos los derechos que lo conforman”⁵⁴.

El TC reclama que tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como el debido proceso tengan, como cualquier otro derecho fundamental, un mecanismo de tutela o protección jurisdiccional, y esa es una manifestación más del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales⁵⁵.

Asimismo, el art. 1 del título preliminar del nuevo CPP establece:

1. La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.

52 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1230-2002-HC/TC*, Lima: 20 de junio del 2002, f. j. n.º 4.

53 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1230-2002-HC/TC*, Lima: 20 de junio del 2002, f. j. n.º 4.

54 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1230-2002-HC/TC*, Lima: 20 de junio del 2002, f. j. n.º 6.

55 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1230-2002-HC/TC*, Lima: 20 de junio del 2002, f. j. n.º 6.

2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este código.
3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.
4. Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación.
5. El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales.

En suma, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformada por una serie de derechos que determinan su contenido. Esta serie de derechos está compuesta por el derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Procedamos a tratar cada uno de estos derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva.

A. El derecho de libre acceso a la jurisdicción

Mediante este derecho se garantiza al individuo la posibilidad de acceder al proceso jurisdiccional, promoviendo o solicitando su inicio ante el órgano legalmente competente o concurriendo válidamente al proceso ya iniciado en los casos en que tuviere algún interés en la resolución jurídica (en los casos del imputado o el tercero civil).

El derecho de acceso a la justicia debe ser entendido como aquel que todas las personas tienen de ser oídas por el órgano jurisdiccional. El acceso al órgano jurisdiccional se debe manifestar no solo en la posibilidad de formular peticiones concretas (solicitudes probatorias, oposiciones, alegatos, impugnaciones, etc.), sino también en que se pueda instar la acción de la justicia en defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas.

B. El derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas

Esta garantía se refiere a la posibilidad que deben tener las partes de acceder a los recursos e instancias correspondientes en tanto se encuentren legalmente previstas. No debe entenderse esta garantía como un derecho a la pluralidad de instancias, sino que solo constituye un derecho a acceder a las instancias —por ende, al recurso que la posibilita— ya legalmente previstas. Hablamos entonces del derecho de impugnación.

C. El derecho a obtener una resolución que ponga fin al proceso de manera definitiva

Los derechos de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en sus instancias reconocidas perderían razón de ser, en cuanto partes integrantes del superior derecho a la tutela judicial efectiva, si el sujeto no tuviera también el derecho a una resolución motivada jurídicamente que ponga fin al proceso de manera definitiva.

De nada serviría el desarrollo del procesamiento y su recorrido por las instancias legalmente previstas si no se prevé también un derecho para que el órgano jurisdiccional emita un fallo debidamente justificado y que tal decisión judicial sea definitiva, concluyente y final, esto es, que cierre la posibilidad de reabrir el caso o a que otra decisión pueda cambiar su sentido. La flexibilización de una sentencia firme —fuera de las excepciones legales— generaría incertidumbre e inseguridad jurídica, y le restaría fortaleza a las decisiones jurisdiccionales, así como la razón de ser de la función de administrar justicia.

D. El derecho a la efectividad de la tutela judicial

Conocido como el derecho de ejecución de resoluciones judiciales. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se complementa con el derecho que se tiene a que la resolución que pone fin al proceso pueda ser operativizada en la realidad. De nada serviría permitir el acceso al proceso y lograr la obtención de una resolución que le ponga fin de forma definitiva si es que el pronunciamiento judicial queda solo en eso, un pronunciamiento, y no puede conseguir virtualidad en la realidad.

Conforme ha señalado SAN MARTÍN CASTRO, las resoluciones judiciales firmes no son meras declaraciones de intenciones, sino que es necesario que se ejecuten obligatoriamente, inclusive de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella⁵⁶.

3.2.2. *El debido proceso*

Sobre el debido proceso, el Tribunal Constitucional, mediante el Exp. N.º 04944-2011-PA/TC, indica:

12.[E]l derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3 de la Constitución Política, aplicable no solo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

13. El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo [...] ⁵⁷.

Asimismo, el máximo intérprete de la Carta Magna establece la diferencia entre el debido proceso constitucional y el debido proceso legal:

6. [E]l *debido proceso constitucional* garantiza que todas las afectaciones del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso y de los principios y derechos que de él se derivan sean susceptibles de ser controladas mediante los procesos constitucionales destinados a su tutela. Únicamente este ámbito es susceptible de control y tutela por parte de la jurisdicción constitucional, a fin de evitar que la jurisdic-

56 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 66.

57 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04944-2011-PA/TC*, Lima: 16 de enero del 2012, f. j. n.º 12 y 13.

ción constitucional termine sustituyendo a la justicia ordinaria. Por tanto, mientras que el debido proceso constitucional siempre puede ser sometido a control a través de los procesos constitucionales, el debido proceso legal —esto es, aquellas afectaciones o irregularidades que no inciden en dicho contenido— no convierte necesariamente al proceso penal en inconstitucional.

7. Sin embargo, esta distinción entre el debido proceso constitucional y el debido proceso legal no debe ser asumida como una sistematización rígida. Ello por cuanto no cabe descartar que, en un determinado caso, una cuestión que, *prima facie*, puede considerarse violatoria del debido proceso legal, puede esconder una afectación también al debido proceso constitucional. En estos casos, como es evidente, el proceso constitucional es el instrumento idóneo para su cuestionamiento y resolución [...] ⁵⁸.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, a través del Exp. N.º 8123-2005-PHC/TC, realiza la diferencia entre la tutela judicial efectiva y el debido proceso:

La tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción. El derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer ⁵⁹.

58 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007, ff. jj. n.ºs 6 y 7.

59 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 8123-2005-PHC/TC*, Lima: 14 de noviembre del 2005, f. j. n.º 6.

Como derechos que conforman el debido proceso tenemos los derivados del principio del *ne bis in idem*, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el principio de no autoincriminación, el derecho al juez natural, el derecho a la prueba, el derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales, entre otros. Pasaremos a analizar algunos de ellos.

A. *El ne bis in idem*

El art. 139.13 de la Const. Pol. establece el principio del *ne bis in idem* al prohibir la reapertura de procesos culminados con resolución firme. Este principio se encuentra también reconocido en los tratados, como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.7) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.4).

El principio *ne bis in idem* tiene una dimensión material y procesal. Según la primera, nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, lo que importa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Respecto a la dimensión procesal, nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en un mismo orden jurídico⁶⁰.

En tal sentido, la Ley Fundamental señala dos exigencias:

- 1) Que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

60 Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 8123-2005-PHC/TC*, Lima: 14 de noviembre del 2005.

- 2) Que en el concurso aparente de leyes se impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos penas.

Desde la perspectiva procesal, el *ne bis in idem* es un derecho constitucional que impide que una persona sea enjuiciada dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo.

En materia penal es de entender que el Estado solo tiene una oportunidad para hacer valer su pretensión sancionadora, si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso.

La garantía del *ne bis in idem*, como inadmisibilidad de persecución penal múltiple, se asienta sobre tres requisitos concurrentes, tres identidades⁶¹:

- En primer lugar, funciona en los casos en que la persecución penal se dirige contra la misma persona en la que ya ha recaído un pronunciamiento final o que viene siendo perseguida. Para este supuesto no importa la calificación jurídica que se haya hecho de la participación en el hecho del sujeto perseguido, si concurrió como autor, cómplice o instigador, sino solamente que se trate de la misma persona (*eadem persona*). Respecto a la posibilidad de que haya una aplicación del *ne bis in idem* en abstracto, no referido a una persona específica, se ha discutido si la desestimación —que puede ocurrir cuando todavía no ha sido correctamente individualizado el imputado— puede producir un efecto *erga omnes*, donde se señale que la desestimación no produce el efecto abstracto de cosa juzgada, sino que se trata, simplemente, del rechazo —por inadmisibile— de una denuncia, que puede ser admitida

61 Vid. BACRE, Aldo, *Teoría general del proceso*, t. III, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 446; QUINTERO, Beatriz y Eugenio PRIETO, *Teoría general del proceso*, Bogotá: Temis. 1995, p. 222.

nuevamente si se modifican las condiciones por las que antes fue rechazada⁶².

- En segundo lugar, se necesita que se trate del mismo hecho (*eadem res*). Este requisito no hace referencia alguna a la calificación jurídica que haya tenido la conducta, sino al hecho fáctico por el cual se ha o se viene procesando⁶³. Así, por ejemplo, no importará que el hecho haya sido calificado en un primer proceso, en el que se absolvió al imputado, como delito de homicidio simple y posteriormente se pretenda procesar nuevamente por el mismo supuesto fáctico, pero calificándolo jurídicamente como asesinato. En este extremo, es necesario dejar debidamente sentado que, conforme señala generalmente la doctrina, para que opere la garantía del *ne bis in idem* no es necesaria una identidad absoluta en los supuestos de hecho, sino que solo se debe mantener la estructura básica de la hipótesis fáctica. Es decir, que en términos generales el hecho sea el mismo. Caso contrario, sería muy fácil burlar esta garantía mediante la inclusión de cualquier detalle o circunstancia que ofreciera una pequeña variación en la hipótesis delictiva⁶⁴.
- Finalmente, se debe de exigir que se trate del mismo motivo de persecución (*eadem causa petendi*). Esto significa que el *ne bis in idem* solo funciona en sede penal en los casos en que ambos procesos tengan por norte la aplicación de una sanción. Así, por ejemplo, no funcionaría la garantía en los casos en que el otro proceso careciera de connotaciones sancionadoras, por ejemplo, se tratara de un proceso civil en el que el agraviado del delito pide la reparación del daño causado (siempre que no se haya constituido en actor civil en el proceso penal). En

62 Vid. BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 165.

63 Vid. MAIER, Julio, *Derecho procesal penal argentino*, t. I, vol. B, 2.^a ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 380.

64 Vid. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 167.

este caso, se trataría de la misma persona, el mismo hecho, pero el fundamento (o acción) sería distinto.

En atención a lo expuesto, entonces queda claro que la cosa juzgada deriva del *ne bis in idem* y es la calidad que adquiere una resolución firme al haber sido ejecutoriada o consentida. Una resolución es ejecutoriada cuando contra ella se han interpuesto, en el tiempo y forma preestablecidos, los medios impugnatorios señalados por la ley. En tanto que es consentida cuando, transcurrido el plazo para impugnarla, no se ha interpuesto recurso alguno contra la resolución, entendiéndose por admitido el fallo del juzgador. Por lo que la resolución firme se torna inimpugnable, inmutable y coercible, es decir, adquiere la calidad de cosa juzgada.

El art. 90 del CP señala que “nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. De dicha disposición se desprende que para verificar la existencia o no de una persecución penal múltiple se requiere la conjunción de tres identidades distintas: 1) identidad de la persona perseguida penalmente (identidad subjetiva *eadem persona*): que se trate de la misma persona; 2) identidad del objeto de persecución (identidad objetiva *eadem res*): que se trate de los mismos hechos; e 3) identidad de la causa de persecución (identidad de acción *eadem causa petendi*): que las acciones obedezcan al mismo propósito y que esté resuelto por resolución firme.

En conclusión, el contenido del *ne bis in idem* posee mayor amplitud que el de la cosa juzgada⁶⁵, pues no solo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente (cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final por parte del órgano jurisdiccional correspondiente), sino que también se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela (que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes)⁶⁶.

65 Vid. MIXÁN MÁSS, Florencio, *Derecho procesal penal*, t. 1, 2.^a ed., Trujillo: Marsol, 1990, pp. 241 y ss.; ORÉ GUARDIA, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 41 y ss.; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., pp. 61 y ss.

66 Vid. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, ob. cit., p. 163.

B. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

Para que la actividad jurisdiccional alcance sus objetivos de justicia es necesario que el proceso se tramite con celeridad⁶⁷. Como su denominación lo indica, este derecho garantiza que el proceso penal se lleve adelante y finalice sin que existan dilaciones indebidas en su tramitación.

Sin embargo, debemos de tener en cuenta que no toda dilación o retraso en la tramitación del proceso puede identificarse como una infracción de la garantía comentada, sino que las dilaciones indebidas han sido entendidas como supuestos extremos de funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o lo tolerable, y además imputable a la negligencia o inactividad de los órganos encargados de la administración de justicia⁶⁸.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se debe complementar con un principio de celeridad procesal, en el sentido de que, en cuanto a los funcionarios estatales les sea posible, la resolución del conflicto de carácter criminal se tiene que dar en el menor tiempo posible. Esto no importará lógicamente una pérdida de garantías.

Respecto al derecho de no ser juzgado sin dilaciones indebidas, el TC precisa lo siguiente:

8. [S]i bien el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, tal derecho está implícito en los derechos al debido proceso y la tutela y, por lo tanto, guarda relación con el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que se deben observar durante y al interior de un proceso constitucional.

67 Vid. ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El principio del proceso debido*, tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho Procesal, Castellón: Universidad Jaume I, 1994, p. 214.

68 Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal*, 3.^a ed., Barcelona: J. M. Bosch, 2000, p. 34.

9. Este Tribunal reconoce la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, Cuarta disposición final y transitoria que establece que las normas relativas a los derechos y las libertades que reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

10. Entre los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por el Estado, que reconocen expresamente este derecho, se encuentran la Convención Americana, que establece que '[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'.

De la cita se infiere que el derecho a un 'plazo razonable' tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y, por tanto, no puede ser desconocido.

11. Este Tribunal, siguiendo el criterio de la Corte Interamericana, ha señalado que '[s]e debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales'.

12. Este Colegiado, en relación con la *complejidad del asunto*, ha sostenido, en reiterada jurisprudencia, que '[p]ara su valoración, es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpadados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil'.

13. En cuanto a la *actividad procesal del interesado*, se ha subrayado que '[r]esulta importante distinguir entre el uso regular de los medios

procesales que la ley prevé y la llamada defensa obstruccionista, caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado’.

14. Finalmente, con relación a la *actuación de los órganos judiciales*, '[s]erá materia de evaluación el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista, en ningún momento, el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad'⁶⁹.

En conclusión, el proceso penal debe realizarse dentro de un plazo razonable a fin de que se resuelva la situación procesal del imputado, quien tiene derecho a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

C. *El derecho al juez natural*

El principio de juez natural funciona como un instrumento necesario para garantizar la imparcialidad judicial y para evitar la posible arbitrariedad de la actuación de agentes estatales en perjuicio del acusado, que podría facilitarse mediante la asignación posterior al momento del acaecimiento del hecho imputado de un juez especialmente designado, no para juzgarlo imparcialmente (es decir, libre de mandatos políticos, de prejuicios o de presiones sobre el caso), sino para perjudicarlo con afanes políticos o abyectos.

El órgano judicial debe presentar cuatro caracteres indispensables:

- 1) Competencia o la aptitud que la ley le confiere para ejercer su jurisdicción en un caso concreto.

69 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 618-2005-HC/TC*, Lima: 8 de marzo del 2005, ff. jj. n.ºs 8-14.

- 2) Independencia, lo que implica que no se encuentre subordinado a ninguna de las partes del proceso o entidad externa.
- 3) Imparcialidad, esto es, que el juez es un tercero neutral para decidir el proceso conforme a la ley
- 4) Estar establecido con anterioridad por la ley, es decir, que debe haber sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Exp. N.º 01937-2006-HC/TC, señala lo siguiente:

[E]l derecho del juez natural o juez predeterminado por ley [...] comporta dos exigencias. En primer lugar, 1) que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada *ex profeso* para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. En segundo lugar, 2) que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc* [...] ⁷⁰.

Con ello, “se impide que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse el conocimiento de asuntos que deban ser ventilados ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido” ⁷¹.

70 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01937-2006-HC/TC*, Lima: 30 de marzo del 2007, f. j. n.º 2.

71 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00981-2004-PHC/TC*, Lima: 27 de junio del 2006, f. j. n.º 15

D. El derecho a no ser obligado a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo (derecho a la no autoincriminación)

El TC, en el Exp. N.º 03-2005-PI/TC, se pronunció acerca de este principio indicando lo siguiente:

272. El derecho a no autoincriminarse no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, este último reconocido en el art. 139.3 de la Constitución. Su condición de derecho implícito que forma parte de un derecho expresamente reconocido, también se puede inferir a partir de la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental (iv disposición final y transitoria). Así por ejemplo el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce expresamente como parte de las ‘Garantías Judiciales’ mínimas que tiene todo procesado, el ‘g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable [...]’.

273. Lo mismo sucede con el ordinal ‘g’ del art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que entre las garantías mínimas que tiene una persona acusada de un delito, se encuentra el derecho ‘g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable’.

274. Dicho derecho garantiza a toda persona no ser obligada a descubrirse contra sí misma (*nemo tenetur se detegere*), no ser obligada a declarar contra sí misma (*nemo tenetur edere contra se*) o, lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a sí misma (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Sin embargo, su ámbito normativo no se agota en garantizar la facultad de no ser obligado a declarar contra sí mismo o a confesar su propia culpabilidad, de modo que pueda entenderse que, respecto a sus coimputados, el imputado sí tenga la obligación hablar o acusar. La incoercibilidad del imputado comprende ambos supuestos y, en ese sentido, debe indicarse que este derecho garantiza la potestad del imputado o acusado de un ilícito penal a guardar silencio sobre los hechos por los cuales es investigado o acusado penalmente, tanto en lo que le atañe como en lo que incumbe a terceros.

275. Por cierto, el contenido *prima facie* protegido por el derecho a no declarar la culpabilidad contra sí mismo se encuentra relacionado con una serie de derechos fundamentales, de cuyo registro es posible individualizar una serie de obligaciones de abstención a cargo del Estado. Como ha recordado el Comité de Derechos Humanos, al examinarse este derecho: '[...] Debe tenerse presente las disposiciones del art. 7 y del párrafo 1 del art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concordante con el artículo 2.24.h de la Constitución [...]', según los cuales 'nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos'; y 'toda persona privada de su libertad será tratada humanitariamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano', respectivamente.

276. Por tanto, para los efectos de que este derecho no sufra un menoscabo que pueda ser calificado como arbitrario, el Estado está prohibido de ejercer violencia psíquica o física sobre el inculcado o acusado y ejecutar métodos engañosos o de naturaleza análoga que pudieran estar destinados a obtener involuntariamente información sobre los hechos criminales por los cuales se le investiga o acusa en un proceso penal. Del mismo modo, si el derecho a no autoincriminarse comprende el derecho a guardar silencio, en el ámbito jurisdiccional, los jueces y tribunales tienen la obligación de no asumir una aceptación tácita del silencio, pero sí a darle un sentido interpretativo del mismo que pueda ayudar a dilucidar la causa. Y es que sí existe un deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, según dispone el art. 38 de la Constitución.

277. Desde luego, los jueces y tribunales también tienen la obligación de negar valor a las declaraciones obtenidas por la violencia, lo que no debe entenderse en términos restrictivos, con referencia únicamente a la violencia psíquica o física, sino en un sentido amplio, como omni-comprensiva de toda información obtenida del investigado o acusado sin su voluntad. Como se ha dicho antes, el derecho a no confesar la culpabilidad garantiza la incoercibilidad del imputado o acusado. Sin embargo, dicho ámbito garantizado no es incompatible con la libertad del procesado o acusado para declarar voluntariamente, incluso autoincriminándose.

278. Claro está, siempre que ello provenga del ejercicio de su autonomía de la voluntad o, dicho en sentido negativo, no sea conse-

cuencia de la existencia de cualquier vestigio de coacción estatal o de autoincriminaciones inducidas por el Estado por medio del error, engaño o ardid. Un ejercicio de la libertad en ese sentido está también garantizado por el deber de no mentir, sino más bien de contribuir al cumplimiento de las normas legales. No obstante, para que una declaración autoinculpatoria pueda considerarse como libremente expresada a través de los órganos de control penal, el Estado tiene el deber de informar al investigado, denunciado, procesado o acusado las ventajas y desventajas que una conducta de esa naturaleza podría generar. Impone también a los órganos judiciales la obligación de no sustentar una pena solo sobre la base de tal autoincriminación, puesto que, como ha expuesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, '[...] la carga de probar la culpabilidad del imputado corresponde al Estado y en tal contexto encuentra aplicación la regla *in dubio pro reo*. Por tanto, es carga de la acusación producir una prueba suficiente para condenarlo' (Caso *Barberá, Messegue y Jabardo c. España*, sentencia del 6 de diciembre de 1988, párrafo 77)⁷².

Por tanto, nos encontramos frente a la garantía que tiene la persona para decidir libremente si declarará o no cuando viene siendo objeto de una persecución penal, así como respecto de cuál habrá de ser el contenido de su declaración. Asimismo, los funcionarios encargados de la persecución penal no están legitimados para compeler al individuo a declarar y, mucho menos, a declarar de una determinada manera.

Conforme ha señalado BINDER, el imputado tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, solo él determinará lo que quiere o lo que no le interesa declarar⁷³, lo que tendrá que hacer de manera voluntaria y libre. Esto significa que no se pueden utilizar medios violentos para conseguir la declaración, pero significa también que no se puede utilizar ningún mecanismo que menoscabe la voluntad del imputado (v. gr.: mediante la administración de psicofármacos, sueros de la verdad, hipnosis, etc.). No se pueden

72 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03-2005-PI/TC*, Lima: 9 de agosto del 2006, ff. jj. n.ºs 272-278.

73 BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 179.

emplear tampoco preguntas capciosas o sugestivas, ni amenazar al imputado con lo que le podría suceder en caso que no confiese, entre otros recursos similares⁷⁴.

Esta garantía tiene por finalidad desterrar aquellas concepciones inquisitivas que buscaban afanosamente lograr la confesión del imputado, incluso en desmedro de su dignidad como persona humana⁷⁵. Entre las consecuencias más importantes de este derecho se encuentra el hecho de que de ninguna manera se puede obligar ni inducir siquiera al imputado a reconocer su culpabilidad, pero también contiene el derecho a negarse a declarar, guardar silencio frente a preguntas concretas o, incluso, a que frente a su mentira no se puedan extraer conclusiones de culpabilidad⁷⁶.

3.2.3. *El derecho a la presunción de inocencia*

El art. 2.24.e de la Const. Pol. establece a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se declare judicialmente que existen pruebas suficientes que acrediten la responsabilidad del procesado.

El art. II del título preliminar del nuevo CPP indica:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

74 *Ibid.*, p. 180.

75 EDWARDS, Carlos Enrique, *Las garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 107.

76 Vid. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 57; BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 180; EDWARDS, *Las garantías constitucionales en materia penal*, ob. cit., pp. 107 y ss.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

Mediante esta garantía se reconoce el derecho de la persona que viene siendo sujeto de una persecución criminal de ser considerado y tratado como inocente por el ordenamiento jurídico en su conjunto hasta que no exista un pronunciamiento judicial firme, en el sentido de que el sujeto ha realizado un comportamiento delictivo.

Ya de inicio se debe advertir que el derecho a la presunción de inocencia no solo es una garantía que impone la consideración al imputado como inocente, sino que su efecto más importante lo produce en cuanto exige que la persona que viene afrontando un procedimiento criminal sea tratada, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aún no se ha comprobado responsabilidad penal alguna.

La responsabilidad penal solo se declara mediante una resolución debidamente fundamentada, que ha de quedar firme. A decir de JAÉN VALLEJO:

[L]os imputados gozan de una presunción *iuris tantum*, por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada (certeza). Las pruebas, para ser tales, deben merecer la intervención judicial en la fase del juicio oral, cuya obligatoriedad y publicidad impone la Constitución, salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida. Asimismo, deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado con escrupuloso respeto a las normas que tutelan los derechos fundamentales, pues de lo contrario son de valoración prohibida⁷⁷.

77 JAÉN VALLEJO, Manuel, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid: Akal, 1989, p. 24.

La presunción de inocencia constituye la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio, pues permite a toda persona conservar un estado de no autor en tanto no se expida una resolución judicial firme. La afirmación que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad es una de las más importantes conquistas de los últimos tiempos⁷⁸.

Este derecho tiene dos efectos. A nivel extraprocesal, es un derecho subjetivo por el cual al sindicado se le debe tratar como inocente. Es decir, que nadie, ni la policía ni la fiscalía ni los medios de comunicación, puede señalar a alguien como culpable hasta que una sentencia lo declare como tal, a fin de respetar su derecho al honor e imagen. Y, a nivel procesal, el mismo trato de no autor hasta que un régimen de pruebas obtenidas debidamente produzca condena firme y definitiva.

Por tanto, la presunción de inocencia significa: i) que nadie está obligado a demostrar su inocencia, pues esta se presume; ii) que solo, a través de una sentencia fundada en derecho, se podrá declarar la responsabilidad penal del acusado; iii) que nadie puede ser tratado como culpable mientras no exista esa declaración judicial firme que lo determine; y iv) que no puede haber ficciones de culpabilidad: la sentencia absolverá o condenará, no existe otra posibilidad.

Cabe citar lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 10107-2005-PHC/TC:

2. En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que ‘toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado

78 COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIA Y PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA, *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano*, Bogotá: Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, 2004, p. 23.

todas las garantías necesarias para su defensa [...].’ De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, ‘[...] la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada’.

3. En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el art. 2.24 de la Constitución establece que ‘toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad’. De esta manera, el constituyente ha reconocido la *presunción de inocencia* como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (‘La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’, art. 1 de la Constitución), así como en el principio *pro homine*.

4. Se ha señalado en anterior oportunidad (cfr. STC N.º 0618-2005-PHC/TC, ff. jj. n.º 21 y 22) que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción *iuris tantum*, implica que ‘[...] a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva’. De igual forma, se ha dicho (*vid.* N.º STC 2915-2004-PHC/TC, f. j. n.º 12) que ‘la presunción de inocencia se mantiene ‘viva’ en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla [...]’.

5. En cuanto a su contenido, se ha considerado que el derecho a la presunción de inocencia (cfr. STC N.º 0618-2005-PHC/TC, f. j. n.º 22) comprende: ‘[...] el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los jueces y tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción’.

6. No obstante, el desarrollo del derecho fundamental a la presunción de inocencia es pertinente hacer algunas precisiones adicionales a efectos de una cabal comprensión y tutela del derecho en mención. En primer lugar, se quiere decir que, como todo derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter. Esto es, que no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional.

7. Por otro lado, el derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales —como la detención preventiva o detención provisional—, sin que ello signifique su afectación, '[...] porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho'; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria⁷⁹.

3.2.4. El derecho de defensa

Respecto a este derecho, el AP N.º 2-2012 establece lo siguiente:

[Este derecho], incluye, aparte de los llamados 'derechos instrumentales' (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados 'derechos sustanciales' que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos, requiere inexorablemente que los hechos objeto de imputación en sede de investigación

79 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 10107-2005-PHC/TC*, Lima: 18 de enero del 2006, ff. jj. n.ºs 2-7.

preparatoria (*vid.* art. 342.1 del nuevo CPP) tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar.

Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación (*vid.* art. 139.14 de la Const. Pol.), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad⁸⁰.

Cuando la primera parte del art. 139.14 de la Const. Pol. consagra como uno de los fundamentos de la función jurisdiccional “el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”⁸¹, extiende dicha protección constitucional a cualquier momento y tipo de procedimiento (penal, civil, constitucional, laboral, etc.), reconociéndolo como requisito esencial para la válida constitución de un proceso.

Nuestro ordenamiento jurídico —a la par con las normas internacionales y tratados ratificados— concibe al derecho de defensa como pilar de cualquier tipo de procedimiento y, por ende, como una manifestación del debido proceso, entendido este como el proceso en el que se respetan las garantías constitucionales a favor de los intervinientes.

80 I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 02-2012/CJ-116*, Lima: 26 de marzo del 2012, f. j. n.º 10.

81 Art. 139.- Son principios y garantías de la función jurisdiccional:
[...]

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Asimismo, el art. IX del título preliminar del nuevo CPP prescribe:

1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comuniquen de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.
2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.

El derecho de defensa es, a su vez, principio y garantía. Constituye un principio porque sirve de fundamento para el desarrollo del proceso y para la interpretación de la norma adjetiva. Es una garantía porque el ordenamiento jurídico dota de mecanismos legales para hacerlo valer durante el proceso.

En ese sentido, y de modo general, podemos definir el derecho de defensa como la garantía constitucional que le asiste a toda persona que posee un interés directo en la resolución jurídica del proceso penal para poder comparecer ante los órganos de persecución pertinentes, a lo largo de todo el proceso, a fin de poder resguardar con eficacia sus intereses en juego.

Según MAIER, el derecho de defensa no solo se limita a la protección del imputado, sino también a otras personas que pueden intervenir en el proceso, como el actor civil o el tercero. El Ministerio Público, desde

la perspectiva de la defensa como limitación del poder estatal, no tiene derecho de defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir su función persecutoria⁸².

Este derecho de defensa tiene dos dimensiones: 1) como derecho subjetivo, es un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad y su inalienabilidad; y 2) como garantía del proceso, tiene un carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio.

Limitando el análisis del derecho de defensa al ámbito del proceso penal, lo podemos definir como el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano.

Existiendo una imputación nace el derecho de defensa, lo que importa reconocer que el imputado tiene, en cuanto posibilidad procesal, el derecho de acceder al proceso o a la investigación, esto es, a ser oído por la autoridad en todas y cada una de las instancias en que la causa se desenvuelva.

La defensa, como derecho fundamental, es ejercida tanto por el imputado como por su abogado defensor, de ahí su carácter dual: privada o material y pública o formal. La defensa material comprende el derecho del imputado a hacer valer su propia defensa, ya sea contestando la imputación, negándola, guardando silencio, o bien conformándose con la pretensión del fiscal. La defensa técnica se erige como un servicio público imprescindible que se presta aun contra la voluntad del imputado.

82 MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, ob. cit., p. 307.

tado y viene a complementar la capacidad del imputado para estar en juicio penal, con lo que se busca garantizar el principio de igualdad de armas y resistir eficazmente la persecución penal.

Por último, rescatamos las siguientes precisiones efectuadas por el TC:

[E]l contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona, natural o jurídica, sometida a un proceso jurisdiccional, cualquiera que sea la materia de que este se trate, no pueda quedar en estado de indefensión. La situación de indefensión que el programa normativo del derecho de defensa repulsa no solo se presenta cuando el justiciable no ha tenido la oportunidad de formular sus descargos frente a las pretensiones de la otra parte, sino también cuando, no obstante haberse realizado determinados actos procesales destinados a levantar los cargos formulados en contra, en el caso, se evidencie que la defensa no ha sido real y efectiva⁸³.

El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: un material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso⁸⁴.

[E]l derecho de defensa contiene en su seno dos principios relevantes del derecho penal: el principio de contradicción y el principio acusatorio; por el primero se exige que exista una imputación del delito precisa y clara, que debe ser conocida por el procesado y que, finalmente, pueda ser oída en juicio; por el segundo principio, se tiene la vinculación del órgano jurisdiccional en observancia de la acusación fiscal y acorde a las normas que rigen el proceso penal peruano, así como que el ejercicio de la acusación será por órgano distinto al juzgador⁸⁵.

83 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03997-2005-PC/TC*, Lima: 3 de julio del 2006, f. j. n.º 8.

84 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06260-2005-HC/TC*, Lima: 12 de septiembre del 2005, f. j. n.º 3.

85 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04799-2007-PHC/TC*, Lima: 9 de enero del 2008, f. j. n.º 9.

3.3. Garantías específicas del proceso penal

3.3.1. Principio de contradicción

Este principio se desprende del derecho de defensa y consiste en la habilitación u oportunidad del debate jurídico entre las partes procesales, en un contexto de igualdad de armas. Resulta trascendente enfatizar que la contradicción no está reservada solo para la fase del juicio oral, como equivocadamente se pretende plantear por algunas autoridades a cargo de la investigación. La contradicción es un principio que tiene plena vigencia desde las diligencias preliminares, es una manifestación del irrestricto derecho de defensa y es relevante que se respete desde la etapa en la que se plantea una sindicación, se realicen actos de investigación, se requieran medidas restrictivas y/o coercitivas, entre otros actos funcionales, que afectan los derechos del ciudadano sometido a la investigación.

Por la contradicción el imputado tiene el derecho a que se le informen los cargos en su contra, a refutar la sindicación formulada en su contra, a desvirtuar los cargos imputados en su contra, a aportar las pruebas favorables a su defensa y controvertir las aportadas por el acusador, así como contradecir disposiciones del órgano persecutor.

Todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes. Todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria. Puede que la actividad que el informado realice después de producido el acto informativo se realice o no, ello es secundario, la importancia del principio de contradicción radica en que dicho acto haya sido conocido en el momento oportuno. La idea no es que en la práctica se produzca el contradictorio, sino que las partes tengan el derecho pleno e irrestricto de ejercerlo, por lo que decimos bien al afirmar que el principio de contradicción es abstracto.

En el ámbito judicial, el principio de bilateralidad de la audiencia o del contradictorio “expresa que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión si la persona

contra quien aquella ha sido propuesta no ha tenido la oportunidad de ser oída”⁸⁶.

Por ende, debemos de entender que todo acto procesal puede merecer réplica del oponente y, en su caso, prueba que lo desmerezca o descalifique. De acuerdo al principio constitucional que garantiza la defensa en juicio se ha establecido el régimen de la bilateralidad, según el cual todos los actos del procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria⁸⁷.

3.3.2. *El principio de inmediación*

Por el principio de inmediación, las partes deben de ofrecer las pruebas, solicitarlas, practicarlas y controvertirse en la audiencia del juicio oral, esta, por supuesto, se desarrolla ante el juzgador. De ese modo, el juez decidirá con base en las pruebas actuadas en la audiencia del juicio oral. Pero esta regla admite una excepción en el caso de la prueba anticipada. Esta se practica ante el juez de investigación preparatoria en circunstancias de necesidad y peligro de desaparición de la fuente y, por tanto, de que su actuación en la etapa de juzgamiento sea imposible de realizar.

Lo dicho significa que, por regla general, la actuación probatoria ha de transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar la sentencia en el juicio oral, con las excepciones de la prueba preconstituida y de la prueba anticipada. La sentencia se forma exclusivamente sobre el material probatorio formado bajo la directa intervención del juez en el juicio oral.

Entonces, se dice que un procedimiento está presidido por el principio de inmediación cuando el juez o tribunal están obligados a formar su convicción y a fundamentar su sentencia exclusivamente

86 DÍAZ, Clemente, *Instituciones de derecho procesal. Parte general*, t. 1, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972, p. 240.

87 ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. 1, Buenos Aires: Ediar, 1963, p. 457.

con el resultado probatorio que ha podido formarse bajo su directa intervención en el juicio oral.

3.3.3. *El principio de publicidad*

Esta garantía, prevista en el art. 139.4 de la Const. Pol., contiene el control que ejerce la sociedad sobre el funcionamiento de los operadores del sistema de administración de justicia penal. Como bien sabemos, es del pueblo de quien emana la potestad de administrar justicia, pero, por asuntos de orden y democracia, dicha labor ha sido encomendada al Estado, quien la administra a través del Poder Judicial. La publicidad permite que la colectividad supervise y controle que tal labor sea bien desarrollada. En tal sentido, la publicidad del proceso implica que la sociedad puede asistir a las salas de audiencia para presenciar el desarrollo del juicio.

Esta garantía, a la vez derecho para los ciudadanos, no es absoluta, tiene excepciones. La Constitución señala que, si bien la publicidad del juicio no puede impedirse en los supuestos de responsabilidad de funcionarios públicos, delitos cometidos por medios de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sí puede excluirse en los casos dispuestos por la ley, como son los referidos a la intimidad personal o a la seguridad nacional, por ejemplo.

Por ende, siendo la actividad procesal una función pública, constituye una garantía de su eficacia que los actos que la conforman se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien quisiera conocerlos. El servicio de justicia debe dar muestras permanentes a la comunidad de que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y transparencia. Para ello, no hay mejor medio que convertir en actos públicos todas sus actuaciones. Este conocimiento por parte de los justiciables de la actividad judicial les concede la seguridad de que el servicio se brinda correctamente. Sirve de medio para el fortalecimiento de la confianza del pueblo en sus jueces y a la seguridad jurídica.

El fundamento del principio de publicidad es que el servicio de justicia es un servicio social. Esto significa que lo que ocurre en los tribunales no es de interés exclusivo de los litigantes, sino de la sociedad, a efectos de que pueda establecerse una relación de confianza entre los órganos jurisdiccionales y la comunidad.

En definitiva, la publicidad significa que no debe haber una justicia secreta, ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones⁸⁸. Los integrantes de la sociedad tienen el derecho de supervisar el buen manejo que el órgano jurisdiccional hace del *ius puniendi*. Esto a fin de controlar no solo la actuación del juzgador, sino también el desenvolvimiento de las partes y, de ese modo, reclamar ante una arbitrariedad o abuso del derecho, o, en su caso, ver con mayor confianza el funcionamiento de un sistema de justicia transparente y justo.

3.3.4. El principio de oralidad

El principio de oralidad se manifiesta durante todo el desarrollo del proceso penal. La oralidad se aprecia, por ejemplo, cuando el fiscal sustenta verbalmente sus requerimientos ante el juez de investigación preparatoria (audiencia de prisión preventiva, audiencia de incorporación de persona jurídica, etc.), cuando la defensa sustenta verbalmente sus solicitudes ante el juez de investigación preparatoria (cese de prisión preventiva, tutela de derechos, control de plazos, excepciones y demás medios técnicos de defensa), y así en la etapa intermedia (audiencia de control preliminar de sobreseimiento o de acusación), en el juicio oral a través de la oralización de los alegatos y de la actuación probatoria, en segunda instancia (audiencia de apelación de sentencia) y hasta en la vía excepcional de casación (audiencia de casación ante la Corte Suprema). Aquí radica la necesidad del empleo y dominio de las denominadas técnicas o destrezas de litigación oral, basada en conocimientos previos de derecho sustantivo y adjetivo.

88 Vid. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general del proceso*, ob. cit., p. 25.

La oralidad, entonces, es un principio que no rige solo para la audiencia de juicio oral, sino para todo el procedimiento. Este principio permite que el juzgador tenga una mejor apreciación del debate y de la información que se desprenda de la audiencia, todo lo cual le permitirá llegar a un convencimiento mucho más vinculado a la realidad y, consecuentemente, emitir un fallo adecuadamente fundamentado y justo.

No obstante, debemos de advertir que la oralización o sustentación verbal de los argumentos de las partes no queda en el ritual de la audiencia, sino que genera la obligación para que el juzgador resuelva con base en los aspectos desarrollados durante dicho debate y no que culminada la audiencia se sumerja en el expediente y resuelva con una motivación ajena a lo expuesto en la audiencia y/o sin siquiera desestimar lo expuesto en ella. Tal situación restaría utilidad al principio de oralidad y constituiría un retroceso a la reforma procesal.

III. ETAPAS DEL PROCESO PENAL

1. El proceso penal según el nuevo Código Procesal Penal

A nivel doctrinal, hallamos diversas definiciones de “proceso”. MARCONE MORELLO resume los postulados de diversos autores y refiriéndose al significado de la palabra “proceso” cita al profesor uruguayo Eduardo J. COUTURE, quien señala que, etimológicamente, “proceso” deriva del verbo griego *prosekxo* o *prosekso*, que significa “venir de atrás” e “ir para adelante”⁸⁹. Para otros autores, la palabra “proceso” viene de la voz latina *procedere*, que significa “avanzar en un camino hacia determinado fin”⁹⁰.

ALSINA señala que desde que se ejerce la acción penal hasta que el juez la acuerda o la niega en la sentencia media una serie de actos lla-

89 MARCONE MORELLO, Juan, *Diccionario jurídico penal y ciencias auxiliares*, Lima: A.F.A. Editores, 1995, pp. 1732-1734.

90 CALDERÓN SUMARRIVA, Ana y Guido ÁGUILA GRADOS, *Derecho procesal penal. Didáctico*, Lima: Egacal, 2001, p. 16.

mados de procedimiento (*de procedere*, que quiere decir “actuar”), cuyo conjunto toma el nombre de proceso. Para PODETTI, el proceso es un fenómeno específico, jurídicamente regulado, que nace con la petición de protección jurídica del acto ante el poder jurisdiccional, se desarrolla gracias al ejercicio por el órgano y los sujetos de las diversas facultades que integran la acción, mediante las formas procesales, y tiene por fin la actuación del derecho objetivo, en procura de la satisfacción del interés individual de los sujetos y, en general, del mantenimiento inalterado del orden jurídico estatal.

AYARRAGARAY postula que el proceso no es más que una manera de resolver conflictos o atribuir facultades en leal controversia. Según ALESSANDRI, proceso es el agregado de los escritos, documentos y actuaciones que sucesivamente se presentan y verifican durante el juicio.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE señala que el proceso es una expresión genérica. Suele darse este nombre al instante dinámico de cualquier fenómeno. Se habla del proceso químico, del proceso físico, de proceso patológico, etc. En el orden jurídico, proceso es el desarrollo de las tres funciones del Estado. Es el conjunto de actividades que son indispensables para el funcionamiento de las jurisdicciones. Finalmente, para CARNELUTTI, proceso es la secuela de actos desarrollada para resolver la litis⁹¹.

Estas son algunas de las definiciones clásicas que se han dado al proceso, pero que —a nuestro juicio— no cubren las exigencias del concepto para diferenciarlo del procedimiento⁹². Y para poder satisfacer

91 Vid. MARCONE MORELLO, *Diccionario jurídico penal y ciencias auxiliares*, ob. cit., pp. 1732-1734.

92 GUILLERMO CABANELLAS diferencia entre proceso y procedimiento: “Sin romper la unidad del derecho adjetivo, en que uno y otro se integran, caben diferenciaciones esenciales entre ambos. De modo característico, el procedimiento es la forma; y el proceso, el fondo. El primero actúa de continente o molde; el segundo, de contenido o fisonomía. Aquel indica el cauce; este conduce a la admisión o al rechazamiento. El procedimiento constituye el camino; el proceso, el vehículo que permite recorrerlo a las partes y a los órganos públicos que lo transitan [...], el procedimiento es uniforme, dentro de las varias especies de juicios, de la diversidad de las instancias

tal necesidad académica debemos de partir por establecer la finalidad del proceso. Según MARCONE, “la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica. Su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. Se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar”⁹³. Posición con la que coincidimos y que, básicamente, se justifica a partir de una concepción utilitaria del proceso, según la cual este es una herramienta legal empleada por el Estado o, mejor dicho, por el órgano especializado del Estado, para ejercer jurisdicción y dar solución a los diversos conflictos con relevancia jurídica surgidos entre los integrantes de la sociedad.

Si vemos al proceso judicial como un mecanismo de resolución de conflictos heterocompositivo, es decir, como aquel en el que es un tercero quien decide acerca de la solución de la controversia, evidenciamos su función instrumental y utilitaria, pero a la que debemos de agregarle características básicas, como son: a) que debe de existir un órgano público competente y especializado encargado de ejercer jurisdicción (para el caso peruano, el Poder Judicial); b) que dicha función jurisdiccional se encuentre sustentada y regulada en la Constitución, a través de principios y garantías; y c) que su instauración genera derechos y obligaciones para los sujetos procesales. En ese sentido, el proceso debe de ser visto desde una perspectiva garantista, lo que implica que dicha herramienta debe de estar dotada de un conjunto de garantías constitucionales que regulen el poder-deber del Estado para resolver conflictos jurídicos, a

y de las distintas resoluciones. En cambio, el proceso varía con cada demanda y contestación, en cada querella y en la defensa que se le opone. El procedimiento es permanente, mientras no se reforme la ley; el proceso varía con cada actividad o inacción de las partes y adquiere fisonomía distinta con las diferentes diligencias. El procedimiento pertenece al orden legal y a la observancia de los jueces. El proceso corresponde a la iniciativa de las partes y a la decisión de los juzgadores, indeterminable la primera y de complejidad extrema la segunda, a través de actos personales de impulso, exégesis y decisión [...]”. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. VI., Buenos Aires: Heliastra, 2003, p. 434.

93 MARCONE MORELLO, *Diccionario jurídico penal y ciencias auxiliares*, ob. cit., p. 1730.

fin de evitar la posible comisión de abusos y decisiones arbitrarias por parte de aquel en agravio de los justiciables.

Como podemos apreciar, respecto a la definición del proceso existen varias teorías y dependiendo de cuál se adopte se podrá discernir con mayor facilidad del procedimiento. Siguiendo las nuevas corrientes, coincidimos con la teoría del garantismo procesal⁹⁴ sustentada por el profesor LORCA NAVARRETE, quien define al proceso como un sistema o conjunto coherente de garantías constitucionales caracterizado por ser una realidad autónoma (no dependiente de otra), sustantiva (su contenido se halla en la Constitución Política), no mecanicista (no es un trámite), comprometida (porque importa el compromiso del Estado para resolver el conflicto al justiciable) y dinámica (porque cambia a la par de la Constitución, y está de acuerdo a las exigencias de la realidad). Bajo tal definición, el proceso, en sí mismo, no sería un conjunto de actos concatenados —eso es el procedimiento—, sino el conjunto de garantías que dirigen su desenvolvimiento y orientan la actividad de los sujetos procesales, en aras de solucionar de manera definitiva el conflicto jurídico. Visto así, el procedimiento se hace aplicable a diversos aspectos de la vida, de modo tal que no puede haber proceso sin procedimiento —por ejemplo, el proceso penal—, pero sí puede haber procedimiento sin proceso —por ejemplo, el procedimiento administrativo—. En suma, la Constitución Política y los títulos preliminares de los códigos adjetivos donde se encuentran plasmadas las reglas del proceso, en tanto que la regulación de los trámites o procedimientos siguen las disposiciones contenidas en los respectivos códigos procesales o leyes especiales.

Desde esta línea de pensamiento en materia penal, la forma en que el Estado ejerce el monopolio del *ius puniendi* (potestad sancionadora) es a través del proceso penal, el cual está constituido por un conjunto de garantías constitucionales. A decir de CLARÍA OLMEDO:

94 Vid. LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Estudios sobre garantismo procesal*, Madrid: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009.

[L]a denominación del proceso penal es ya universalmente aceptada. 'Proceso' en cuanto entidad abstracta de realización jurídica por la vía jurisdiccional, y 'penal' en cuanto su objeto y fines se concretan en la relevancia jurídico-penal de un hecho imputado. Se distingue del 'procedimiento penal', porque este es la concretación del proceso; es su rito que la ley le fija en particular para adecuar su desenvolvimiento a la causa y a la fase procesal de su tratamiento⁹⁵.

Por su parte, BINDER señala que frente a la pregunta de qué es o cómo se define el proceso penal existen dos opciones o criterios para responder. La primera, tradicional y propia del estamento burocrático, es la que indica que el proceso consiste en una sucesión de etapas o actividades, esto es, trámites, cuyo conocimiento y manejo deriva de la práctica cotidiana, encaminados a concretar las consecuencias de la norma penal sustantiva. La otra posición afirma, en cambio, que el proceso penal no se agota en la posición epidérmica de su secuencia y menos en un amasijo de trámites; sostiene, más bien, que es un mecanismo de resolución o redefinición de conflictos surgidos dentro del colectivo social por el acaecimiento de un hecho delictuoso⁹⁶.

Como ya lo comentamos, la existencia del debido proceso evita que el Estado aplique directa y abusivamente el derecho penal, pues es evidente que durante la tramitación del proceso se pueden cometer abusos o violaciones a los derechos fundamentales de las personas que se han visto sometidas, es allí donde aparece la justificación de nuestra conceptualización del proceso penal: todo Estado de derecho debe de contar con un debido proceso penal (trámite legal dotado de garantías constitucionales) a fin de que la decisión del juzgador logre no solo reparar integralmente a la víctima, sino que permita restablecer la paz social alterada por el delito.

Con lo dicho, no pretendemos restar importancia a los profundos estudios realizados acerca del proceso y que han servido de base doctri-

95 CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, t. I., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 210.

96 BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 29.

nal para muchas teorías, que lo conciben como el camino por recorrer entre la violación de la norma [penal] y la aplicación de la sanción, es decir, como el conjunto de actos previos (instrucción y juzgamiento) a la aplicación de una sanción, realizados exclusivamente por los órganos jurisdiccionales⁹⁷. En sí nuestra posición no excluye del todo las clásicas definiciones del proceso penal, sino que busca superar tales concepciones, correctas para un sistema inquisitivo, pero insuficientes para un sistema acusatorio con rasgo garantista y adversarial⁹⁸.

Visto así, el proceso penal tiene por fin inmediato determinar la existencia del hecho punible y la responsabilidad penal de los autores y/o partícipes en su comisión, a fin de aplicar la sanción contemplada en la ley penal. Y como fin mediato, el restablecimiento de la paz social

97 Vid. CALDERÓN SUMARRIVA y AGUILA GRADOS, *Derecho procesal penal. Didáctico*, ob. cit., p. 16.

98 MARCONE MORELLO señala diversas definiciones del proceso penal: “Para el profesor peruano A.G. CORNEJO, el proceso penal es el conjunto de los actos concretos, previstos y regulados en abstracto por el derecho procesal penal, para obtener del órgano jurisdiccional —el juez—, la confirmación de la acción punitiva hecha valer por el órgano ejecutivo —Ministerio Público—, y, eventualmente, para alcanzar su realización de un modo coactivo, constituye aquella actividad judicial compleja y progresiva, que es el proceso penal. Hugo ALSINA (Argentina) indica: ‘Desde que esa protección se invoca por la interposición de la demanda, que es el modo normal del ejercicio de la acción, hasta que el juez la acuerda o la niega en la sentencia, media una serie de actos llamados de procedimiento (de procedere, que quiere decir actuar), cuyo conjunto toma el nombre del proceso’. Para el chileno Rafael FONTECILLA RIQUELME, el proceso es la relación procesal penal, o sea, una relación jurídica constituida por un complejo de derechos y deberes recíprocos entre el Ministerio Público, las partes y el juez, regulados por la ley procesal penal y coordinados al fin de actuación de la ley penal. Para Carlos FRANCO SOLÍS (México), el proceso es la actividad legalmente establecida que debe observarse por quienes en él intervienen, para que el juez llegue, en cada caso, a aplicar la ley penal. Javier PIÑA Y PALACIOS (México), el proceso es el conjunto de actos y hechos jurídicos regulados por el derecho procesal penal que determinan la existencia del delito, de la responsabilidad y participación del agente activo y sujeto pasivo, con el objeto de aplicar la sanción por el hecho violatorio de la ley. Para FLORIÁN, el proceso es el conjunto de actividades y formas, mediante las cuales los órganos competentes preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto, para definir la relación jurídico-penal concreta y, eventualmente, las relaciones secundarias conexas”. Vid. MARCONE MORELLO, *Diccionario jurídico penal y ciencias auxiliares*, ob. cit.

alterada por la comisión del hecho punible, es decir, la búsqueda de la solución del conflicto derivado por el delito.

El nuevo CPP se inspira en el mandato constitucional de respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona. No obstante, debemos entender que lo que se aspira realmente es establecer un balance razonable entre el garantismo y las atribuciones de persecución, coerción y sanción penal del Estado a través de sus órganos competentes. Hemos, pues, de buscar ese equilibrio eficaz para la administración de justicia penal.

Conforme a lo explicado líneas atrás, la visión garantista del proceso se fundamenta en el principio de limitación del poder que informa a todo Estado democrático de derecho, en el que el poder de sus autoridades está limitado, entre otros factores, por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que se incorporan al derecho interno.

El título preliminar del nuevo CPP recoge los principios de gratuidad de la administración de justicia penal, garantía del juicio previo, la doble instancia, igualdad procesal, presunción de inocencia, interdicción de la persecución penal múltiple, inviolabilidad de la defensa, legitimidad de la prueba, legalidad de las medidas limitativas de derechos, entre otros. Y en su art. x los considera prevalentes en relación con el resto de disposiciones de dicho código, lo que constituye una fuente y fundamento para su interpretación. Ello quiere decir que los contenidos interpretativos que desarrollen los operadores judiciales tendrán que ser compatibles con el conjunto de valores, principios y normas de rango constitucional.

2. Roles de los sujetos procesales

En el desarrollo del proceso penal intervienen diversos actores; no obstante, la obligatoriedad del representante del Ministerio Público, de la defensa y del juzgador, en las diversas etapas del proceso penal, nos permite centrar la atención en sus funciones, atribuciones y derechos, por lo que presentamos el siguiente cuadro:

Sujeto procesal	Investigación preparatoria	Etapa intermedia	Juzgamiento
Ministerio Público	- Es el titular del ejercicio de la acción penal pública. - Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial. - El fiscal conduce desde el inicio la investigación del delito. - La PNP está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. - El fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio y guía sus actos bajo el principio de objetividad. - Es el director y conductor de la investigación preparatoria. Su objetivo es el debido esclarecimiento del hecho. - Practica u ordena practicar los actos de investigación, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. - Es el legitimado para solicitar al juez de investigación preparatoria las medidas restrictivas de derechos y las medidas coercitivas. - Tiene poder coercitivo para disponer la conducción compulsiva, a través de la policía, del omiso a una citación. - Está facultado para disponer el cierre de la investigación, incluso cuando el plazo no hubiese vencido, pero se haya alcanzado el objetivo de la investigación.	- Presenta ante el juez de investigación preparatoria requerimiento de sobreseimiento o requerimiento acusatorio o requerimiento mixto. - Está obligado a formular por escrito su requerimiento debidamente motivado. - Está obligado a sustentar su requerimiento ante el juez en la audiencia correspondiente. - En caso de acusar, está obligado a sustentar que tiene una causa probable según los elementos de convicción que recabó durante la investigación. - En caso de acusar, está obligado a ofrecer sus medios probatorios, precisando su pertinencia, utilidad y conducencia. - Puede arribar a convenciones probatorias.	- Interviene como parte acusadora. - Tiene la carga de la prueba. - Expone sus alegatos de apertura (resumen de su teoría del caso). - Desarrolla la actuación de sus medios probatorios (examen directo de sus testigos y peritos, introducción de prueba material y oralización de sus documentales). - Asimismo, ejerce el contradictorio (contraexaminando) a los testigos y peritos de la defensa, formulando objeciones, emitiendo sus conclusiones respecto a las documentales oralizadas por la defensa). - Cierra su intervención con los alegatos de clausura o de cierre.

Sujeto procesal	Investigación preparatoria	Etapas intermedia	Juzgamiento
Defensa del imputado	- Está legitimado para intervenir desde los primeros actos de investigación. Presta asesoramiento desde que su patrocinado es citado o detenido por la autoridad policial. - Ejerce su función de manera irrestricta, con las únicas limitaciones definidas por la ley. - Tiene derecho de participación y de controversia en todos los actos de indagación, salvo las limitaciones legales (actos o procedimientos decretados secretos, declaración de coimputados, etc.). - Interviene para velar por el respeto de los derechos fundamentales de su patrocinado. En cuyo caso está legitimado para solicitar tutela de derecho, control de plazo, nulidades, etc. - Interviene para buscar la mejor opción o estrategia de defensa. Sea sustentando su inocencia o solicitando un mecanismo de resolución alternativo (principio de oportunidad, terminación anticipada, confesión sincera, colaboración eficaz). - Puede recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia. - Puede solicitar actos de investigación al fiscal y aportar elementos de convicción de descargo. - Puede presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite. - Tiene derecho a ser informado y, por tanto, a acceder a los actuados policiales, a la carpeta fiscal y al expediente judicial, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento. - Tiene derecho a ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales para entrevistarse con su patrocinado.	- Frente al requerimiento fiscal de sobreseimiento puede allanarse o reforzar la argumentación. - Frente al requerimiento fiscal acusatorio puede hacer observaciones por defectos formales y solicitar la subsanación inmediata o la devolución de la carpeta al fiscal para tal fin. - Puede instar la aplicación de criterios de oportunidad. - Puede, hasta esta etapa, deducir medios técnicos de defensa. - Puede solicitar el sobreseimiento de la causa, conforme a los supuestos establecidos en la ley. - Puede ofrecer medios probatorios. - Puede oponerse a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por la fiscalía. - Puede cuestionar la medida coercitiva solicitada en la acusación. - Puede arribar a convenciones probatorias.	- Interviene como parte defensora. Es indispensable que su patrocinado concurra a la audiencia de juicio oral, pues esta no se puede llevar a cabo sin su presencia. - Puede sustentar una teoría del caso basada en una estrategia de defensa positiva (explicativa), en cuyo caso se obliga a probar su planteamiento, o puede optar por una estrategia negativa (sin explicación y cuestionando la insuficiencia del material probatorio ofrecido por la fiscalía). - Puede, con consentimiento de su patrocinado, solicitar la conclusión anticipada del juicio. - Sustenta su alegato de apertura, conforme al tipo de estrategia que haya definido. - Interviene en la actuación probatoria, examinando directamente a su defendido (si este acepta declarar), así como a los demás procesados, testigos y peritos. - Interviene contraexaminando a los testigos y peritos de la fiscalía. - Actúa sus medios probatorios (introduciendo prueba material y oralizando las documentales). - Contradice los medios probatorios actuados por la fiscalía. - Cierra su intervención con la exposición de su alegato de clausura o final.

Defensa del imputado	- Tiene derecho a expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, con las limitaciones legales. - Una vez formalizada la investigación preparatoria, está legitimado para deducir medios técnicos de defensa (cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones). - Está legitimado para interponer recursos impugnatorios dentro de las formalidades legales. - Debe guiar su conducta bajo el principio de lealtad. Está prohibido de emplear mecanismos dilatorios o maliciosos.		
Sujeto procesal	Investigación preparatoria	Etapa intermedia	Juzgamiento
Poder Judicial	Juez de la investigación preparatoria: - Desde las diligencias preliminares, interviene para verificar y controlar que la fiscalía actúe respetando las garantías del imputado (tutela de derechos, control de plazos, rechazo de diligencia). - Asimismo, se pronuncia sobre los requerimientos de medidas limitativas o restrictivas o actos de búsqueda de prueba que requieran autorización judicial (allanamientos, incautación, levantamiento de secretos, entre otros). - Una vez formalizada la investigación preparatoria, está facultado para resolver los requerimientos de medidas de coerción procesal solicitadas por la parte legitimada. - Controla la prórroga del plazo de la investigación cuando se trate de casos complejos. - Decide sobre la actuación de la prueba anticipada e interviene en su actuación. - Rige su actuación por el principio de independencia e imparcialidad.	Juez de la investigación preparatoria: - Corre traslado del requerimiento fiscal, sea acusatorio, de sobreseimiento o mixto, y concede el plazo legal para su absolución. - Convoca a la audiencia preliminar de control del requerimiento. - Decide sobre la procedibilidad del requerimiento fiscal, sea a través de la emisión del auto de sobreseimiento (impugnable) o del auto de enjuiciamiento (inimpugnable). - En el control de la acusación, lleva a cabo los controles formales y sustanciales. Emite las resoluciones sobre cada incidencia que se haya planteado. - Rige su actuación por el principio de independencia e imparcialidad.	Juez penal (unipersonal o colegiado): - Dirige la audiencia de juicio oral. - En audiencia pública (principio de oralidad) escucha los argumentos de las partes (principio de oralidad). Presencia (principio de inmediatez) la actuación del debate probatorio a cargo de las partes (principio de contradicción) y las valora. - Está facultado para decidir sobre el reexamen de medios probatorios inadmitidos en etapa intermedia (prueba nueva), advertir error en la tipificación del hecho al fiscal y ordenar excepcionalmente prueba de oficio. - Finalmente, se pronuncia sobre el fondo del proceso, esto es, la responsabilidad o inocencia del acusado y, de ser el caso, impone la pena. - Rige su actuación por el principio de independencia e imparcialidad.

3. Estructura del proceso penal común

El nuevo CPP establece un trámite común para todos los delitos contenidos en el Código Penal. Deja atrás el procedimiento ordinario (mixto) y el inconstitucional procedimiento sumario (inquisitivo), caracterizado por ser eminentemente escrito, reservado y sin juicio oral. Asimismo, el Código Adjetivo contempla procesos especiales, tales como el proceso inmediato, el proceso por delitos de función, el proceso de seguridad, el proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal, el proceso de terminación anticipada, el proceso por colaboración eficaz y el proceso por faltas.

El proceso penal común, en primera instancia, cuenta con tres etapas definidas: la etapa de investigación preparatoria, la etapa intermedia y la etapa de juzgamiento o juicio oral. La impugnación de la sentencia y el concesorio del recurso habilitan la segunda instancia ante el órgano jurisdiccional jerárquico superior.

Los plazos del proceso penal común han sido precisados por modificaciones legislativas y decisiones jurisprudenciales. De modo tal que, en la actualidad, se contemplan plazos diferentes para casos comunes, casos complejos y casos de criminalidad organizada (regulados en una ley especial: Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado). La estructura del proceso penal se mantiene en los tres tipos de proceso, solo varían los plazos.

El avance del procesamiento permite apreciar que cada una de las etapas procesales cuenta con finalidades, plazos, características y dinámicas particulares que inciden directamente en el rol que deben de desempeñar los sujetos procesales. Algo que debemos de mencionar, por más que lo consideremos como sobreentendido, es que todo trámite procesal —en aras del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva— se encuentra cubierto de garantías constitucionales de obligatorio cumplimiento.

3.1. La etapa de investigación preparatoria

En un Estado democrático de derecho, la investigación del delito apunta siempre a que la autoridad competente —en el caso peruano, el Ministerio Público— realice un conjunto de actos y procedimientos legales de indagación orientados a verificar si los hechos denunciados o materia de averiguación se realizaron o no, si se adecúan o no a una conducta penal prevista en la ley, si el denunciado o sospechoso es el autor o no de su comisión. A partir de ese momento el fiscal contempla hipótesis de investigación, las cuales irá descartando y/o definiendo a partir del resultado de sus actos de investigación. La investigación preparatoria es la primera etapa del proceso común y tiene dos subfases: las diligencias preliminares y la investigación preparatoria formalizada.

Las diligencias preliminares se inician con el nivel de sospecha más incipiente: la sospecha razonable. Esta surge del tenor de la denuncia de parte o del contenido de la noticia criminal presenciada de oficio por el fiscal o la autoridad policial. Las diligencias preliminares constituyen actos preprocesales, se desarrollan antes del inicio del proceso judicial penal y buscan: determinar el carácter delictuoso del hecho investigado, lo que se evalúa objetivamente a partir de los elementos de convicción producto o resultado de los actos de investigación urgentes e inaplazables desarrollados; individualizar a los presuntos autores y a los agraviados, esto es, identificar a un sospechoso, alguien individualizado que pueda ser sujeto de una imputación concreta; y verificar que la acción penal pública no haya prescrito. El alcance de estas finalidades permitirá al fiscal decidir si emite una disposición de archivo definitivo, reserva provisionalmente la investigación, aplica el principio de oportunidad, formula acusación directa o si formaliza y continúa la investigación preparatoria.

La siguiente subetapa está constituida por la investigación preparatoria formalizada, que importa el inicio del procesamiento judicial y se sustenta objetivamente en el hallazgo de elementos de convicción reveladores (sospecha reveladora) que permiten vincular —en el plano hipotético— al ciudadano imputado con la comisión del hecho presuntamente delictivo. La hipótesis inculpativa del fiscal no se basa en

prejuicios, meras conjeturas o animadversiones contra el investigado, sino en los resultados de sus actos de investigación.

La imputación contenida en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria debe de cumplir con el estándar mínimo de la imputación necesaria, como garantía del derecho de defensa. Por ello, existen en el Código Adjetivo herramientas legales que permiten a la defensa atacar la imputación genérica, gaseosa, oscura o confusa. La finalidad de la investigación preparatoria formalizada es proseguir con la realización de actos de investigación, a fin de recabar tanto elementos de cargo como de descargo, que le permitan al fiscal preparar su futura acusación, en caso de hallar elementos de convicción suficientes (sospecha suficiente), o requerir el sobreseimiento de la causa, sea porque verificó que la acción penal prescribió, que el presunto hecho delictivo materia de indagación nunca se realizó, que el hecho no puede atribuírsele al procesado, que la conducta imputada es atípica o que no consiguió elementos de convicción suficientes.

3.2. La etapa intermedia

La etapa intermedia inicia con la emisión de la disposición fiscal de conclusión de la investigación preparatoria. Al cerrarse la investigación, se inicia inmediatamente la etapa intermedia, que parte por conceder un plazo al representante del Ministerio Público para que, bajo un criterio objetivo, haga un análisis valorativo de los elementos de cargo y de descargo que recabó durante su investigación y según ello determine su decisión, sea para acusar o solicitar el sobreseimiento.

Una vez definida su decisión, el fiscal presenta su requerimiento ante el juez de investigación preparatoria, quien interviene para controlar el pedido fiscal y las observaciones que puedan formular las demás partes procesales, con el objetivo de velar por la legalidad de este y verificar que se cumplan con los requisitos y presupuestos procesales exigidos por la norma adjetiva. Para ello, el juez corre traslado del requerimiento fiscal a las demás partes, quienes pueden o no absolver el traslado en el plazo legal establecido.

En el caso de requerir el sobreseimiento, la labor judicial consiste en verificar si este cumple con los presupuestos previstos en la norma adjetiva, referidos a la no ocurrencia del hecho, la imposibilidad de imputarle su comisión al procesado, la atipicidad de la conducta, la prescripción de la acción penal y/o insuficiencia de elementos de convicción. Si se da tal caso, el juez emitirá el auto de sobreseimiento, que es apelable. Asimismo, el juez puede ordenar una investigación suplementaria, en tanto verifique la necesidad de practicar o esperar el resultado de un acto dispuesto en la investigación que permita esclarecer el hecho y no generar impunidad. También puede discrepar con el pedido de sobreseimiento fiscal y, en respeto del principio acusatorio, elevar los actuados al fiscal superior para que este sea quien confirme el requerimiento o lo corrija.

En el caso del requerimiento acusatorio, el juez de investigación preparatoria desarrolla una labor trascendente, pues tiene la labor de filtrar los casos. De su función de control depende que se cierren los casos que no tienen futuro y pasen a juicio oral las causas probables que ameritan un debate probatorio. La acusación se sustenta en sospecha suficiente, la cual escapa a las presunciones del fiscal, pues este nivel de sospecha se obtiene de la apreciación objetiva del cúmulo de elementos de convicción recolectados cuya explicación o sustentación permita colegir la existencia de una causa probable. Es el nivel de sospecha más alto que se requiere previamente a la etapa de juzgamiento. Por tanto, el control judicial de forma (observaciones por defectos formales de la acusación, que pueden ser o no subsanables) y de fondo (medios técnicos de defensa y pedidos de sobreseimiento de la defensa) permitirán colegir si el caso pasa o no al enjuiciamiento. Tras ello, se controla la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes de acuerdo a su pertinencia, utilidad y conducencia; asimismo, se determina si las partes arriban o no a convenciones probatorias y se debate acerca de la medida coercitiva. Esta etapa se cierra con la emisión del auto de enjuiciamiento, el cual es inimpugnable.

3.3. La etapa de juzgamiento

El juzgamiento se lleva a cabo frente a un juzgador (unipersonal o colegiado) diferente al juez que intervino en la etapa de investigación preparatoria y en la etapa intermedia. La etapa de juzgamiento se desarrolla con base en el debate probatorio a cargo del acusador y la defensa del acusado. En esta etapa, las partes procesales actúan sus respectivos medios probatorios ante el juzgador, quien las valora a efectos de emitir su decisión. El juzgamiento constituye la oportunidad procesal para argumentar sobre el fondo del proceso, esto es, si el hecho punible se realizó o no y si el acusado es responsable o no de su comisión, lo que obviamente importa el desarrollo de la actuación probatoria.

La prueba, por regla general, se produce en el juicio oral bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. La prueba implica la verificación de las afirmaciones sobre hechos debatidos en el juicio. La etapa de juzgamiento no es un espacio para que el fiscal lance preguntas al juez respecto a los hechos, o pretenda generar sospechas, o busque continuar investigando. A este nivel del proceso, el fiscal está obligado a plantear afirmaciones respecto a los hechos materia de su acusación y buscar probarlos con la actuación de los medios probatorios que le fueron admitidos. El fiscal no puede pretender generar sospecha en el juzgador, pues este, para emitir una condena, requiere arribar a la certeza de que el acusado cometió el hecho delictivo, con base en prueba suficiente. Caso contrario, frente a la insuficiencia probatoria, existe duda razonable y la presunción de inocencia se mantiene intacta, por lo que corresponderá al juez absolver al procesado.

Cerrado el debate probatorio y tras los alegatos de cierre de las partes, el juzgador delibera y emite sentencia, sea absolutoria o condenatoria. En cualquiera de los dos casos, la decisión judicial es susceptible de cuestionamiento a través del recurso de apelación que se interpone ante el órgano jurisdiccional que emitió la sentencia. La apelación es resuelta en segunda instancia y previa audiencia por la sala jerárquicamente superior.

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA PRUEBA

I. NOCIONES ESENCIALES DE LA PRUEBA

1. Concepciones de la prueba

El reconocido maestro italiano TARUFFO precisó que la prueba judicial “se endereza a comprobar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos relevantes para la causa, generalmente, hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador”. La concepción de la prueba “se vincula al modo en que se entienden la naturaleza, las posibilidades y los límites del conocimiento empírico, o sea, a la epistemología”. Al respecto, existen dos tipos de epistemología, “cada una vinculada a una concepción de la prueba que se caracteriza por mantener una cierta relación entre los conceptos de verdad (o enunciado verdadero) y certeza (o enunciado probado)”¹. Estas dos principales concepciones de la prueba son la cognoscitivista y la persuasiva.

1.1. Concepción cognoscitivista de la prueba

La concepción cognoscitivista de la prueba deriva de la epistemología objetivista crítica. En primer término, la epistemología objetivista crítica es objetiva porque “entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente” y es crítica porque asume la “tesis sobre las limitaciones del conocimiento”. Esta epistemología sostiene que “existen hechos independientes

1 GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de ‘Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad’, de Michele Taruffo”, en *Discusiones*, n.º 3, Buenos Aires: 2003, p. 46. Recuperado de <<https://bit.ly/3uqRLiE>>.

que podemos conocer, aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo”².

Según la concepción cognoscitivista, la prueba es un instrumento de conocimiento, una actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos. La prueba es una “fuente de un conocimiento que —por ser inductivo y estar institucionalizado, o sea, sometido a limitaciones— es solo probable”. En suma, desde esta perspectiva, la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser falsa, por lo que, en esta concepción, “la libre valoración de la prueba se concibe como una actividad racional consistente en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles y, por ello, susceptible de exteriorización y control”³.

1.2. Concepción persuasiva de la prueba

Según la epistemología constructivista, la objetividad del conocimiento procede de “nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor, es decir, la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto”. De modo que no cabría hablar de un conocimiento objetivo, más aún, la verdad, entendida como correspondencia, carecería de sentido. Esta epistemología “se manifiesta en aquellas propuestas que postergan la averiguación de la verdad a favor de otras finalidades prácticas del proceso”.

Si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos: bastará con obtener un “resultado formal” que sea operativo. Es más, podría incluso pensarse que la comprobación de la verdad es un obstáculo para la rápida solución de la controversia. Estas propuestas alimentan una concepción persuasiva de la prueba que entiende que la finalidad de esta es solo persuadir con el objetivo

2 GASCÓN ABELLÁN, “Concepciones de la Prueba. Observación a propósito de ‘Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad’, de Michele Taruffo”, art. cit, p. 47.

3 *Loc. cit.*

de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de los enunciados fácticos, es un sinsentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento del juez es correcto o equivocado; simplemente está persuadido. Por lo demás —como indica también el autor— una concepción de este tipo es compatible con (y, más aún, implica) una concepción irracional de la valoración de la prueba. De un lado, “porque la persuasión de un sujeto sobre algo es un estado psicológico y nada más”; de otro, porque la persuasión podrá fundarse sobre cualquier cosa que haya influido en la formación de ese estado psicológico, y no necesariamente en la producción de pruebas⁴.

En resumen, como podemos apreciar, la concepción cognoscitivista de la prueba separa los conceptos de verdad y prueba, ya que, según esta concepción la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser falsa; en tanto que la concepción persuasiva de la prueba identifica los conceptos de verdad y prueba, en vista que la verdad de los hechos no es aquí algo que deba perseguirse, pues lo verdadero es lo que resulta probado en el proceso. Personalmente, consideramos lógico aceptar que un enunciado fáctico es tenido como verdadero cuando los hechos que describe han existido o existen en un mundo independiente, por tanto, será correcto en tanto se corresponda con la realidad. Por su parte, un enunciado fáctico quedará probado cuando su verdad haya sido comprobada, esto es, cuando haya sido confirmado por las pruebas disponibles.

[E]l concepto de verdad (o de “enunciado verdadero”) traduce, en relación con el de prueba (o de “enunciado probado”), un ideal, y en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido: aunque solo la declaración de hechos probados o verdad procesal resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de menor o mayor calidad) a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las trabas y limitaciones procesales⁵.

4 *Loc. cit.*

5 *Loc. cit.*

Por eso la distinción entre los conceptos de verdad y prueba es necesaria, a fin de evidenciar el “carácter autorizado pero falible de la declaración de hechos de la sentencia”. En resumen, “una concepción racional de la prueba exige distinguir entre los conceptos de verdadero y probado” y, por ende, se amolda a la concepción cognoscitivista de la prueba, según la cual “el proceso se orienta a la comprobación de la verdad”, pero teniendo en claro que “el conocimiento alcanzado es siempre imperfecto o relativo”⁶.

Al respecto, GASCÓN ABELLÁN señala:

[C]uanto más fuerte sea la tesis del proceso como un mecanismo para resolver controversias [...] (y la análoga concepción del papel del juez como árbitro pasivo del enfrentamiento entre las partes con la única función de sancionar la violación de las reglas del juego), entonces, más relieve cobrará la concepción persuasiva de la prueba [...]. Por el contrario, cuanto más fuerte sea la tesis del proceso como mecanismo para resolver controversias mediante la correcta aplicación de la ley (y la análoga concepción del papel del juez como director del proceso, pero también como garante de la correcta aplicación de la ley y de la tutela efectiva de los derechos [...]), entonces, más relieve cobrará la concepción cognoscitivista de la prueba⁷.

Debemos de asumir que la teoría de la prueba se encuentra relacionada con la teoría del conocimiento, que desarrolla la consecución de la verdad filosófica, en razón de que con la prueba se busca lograr convencer al juzgador acerca de lo debatido. En ese sentido, a este nivel del estudio tenemos claro que la prueba consiste en “una actividad procesal dirigida a alcanzar la certeza judicial de ciertos aspectos fácticos para decidir un litigio sometido al proceso”. Entonces, “la prueba no es el hecho mismo que se investiga, una cosa es la prueba y otra, el hecho conocido”. La prueba implica una “reactualización”, la “representación de un hecho” acontecido, y, si queremos ser más rigurosos, podemos sustentar que probar consiste en demostrar la veracidad de una afir-

6 *Loc. cit.*

7 *Ibid.*, p. 54.

mación sobre la existencia o inexistencia de cierto hecho relevante y controvertido. A medida que el juez va observando el estado de las cosas o la conducta de las personas —a través de la actuación probatoria a cargo de las partes—, irá formando su criterio⁸ hasta alcanzar un grado de certeza, seguridad y convencimiento.

Así, la conciencia del juez pasa por etapas sucesivas, por lo que la certidumbre judicial se alcanza basándose en los denominados grados del conocimiento. Estos, desde el punto de vista objetivo, son los siguientes: i) la posibilidad, es decir, la incapacidad de afirmar o negar algo (duda); ii) la probabilidad, lo fluctuante entre lo posible y lo evidente, permite interpretar un problema en sentido positivo o negativo, pero sin dejar de lado las contraposiciones (suposición); y la evidencia, que es el conocimiento indudable acerca de la existencia o inexistencia de algo (certeza). En tanto que, desde el punto de vista subjetivo, tenemos: i) la duda, que implica la posibilidad; ii) la suposición, implica la probabilidad; y iii) la certeza, que es el nivel que se alcanza según la evidencia⁹. Es menester precisar que la certeza es un estado relativo, en tanto que la verdad es un estado absoluto. El proceso judicial es obra de hombres que tienen facultades relativas y limitadas y, por tanto, resultan falibles, por lo que no podemos pretender llegar a la verdad absoluta. No obstante, en aras de concretar la función pública de administración de justicia y garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de llegar a la certeza para emitir su decisión, la cual puede coincidir con la verdad, pero no siempre.

PÉREZ SARMIENTO plantea que la prueba es un “estado de cosas, susceptible de comprobación y de contradicción, que tiene lugar en el proceso de conformidad de la ley, para producir convencimiento no

8 Vid. SUÁREZ TAPIA, Mercedes, “La prueba en materia penal”, en *Revista Judicial*, n.º 9723, Quito: 14 de septiembre del 2011, p. c-1. Recuperado de <<https://bit.ly/3wFlk0i>>.

9 Vid. SALAS BETETA, Christian, “La actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal”, en *La Actividad Probatoria en el nuevo Código Procesal Penal*, t. III, Lima: 2007, p. 8 y ss.

solo en el juez, sino en las partes y en el público, sobre la veracidad o falsedad de los hechos del proceso y, consiguientemente, para sustentar sus decisiones”¹⁰. Coincidimos con esta visión de la prueba, a la cual le adaptamos un extremo, referido al objeto de prueba, ya que en el proceso judicial no buscamos probar hechos, sino afirmaciones acerca de los hechos (proposiciones fácticas). En tal sentido, la prueba sirve para demostrar la veracidad o falsedad de las afirmaciones expuestas por las partes acerca de los hechos.

2. Principios de la actividad probatoria en el proceso penal

La prueba resulta esencial en el proceso penal, toda vez que, sea directa o indiciariamente, corroborará la versión de alguna de las partes y, en consecuencia, generará convicción en el juzgador. En caso contrario, la ausencia o insuficiencia de prueba impedirá tal fin. Así pues, el tema de fondo en el proceso penal, esto es, la determinación de la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado, se definirá en atención a la prueba¹¹.

A pesar de la trascendencia de la prueba en la práctica profesional e incluso en el debate académico, encontramos criterios incorrectos o limitados respecto a su definición y a su tratamiento procesal. El desconocimiento o imprecisión acerca de la concepción de la prueba y sus principios y las confusiones terminológicas entre fuente de prueba, elemento de prueba, medio de prueba, órgano de prueba, objeto de prueba y prueba son algunas de las cuestiones que urge aclarar y eso, justamente, es lo que pretendemos hacer en las siguientes líneas.

El estudio de la teoría de la prueba se torna relevante en el contexto de la reforma procesal penal, por la cual se concibe a la prueba como un derecho de rango constitucional de naturaleza compleja y como el

10 PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *Manual de derecho procesal penal*, 3.ª ed., Caracas: Vadell Hermanos Editores C.A., 2009, p. 243

11 Vid. SALAS BETETA, “La actividad probatoria en el nuevo proceso penal: recolección, ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de la prueba”, art. cit., p. 51.

instrumento idóneo para la determinación de responsabilidad penal. Este punto en desarrollo constituye —tras la teoría del delito y la teoría del proceso— el tercer bloque de conocimientos para la construcción de una teoría del caso.

Por regla general, solo podemos hallar la prueba como tal en la etapa de juzgamiento o de juicio oral, ya que es en ese momento cuando las partes actuarán los medios probatorios ante el juez de conocimiento —sea unipersonal o colegiado— (principio de inmediación), argumentarán acerca de cómo dichos medios probatorios demuestran sus posiciones (principio de oralidad), podrán rebatir los argumentos y cuestionar o examinar el medio probatorio de la contraparte (principio de contradicción) y, por último, el debate se desarrollará en audiencia pública (principio de publicidad). Claro está, dicha regla encuentra sus excepciones en las denominadas prueba preconstituida y prueba anticipada.

Los citados principios son propios del juicio oral, cuya esencia es justamente la actuación probatoria y, por tanto, es correcto homologarlos y encontrar justificaciones comunes para su debida interpretación. TALAVERA ELGUERA refiere:

[L]os principios del juicio oral son el conjunto de ideas directrices o ideas políticas que inspiran y sobre las que descansa la actividad de juzgamiento de una persona. Tales principios permiten a las partes y al juez controlar adecuadamente la admisión y práctica de las pruebas para obtener resultados probatorios legítimos y altamente fiables¹².

En ese sentido, hablar de los principios del juicio oral es lo mismo que hablar de los principios que rigen la actividad probatoria:

Los principios de la prueba establecen las bases rectoras y orientadoras del debate adversarial en el juicio oral. De su contenido y alcance

12 TALAVERA ELGUERA, Pablo, “Juicio oral y actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal”, en *La actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal*, t. III, Lima: Ediciones Jurídicas, 2007, p. 25.

definido constitucional y legalmente depende la satisfacción plena de las garantías del defendido y la realización del derecho sustancial.

Este conjunto de prescripciones jurídicas esenciales enmarca las facultades y derechos de todos los intervinientes en el proceso penal y especialmente determina el ejercicio del derecho fundamental a una defensa técnica y material en un Estado social de derecho¹³.

No obstante, debemos de precisar que, además de los principios del juicio oral que rigen la actuación probatoria, existen otros principios¹⁴ que cubren de manera más amplia la actividad probatoria desde los iniciales actos de investigación: el principio de presunción de inocencia, el principio de no autoincriminación, el principio de legalidad de la prueba y el principio de libertad probatoria.

2.1. Principio de presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia dispone que toda persona sometida a una persecución criminal debe ser considerada y tratada como inocente por las autoridades estatales hasta que no exista un pronunciamiento judicial firme, basado en prueba suficiente, que demuestre su responsabilidad en la comisión del hecho delictivo. Bajo esta noción, el imputado, el acusado e incluso el condenado en primera instancia no pueden ser considerados ni tratados como culpables mientras no exista sentencia condenatoria firme.

La única forma de vencer o superar el principio de presunción de inocencia es con una sentencia condenatoria, esta debe ser producto de la actuación de prueba suficiente que genere convicción en el juzgador acerca de la responsabilidad del acusado y, además, haber quedado firme, es decir, adquirido la calidad de cosa juzgada.

13 PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA, AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, *Módulo IV para defensores públicos. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá: USAID, 2004.

14 Vid. SALAS BETETA, "La actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal", art. cit., p. 8 y ss.

Esta precisión resulta importante, pues en el procesamiento penal es perfectamente posible que una persona sea condenada en primera instancia y que en vía de apelación la Sala Superior revoque la condena y absuelva al procesado.

Al respecto, JAÉN VALLEJO señala:

[L]os imputados gozan de una presunción *iuris tantum*, por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada (certeza). Las pruebas, para ser tales, deben merecer la intervención judicial en la fase del juicio oral, cuya obligatoriedad y publicidad impone la Constitución, salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida. Asimismo, deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, pues de lo contrario son de valoración prohibida¹⁵.

El principio de presunción de inocencia se mantiene incólume e intacto en tanto que de los medios probatorios actuados en el juicio oral se concluya un vacío, una duda razonable, una notable insuficiencia probatoria o la certeza objetiva de la inocencia del acusado. La insuficiencia probatoria no está referida a la escasez de medios probatorios actuados, sino a que aquellos no lograron acreditar los aspectos relevantes de la acusación o fueron excluidos por su naturaleza ilícita, de modo que no resultan idóneos para justificar un razonamiento jurídico de responsabilidad penal.

Por tanto, el principio de la presunción de inocencia del ciudadano procesado constituye uno de los pilares del proceso penal y permite a toda persona conservar un estado de “no autor” en tanto no se expida una resolución judicial firme en su contra. La afirmación de que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad es una de las más importantes conquistas de los últimos tiempos¹⁶.

15 JAÉN VALLEJO, Manuel, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid: Akal, 1987, p. 24.

16 Vid. COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE LA ORALIDAD EN EL

2.2. Principio de no autoincriminación

Otro principio trascendente es el de no autoincriminación, que surge a partir del derecho constitucional de defensa y del principio de presunción de inocencia. Como es sabido, el derecho de defensa nace inmediatamente desde que existe una imputación contra una persona determinada, lo que importa reconocer que el imputado tiene, en cuanto posibilidad procesal, el derecho a ser informado por la autoridad de investigación de los cargos en su contra, el derecho a ser asesorado por un defensor técnico, el derecho al acceso a los actuados de la investigación o del proceso judicial, el derecho a ser notificado para participar en los actos de investigación que se practiquen, el derecho a ser oído por la autoridad, entre otros.

Así, como manifestación del derecho de defensa y del principio de presunción inocencia, el imputado o acusado tiene los derechos constitucionales de no ser obligado a declarar; de no autoincriminarse ni declarar en contra de su cónyuge, conviviente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y de que su silencio no sea utilizado en su contra. Este derecho se extiende también para el ciudadano que es citado como testigo, quien puede abstenerse de declarar sobre determinados hechos cuando de ellos podría desprenderse su responsabilidad. Estos derechos no son exclusivos del juicio oral, sino que están vigentes desde el inicio de las diligencias preliminares.

Según este principio, los funcionarios encargados de la persecución penal no están legitimados para compeler al ciudadano investigado o procesado a declarar; mucho menos, en su propio perjuicio. Al respecto, BINDER indica:

[E]l imputado tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, solo él determinará lo que quiere o lo que no le interesa declarar [...]. Esto significa que no se pueden utilizar medios violentos para conseguir la declaración, pero significa

también que no se puede utilizar ningún mecanismo que menoscabe la voluntad del imputado (v. g. mediante la administración de psicofármacos, sueros de la verdad, hipnosis, etc.). No se pueden emplear tampoco preguntas capciosas o sugestivas, ni amenazar al imputado con lo que le podría suceder en caso que no confiese, entre otros recursos similares¹⁷.

En ese mismo sentido, las autoridades policiales, fiscales y judiciales no pueden emplear el derecho de guardar silencio del ciudadano investigado o procesado en contra de él, mediante razonamientos de sospecha, reproche o prejuicios de culpabilidad so pretexto que “debió de coadyuvar con el esclarecimiento de los hechos”. Ese arcaico razonamiento debe ser rechazado de manera tajante, al ser propio de culturas inquisitivas que presumen al ciudadano como responsable y, obviando que la carga de la prueba le corresponde al ente acusador, pretenden extraer de la propia versión del investigado una confesión o una declaración autoinculpatória.

2.3. Principio de legalidad

El principio de legalidad importa la sujeción de la actividad probatoria que realizan las partes a un conjunto de dispositivos y reglas. De tal modo, la actividad oficial —policial o fiscal— de practicar actos de investigación para recolectar elementos de prueba tiene que seguir determinados procedimientos (cumplir requisitos, formalidades o autorizaciones) que le otorguen validez. Asimismo, la solicitud de la defensa para que el fiscal realice determinados actos de investigación en aras de hallar elementos de convicción de descargo, así como el ejercicio de la garantía de reclamo ante el juez en caso de que la Fiscalía desestime indebidamente dicha solicitud deberán realizarse en la oportunidad establecida por ley. La exclusión de la utilización y valoración de la prueba prohibida es otra materialización del principio de legalidad referido a la prueba. Lo propio ocurre en la etapa de ofrecimiento de

17 BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, pp. 179 y 180.

medios probatorios, en donde las partes tienen un plazo para hacerlo y deben justificar objetivos, ámbitos, pertinencia, utilidad, conducencia y licitud de los medios de prueba. También se prevén reglas de actuación probatoria para la etapa de juzgamiento y para el juicio de hecho en segunda instancia.

Como indica TALAVERA ELGUERA:

[E]ste sometimiento a la legalidad implica la satisfacción del derecho fundamental al debido proceso para el defendido con sus garantías de: a) tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, e imparcial; b) solicitar, conocer y controvertir las pruebas; c) obtener el control de la legalidad formal y material de los actos de investigación y los actos de prueba; d) solicitar la exclusión, el rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba por ilegales, inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos que no los requieren¹⁸.

En suma, el principio de legalidad constituye un criterio de orden a través del cual se establecen las reglas que rigen los momentos de ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de la prueba en el proceso.

2.4. Principio de libertad probatoria

El principio de libertad probatoria permite que los hechos objeto de prueba puedan ser acreditados por cualquier medio de prueba previsto en la legislación adjetiva y, excepcionalmente, por otros distintos, siempre y cuando no vulneren los derechos y garantías de la persona ni las facultades legales reconocidas a los sujetos procesales. Este principio de libertad probatoria permite que la probanza de las afirmaciones vertidas en el proceso se realice tanto por los medios de prueba previstos en el Código Adjetivo como por cualquier otro medio técnico o científico cuya obtención, incorporación y actuación no vulnere derechos fundamentales. Por tanto, el principio de libertad probatoria no es absoluto,

18 TALAVERA ELGUERA, “Juicio oral y actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal”, art. cit., p. 25.

pues, si bien posibilita que las partes aporten medios de prueba innovadores (no necesariamente los contemplados en la norma), impone la condición de su licitud.

2.5. Principio de comunidad de la prueba

Finalmente, ubicados en la etapa de juzgamiento, es decir, pasado el control de admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes en la etapa intermedia, estas pueden hacer uso de todos los medios probatorios incorporados, sea para actuarlos, contradecirlos o para emplear la información que fluya de su actuación con el fin de sustentar sus posiciones en el juicio y/o cuestionar la argumentación de la contraparte. El principio de comunidad de la prueba permite, además, que el juzgador tenga la posibilidad de emplear los datos que resulten de la actuación probatoria desplegada por las partes procesales a fin de conseguir una completa apreciación de los hechos sometidos a su conocimiento y dotar de fortaleza su valoración y el razonamiento jurídico que empleará para justificar su decisión final sobre el fondo del asunto.

II. EL DERECHO A LA PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. La prueba desde la perspectiva constitucional

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución Política en el Perú, ha desarrollado el concepto, naturaleza y alcances del derecho a la prueba, a través de las sentencias recaídas en los Expedientes N.^{os} 010-2002-AI/TC (3 de enero del 2003), 6712-2005-HC/TC (17 de octubre del 2005), 1014-2007-PHC/TC (5 de abril del 2007), 3500-2008-PHC/TC (9 de febrero del 2009) y 3997-2013-PHC/TC (24 de noviembre del 2015).

A partir del referido desarrollo jurisprudencial, se tiene que el derecho fundamental a la prueba tiene “protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso” (art. 139.3 de la Const. Pol).

No obstante, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba “también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales —límites extrínsecos— como de la propia naturaleza del derecho en cuestión —límites intrínsecos—”¹⁹.

El reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido y se le vincula casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por ello, regularmente aparece bajo la fórmula: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Este es el enunciado utilizado en el art. 2.24.e de la Const. Pol., que reproduce lo estipulado por el art. xxvi de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, en cierta forma, lo prescrito en los arts. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰.

El derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Carta Magna y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por tanto, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba, pues este es un derecho fundamental de los justiciables para producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa²¹.

El derecho a la prueba tiene una faz subjetiva y otra objetiva. Según la dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen “el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa”. En su dimensión objetiva, el

19 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007, f. j. n.º 8.

20 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007, f. j. n.º 9.

21 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007, f. j. n.º 10.

derecho a la prueba comporta también el “deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia”²².

En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben “motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia”. Esto es así por cuanto el proceso penal “no solo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de los procesados, sino también debe hacer efectiva la responsabilidad jurídico penal de las personas que sean halladas culpables dentro de un proceso penal”²³.

En suma, existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso²⁴. Este derecho, al estar relacionado con el derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia, se encuentra vigente durante todo el proceso, esto es, desde las diligencias preliminares, fase en la que debe de garantizarse que el director de la investigación permita al imputado obtener elementos de convicción de descargo y evite denegarle tal pedido indebidamente.

La importancia del derecho a la prueba radica en “la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su conservación y su valoración”²⁵.

22 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007, ff. jj. n.ºs 10 y 11.

23 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007, f. j. n.º 11.

24 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005, f. j. n.º 15.

25 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005, f. j. n.º 22.

Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado²⁶.

2. La prueba desde la perspectiva penal

En materia penal, la prueba consiste en la verificación en juicio oral de las afirmaciones de fondo discutidas en el proceso, a través de actos de prueba, es decir, de la actuación de los medios de prueba que previamente, en etapa intermedia, las partes introdujeron con ciertas garantías. Nuestra definición exige la precisión de algunos conceptos que explicaremos a continuación.

2.1. La verificación

En juicio oral, la prueba no consiste en averiguar, sino en verificar. En la etapa de juzgamiento el juez tiene por función verificar si los argumentos (proposiciones fácticas) en los que se basan tanto la acusación como la defensa se encuentran sustentados o corroborados con prueba testimonial (declaraciones de los testigos), pericial (declaraciones de los peritos), material y/o documental. No hay lugar a suposiciones, sospechas, conjeturas, prejuicios u otras subjetividades, la prueba importa datos objetivos que fundamentan la decisión judicial. La labor de descubrimiento de información o de indagación no es propia del juicio oral, sino de la etapa de investigación preparatoria. Si se hizo una investigación incompleta, el juicio no es el momento

26 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005, f. j. n.º 15.

procesal para suplirla o complementarla, pues este caso debió sobreseerse en etapa intermedia. La idea de la dinámica procesal es que el representante del Ministerio Público lleve a juicio una causa probable, no un cúmulo de sospechas y preguntas para el juez, sino afirmaciones contundentes basadas en prueba, que deberá actuar para verificar su posición. Lo propio opera para la defensa que expone una explicación acerca de los hechos y postula un marco fáctico diferente, caso en el que no bastará su narración, sino que se le exigirá que actúe prueba que permita verificarla.

2.2. Los actos de prueba

Aquí corresponde detenernos para hacer una diferenciación entre los actos de investigación (indagación/averiguación) y los actos de prueba (verificación/demostración). Los actos de investigación son todos aquellos realizados durante la etapa de investigación por la Fiscalía o la Policía y tienen por objeto obtener y recoger los elementos de convicción de cargo y de descargo, los cuales, según sea el caso, serán empleados para requerir medidas coercitivas y para sustentar la acusación o el sobreseimiento ante el juez de investigación preparatoria. En cambio, los actos de prueba son todos aquellos realizados por las partes ante el juez de conocimiento en el juicio oral, a través de la actuación de los medios de prueba admitidos, con el fin de verificar o demostrar sus proposiciones fácticas. De tal modo que, cuando se trate del acto de prueba de la parte acusadora, la finalidad será convencer al juzgador, con grado de certeza, acerca de todos y cada uno de los extremos de la imputación; y cuando se trate del acto de prueba de la defensa, la finalidad será cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre uno o más de los extremos de la acusación y/o acreditar la argumentación planteada.

Siendo más incisivos en las diferencias existentes entre los actos de investigación y los actos de prueba, podemos mencionar la oportunidad en que tienen lugar, los sujetos que los llevan a cabo y la finalidad con la que son realizados.

2.2.1. La oportunidad

Los actos de investigación solo pueden ser realizados durante las diligencias preliminares y/o la investigación preparatoria formalizada, en tanto que los actos de prueba —por regla general— solo pueden ser realizados durante la etapa del juicio oral. El principio viene expresado así en el nuevo CPP, el cual, respecto a la oportunidad para la actuación probatoria, precisa que la sentencia deberá basarse solamente en la prueba que fue actuada durante el juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas por la ley. El Código Adjetivo no solo impone al juzgador el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, sino que agrega que, por regla general, durante el juicio no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones de investigación realizadas por la Policía o el Ministerio Público. Queda claro que, si bien la prueba aparece en el juzgamiento, el fiscal desarrolla una actividad de investigación en la que obtendrá los elementos de prueba —elementos de convicción, según el nuevo CPP— que posteriormente serán ofrecidos e incorporados al proceso a través de los medios de prueba. Entonces, los actos de indagación o averiguación solo pueden desarrollarse durante la etapa de investigación, mientras que los actos de prueba se concentran en el juicio oral, salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida.

2.2.2. Los sujetos

La práctica de los actos de investigación está a cargo de la Fiscalía y de la Policía. El nuevo CPP señala que los fiscales dirigen la investigación y pueden realizar por sí mismos o encomendar a la Policía todas las diligencias de investigación que consideren conducentes para el esclarecimiento de los hechos. En cambio, los actos de prueba están a cargo de las partes, quienes tienen que actuar sus medios probatorios ante el juez de conocimiento en la audiencia de juicio oral. Cabe precisar que el Código Adjetivo reconoce al juez, de manera excepcional, la posibilidad de solicitar prueba de oficio.

2.2.3. La finalidad

La finalidad de los actos de investigación y de los actos de prueba está determinada por el objetivo de cada una de las etapas dentro de las cuales se producen. De esta manera, los actos de investigación, que son desarrollados como tales en la investigación preparatoria, no tienen por objeto producir una decisión de absolución o condena, sino solamente reunir los elementos probatorios de cargo o de descargo para sustentar requerimientos de la Fiscalía o solicitudes de la defensa. Los actos de prueba, por el contrario, tienen por fin convencer al juez de conocimiento respecto a la validez de la responsabilidad o inocencia del acusado en la comisión del hecho delictivo (fondo del debate procesal).

2.3. Conceptos generales

2.3.1. Elemento de prueba

Elemento de prueba es todo dato objetivo capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la acusación o de la defensa que se halla e incorpora legalmente al proceso. El nuevo CPP emplea el término “elemento de convicción” para referirse a lo que conocemos como elemento de prueba. Entonces, todo dato objetivo obtenido en el decurso de la investigación constituye un elemento de prueba o de convicción, por ejemplo, el acta de declaración testimonial, el certificado médico legal, el acta de registro personal, la pericia toxicológica, etc.

2.3.2. Medio de prueba

El medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley para lograr el ingreso del elemento de prueba al juicio oral. Como su denominación lo indica, se trata de medios legalmente reconocidos a través de los cuales las partes ofrecen elementos de prueba para que sean actuados en la etapa de juzgamiento. Hemos ejemplificado como

elemento de prueba el acta de declaración de un testigo recabada durante la investigación. Tal acta no constituye un medio probatorio, pues no podría constituir un acto de prueba en el juicio oral, en donde, bajo los principios de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez, se requerirá que el testigo concurra ante el juez de conocimiento para ser examinado y contraexaminado por las partes. Por tanto, el medio probatorio será el ofrecimiento de la declaración testimonial en juicio. La parte que la ofrece deberá precisar el nombre completo del testigo, su dirección exacta y el ámbito o aspectos de su declaración, a fin de que el juez de investigación preparatoria, en el control de la acusación, evalúe si la admite o no como medio probatorio para el juzgamiento.

2.3.3. Objeto de prueba

El objeto de prueba está referido a los hechos que son materia de prueba. El objeto de prueba en el derecho penal está constituido por los hechos que sirven para demostrar si el hecho reviste características delictivas, si el hecho delictivo se realizó, si el acusado intervino como autor o cómplice en su comisión, así como para determinar la sanción penal y las consecuencias accesorias, de ser el caso. Entonces, el objeto de prueba es definido como aquello que debe ser probado, es decir, como *thema probandum*. Podemos afirmar que son objeto de prueba los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. Resulta necesario entender que se busca probar lo debatido, lo controvertido, lo contradicho. Es por ello por lo que el art. 156.2 del nuevo CPP señala que “no son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio”. Por ejemplo, ¿en un proceso penal de exposición a peligro contra altos funcionarios en agravio de la población, será objeto de prueba que a partir del 15 de marzo del 2020 existió un estado de emergencia sanitaria en el país debido a la pandemia de la COVID-19? Obviamente no, por tratarse de un hecho notorio. En

ese mismo ejemplo, uno de los objetos de prueba será determinar si el alto funcionario dolosamente privó de los cuidados indispensables a quien se hallaba bajo su autoridad.

2.3.4. Fuente de prueba

La fuente de prueba es aquello de lo que se desprende el objeto de prueba. De la fuente surge aquello que se debe probar. Para nuestro ordenamiento procesal son fuentes de prueba los testigos, los peritos, los objetos y los documentos. Por ejemplo, la persona del testigo constituye una fuente de prueba, pues de sus respuestas a las preguntas que se le formulen en el juicio emanarán datos acerca de aspectos o ámbitos de las proposiciones fácticas (afirmaciones sobre los hechos) que se pretenden probar. Lo mismo ocurre con el perito, quien, en su exposición durante el juicio, emitirá precisiones, explicará procedimientos técnicos y desarrollará sus conclusiones periciales sobre un ámbito especializado que servirá para probar o descartar el objeto del debate. El arma que se exhibirá, el audio que se escuchará, el video que se visualizará, el escrito que se leerá, todos constituyen fuente de prueba.

2.3.5. Órgano de prueba

El órgano de prueba es la persona que sirve de intermediario entre la prueba y el conocimiento del juez. Es posible, en algunos casos, su coincidencia con las fuentes de prueba. Los órganos de prueba conocen los hechos delictivos, sea de manera accidental —como es el caso de los testigos presenciales— o por encargo de la autoridad —como sucede con los peritos o los intérpretes—. Las partes (fiscal, defensor del imputado, actor civil) no pueden ser órganos de prueba, pues una de las características de estos últimos es la ausencia de interés en el proceso. El órgano de prueba experimenta dos momentos: a) la percepción, momento en el que aprecia el dato que va a ser objeto de prueba, y b) la aportación, cuando introduce la información que permitirá demostrar o corroborar alguna de las afirmaciones expuestas por las partes.

Hechas estas precisiones, confiamos en haber aclarado los conceptos relativos a elementos de prueba, medios de prueba, objeto de prueba, fuente de prueba, órganos de prueba y prueba propiamente dicha. Por ende, cerramos este punto precisando las características de la prueba en el proceso penal. La prueba se caracteriza por ser *histórica*, pues brinda el conocimiento de un hecho pasado que tiene relevancia jurídica, de aquello que modificó la realidad. La prueba es *sustancial*, toda vez que su objeto es determinar la existencia o inexistencia de un hecho relevante para la decisión judicial. La prueba es *racional*, ya que la responsabilidad del acusado por la comisión del hecho punible solo puede determinarse mediante el razonamiento judicial y este solo puede llegar a una conclusión con base en prueba suficiente. La prueba es *subjetiva*, pues es el resultado de un trabajo crítico y reflexivo del juez. La prueba es *veraz*, pues tiene por finalidad demostrar algo, generar certeza al juez respecto al objeto de prueba. La prueba es *constitucional*, por ello está prohibida la obtención, recepción y valoración de la prueba a través de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o que transgredan el orden jurídico. La prueba es *útil*, pues contribuye a conocer lo que es objeto de prueba y a generar certeza en el juzgador. La prueba es *pertinente*, por cuanto guarda relación directa con el objeto del proceso. La prueba es *conducente* porque resulta idónea para acreditar, demostrar o verificar determinado hecho. La prueba *precluye*, pues durante el proceso existen etapas y oportunidades específicas en las que puede recabarse, ofrecerse, admitirse, actuarse y valorarse. Por último, la prueba es *común*, las partes del proceso pueden servirse de los medios probatorios incorporados al proceso (principio de adquisición o comunidad de la prueba).

III. LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Lo expuesto hasta ahora nos ha permitido identificar premisas básicas como las siguientes: 1) que la actividad probatoria se rige por los principios de presunción de inocencia, no autoincriminación, legalidad, libertad probatoria, comunidad de la prueba, así como por los

principios del juicio oral, vale decir, los de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad; 2) que la prueba es la verificación, a través de la actuación de los medios de prueba incorporados en la etapa intermedia, de las versiones de las partes acerca de los hechos; 3) que el derecho a la prueba deriva del derecho al debido proceso, es de carácter complejo y encuentra sus límites en los derechos fundamentales del ciudadano; 4) que la carga de la prueba penal le corresponde al Ministerio Público, lo cual no impide que la defensa o el agraviado participen en las indagaciones solicitando actos de investigación para recabar elementos de descargo u ofreciendo sus propios medios probatorios; 5) que la prueba es exclusiva del juicio oral, a excepción de aquellas que resulten irreproducibles en dicha etapa procesal, como la prueba preconstituida y la prueba anticipada; 6) que son las partes las que actúan la prueba y solo de modo excepcional, cuando fuese necesario y sin que ello implique subrogar los roles de aquellas, el juez de conocimiento podrá solicitar la actuación de prueba de oficio; y 7) que el juez de conocimiento no podrá valorar los elementos de prueba que hubieran sido obtenidos vulnerando derechos fundamentales.

Cuando hablamos de actividad probatoria, nos referimos —resumidamente— a las diversas actuaciones que desarrollan los sujetos procesales y que están orientadas a recabar, ofrecer, admitir o rechazar, actuar y valorar las pruebas a fin de determinar o desvirtuar la existencia de responsabilidad penal y que, según la fase o etapa del proceso penal, deben realizarse de acuerdo a los procedimientos y exigencias impuestos por la ley. Como ya hemos analizado, el nuevo CPP establece un proceso común, estructurado en etapa de investigación preparatoria, etapa intermedia y etapa de juzgamiento, durante el cual se lleva a cabo la actividad probatoria, en cuya virtud, por el grado de probabilidad o suposición de la acusación fiscal resultante de los elementos de convicción recabados durante la investigación preparatoria, se pasa de la posibilidad o duda propia de la noticia de la presunta comisión de un hecho delictivo a la generación de certeza o convicción en el juzgador.

LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL NUEVO CPP

Recolección		Ofrecimiento admisión	Actuación valoración	Ídem
Diligencias Preliminares	Investigación preparatoria formalizada	Etapas intermedia	Etapas de juzgamiento	Segunda instancia
Sospecha simple Art. 329° CPP Disposición fiscal que abre diligen- cias preliminares	Sospecha reve- ladora Art. 336° CPP Disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria	Sospecha sufi- ciente Art. 344° .2.d) CPP Requerimiento acusatorio	Prueba suficiente Art. 398° CPP Sentencia con- denatoria	Prueba suficiente Art. 422° y ss CPP Ratificación de sentencia conde- natoria
POSIBILIDAD	POSIBILIDAD		CERTEZA	

Fuente: cuadro creado por el autor

En este punto conviene hacer referencia a la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017, que establece:

[El estándar o grado de convicción], conforme al principio de progresividad en el desarrollo de la acción penal durante el procedimiento penal, atraviesa varias fases y en cada una de ellas las exigencias son mayores —unificados bajo el concepto muy difuso de “prueba semiplena”— hasta exigir el grado de convicción pleno del órgano jurisdiccional, más allá de toda duda razonable, cuando se trata de pronunciar una sentencia condenatoria [Conforme: AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ, Martín *et. al.*, *Derecho procesal penal*, Pamplona: Civitas, 2006, p. 452]. Seguridad, certeza y “verdad” existen recién al final del juicio oral cuando el juez arribó a un conocimiento sobre el curso de los acontecimientos; mientras tanto, todas las decisiones hasta la sentencia son adoptadas o fundadas con base en la sospecha [VOLK, Klaus, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2016, pp. 78 y 79]²⁷.

27 I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433*, Lima: 11 de octubre del 2017, f. j. n.º 23.

1. Fase de recolección

1.1. El contexto: la investigación del delito

La recolección de elementos de prueba o —como los denomina el nuevo CPP— elementos de convicción, tanto de cargo como de descargo, se desarrolla en la etapa de investigación preparatoria, esto es, desde el inicio de las diligencias preliminares —a través de la realización de actos urgentes e inaplazables— hasta antes de la conclusión de la investigación preparatoria formalizada.

Los elementos de convicción se recaban en la investigación oficial mediante los actos funcionales desplegados por la Fiscalía o, por encargo de esta o ante situaciones de urgencia, por la Policía. El nuevo CPP regula las diversas actuaciones y diligencias a cargo de la autoridad de investigación, precisando requisitos, presupuestos, formalidades y procedimientos que permiten garantizar los derechos fundamentales.

Asimismo, la recolección de los elementos de convicción durante la investigación no excluye la legitimidad de la defensa del imputado o del agraviado para ofrecer elementos de descargo a incorporarse a la carpeta fiscal o para solicitar a la Fiscalía la realización de actos de investigación tendientes a obtener elementos de convicción de descargo.

La recolección de elementos de prueba importa, entonces, de un lado, la legitimidad del representante del Ministerio Público para, guiado por el principio de objetividad, disponer y/o realizar, directamente o a través de la Policía u otras instituciones de apoyo, actos de investigación orientados a conseguir elementos de convicción de cargo y de descargo; y, de otro lado, la posibilidad de los demás intervinientes en la investigación (defensor del imputado o del agraviado) de ingresar sus propios elementos de prueba y/o de pedir al fiscal la obtención de elementos a través de diligencias oficiales.

1.2. El principio de legalidad de la prueba y la regla de exclusión de la prueba ilícita

En nuestro ordenamiento jurídico opera, como precepto general, una regla de exclusión de la prueba ilícita. Entiéndase, en un primer momento, que la ilicitud de la prueba se da cuando el elemento probatorio es obtenido a través de un acto funcional de la Policía o la Fiscalía que infringe el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, como podría ser la orden del fiscal que dispone que el denunciante grabe al denunciado en el domicilio privado de este, obviando la autorización judicial que exige la ley.

La fase de recolección de los elementos de convicción, por tanto, parte de un límite. Solo se podrán utilizar, para fines de la investigación y del proceso judicial, aquellos elementos probatorios que hubiesen sido conseguidos, obtenidos o recabados siguiendo los procedimientos legales. Están prohibidos todos los que se hubieran obtenido con afectación de derechos fundamentales. La necesidad de proteger al ciudadano de actos funcionales ilegales durante la investigación atiende a la garantía del debido proceso y, en específico, al principio de presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho a la prueba.

La base legal para defender esta posición la encontramos en el art. 139 de la Const. Pol., que reconoce derechos procesales y límites a los poderes públicos. Como ya hemos desarrollado líneas atrás, la Constitución ha incorporado garantías genéricas y una relación de garantías específicas que definen la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes. Tales garantías procesales genéricas contenidas en la Constitución son el debido proceso (art. 139.3), el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139.3), el derecho a la presunción de inocencia (art. 2.24.e) y el derecho de defensa (art. 139.14). El Estado, a través de sus agentes, entre ellos la Policía, la Fiscalía y el Poder Judicial, tiene un deber de protección de los derechos fundamentales, en atención a la propia Constitución y a los compromisos internacionales suscritos.

En ese sentido, el art. VIII del título preliminar del nuevo CPP prevé el principio de legitimidad de la prueba:

1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Asimismo, el art. 159 del citado código establece:

El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

En el ámbito jurisprudencial, hace aproximadamente once años, el 10 de noviembre del 2010, los jueces integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia aprobaron el AP N.º 4-2010, donde se estableció que “los actos de investigación realizados por el fiscal gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito”. Esto “no implica que sean inatacables o incuestionables, en la medida que deben sujetarse a la ley y al principio de objetividad”. En tal sentido, los actos de investigación pueden “quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales recogidos en el art. 71 del nuevo CPP”²⁸. El mejor ejemplo de tal situación es el caso de una detención en la que la autoridad policial omite informar al imputado los derechos fundamentales que le asisten, en cuyo caso se habilita acudir en vía de tutela de derechos ante el juez de investigación preparatoria.

28 VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.º 16.

El mecanismo residual de la tutela de derechos permite cuestionar los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciados, a fin de que el juez de investigación preparatoria los excluya. Los presupuestos para solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente es que este sea la base de sucesivas medidas o diligencias, siempre que no exista una vía propia para alcanzar dicho propósito y exista una vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el art. 71 del nuevo CPP²⁹.

Al respecto, la Cas. N.º 319-2019 Apurímac, de 29 de noviembre del 2019, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en su f. j. n.º 5 estableció:

La inutilización probatoria, como consecuencia de ilicitud de la prueba —es lo que se denomina inutilización fisiológica, relativa o impropia— que se centra en medios de investigación, se puede plantear en sede de investigación preparatoria en vía de tutela de derechos. La prueba ilícita es aquella que se obtiene o que se actúa o ejecuta (i) con inobservancia, directa o indirecta, del contenido esencial de los derechos fundamentales, (ii) con infracción de otros preceptos constitucionales, o (iii) con vulneración grave de preceptos ordinarios de garantía sobre la prueba, siempre y cuando se afecten indebidamente las garantías del debido proceso y la igualdad de armas desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

La prueba ilícita es “aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que [...] deviene [en] procesalmente inefectiva e inutilizable”³⁰.

Lamentablemente, nuestra doctrina y jurisprudencia no es uniforme en relación con la prueba ilícita o prueba prohibida, pues en determinados casos, alegando razones de justicia, verdad y no impunidad, se ha encontrado una serie de excepciones a la regla general

29 VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.º 17.

30 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2053-2003-HC/TC*, Lima: 15 de septiembre del 2003.

de exclusión de la prueba ilícita a fin de permitir la incorporación y utilización de elementos probatorios cuestionados al proceso. Surgen así las teorías de la fuente independiente, del descubrimiento inevitable, de buena fe y de proporcionalidad. Por tanto, este debate no se encuentra cerrado, la discusión se halla latente y es nada pacífica en el ámbito académico y profesional.

1.3. El derecho de ofrecer elementos de descargo y/o de solicitar actos de investigación para conseguir elementos de descargo

Otro aspecto que destacar en la fase de recolección de elementos de convicción es el referido al derecho del imputado a ofrecer información de descargo para que sea incorporada a la carpeta fiscal y/o a solicitar al fiscal que realice determinados actos de investigación con la finalidad de recabar elementos de convicción de descargo. Ello como materialización del derecho de defensa y del derecho a la prueba y como exigencia del principio de objetividad que rige la labor fiscal.

En ese sentido, téngase presente que el art. iv del título preliminar del nuevo CPP establece: “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado”. Asimismo, el art. 61 del citado código establece como obligación que el fiscal adecúe sus actos a un criterio objetivo. Dicho artículo también precisa que es su atribución conducir la investigación preparatoria y, en ese contexto, indagar “no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado”. Por último, el art. 321 del nuevo CPP señala: “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 [...]”.

En atención a estas garantías, el art. 337.4 del nuevo CPP establece que, “durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que

consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos” y que el fiscal ordenará que se efectúen “aquellas que estimare conducentes”. Entiéndase, de acuerdo al desarrollo de los derechos de defensa y a la prueba, que este dispositivo legal no solo está referido a la realización de actos de investigación orientados a recabar elementos de convicción de cargo y/o de descargo, sino también a la incorporación de elementos de convicción ofrecidos por las partes procesales.

En la jurisprudencia, cabe citar la Cas. N.º 281-2011 Moquegua, cuyo f. j. n.º 3.1 señala:

[E]l Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que el derecho de defensa tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. En ambos casos se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive, como ya se dijo, en la etapa preliminar [...]. El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa; no obstante, no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Exp. N.º 0582-2006-PA/TC; Exp. N.º 5175-2007-HC/TC, entre otros). A partir del entendimiento genérico de la “defensa” como la acción de ampararse o protegerse, debemos precisar que la mencionada en la norma se refiere a la que resulta de un ataque, sindicación o imputación en cualquier actuación o trámite de carácter judicial o administrativo, vale decir, en los procesos que se siguen ante los jueces, o en los procedimientos que se adelantan ante las autoridades administrativas de cualquier

orden, y que consiste en la posibilidad de analizar, desentrañar, controvertir y refutar técnica, jurídica y probatoriamente las acusaciones recibidas en estos materias, derecho que, como puede verse, conlleva implícitamente los derechos a la libertad, a la seguridad y, obviamente, el de petición³¹.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 010-2002-AI/TC Lima establece que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, por cuanto se trata de un “contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el art. 139, inc. 3, de la Constitución”³². En este sentido, en el Exp. N.º 4831-2005-PHC/TC Arequipa —cuya argumentación repite la Cas. N.º 281-2011 Moquegua— el TC ha señalado que “una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos”³³.

Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba “también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales —límites extrínsecos— como de la propia naturaleza del derecho en cuestión —límites intrínsecos—”. El reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por ello, normalmente aparece bajo la fórmula: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Este es el enunciado utilizado en el art. 2.24.e de la Const. Pol., que reproduce lo estipulado por el art. xxvi de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, en cierta forma, lo prescrito en los

31 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez VILLA STEIN), *Casación N.º 281-2011 Moquegua*, Lima: 16 de agosto del 2012, f. j. n.º 3.1. Recuperado de <<https://bit.ly/3ibfG37>>.

32 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 010-2002-AI/TC Lima*, Lima: 3 de enero del 2003, f. j. n.º 148.

33 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC Arequipa*, Lima: 8 de agosto del 2005, f. j. n.º 4.

arts. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

En el Exp. N.º 06712-2005/HC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la prueba es un derecho complejo que contiene otros derechos:

[El derecho a la prueba] se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado³⁴.

Comentando esta sentencia, el Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC —cuya argumentación sigue la Cas. N.º 281-2011 Moquegua— indica:

34 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC Lima*, Lima: 17 de octubre del 2005, f. j. n.º 15.

Como puede verse, de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia del juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.

Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso.

En atención a lo expuesto, resulta imperante que el fiscal incorpore a los actuados de la carpeta fiscal, en tanto sea pertinente y útil, todo elemento de convicción —de cargo o de descargo— obtenido durante la investigación, a fin de garantizar el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a la prueba, la presunción de inocencia y la tutela jurisdiccional efectiva. Todo ello en aras del debido esclarecimiento de los hechos, bajo el principio de objetividad, que rige la labor del director de la investigación, ajena a decisiones arbitrarias, prejuicios, presunciones y animadversiones personales.

1.4. La prueba preconstituida y la prueba anticipada

Para SAN MARTÍN CASTRO, las pruebas preconstituidas son “diligencias objetivas y de resultado incontestable cumplidas con las formalidades constitucionales y procesales correspondientes, tal como inspecciones oculares, allanamientos, registros, secuestros o incautación y aprehensión”³⁵. Por su parte, SÁNCHEZ VELARDE define esta clase de prueba como “aquella que preexiste al proceso penal, que es anterior a la actividad prejurisdiccional, pero de suma utilidad para alcanzar

35 SAN MARTÍN, César, *Derecho procesal penal*, t. I, Lima: Grijley, 2005, p. 458.

al juzgador elementos probatorios sobre el *thema probandum* y que se actúan directamente en el juicio oral, bajo principios fundamentales”³⁶.

El art. 325 del nuevo CPP señala:

Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este código.

Por tanto, entendemos que la prueba preconstituida se desarrolla por razones de urgencia durante las diligencias preliminares de investigación y se caracteriza por ser de naturaleza irrepetible, esto es, que sustancialmente resulta irreproducible en el juicio oral. En sí, la denominada prueba preconstituida no es más que un acto de investigación que se lleva a cabo de manera unilateral por la autoridad policial o fiscal, sin presencia judicial y que no importa el contradictorio ni los demás principios propios de la prueba; no obstante, en atención a la peculiar característica de su imposible reproducción posterior en el juzgamiento, es empleada como medio probatorio, lo que no implica que no pueda rebatirse o cuestionarse su validez formal o la verosimilitud de su contenido.

Por su parte, definimos a la prueba anticipada como aquella que no puede esperar a ser actuada en el juicio oral y, a modo de excepción, debe ser practicada en la investigación preparatoria formalizada o en la etapa intermedia, ya que razones de urgencia y peligro hacen necesaria su inmediata práctica, a fin de evitar que la información que se pueda extraer de los testigos, peritos, careos, reconstrucciones, inspecciones o reconocimientos pueda verse afectada por el transcurso del tiempo o por un inminente peligro de desaparición. El art. 242 del nuevo CPP señala que puede actuarse la prueba anticipada, a pedido del fiscal o

36 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Idemsa, 2004, p. 662.

de los demás sujetos procesales, desde el inicio de la investigación preparatoria y hasta antes del juicio oral. Dicha solicitud se presenta ante el juez de la investigación preparatoria y procederá, entre otros, en los siguientes supuestos: a) cuando se requiera, con carácter de urgencia, examinar al testigo o perito, o realizar el careo entre las personas que han declarado, ante la existencia de un motivo fundado para considerar que no podrá cumplirse con ello en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento o porque los mencionados sujetos han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente; y b) cuando sea necesario llevar a cabo reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones que por su naturaleza y características sean considerados actos definitivos e irreproducibles y no pueda postergarse su realización hasta el juicio.

Culminada la investigación, sea porque se logró el objetivo de la investigación o por vencimiento del plazo, el fiscal —basado en los elementos de convicción que hubiera recabado— emitirá una disposición que la dé por concluida y, en el plazo previsto por la ley, decidirá si formula requerimiento acusatorio o si solicita el sobreseimiento de la causa. De ese modo, pasamos a la etapa intermedia, donde las partes ofrecerán sus respectivos medios probatorios y, previo debate, el juez decidirá sobre su admisibilidad.

2. Fase de ofrecimiento y admisión

Una vez recolectados o conseguidos los elementos de convicción, corresponde al fiscal, al defensor y al actor civil ofrecerlos al juez de la investigación preparatoria a través de los medios probatorios. Este ofrecimiento de los medios probatorios implica la manifestación de voluntad de las partes para introducir un determinado medio de prueba a fin de que sea actuado en la etapa de juzgamiento.

Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de “presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumen-

tos”, ello importa también el derecho de controvertir u oponerse al ofrecimiento de los medios probatorios realizado por la contraparte³⁷.

El art. 155.2 del nuevo CPP señala:

2. Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

El fiscal postulará sus medios probatorios al momento de formalizar su acusación, esto es, en la etapa intermedia. El art. 349.1.h del nuevo CPP prescribe —entre otros requisitos— que la acusación deberá de contener:

- h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

El trámite en la etapa intermedia establece que, una vez notificados con la acusación, los demás sujetos procesales podrán —entre otras acciones— ofrecer pruebas para el juicio. En este sentido, adjuntarán la lista de los testigos y peritos que deben ser convocados al debate. En dicha lista se indicará el nombre, profesión y domicilio de cada testigo o perito y los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Asimismo, los sujetos procesales presentarán los documentos que no fueron incorporados antes o señalarán el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.

Al ofrecer sus medios probatorios, las partes deben justificarlos ante el juez de la investigación preparatoria, a fin de demostrar su pertinencia, utilidad, conducencia y legalidad. Esto obedece a una

37 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007, ff. jj. n.ºs 8 y 21.

lógica necesidad: que el juez de juzgamiento no pierda el tiempo a causa de la actuación de pruebas impertinentes, inútiles, de imposible realización o ilícitas. Por ello es que el filtro de admisibilidad en la etapa intermedia es un momento previo y necesario para la actuación de la prueba en juicio oral. De otro lado, la justificación de la prueba permite el ejercicio de la contradicción, ya que se le da la posibilidad a la parte contraria de apreciar los fundamentos de la prueba que se ofrece y, de este modo, contradecirla.

La actuación de los medios probatorios por las partes está supeditada a que aquellos sean admitidos o no por el juez de la investigación preparatoria. Cada tipo de medio probatorio —por su naturaleza— cuenta con requisitos especiales de admisibilidad. Es decir, este punto no queda a la libre voluntad del juzgador, sino que es la misma ley la que establece las condiciones para la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos. Hablamos, pues, de reglas de exclusión previstas en el ordenamiento legal, como los casos en que el medio probatorio sea ilícito, sobreabundante o de imposible consecución, etc.

Este es el momento en que el juez toma conocimiento de la existencia de los medios de prueba y debe decidir su admisión o rechazo. Hay que tener claro que “el derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos”³⁸. Así pues, “las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos”³⁹.

La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere: que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para

38 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 6712-2005-HC/TC*, Lima: 17 de octubre del 2005.

39 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Lima: Grijley, 2003, p. 817.

el mejor conocimiento del caso; y que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. Esto importa que el juez realice un análisis formal y no de fondo del medio de prueba ofrecido.

2.1. Pertinencia del medio probatorio

La pertinencia significa que el medio probatorio ofrecido tiene relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios ofrecidos resultan pertinentes en tanto apuntan a acreditar hechos relevantes que son materia de debate o controversia. Por ejemplo, si en una acusación por la presunta comisión del delito de colusión (delito contra la administración pública) la Fiscalía ofrece como medio probatorio los correos electrónicos que el funcionario público y el empresario se enviaron para hacer coincidir los términos de referencia y así viabilizar el otorgamiento de la buena pro, sin duda este medio probatorio resulta pertinente para acreditar el objeto de prueba, que en este caso sería el acuerdo colusorio entre los acusados. Por el contrario, en el mismo caso, sería inadmisibles por impertinente el medio probatorio ofrecido por la defensa consistente en un diploma de reconocimiento como el “mejor funcionario del año” que le entregó una asociación civil al hoy acusado, pues no tiene relación alguna con el objeto de prueba.

2.2. Utilidad del medio probatorio

Un medio probatorio es útil cuando contribuirá o servirá para esclarecer la verdad de los hechos materia de proceso. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio a los fines del proceso. No resultan útiles aquellos que pretendan acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios o sobreabundantes. Por ejemplo, en el caso de un presunto cohecho pasivo será útil el medio probatorio consistente en la declaración de un testigo que presenció la reunión en donde el funcionario acusado solicitó una dádiva y que, además, reconocerá a los intervinientes en dicho encuentro, toda vez que claramente servirá para esclarecer el hecho imputado y, en su

caso, permitirá probarlo. Por el contrario, en ese mismo caso, será totalmente inútil el ofrecimiento de la resolución de nombramiento, el contrato o la credencial que acredita el cargo público del acusado, si este no ha cuestionado tal calidad ni ha negado que al momento de los hechos haya estado ejerciendo función pública, toda vez que se pretendería probar un hecho no controvertido. Por tanto, el medio probatorio sería inútil.

2.3. Conducencia del medio probatorio

Un medio probatorio resulta conducente o idóneo cuando su actuación permitirá obtener razonable y legítimamente el dato que se pretende acreditar. La conducencia o idoneidad del medio probatorio atiende a que este reúne en sí mismo las condiciones necesarias para arribar al resultado o al dato con el cual se espera verificar determinado hecho. Por ejemplo, para acreditar que un documento contiene una firma falsa, resulta conducente la pericia grafotécnica y no la sola versión del denunciante. Asimismo, para acreditar la existencia de un perjuicio patrimonial en un caso de colusión agravada, resulta idónea la pericia contable y no solo el dicho del procurador anticorrupción.

En suma, el juez decidirá la admisión o inadmisión de los medios de prueba mediante un auto, el cual es inimpugnable. No obstante, conforme señala el art. 155.4 del nuevo CPP, los autos que deciden sobre la admisión de la prueba pueden ser objeto de reexamen por el juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales. Al respecto, el art. 373.2 del Código Adjetivo establece que, de manera excepcional, las partes pueden reiterar el ofrecimiento de los medios de prueba que no fueron admitidos en la audiencia de control, con una especial argumentación de la parte solicitante, pedido que se correrá traslado a las demás partes. En ese sentido, en el juicio oral, el juez de conocimiento puede realizar un segundo control de admisibilidad de los medios probatorios.

Resueltas las cuestiones planteadas en la audiencia preliminar, el juez dictará el auto de enjuiciamiento. Dicha resolución no es recurrible y deberá indicar —entre varios datos—, bajo sanción de nulidad, los medios de prueba admitidos, los que no lo fueron y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias. Finalmente, ordenará remitir los actuados al juzgado que conocerá del juicio oral.

3. Fase de actuación

En la etapa de juzgamiento o juicio oral las partes practicarán o actuarán sus respectivos medios probatorios en presencia del juez de conocimiento o juez penal (unipersonal o colegiado). En el juicio oral, el juez dirige el debate probatorio, en el que la actuación de los medios probatorios admitidos se encuentra a cargo de las partes. Las pruebas actuadas son analizadas y valoradas por el juez a fin de justificar su decisión. Conforme al art. 157.3 del nuevo CPP, el juzgador no podrá utilizar, “aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos”. El nuevo CPP, a partir del art. 375, regula el orden y la modalidad del debate probatorio.

3.1. Respecto al examen del acusado

El art. 375 del nuevo CPP señala que el debate probatorio iniciará con el examen del acusado, continuará con la actuación de los medios de prueba admitidos y concluirá con la oralización de los medios probatorios. Si bien la norma procesal indica que el examen del acusado determina el inicio del debate probatorio, debemos precisar que la declaración en juicio del acusado no constituye un acto de prueba, pues es la materialización del derecho de defensa y del derecho a ser oído por el juzgador. Tanto así que es posible que en juicio opte por hacer uso de su derecho a guardar silencio, en cuyo caso se leerá la declaración brindada en la investigación. De modo que no es posible tratar al acusado como si fuera un testigo, a quien en un contraexamen

se le pueden formular preguntas sugeridas. Al respecto, el art. 376 del nuevo CPP establece que al acusado solo se le pueden hacer preguntas “directas, claras, pertinentes y útiles”. Quedan, por tanto, prohibidas las preguntas repetidas, capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas. Prohibición que incluye a los jueces, aunque en la práctica en algunos casos resulte difícil de asimilar.

3.2. Respetto al examen y contraexamen de testigos y peritos

El juez penal, escuchando a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse los medios de prueba admitidos. En este punto, en ejercicio de su poder de dirección de la audiencia, el juzgador puede escuchar a las partes respecto al orden en que prefieren que se convoque a los testigos ofrecidos, toda vez que ese es un factor importante para la estrategia adoptada por el fiscal o por la defensa.

El interrogatorio directo de los órganos de prueba corresponde al fiscal y a los abogados de las partes. En este punto se hace referencia como órganos de prueba a los testigos y a los peritos que fueron admitidos como medios probatorios. La labor de formular preguntas a un órgano de prueba está en manos de la parte que lo ofreció.

El juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío. Entiéndase que la intervención para formular preguntas de los jueces no debe suplir ni subrogar la actuación de las partes.

Respetto al examen, tanto de testigos como de peritos, el art. 378 del nuevo CPP indica:

1. El juez, después de identificar adecuadamente al testigo o perito, dispondrá que preste juramento o promesa de decir la verdad.

2. El examen de los testigos se sujeta —en lo pertinente— a las mismas reglas del interrogatorio del acusado. Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba (examen directo) y luego las restantes. Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni deberán ver, oír o ser informados de lo que ocurriere en la sala de audiencia. No se puede leer la declaración de un testigo interrogado antes de la audiencia cuando hace uso de su derecho a negar el testimonio en el juicio.
3. [...]
4. El juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes, en ese mismo acto, podrán solicitar la reposición de las decisiones de quien dirige el debate, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.
5. El examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario se ordenará la lectura del dictamen pericial. Luego se exhibirá y se les preguntará si corresponde al que han emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. A continuación, se les pedirá expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.
6. Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.
7. Los peritos podrán consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio. En caso sea necesario se realizará un debate pericial, para lo cual se ordenará la lectura de los dictámenes periciales o informes científicos o técnicos que se estimen convenientes.

8. Durante el contrainterrogatorio [o contraexamen], las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.
9. Los testigos y peritos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.
10. A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieran declarado en la audiencia.

Respecto a las situaciones especiales, los arts. 379, 380 y 381 del nuevo CPP señalan:

Artículo 379.- Inconurrencia del testigo o perito

1. Cuando el testigo o perito, oportunamente citado, no haya comparecido, el juez ordenará que sea conducido compulsivamente y ordenará a quien lo propuso colabore con la diligencia.
2. Si el testigo o perito no puede ser localizado para su conducción compulsiva, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba.

Artículo 380.- Examen especial del testigo o perito

1. El juez, de oficio o a solicitud de parte, puede ordenar que el acusado no esté presente en la audiencia durante un interrogatorio, si es de temer que otro procesado, un testigo o un perito no dirá la verdad en su presencia.
2. De igual manera se procederá si, en el interrogatorio de un menor de 16 años, es de temer un perjuicio relevante para él, o si, en el interrogatorio de otra persona como testigo o perito, en presencia del acusado, existe el peligro de un perjuicio grave para su integridad física o salud. Tan pronto como el acusado esté presente de nuevo, debe instruírsele sobre el contenido esencial de aquello que se ha dicho o discutido en su ausencia.

Artículo 381.- Audiencia especial para testigos y peritos

1. Los testigos y peritos que no puedan concurrir a la sala de audiencias por un impedimento justificado, serán examinados en el lugar donde se hallen por el juez.

2. Si se encuentran en lugar distinto al del juicio, el juez se trasladará hasta el mismo o empleará el sistema de vídeo conferencia, en el primer supuesto los defensores podrán representar a las partes.
3. En casos excepcionales, el juez comisionará a otro órgano jurisdiccional para la práctica de la prueba, pudiendo intervenir en la misma los abogados de las partes, el acta deberá reproducir íntegramente la prueba y, si se cuenta con los medios técnicos correspondientes, se reproducirá a través de video, filmación o audio.

3.3. Respetto a la introducción de la prueba material

Sobre la prueba material, el art. 382 del nuevo CPP establece que los instrumentos o efectos del delito y los objetos o vestigios incautados o recogidos que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes. La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella.

3.4. Respetto a la oralización de la prueba documental

El art. 383 del nuevo CPP señala sobre la oralización de la prueba documental lo siguiente:

1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:
 - a) Las actas conteniendo la prueba anticipada.
 - b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones.
 - c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad

de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.

- d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior.
 - e) Las actas levantadas por la policía, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este código o la ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.
2. No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de esta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor.
 3. La oralización incluye, además del pedido de lectura, el que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.

A su vez, el art. 384 del nuevo CPP indica:

1. La oralización tendrá lugar cuando, indistintamente, lo pida el fiscal o los defensores. La oralización se realizará por su orden, iniciándola el fiscal, continuándola el abogado del actor civil y del tercero civil, y culminando el abogado del acusado. Quien pida oralización indicará el folio o documentos y destacará oralmente el significado probatorio que considere útil.
2. Cuando los documentos o informes fueren muy voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra. De igual manera, se podrá prescindir de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenándose su lectura o reproducción parcial.
3. Los registros de imágenes, sonidos o en soporte informático podrán ser reproducidos en la audiencia, según su forma de reproducción habitual.

4. Una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra por breve término a las partes para que, si consideran necesario, expliquen, aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido.

3.5. Respecto a la prueba de oficio

El art. 385 del nuevo CPP establece sobre la prueba de oficio lo siguiente:

1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o esta resultara manifiestamente insuficiente, el juez penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo.
2. El juez penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El juez penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.
3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible.

4. Fase de valoración

La actuación probatoria será analizada y valorada por el juez penal. La valoración implica un proceso psicológico a través del cual el juzgador verifica el valor de la prueba tras su actuación. Esta es la conclusión de la actividad probatoria.

A decir de FERRER BELTRÁN, el ofrecimiento y la actuación de los medios probatorios carece de sentido si no se asegura el fin de la actividad probatoria a través de la valoración de estas. Por un lado, se exige que las pruebas sean tomadas en consideración para justificar

la decisión que se adopte. Por el otro, se exige que esta valoración sea racional⁴⁰. En ese sentido, TALAVERA ELGUERA indica:

Si bien una decisión [judicial] sobre los hechos no puede realizarse sin esa valoración conjunta, esta última no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Es más, solo después de valorar individualmente las pruebas podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas. Por ello, deberían ser consideradas como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración en el momento de la decisión⁴¹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado lo siguiente:

[U]no de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables (vid. STC 4831-2005-PHC/TC, f. j. 8)⁴².

La doctrina reconoce tres sistemas para la valoración de la prueba: pruebas legales, sana crítica y el de la libre convicción. De este último

40 FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 56.

41 TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*, Lima: Academia de la Magistratura, 2009, p. 29.

42 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC*, Lima: 5 de abril del 2007, f. j. 14.

se discute si es un sistema autónomo o si, por el contrario, se le debe identificar con el de la sana crítica.

4.1. El sistema de pruebas legales o tasadas

En el sistema de las pruebas legales, la ley indica, por anticipado, el valor o grado de eficacia que tiene cada medio probatorio. La ley ata o vincula el razonamiento del juez. El juez no tiene libertad de apreciación, sino que le deberá atribuir a determinada prueba el valor o eficacia que indica la ley. Este sistema también suele ser denominado prueba tasada o tarifada. El sistema de las pruebas legales generaba arbitrariedades.

4.2. El sistema de la sana crítica

En el sistema de la sana crítica o de la sana lógica, el juez tiene libertad para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas. No obstante, no se autoriza al juez a valorar arbitrariamente las pruebas, sino que, por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicta su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. A consecuencia de esto, se le exige al juzgador que funde sus sentencias y exprese las razones por las cuales concede o no eficacia probatoria a una prueba.

4.3. El sistema de libre convicción

En el sistema de la libre convicción se otorga absoluta libertad al juez. Este puede apreciar con entera libertad las pruebas e incluso apartarse de ellas. No se exige que exprese las razones por las cuales concede o no eficacia a una prueba. Así pues, el juez sentencia conforme a lo que le dicta su conciencia o íntima convicción. El sistema de la libre convicción le otorga al juzgador libertad absoluta y, por tanto, abre la alta posibilidad a decisiones arbitrarias.

Concluimos este punto citando el art. 158 del nuevo CPP:

1. En la valoración de la prueba, el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.
2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.
3. La prueba por indicios requiere:
 - a) Que el indicio esté probado;
 - b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;
 - c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

CAPÍTULO III

TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. LÓGICA JURÍDICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Lógica jurídica

La lógica se aplica a todo conocimiento y actividad humana: tanto en el quehacer cotidiano del hombre como en la solución de problemas usamos criterios lógicos, pues su objeto es el análisis formal de los razonamientos. Por ende, resulta evidente que también la utilizamos en el ámbito legal. Entonces, si aplicamos las reglas de la lógica al derecho, estaremos ante la lógica jurídica, cuyo objeto será el razonamiento jurídico.

Los principios lógicos sirven como normas directivas del pensamiento y determinan su estructura. Estos actúan como guías que debe seguir el trabajo de la mente para construir una tesis y/o alcanzar certeza. Dichos principios fundamentales son los siguientes:

- a) *El principio de identidad*: una cosa es idéntica a sí misma, de modo que no se puede afirmar nada de un objeto o concepto que no le pertenezca.
- b) *El principio de no contradicción*: una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Bajo la misma relación, si se afirma algo, no puede negarse al mismo tiempo.
- c) *El principio del tercio excluido*: significa que entre una proposición que afirma y otra que niega solo una es verdadera. No hay una tercera posibilidad.
- d) *El principio de razón suficiente*: todo conocer, existir, ser o modo de ser cuenta con una razón que basta para explicarlo.

El razonamiento jurídico está encaminado a solucionar problemas. Para PERELMAN, el razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia en el procedimiento judicial¹. Comprender los atributos especiales del razonamiento jurídico permite entender las formas de resolución de problemas. Estos problemas se presentan en conjunto: siempre implican otros, traen ocultos otros más y su falta de solución genera otros tantos. Lo que aparenta ser un problema aislado, en realidad constituye un complejo conjunto de dificultades entrelazadas. A menudo, el impulso inicial es dar con la respuesta más fácil y repentina, y dejar de lado la dificultad y el esfuerzo que conlleva la reflexión, análisis, crítica y búsqueda de solución, o sea, el razonar coherentemente. He ahí la utilidad y necesidad del razonamiento lógico como mecanismo de búsqueda de soluciones. Como ejemplo de ello, tenemos al debate, herramienta civilizada para la resolución de conflictos.

La elaboración de un razonamiento jurídico requiere de rigurosidad, minuciosidad, objetividad y, en esencia, del empleo de la lógica. No obstante, la aplicación de la lógica al ámbito jurídico no implica que el razonamiento jurídico se guíe por reglas matemáticas. El derecho es una ciencia social y no natural, por lo que sus reglas no son verticales o exactas al regular la voluble e impredecible conducta humana. La lógica jurídica dota de una serie de pautas, reglas y principios que orientarán la formación o elaboración del razonamiento jurídico. El derecho se sirve de la lógica para desarrollarse y alcanzar sus fines.

2. Argumentación jurídica

La argumentación jurídica se vincula a la tarea del profesional del derecho. Existe una relación entre la argumentación y el derecho, donde la primera resulta primordial para la dinámica jurídica y, a su vez, el ejercicio del derecho ha contribuido relevantemente en el desarrollo de la argumentación. Como asevera ATIENZA, la capacidad para idear y

1 PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1988, p. 201.

manejar argumentos con habilidad es lo que reconocemos en un buen jurista².

La labor de argumentar importa una expresión de razonamiento y solo se concreta o materializa con su exposición oral o escrita hacia determinado receptor. No existe otra metodología civilizada y racional para persuadir o convencer. Ese dato diferencia a la argumentación de la reflexión, ya que esta se inicia, se desarrolla y concluye en la mente del propio individuo; mientras que la argumentación debe ser exteriorizada y dirigida con el objetivo de afectar el nivel de conocimiento del receptor respecto a la tesis planteada.

Argumentar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se busca sostener o refutar, con el objetivo de persuadir o convencer al receptor del mensaje. La argumentación importa el desarrollo previo de un razonamiento: un proceso psicológico que comienza con el planteamiento de un problema y culmina con la sustentación o exposición de la posición que se asume. Un argumento es la exteriorización o expresión del razonamiento, objeto de estudio de la lógica, por tanto, la argumentación jurídica es la exteriorización de un razonamiento jurídico (objeto de estudio de la lógica jurídica).

Lo expuesto en el párrafo anterior es producto de una complicada labor de síntesis, toda vez que —como explica BOBBIO³— hablar de lógica jurídica requiere identificar si nos referimos a una lógica autónoma, a una lógica especial o a una *lógica aplicada*. Para LEIBNIZ, quien destaca que la *lógica deductiva* es trascendente para el derecho, no existe distinción entre el razonamiento jurídico y el razonamiento formal⁴. Frente a esta posición, están aquellos que —como PERELMAN⁵— sostienen que todo

2 ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p. 1.

3 BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, pp. 6-18.

4 BOBBIO, *Derecho y lógica*, ob. cit., pp. 8 y 9.

5 PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo,

razonamiento jurídico escapa a los esquemas de la lógica formal deductiva y que son razonamientos de otro tipo, no analizables por la lógica formal, sino por la *teoría de la argumentación* (argumentación retórica o persuasiva). Una tercera postura —en la que destaca ALEXY⁶— plantea, sin rechazar el papel de la lógica deductiva en el razonamiento jurídico, que la lógica deductiva es insuficiente en el derecho. Nuestra postura al respecto es que la lógica jurídica consiste en una *lógica aplicada*, esto es, aplicar las reglas de la lógica general al mundo jurídico.

FERNÁNDEZ RUIZ⁷, citando a PERELMAN, señala que, en el desarrollo histórico, alguna de estas posturas ha prevalecido por sobre otra. Así, se distinguen tres fases en la ideología judicial: i) una primera fase, antes de la Revolución francesa, en la que el razonamiento judicial puso acento sobre el carácter justo de la solución y concedía mínima importancia a la motivación; ii) después de la Revolución francesa, se colocó en primer plano la legalidad y la seguridad jurídica, se acentuó el aspecto sistemático del derecho y el aspecto deductivo del razonamiento judicial; y iii) decenas de años después, a modo de reacción, se confió al juez la misión de buscar, para cada litigio particular, una solución equitativa y razonable, dentro de los límites legales.

ALEXY propone que la argumentación jurídica es una forma especial de la argumentación práctica general. El referido filósofo y jurista alemán elaboró la teoría general del discurso práctico racional, con base en las posturas de HARE, TOULMIN, HABERMAS y PERELMAN, entre otros. Esta teoría abarca la argumentación y la fundamentación racional, así como una propuesta de un conjunto de reglas y formas de argumentos que podrían emplearse como un código de la razón práctica. Cabe precisar que no se tratan de axiomas de los que se puedan deducir

Madrid: Civitas, 1988, p. 20.

6 ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2.ª ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 23 y 24.

7 FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico*, 2.ª ed., Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, pp. 100 y 101.

determinados enunciados normativos, sino de un grupo de reglas y formas, con estatus lógico completamente diferente, cuya adopción debe ser suficiente para que el resultado fundamentado en la argumentación pueda plantear la pretensión de corrección⁸.

Entendemos que la argumentación jurídica consiste en exponer inferencias o razonamientos concatenados orientados a persuadir al destinatario del mensaje sobre la validez de una tesis. La concatenación importa la existencia de conexión interna entre las inferencias, de modo que la argumentación jurídica sea una unidad consistente, sistémica o coherente. No obstante, es posible que la argumentación jurídica cuente con una sola inferencia.

La consistencia del argumento se refleja en la ausencia de contradicciones entre las inferencias concatenadas, así como entre las inferencias y la conclusión. El objetivo de la argumentación no consiste simplemente en transmitir una información, sino, esencialmente, en persuadir o convencer al receptor del argumento de que la tesis planteada y sustentada es correcta o verdadera.

3. El método de Toulmin, el discurso jurídico y la retórica

3.1 El método de Toulmin

Resulta sumamente útil revisar rápidamente el conocido método de TOULMIN⁹, que apareció en 1958 como un modelo de estructura del argumento, desde el punto de vista lógico. El británico Stephen TOULMIN afirmó que las argumentaciones cotidianas no siguen el clásico modelo riguroso del silogismo, pues la argumentación lógica importa la exposición de una tesis y de las razones lógicas que conllevan a una conclusión que la confirma. Este esquema ofrece una visión global de todos los factores que intervienen (o debieran intervenir) en el razonamiento:

8 ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 36.

9 Vid. TOULMIN, Stephen, *The uses of argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

la conclusión, los datos, las garantías, los respaldos, la modalización y las refutaciones¹⁰.

La conclusión o pretensión está conformada por la idea principal que se deriva de hechos, reglas y pruebas materiales. Es la consecuencia lógica de los fundamentos. Los datos son los fundamentos de hecho, la narración de las circunstancias fácticas que sustentan la conclusión. Las garantías están conformadas por una serie de principios, reglas generales y axiomas, en suma, pautas de conocimiento general que sirven de sustento abstracto de la conclusión. Los respaldos son los sustentos materiales de nuestros fundamentos (datos y garantías) y sirven para demostrar la validez y certeza de las premisas. Por tanto, están conformados por los datos objetivos probatorios que corroborarán la conclusión. La modalización o los cualificadores modales consisten en la graduación de la fortaleza del argumento y el nivel de conocimiento que genera (posibilidad, probabilidad o certeza). Por último, las condiciones de refutación requieren de la anticipación a las posibles contradicciones que caben al argumento propuesto.

Entonces, queda claro que a través de la actividad argumentativa se pretende convencer al destinatario del mensaje acerca de la corrección de la tesis expuesta y así superar la posición adversa a través del debate. Durante el desenvolvimiento de esta herramienta, no se expresan ni escuchan argumentos unilaterales, provenientes desde una sola dirección, sino que el debate se desarrolla en un contexto de contradicción, adversarial, de confrontación, de ataque y defensa. Esto es, en absoluto, una labor nada sencilla. La sola tarea de que el receptor atienda y capte nuestro argumento es difícil, más aún lograr el objetivo de convencerlo bajo la presión del adversario, quien en todo momento (al igual que nosotros) buscará refutar, desbaratar, destruir y/o desacreditar la argumentación contraria.

10 SALAS BETETA, Christian, *Trascendencia de las técnicas de litigación oral en el proceso penal*, Lima: Ediciones Jurídicas, 2010, pp. 82-84.

A efectos de dificultar la labor argumentativa del contrario, primero debemos de preocuparnos por elaborar un argumento propio lo más sólido posible. En el mundo del derecho no existe el argumento categórico o totalmente irrefutable. Todo argumento es susceptible de contradicción. Entonces, el asunto es procurar cubrir todos los puntos débiles de nuestra sustentación. Previamente, pues, debemos de ver si nuestra conclusión es posible, probable o cierta.

En ese sentido, la teoría del conocimiento nos dice que este puede transcurrir por tres niveles: i) la *posibilidad*, que es la incapacidad de afirmar o negar algo con convicción o certeza, pues, al ser todo posible, nos ubica en la duda absoluta; ii) la *probabilidad*, que implica que se puede afirmar algo bajo determinado sustento, pero este es insuficiente para rechazar lo contrario; y iii) la *certeza*, como la capacidad de afirmar o negar algo con seguridad, basada en determinados sustentos razonables. La elaboración del argumento debe tener un momento de autoanálisis o autocrítica, en el que determinemos objetivamente qué nivel de conocimiento puede alcanzar nuestro argumento.

La seguridad de la fortaleza del argumento depende de las posibles contradicciones a las que pudiera haber lugar respecto a su contenido. La búsqueda de las contradicciones que pueda formular el adversario —excepciones o reglas especiales— importa la anticipación de las refutaciones y, por tanto, el trabajo previo de identificación de debilidades, vacíos, inconsistencias o insuficiencia en el argumento. Esta es la última etapa de la elaboración del argumento, en la que se busca blindar la sustentación con el adelantamiento a las posibles observaciones o contradicciones en su contra. Como consecuencia de esta previsión, el argumento se refuerza, se elabora la respuesta defensiva, se mejora la estrategia de presentación o, simplemente, se descarta. Todo argumento es debatible, refutable y cuestionable, sobre todo en el mundo del derecho, donde nada es absoluto. Toda posición es sustentable dependiendo de sus fundamentos y eficacia de su exposición.

3.2 El discurso jurídico

Otro tema básico en materia de argumentación es el del discurso jurídico, el cual aparece como un caso especial del discurso práctico general. El discurso o debate jurídico puede mostrarse de varias maneras: algunas veces de modo institucionalizado (como el de los tribunales de justicia), en otras ocasiones no sucede así (como en una discusión de estudiantes). Unos debates tienen como resultado decisiones vinculantes, mientras que otros carecen de tal elemento. Sin embargo, en todos estos supuestos se argumenta con arreglo a derecho y esto implica la vinculación de la argumentación, al tratar de determinar el derecho vigente. A ello hay que añadir otro carácter básico de la argumentación jurídica: la existencia de ciertas limitaciones. De este modo, tenemos que el discurso jurídico aborda cuestiones prácticas, discute cuestiones desde el punto de vista de la pretensión de corrección y cuenta con limitaciones características que no se dan en el caso del discurso general.

El discurso judicial tiene un objetivo general y varios objetivos específicos, que, al ser concretados, permiten construir lógicamente el discurso. El objetivo general es persuadir, convencer. Persuadir significa ganar la adhesión a la tesis que se plantea, es decir, es lo que se desea que el receptor del mensaje crea o decida. Resulta fundamental analizar al receptor, por cuanto esto permite determinar los objetivos, desarrollar las estrategias, seleccionar el material de apoyo y el pronunciamiento del discurso. Los objetivos específicos versan sobre lo que de manera concreta se desea que el receptor del mensaje comprenda, haga o decida. En los discursos persuasivos cada una de las partes plantea una hipótesis de solución al problema debatido que permite perfilar el discurso.

Al respecto, ALEXI indica lo siguiente:

En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación interna (*internal justification*) y la justificación externa (*external justification*). En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente

de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas¹¹.

Efectivamente, los argumentos son racionales en la medida que están justificados apropiadamente. El argumento será racional y estará debidamente sustentado siempre que cuente con justificación interna y externa. En este sentido, ATIENZA señala que la justificación interna trata de verificar la lógica de la decisión, esto es, determinar si la decisión se ha adoptado con el seguimiento de las premisas elegidas como fundamentación. Esta justificación descansa sobre el principio de universalidad que, a su vez, sirve de sustento al de justicia formal. Ello significa que toda fundamentación ha de ampararse en una norma universal, como mínimo. Pero también debemos acudir a otras proposiciones (normas interpretativas, aclarativas, limitadoras, extensivas, etc.) en los casos de mayor complejidad.

Por su lado, la justificación externa tiene como objeto el examen de la corrección de las premisas empleadas en la justificación interna, premisas que se clasifican en reglas de derecho, enunciados empíricos y premisas que no son ni lo uno ni lo otro. Asimismo, su fundamentación es diferente dado que las reglas de derecho han de respetar los valores y los principios del ordenamiento jurídico; los enunciados empíricos se extraen de los propios métodos empíricos, de las máximas de la razón o de otra serie de reglas; y, finalmente, la categoría restante puede emplear las reglas de la argumentación jurídica, las cuales se agrupan en ley, dogmática, precedente, razón, *empirie* y formas especiales de argumentación¹².

ATIENZA formula la distinción entre la justificación interna y la externa, al indicar que la primera se refiere a que la conclusión ha sido inferida apropiadamente de las premisas, es decir, que se sigue lógi-

11 ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima: Palestra, 2007, p. 306.

12 ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, "Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 1, México: 1994, p. 51 y ss.

camente de las premisas que le sirven de sustento. En contraposición, la justificación externa se refiere a la corrección de las premisas. Para que una conclusión o decisión jurídica esté suficientemente justificada debe estar justificada interna y externamente.¹³ La trascendencia del tema radica en que a partir de su entendimiento es posible atacar el argumento contrario o prevenir los ataques o contradicciones contra el argumento propio.

En suma, la teoría de la argumentación dio lugar a las exigencias constitucionales de la justificación judicial interna y de la justificación judicial externa. Esto permitió construir, desde el órgano jurisdiccional, decisiones fundamentadas o motivadas que permitieran a los justiciables verificar si la expresión de razones que daba el juez eran correctas o incorrectas. Así, se habilitó el ejercicio adecuado y eficaz del derecho de defensa y del derecho a impugnar, en aras de obtener una resolución conforme a la ley, a los hechos y a las pruebas válidas. La trascendencia de los postulados de la teoría de la argumentación debe ser tomada siempre en concordancia con nuestra realidad, con los cambios sociales que repercuten en la dinámica del proceso penal. Actualmente, este proceso atraviesa por una reforma tendiente al sistema acusatorio y que evidencia la exigencia de una argumentación jurídica con sustentación oral precisa, clara y sólida, sometida al contradictorio a cargo de las partes, así como de la capacidad y competencia del juez para resolver en la misma audiencia tras el desarrollo del debate. Atrás debe quedar la argumentación gaseosa, ambigua o que empantana y oscurece la precisión de los aspectos controvertidos, así como las resoluciones elaboradas a puerta cerrada del despacho judicial con prescindencia de lo debatido y acreditado o desvirtuado en la audiencia.

3.3 La retórica

La retórica consiste en el arte de hablar persuasivamente. Su estudio permite adquirir técnicas para que quien las domine se haga

13 ATIENZA RODRÍGUEZ, "Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas", art. cit., p. 51 y ss.

escuchar y pueda afectar o influenciar sobre los receptores del mensaje. Empleando la retórica, el orador no solo se encuentra en la posibilidad de hablar correctamente, haciéndolo de forma coherente y pertinente, sino también de captar la atención del receptor a fin de convencerlo. Es imposible convencer a quien no presta atención¹⁴.

En la línea de explicación del argumento, cabe precisar que no se convence “hablando bien”, el objetivo de convencimiento se alcanza, esencialmente, en atención al contenido del argumento (conclusión, datos, garantías y respaldos), no obstante, no puede soslayarse la importancia del proceso de transmisión, sustentación o exposición. Es aquí donde ubicamos a la retórica. Por tanto, no es lo mismo argumentar que hablar correctamente.

La expresión del mensaje es el resultado de cinco operaciones:

- 1) La *invención*, consiste en idear o elaborar el pensamiento y, en esencia, en el esfuerzo por simplificar la idea primigenia, identificarla.
- 2) La *disposición*, que consiste en ordenar lo que se ha hallado. En esta fase se construye el razonamiento y se prepara la sustentación de la conclusión obtenida.
- 3) La *elocución*, que consiste en traducir la invención y la disposición a un formato verbal presentable. En esta fase, al ya contarse con un razonamiento elaborado, se le agrega un estilo determinado y figuras, como casuística, ejemplos, esquemas, metáforas, etc.
- 4) La *memoria*, que importa la capacidad para retener el mensaje para exponerlo ordenada y secuencialmente. Sin depender de la lectura, pues esto genera desconexión con el receptor.
- 5) La *acción*, que no es más que el proceso de exteriorización del mensaje.

14 SALAS BETETA, *Trascendencia de las técnicas de litigación oral en el proceso penal*, ob. cit., pp. 80-82.

II. TIPOLOGÍA DE ARGUMENTOS Y FALACIAS

1. Tipos de argumentos

Los argumentos *a simili*, *a fortiori* y *a contrario* son estimados como los principales en la argumentación jurídica. PERELMAN señala:

Gracias a los argumentos *a simili* y *a fortiori* el alcance de una decisión se extiende a otras, pero gracias al argumento *a contrario* ese mismo alcance se delimita de manera que excluya la aplicación de las reglas de justicia a los casos distinguidos o diferenciados¹⁵.

En sentido coincidente, BOBBIO desarrolla la tipología o forma de los argumentos¹⁶.

1.1 El argumento *a simili* o por analogía

Por el argumento *a simili* se debe dar un trato igual a los casos esencialmente parecidos. PERELMAN indica que, dada una proposición jurídica que afirma una obligación relativa a un sujeto o a una clase de sujetos, esta misma obligación existe respecto de cualquier otro sujeto o clase de sujetos que tenga con el primer sujeto o clase de sujetos una analogía suficiente. Así, la razón que determinó la regla relativa al primer sujeto (o clase de sujetos) será válida para el segundo sujeto (o clase de sujetos)¹⁷.

1.2 El argumento *a fortiori*

Conforme reseña FERNÁNDEZ RUIZ¹⁸, este esquema argumentativo se conocía en la antigua retórica como “tópico del más y el menos”. ARISTÓTELES —citado por la referida autora— lo define de la siguiente

15 PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, ob. cit., p. 19.

16 Vid. BOBBIO, *Derecho y lógica*, ob. cit., pp. 29 y ss.

17 PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, ob. cit., p. 79.

18 FERNÁNDEZ RUIZ, *Argumentación y lenguaje jurídico*, ob. cit., p. 113.

manera: “Si al que más conviene el predicado no lo posee, es evidente que no lo poseerá aquel al que conviene menos”. Y brinda como ejemplo: “Si ni los dioses lo saben todo, desde luego que menos los hombres”. Tal sería una de las formas del argumento *a fortiori*, la cual es llamada *a minori ad maius* y se aplica en el caso de predicados negativos, como el que acabamos de ver. La otra forma de este argumento es llamada *maiori ad minus*, aplicable en el caso de un predicado positivo y que se expresa en el tópico “quien puede lo más, puede lo menos”.

1.3 El argumento a contrario

También conocido como “argumento *a contrario sensu*”. Consiste en que, dada una determinada proposición jurídica, en la cual se predica una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto, se debe evitar extender esa calificación normativa a otros sujetos no mencionados expresa y literalmente en la proposición jurídica considerada. Es un argumento basado en la interpretación más estricta de la ley.

1.4 El argumento de la dirección

Este tipo de argumento no es tan ampliamente usado en textos jurídicos como los argumentos *a simili*, *a fortiori* y *a contrario*, pero resulta necesario para la labor de argumentación jurídica. El argumento de la dirección se encuentra entre los argumentos que se fundamentan en una asociación entre las opiniones o juicios comúnmente admitidos sobre la estructura de la realidad (por ejemplo, la relación de la sustancia y sus actos o el símbolo y aquello que simboliza, el fin y los medios, etc.) y otros juicios de los cuales se intenta persuadir.

Para comprender realmente el argumento de la dirección es conveniente considerar primero la relación existente entre un fin y los medios. En esta última, sucede que es posible dividir el recorrido hacia el fin en varias etapas. A veces será útil considerar solo algunas de estas etapas y no el recorrido en forma global, pues, “si el paso del punto A al C plantea dificultades, puede que no se encuentren inconvenientes en

pasar del punto A al B, de donde el punto C aparecerá en otra perspectiva; llamemos a esta técnica el procedimiento de las etapas”. En síntesis, “el argumento de dirección consiste, esencialmente, en la advertencia contra el uso del procedimiento de las etapas: si cede esta vez, usted deberá ceder un poco más la próxima vez, y sabe Dios dónde irá usted a parar”¹⁹.

1.5 El argumento psicológico o genético

El argumento psicológico, según PERELMAN, consiste en la investigación de la voluntad del legislador al recurrir a sus trabajos preparatorios. Entraña una investigación que permite precisar cuál fue la razón de la ley para reconstruir la intención del legislador y tener en cuenta el problema concreto que tenía que resolver. También se consideran los principios generales a que se refirió el legislador, las enmiendas introducidas en el proyecto primitivo, etcétera. Este argumento permite, más especialmente, refutar una interpretación de la ley que hubiera podido parecer plausible si no hubieran existido estas indicaciones²⁰.

1.6 El argumento teleológico

Este tipo de argumento “concierno al espíritu y a la finalidad de la ley, que no se reconstruye a partir del estudio concreto de los trabajos preparatorios, sino a partir de consideraciones sobre el texto mismo de la ley”²¹. Al respecto, FERNÁNDEZ RUIZ explica lo siguiente:

El argumento teleológico es muy similar al psicológico, solo que mientras este último, para descubrir la voluntad del legislador, recurre no tanto al texto mismo de la ley, como a los trabajos preparatorios, exposición de motivos, preámbulos, etcétera, el argumento teleoló-

19 *Ibid.*, pp. 81 y 82.

20 PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, ob. cit., p. 79.

21 *Ibid.*, p. 82.

gico, en cambio, para descubrir la finalidad de la ley analiza el texto mismo de esta²².

1.7 El argumento por reducción al absurdo

FERNÁNDEZ RUIZ propone que es una forma de prueba indirecta, ya que, a fin de cuentas, lo que muestra no es la corrección de la proposición que defiende, sino la incorrección que implica la negación de dicha proposición. En la lógica formal, esta forma de argumento debe mostrar que la negación de la proposición defendida lleva a una contradicción en sentido estricto (es decir, a la afirmación “X y no-X”). Sin embargo, en su uso extendido, este argumento puede cumplir su cometido sin necesidad de llegar estrictamente a una contradicción, basta con que muestre que la negación de la postura o creencia defendida implicaría incompatibilidades con alguna otra creencia que se tiene como segura o no se quiere abandonar, o, incluso, simplemente, que la negación de la postura defendida traería consecuencias indeseables o inconvenientes²³.

1.8 El argumento por el uso de precedentes o *ab exemplo*

Este tipo de argumento permite interpretar la ley conforme a los precedentes, esto es, conforme a decisiones anteriores. También se le ha llegado a denominar argumento de autoridad debida, precisamente porque los ejemplos de precedentes que se citan provienen de un órgano cuya autoridad en la materia no se discute, con lo cual se juzgan como correctamente decididos, simplemente por venir de quien vienen²⁴. ALEXY propone dos reglas generales para el uso del argumento del precedente: 1) “cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse” y 2) “quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”²⁵.

22 FERNÁNDEZ RUIZ, *Argumentación y lenguaje jurídico*, ob. cit., p. 118.

23 *Ibid.*, pp. 119 y 120.

24 *Ibid.*, pp. 121.

25 ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 265.

1.9 El argumento semántico

Para ALEXY, este argumento no consiste en determinar cómo deba usarse tal o cual término (pues tal decisión o determinación no puede justificarse simplemente por referencia a un uso existente), sino en especificar su uso. Así pues, los argumentos semánticos pueden usarse para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible, al menos semánticamente²⁶.

1.10 El argumento dogmático

ALEXY define la dogmática del derecho como una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero que no pueden identificarse con su descripción. Así, la dogmática y el derecho están en una relación de coherencia mutua, pues se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente y tiene contenido normativo²⁷. Asimismo, el referido autor señala como los principales tipos de enunciado de la dogmática jurídica: i) las definiciones de los genuinos conceptos jurídicos; ii) las definiciones de los otros conceptos que aparecen en las normas jurídicas; iii) los enunciados que expresan una norma no extraída de la ley; iv) las descripciones y caracterizaciones de estados de cosas a cuya producción, eliminación o conservación deben servir normas individuales o grupos de normas; y v) las formulaciones de principios, los cuales son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales²⁸.

El autor citado indica que, desde el punto de vista de la argumentación, hay ocasiones en que los enunciados dogmáticos se usan —junto con enunciados de otros tipos— para fundamentar otros enunciados, sin tener que ser ellos mismos (los dogmáticos) justificados. Por supuesto, tales casos solo pueden presentarse cuando los enunciados dogmáticos

26 *Ibid.*, p. 226.

27 *Ibid.*, p. 246.

28 *Ibid.*, p. 248.

en cuestión no son puestos en duda. En cambio, en otras ocasiones los enunciados dogmáticos se usan para justificar otros enunciados, que también son justificados por otros enunciados dogmáticos, y así sucesivamente hasta que en algún momento los enunciados dogmáticos se terminan y se hacen necesarios otros argumentos. Como los enunciados dogmáticos tienen contenido normativo, estos otros argumentos solo pueden ser argumentos prácticos de tipo general²⁹.

2. Tipos de falacias

Las falacias constituyen uno de los objetivos del estudio de la argumentación. En términos sencillos, una falacia es un argumento que parece correcto, pero que en realidad no lo es. Es un razonamiento que aparenta corrección, pero que, al ser analizado concienzudamente, no lo es. Generalmente, se emplean las falacias para designar cualquier idea o concepto errado³⁰.

En el ámbito legal existen diversos tipos de falacias, pero, por cuestiones de espacio, nos limitaremos a citar las más recurrentes en la praxis judicial. Las falacias formales son razonamientos inválidos que a menudo se aceptan por su semejanza con formas válidas de razonamiento o inferencia.

Por otro lado, las falacias no formales son aquellas en las que el error del razonamiento tiene que ver con el contenido de las premisas, las cuales no permiten arribar a la conclusión, independientemente de si las premisas son ciertas o no. Se incurre en una falacia no formal por falta de atención, ánimo de engaño, ambigüedad, entre otras razones. En ese sentido, enumeramos este tipo de falacias.

29 *Ibid.*, p. 251.

30 COPI, Irving y CARL COHEN, *Introducción a la lógica*, México: Limusa, 2000, p. 100 y ss. ROSALES PAPA, Diógenes, *Introducción a la lógica*, 3.ª ed., Lima: Amaru, 1994, p. 90 y ss. ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico, cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid: Tecnos, 1989.

2.1 Falacias de atinencia

Son aquellas falacias en las que las premisas carecen de atinencia lógica en el razonamiento, es decir, que no hay relación concluyente con respecto a sus premisas y la conclusión. Por ende, son incapaces de establecer verdad alguna.

2.2 *Argumentum ad baculum*

Falacia que aparece cuando se apela a la fuerza o se amenaza con ella para provocar la aceptación de una conclusión. Se recurre a esta falacia ante la ausencia o el agotamiento de sustentos fácticos, normativos y objetivos.

2.3 *Argumentum ad hominem*

Falacia dirigida contra el hombre. Esta falacia es ofensiva. Quien la emplea no cuestiona argumentos, ni diserta en contra de una idea o expresión, sino que ataca a la persona que la expone.

2.4 *Argumentum ad ignorantiam*

Esta falacia se comete cuando se sostiene que una proposición es verdadera simplemente sobre la base de que no se ha demostrado la falsedad de tal proposición.

2.5 *Argumentum ad misericordiam*

Falacia que se comete cuando se apela a la piedad para conseguir que se acepte el argumento.

2.6 *Argumentum ad populum*

Falacia cometida cuando se dirige un llamado emocional afín a determinado público, colectividad o masa de gente, con el objetivo de lograr su asentimiento.

2.7 *Argumentum ad verecundiam*

Falacia por la cual se logra el asentimiento (aprobación) de una conclusión desde el respeto que se guarda a una determinada persona por su condición de figura connotada, cargo, título, experiencia, etc. También es llamada “falacia de autoridad”.

2.8 Falacias de accidente

Consisten en aplicar una regla general a un caso particular (deducción), cuyas circunstancias accidentales lo hacen inaplicable a la ley.

III. MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

1. La argumentación de las decisiones judiciales

ATIENZA identifica tres contextos jurídicos en los que se argumenta: i) la producción o establecimiento de normas jurídicas; ii) la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos; y iii) la dogmática jurídica, que tiene la función de suministrar criterios para la producir, ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico³¹.

Como señala ALEXY³², en el decurso de los años se ha comprobado que en la práctica la pretensión de motivar las decisiones judiciales valiéndose solo del silogismo deductivo no es factible. La decisión jurídica, que pone fin a un litigio, no se sigue lógica y exclusivamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes conjuntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados. Para esto existen, al menos, cuatro razones: i) la vaguedad del lenguaje jurídico; ii) la posibilidad de conflictos de normas; iii) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, ya que no existe una

31 ATIENZA, *Las razones del derecho*, ob. cit., p. 3.

32 ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 23 y 24.

norma vigente para su resolución; y iv) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.

En el proceso judicial penal, la debida motivación de resoluciones judiciales se erige como una garantía de rango constitucional derivada del debido proceso, por el cual se obliga al órgano jurisdiccional a justificar sus decisiones —salvo las excepciones previstas en la ley—. Este derecho tiene el propósito de que los justiciables conozcan, entiendan y, de ser el caso, consientan o contradigan, a través del recurso impugnatorio pertinente, las razones de la decisión del juez. Es, pues, una garantía que permite el ejercicio del derecho de defensa y de impugnación, pero que en esencia encierra la obligación estatal de administrar justicia en armonía con los derechos fundamentales. En este mismo ámbito, el deber de debida motivación de decisiones se extiende al Ministerio Público, institución autónoma del Poder Judicial que en materia penal ejerce la función de persecución del delito. En virtud de este deber, el Ministerio Público ha de motivar debidamente el ejercicio de la acción penal, los requerimientos de actos de búsqueda de prueba, los pedidos de medidas coercitivas y demás actos que por su naturaleza puedan afectar derechos fundamentales del ciudadano sometido a la investigación. En ese plano, la garantía de motivación permitirá la oposición, contradicción o impugnación respectiva.

2. EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN LA LEGISLACIÓN

En este punto corresponde dar un vistazo a la normativa que prevé el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales en el proceso penal. Para ello partiremos de las garantías judiciales previstas en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, aprobada y ratificada por el Estado peruano.

Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.- Garantías judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

En coincidencia, la Constitución establece como principios y derechos de la función jurisdiccional a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (art. 139.3) y la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan (art. 139.5). Por ello, la debida motivación de resoluciones judiciales constituye un derecho de rango constitucional y, al mismo tiempo, una obligación asumida por el Estado frente a la comunidad internacional para garantizar —a través de sus agentes— la motivación de las sentencias.

El art. 12 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en los que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, a dichas alturas del desarrollo procesal, es claro que la sola reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida no constituye motivación suficiente.

En el ámbito penal, el nuevo CPP —elaborado bajo un diseño constitucional— contempla diversos dispositivos dirigidos a garantizar el deber de motivación de las resoluciones judiciales. Así, tenemos lo siguiente:

Art. II del título preliminar.- Presunción de inocencia

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme *debidamente motivada*. Para estos efectos se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales [...]. [La cursiva es nuestra].

Art. VI del título preliminar.- Legalidad de las medidas limitativas de derechos

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

Art. 202.- Legalidad procesal de los actos de búsqueda de prueba y restricción de derechos

Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

Art. 203.- Presupuestos de los actos de búsqueda de prueba y restricción de derechos

1. Las medidas que disponga la autoridad, en los supuestos indicados en el artículo anterior, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el juez de la investigación preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.

[...]

Art. 254.- Requisitos y trámite del auto judicial de las medidas de coerción procesal

1. Las medidas que el juez de la investigación preparatoria imponga en esos casos requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado. A los efectos del trámite rigen los numerales 2) y 4) del art. 203.
2. El auto judicial deberá contener, bajo sanción de nulidad:
 - a) La descripción sumaria del hecho, con la indicación de las normas legales que se consideren transgredidas.
 - b) La exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable.

- c) La fijación del término de duración de la medida, en los supuestos previstos por la ley, y de los controles y garantías de su correcta ejecución.

Art. 429.- Causales del recurso de casación

Son causales para interponer recurso de casación:

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad.
3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación.

[...]

Esa misma obligación de motivación es extendida al Ministerio Público respecto a sus disposiciones y requerimientos. La Fiscalía, como directora de la investigación y titular de la acción penal, en cumplimiento de su función persecutora del delito, tiene también el deber de motivar sus actuaciones. Así, el nuevo CPP establece lo siguiente:

Art. 64.- Disposiciones y requerimientos del Ministerio Público

1. El Ministerio Público formulará sus disposiciones, requerimientos y conclusiones en forma motivada y la específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del juez, ni a disposiciones o requerimientos anteriores.
2. Procederá oralmente en la audiencia y en los debates, y por escrito en los demás casos.

Art. 122.- Actos del Ministerio Público

[...]

5. Las disposiciones y los requerimientos deben estar motivados. En el caso de los requerimientos, de ser el caso, estarán acompañados de los elementos de convicción que lo justifiquen.

[...]

Art. 203.- Presupuestos de los actos de búsqueda de prueba y restricción de derechos.

[...]

2. Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados. El juez de la investigación preliminar, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el juez de la investigación preliminar deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes.

[...]

Art. 349.- Contenido de la acusación fiscal

1. La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:
 - a) Los datos que sirvan para identificar al imputado, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del art. 88;
 - b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;
 - c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;
 - d) La participación que se atribuya al imputado;
 - e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren;
 - f) El artículo de la ley penal que tipifique el hecho, la cuantía de la pena que se solicite y las consecuencias accesorias;

- g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago, y la persona a quien corresponda percibirlo; y,
 - h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.
2. 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.
 3. En la acusación, el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.
 4. El fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la investigación preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

Por tanto, normativamente nuestra legislación tiene prevista la garantía de la debida motivación de resoluciones judiciales que dicte el órgano jurisdiccional y de las disposiciones, requerimientos o conclusiones emitidas por el Ministerio Público.

3. El derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales en la jurisprudencia

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos respecto al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Así, podemos citar:

- Sentencia recaída en el Exp. N.º 1291-2000-AA/TC, de 6 de diciembre del 2001. El TC definió el derecho a la debida motivación de decisiones judiciales y le dio rango constitucional

al derivar del derecho al debido proceso. En el f. j. n.º 2 se señala lo siguiente:

[E]l derecho al debido proceso incluye dentro de su contenido el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en los términos del inc. 5 del art. 139 de la Carta Fundamental garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, deban expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

- Sentencia recaída en el Exp. N.º 2244-2004-AA/TC, de 23 de noviembre del 2004 (f. j. n.º 2):

2. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar que la exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona directamente con el principio del Estado democrático de derecho y con la propia legitimidad democrática de la función jurisdiccional, que, como se sabe, se apoya en el carácter vinculante que tiene la ley constitucionalmente válida. De ahí que la Constitución requiera al juez la motivación de sus decisiones, para que la ciudadanía pueda realizar un control de la actividad jurisdiccional, y para que las partes que intervengan en el proceso conozcan las razones por las cuales se les concede o deniega la tutela de un derecho, o un específico interés legítimo.

En ese sentido, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, como antes se expuso, “garantiza que los jueces, cualquiera [que] sea la instancia a la que pertenezcan, deban expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y [que] por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión [...]” [STC 1291-2000-AA/TC].

- Sentencia recaída en el Exp. N.º 4348-2005-PA/TC, de 21 de julio del 2005 (f. j. n.º 2):

2. Al respecto, debe precisarse, en primer lugar, que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en los términos del art. 139 inc. 5 de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia en la que se encuentren, deban expresar claramente los argumentos que los han llevado a la solución de la controversia o incertidumbre jurídica, asegurando que el ejercicio de la función jurisdiccional se realice con sujeción a la Constitución y a la ley expedida conforme a esta.

- Sentencia recaída en el Exp. N.º 3361-2004-AA/TC, de 12 de agosto del 2005 (f. j. n.º 37):

37. La certeza judicial es el derecho de todo procesado a que las sentencias o resoluciones estén motivadas, la exposición de un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. Esta figura es acorde con la Constitución, cuando señala en su art. 139, inc. 5), que es un principio de la función jurisdiccional, [...] la motivación escrita de las resolu-

ciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

- Sentencia recaída en el Exp. N.º 8125-2005-PHC/TC, de 14 de noviembre del 2005:

11. En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inc. 5 del art. 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver.

- Sentencia recaída en el Exp. N.º 0728-2008-PHC/TC, de 13 de octubre del 2008. En esta decisión el TC desarrolló con mayor amplitud el contenido del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sus supuestos de limitación o afectación, el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad y el canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales. Del pronunciamiento se recogen los siguientes criterios (ff. jj. n.ºs 7, 8, 9 y 10):

7. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier

error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Así, en el Exp. N.º 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N.º 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- b) Falta de motivación interna del razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. [...] cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica DWORKIN, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones.

Si un juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez. [...]

d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (art. 139, incs. 3 y 5, resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia

procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) Motivaciones cualificadas. Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.

La sentencia arbitraria por indebida motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad.

8. De modo similar, en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º 05601-2006-PA/TC, f. j. n.º 3) ha tenido la oportunidad de precisar que “el derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional”. [...] La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional.

9. Lo expuesto se fundamenta además en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado democrático de derecho (art. 3 y 43 de la Const. Pol.), y tiene un doble significado: a) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o

ajeno a toda razón de explicarlo (Exp. N.° 0090-2004-AA/TC, f. j. n.° 12). A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (art. 44 de la Norma Fundamental).

Canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales

10. Al respecto, este Colegiado en el Exp. N.° 03179-2004-AA/TC, f. j. n.° 23, ha precisado que el canon interpretativo que le permite al TC realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.

a) Examen de razonabilidad. Por el examen de razonabilidad, el TC debe evaluar si la revisión del [...] proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

b) Examen de coherencia. El examen de coherencia exige que el TC precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con [...] la decisión judicial que se impugna [...].

c) Examen de suficiencia. Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión [de la resolución judicial], a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

[...]

Tal visión constitucional ha sido replicada desde el Poder Judicial, donde se ha ratificado la garantía de la debida motivación de las decisiones judiciales. Entre los diversos pronunciamientos destacan los siguientes:

- La decisión de la Primera Sala Penal de Apelaciones de La Libertad recaída en el Exp. N.° 043-2008-14, de 12 de junio del 2008 (ff. jj. n.°s 9, 10, 16 y 17), donde se consideró lo siguiente:

9. [...] la doctrina ha señalado que se debe entender por motivación el proceso discursivo en virtud del cual se expresa con suficiencia, claridad y coherencia las razones que se han tenido para tomar una determinada decisión. Motivar significa justificar la decisión, proporcionando una argumentación convincente e indicando los fundamentos de la operación que el juez efectúa (FERNÁNDEZ ENTRALGO)³³. Según OLSEN GHIRARDI³⁴, se considera que la resolución del juez ha sido fundamentada cuando se muestra, por las expresiones vertidas, que se ha seguido todo un camino —en forma explícita— hasta llegar a una afirmación o negación, con respecto a la conclusión final a la que se ha arribado. Es la confluencia de estos principios y derechos de la función jurisdiccional la que ofrece su completo fundamento (material) al mandato constitucional de motivar las resoluciones que no sean de mero trámite; son estas las normas que hacen nacer la exigencia de que el juez exprese las razones de su decisión [...] Siendo en este sentido que se ha dicho que la norma consagrada en el inc. 5 del art. 139 de la Ley Fundamental resulta constituyendo una “garantía de garantías”, de carácter instrumental, por tanto, condición *sine qua non* de la vigencia de las garantías que hemos consignado como las que le otorgan su fundamento material. Se trata de una exigencia que solo posee naturaleza formal, pero de intenso contenido político-garantista³⁵.

10. Para el cumplimiento del deber constitucional de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, el juzgador debe de manejar adecuadamente: máximas de experiencia, reglas de la lógica y categorías jurídicas. Por contra, la infracción del deber constitucional de motivar las resoluciones se puede dar de cuatro diferentes maneras:

Falta absoluta de motivación: tiene lugar cuando la resolución no expresa el más mínimo (argumento real o aparente) que

33 CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido, “El juicio oral”, en AA.VV., *La reforma del proceso penal*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 201.

34 GHIRARDI, Olsen, “La estructura lógica del razonamiento judicial”, en *Derecho & Sociedad*, n.º 13, Lima: 1998, p. 231.

35 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: noviembre de 1992, p. 121.

fundamente la decisión que se toma. Existe una total ausencia de motivación.

Motivación aparente: en este caso la resolución aparece *prima facie* como fundada. El juzgador glosa algunas razones del porqué ha tomado la decisión. Se trata de una motivación aparente porque, en cuanto nos adentramos en la profundidad y razonabilidad de la fundamentación, sin quedarnos solo en el aspecto formal se descubre que no existe ningún fundamento³⁶; que se han glosado frases que nada dicen (que son vacuas o ambiguas) o que carecen de contenido real (no existen elementos de prueba que la sustenten). Es necesario dejar en claro que la motivación aparente no constituye, en estricto, motivación alguna y no debe ser considerada como una motivación real³⁷.

Motivación insuficiente: se incurre en esta infracción cuando se viola el principio lógico de razón suficiente, es decir, se consignan solo algunos de los argumentos que llevaron a tomar la decisión, pero no todos los que van a generar la convicción³⁸. Es necesario dejar en claro que, conforme ha señalado la STC N.º 24/88, “no es exigible una agotadora explicación de los argumentos y razones y que, según el caso, es incluso admisible una fundamentación escueta, pero siempre que de esta aparezca que la decisión judicial responda a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad”³⁹.

Motivación incorrecta: se presenta cuando en el proceso de motivación se infringe las reglas de la experiencia o de la lógica, se interpreta o aplica incorrectamente las normas jurídicas, o se recurre a criterios que carecen de cualquier fundamento. En este nivel es necesario advertir sobre un

36 FERNÁNDEZ, Raúl, “Los errores *in cogitando* en la jurisprudencia cordobesa”, en AA. VV., *La naturaleza del razonamiento judicial (el razonamiento débil)*, Córdoba: Alveroni, 1993, p. 117.

37 GHIRARDI, “La estructura lógica del razonamiento judicial”, art. cit., p. 231.

38 Conforme señala CAFFERATA NORES: “El respeto al principio de razón suficiente requiere la demostración de que un enunciado solo puede ser así y no de otro modo”. Cfr. GHIRARDI, Olsen, *El razonamiento judicial*, Lima: AMAG, 2017, p. 103.

39 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, ob. cit., p. 102.

tema de fundamental importancia, que no ha sido tomado en cuenta debidamente: la motivación de la pena que se impone. En tanto la sentencia penal condenatoria no solo se encuentra conformada por el pronunciamiento del juzgador sobre la realización de un hecho punible; sino que además por el pronunciamiento sobre la pena que corresponde imponer (salvo en los casos de reserva del fallo condenatorio) el derecho a la fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales resulta exigible, también en el extremo de la sentencia condenatoria que se refiere a la pena judicialmente determinada⁴⁰.

[...]

16. El derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en sus instancias reconocidas perderían razón de ser, en cuanto partes integrantes del superior derecho a la tutela judicial efectiva, si el sujeto no tuviera también el derecho a una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso. De nada serviría que se le haya permitido al sujeto comparecer al proceso, en sus instancias legalmente previstas, sino se prevé también un derecho para que el órgano jurisdiccional no pueda eludir dar la respuesta jurídica cuya búsqueda dio origen al proceso o dé una que resulte del proceso sea ambigua. [...]

17. [...] no es cualquier respuesta la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es necesario que esta, además de ser clara, deba encontrarse debidamente motivada, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica. Derecho que no solo le corresponde al imputado, contra quien se dirige la persecución penal (razón de ser del proceso), sino también a todos los sujetos procesales que tengan un interés propio en el proceso, es decir, el agraviado, actor civil y el tercero civilmente responsable. Siendo así que no solo se debe fundamentar en derecho la sentencia condenatoria, sino

40 Cfr. GARCÍA ARAN, Mercedes, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Navarra: Aranzandi, 1997, p. 64. CHOCLÁN MONTALVO, José, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid: Colex, 1997, p. 172. ABREGÚ, Martín, "La sentencia", en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p. 218. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz y Karl-Heinz GOSSEL, *Derecho penal. Parte general 2*, Buenos Aires: Astrea, p. 794. BOIX REIG, Javier, p. 199.

también la absolutoria; y, la primera, no solo en su aspecto eminentemente penal, sino también en lo que corresponde a la pena y a la reparación civil, porque es que se impone, su monto o porque es que se niega su imposición.

- Cas. N.º 401-2016 Moquegua, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de 15 de septiembre del 2007. La Sala Suprema cita los pronunciamientos previos del TC y explica de manera general algunos aspectos referidos a la obligatoriedad de la justificación de las decisiones judiciales.

1.8. En la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00569-2011-PHC/TC Callao, de seis de abril del dos mil once, se estableció que “respecto a la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, este Tribunal ha señalado que la necesidad de que estas sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y que, al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (arts. 45 y 138 de la Constitución Política del Perú) y, por el otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa”. Justamente, con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones, este Tribunal ha precisado que “la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión [...]”.

1.9. En el Expediente N.º 3943-2006-PA/TC, el TC sostuvo que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la motivación de resoluciones judiciales queda delimitado en los siguientes supuestos:

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente.
- b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que esta-

blece previamente el juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.

c) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible, atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido el Tribunal Constitucional, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la «insuficiencia» de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se decide.

e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que estén planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

[...]

- R. N. N.° 1163-2017 Junín, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de 28 de junio del 2018, establece, en su f. j. n.° 2.5, lo siguiente:

Motivar no implica una transcripción del íntegro de medios de prueba actuados durante el proceso ni copiar doctrina, jurisprudencia, normas sustantivas o procesales.

El cumplimiento al deber de motivación se produce cuando el Tribunal exprese las razones concretas por las que arriba a determinada conclusión realizando el debido juicio de tipicidad con base en las pruebas actuadas en juicio.

El deber de motivación también demanda al Tribunal la expresión de la razón de absolución, sea atipicidad, insuficiencia probatoria, absolución por duda u otro.

Como cierre de este capítulo, concluimos que la argumentación jurídica encuentra su fortaleza doctrinal en la filosofía, como actividad humana a través de la cual se puede arribar al conocimiento en un contexto contradictorio. Además, la argumentación puede partir de una perspectiva sociológica, ya que resulta de utilidad para un adecuado desarrollo para la convivencia entre los integrantes del grupo humano. Si entendemos a la argumentación como una actividad que realizamos de manera cotidiana en nuestros contactos interpersonales, tenemos al debate como herramienta para mejorar dichas relaciones. Esto se aprecia con mayor claridad si la vemos como un mecanismo que contribuye a la solución de conflictos. He ahí la trascendencia de la argumentación en el mundo del derecho.

Desde otra dimensión, aparece la oralidad como principio que rige el desenvolvimiento de la actividad procesal, que establece un régimen de audiencia para el desarrollo del procedimiento. Conjuntamente con otros principios, el proceso guía el camino hacia la solución del conflicto de intereses jurídicos o el esclarecimiento de incertidumbres jurídicas, a través de la exigencia de decisiones judiciales debidamente motivadas. En la actualidad, contamos con un proceso penal oral en el cual las decisiones del juzgador se forman a partir de lo debatido y demostrado en las audiencias llevadas a cabo durante todo el trámite procedimental. Superamos, pues, la idea de que solo la actuación probatoria en juicio

debe contar con una audiencia, ya que esta es una visión que restringe la argumentación oral.

La coyuntura de la COVID-19 en la que nos encontramos ha permitido que la argumentación jurídica y la oralidad se encuentren en el proceso penal. Esto se condice con la reforma procesal que afronta el Perú, y deja atrás normas adjetivas con rasgos inquisitivos y mixtos. Así, se da paso a un Código Adjetivo tendiente al sistema acusatorio, en el cual las funciones estatales de persecución y decisión se encuentran distribuidas entre dos entidades distintas. En dicho tipo de proceso, la publicidad, la inmediatez, la contradicción y la oralidad imponen nuevas exigencias para los sujetos procesales: el necesario y difícil cambio de mentalidad, la búsqueda de la verdad a través de mecanismos que respeten los derechos fundamentales del imputado, la aceptación de los mecanismos de negociación para la solución del conflicto y, sobre todo, la capacitación en las técnicas de litigación oral penal que permitan sustentar eficazmente las argumentaciones de las partes. Todas estas técnicas deben ser desplegadas sobre la base de estructuras metodológicas nuevas que faciliten el trabajo de los litigantes. Ahora, es imperativo conocer conceptos novedosos como la teoría del caso, que será objeto de estudio del siguiente capítulo y que recién puede ser abordado tras sentar las bases de la teoría del delito, la teoría del proceso, la teoría de la prueba y la teoría de la argumentación jurídica.

CAPÍTULO IV

TEORÍA DEL CASO

I. TEORÍA DEL CASO

1. Mitos sobre la teoría del caso

En este apartado precisaremos los principales prejuicios o ideas erradas que en el ámbito jurídico académico y profesional existen respecto a la teoría del caso. Derrumbaremos cada uno de ellos, al explicar sus incorrecciones y formular las explicaciones respectivas. Esto a fin de iniciar el estudio de la teoría del caso con la superación de tales mitos que, en la práctica, de un lado, dificultan o impiden el avance de la reforma procesal penal y el necesario cambio de paradigma y mentalidad de los intervinientes en la administración de justicia y, del otro, tergiversan y deforman la aplicación de los principios y garantías procesales.

1.1. "La teoría del caso es una tontería"

En foros académicos y judiciales no pocas veces se ha oído hablar de la teoría del caso en términos despectivos: reducir su importancia y/o negar su utilidad para el proceso penal. Este rechazo a la teoría del caso, de un lado, encierra un desconocimiento profundo de sus alcances y, del otro, peligrosamente incentiva un negacionismo de su estudio, que ha provocado una contrarreforma, orientada a mantener la dinámica ritualista, escrita y burocrática del litigio penal al interior del Estado; características que, justamente, motivaron la necesidad de un cambio de legislación orientado al sistema acusatorio.

En realidad, el rechazo hacia la teoría del caso carece de sustento válido, ya que esta estrategia ni constituye una copia de figura o institución alguna del sistema anglosajón ni es una deformación del sistema eurocontinental. Entendemos, por tanto, que quienes la rechazan no la

conocen, y bajo la premisa de que se odia o repele lo desconocido, manifiestan un natural temor al cambio. Lo cierto es que dicho cambio resulta inevitable, no solo por la imposición gubernamental y normativa que significó la implementación gradual del nuevo Código Procesal Penal en el Perú, sino también porque la propia fuerza de la realidad obliga a un inexorable cambio de formas, criterios, mentalidad y, en esencia, una reforma generacional.

La teoría del caso, como plan o estrategia para construir y sustentar una posición legal en el proceso penal, no es una novedad, ya que la esencia del litigio penal ha consistido en ello. No obstante, las malas prácticas hicieron de ese debate un mero ritual con la exposición de informes de cinco minutos que no causaban mayor incidencia en la decisión judicial. Ahora, con la reforma procesal, se pretende cambiar esta situación al darle relevancia a la formulación de defensas con fines estratégicos para todo el trámite procesal y su eficaz sustentación oral en las audiencias. De modo que, por ejemplo, es una necesidad para el fiscal diseñar y emplear correctamente su teoría del caso desde que solicita medidas coercitivas; al igual que la defensa, que deberá sustentar debidamente en una audiencia de excepción de improcedencia de acción sus argumentos respecto a la existencia de una causal que despoja de relevancia penal al caso.

En este capítulo desarrollaremos en extenso la naturaleza de la teoría del caso, sus características, utilidad y funciones. Con ello, esperamos quede superado el mito.

1.2. "La teoría del delito es mejor que la teoría del caso"

Esta es, quizás, la idea más desatinada que hemos advertido en foros académicos. Son dos poderosos fundamentos los que nos permitirán entender lo absurdo de tal afirmación. En primer lugar, no corresponde siquiera comparar a la teoría del delito con la teoría del caso, dado que la primera —desde la dogmática penal— pretende sistematizar las características del hecho punible, en tanto que la teoría del caso es una metodología de trabajo aplicable al proceso penal. Por ende, no estamos

ante dos teorías o planteamientos contrapuestos sobre un mismo punto en un mismo ámbito.

En segundo lugar, como podemos apreciar, la teoría del caso no podría diseñarse ni construirse como estrategia ni argumentación a defender en un proceso penal si no tuviera como fundamento a la teoría del delito, pues ¿cómo podría plantearse una acusación en contra de una persona por la comisión de un delito si no se ha subsumido previamente su conducta en un tipo penal? Por tanto, la teoría del delito y la teoría del caso no solo no se contraponen, sino que, para fines de la administración de justicia, se necesitan una de la otra.

1.3. "La teoría del caso solo para el juicio oral"

En algunos espacios académicos se postula que la teoría del caso consiste en la exposición fundamentada del marco fáctico, jurídico y probatorio del caso en el juicio oral. Inclusive, algunos plantean que la teoría del delito es la narración de cuándo, dónde, cómo y quién cometió los hechos materia de debate probatorio, a fin de acreditar tales hechos y lograr el convencimiento del juzgador. Es necesario indicar que tales definiciones no son del todo erradas, pero sí incompletas.

Tal como desarrollaremos en este capítulo, en primer lugar, la teoría del caso no limita su definición ni utilidad a narrar, sino que importa en sí misma una metodología de trabajo para diseñar la estrategia de litigio aplicable al proceso penal, incluso desde las diligencias preliminares hasta el fin del procesamiento; y, en segundo lugar, la teoría del caso no solo se presenta o sustenta en la etapa del juzgamiento, sino que se va construyendo y, en paralelo, se aplica en las diversas etapas o fases del proceso penal.

Así, por ejemplo, cuando el fiscal recibe la *notitia criminis* y formula su primera hipótesis acerca del hecho, ha iniciado la construcción de su teoría del caso y empieza a aplicarla cuando dispone la realización de actos de investigación o solicita permiso judicial para efectuar actos de búsqueda de prueba orientados a corroborarla o descartarla. Por tanto,

no es correcto limitar el concepto, utilidad y funciones de la teoría del caso a la audiencia del juicio oral.

1.4. “La teoría del caso para impresionar”

Este mito está vinculado con el anterior, acompaña a otros y se expresa en afirmaciones como “la litigación oral sirve para aprender a hablar”, “con una narración impactante se gana el caso”, “litigar es montar una buena escena en juicio”, etc. Esta visión errada de la teoría del caso y de las técnicas de litigación oral, en nuestro contexto, surgen a raíz de una formación o capacitación limitada que solo tiene como paradigmas a casos emblemáticos o películas propias del sistema anglosajón, donde se aprecia el desempeño argumentativo de las partes en los juicios por jurado. Pretender copiar o emular las prácticas de los juicios bajo las reglas del sistema anglosajón a una realidad como la peruana, con las disposiciones limitadas y vacíos de nuestro Código Procesal Penal en materia de litigio oral y las carencias propias de nuestro sistema de administración de justicia, constituye un craso error.

En primer lugar, la fuente del derecho, los roles de los sujetos, la praxis judicial y la dinámica del juicio por jurados en realidades como la estadounidense difieren tremendamente de realidades como la peruana, a tal punto que, entre las diversas particularidades que las diferencian, tenemos que la argumentación ante un jurado integrado por integrantes no necesariamente abogados difiere en absoluto de aquella que se dirige a un experto en derecho, como es el caso del juez, quien no cimentará su decisión en subjetividades, en el verbo florido, en la puesta en escena o en la mera retórica empleadas por la parte, sino en una argumentación jurídica respaldada probatoriamente y guiada por los principios de verdad, justicia y legalidad.

En segundo lugar, conforme veremos en el presente capítulo, la teoría del caso y las técnicas de litigación oral suponen el diseño de estrategias o planteamientos y la previa construcción de una posición legal sólida en el proceso penal, que se fundamenta en las teorías del

delito, del proceso, de la prueba y de la argumentación jurídica. Por ende, distan mucho del “saber hablar en público”.

En conclusión, es posible que en nuestra formación académica o ejercicio profesional hayamos leído o escuchado, e incluso aceptado o dado por ciertas, estas ideas, pero es justamente la premisa de no mantenernos en error pese a advertirlo donde radica la esencia del aprendizaje y la búsqueda constante de mejora y superación. Lo que repercutirá en beneficio no solo del crecimiento profesional individual, sino de manera indirecta y a futuro en una mejora de la administración de justicia en general.

2. Concepto de la teoría del caso

A lo largo de los años, los procesos de reforma de los códigos adjetivos en materia penal llevados a cabo en los países de la región han sido acompañados por una diversidad de estudios e investigaciones, previos, paralelos y posteriores, que han buscado darles sustento, explicarlos e interpretarlos, en aras del avance hacia un proceso penal acusatorio, en el que se garanticen la eficacia procesal y las garantías a favor del imputado y de la víctima.

El tema objeto de nuestro estudio ha sido parte de ese desarrollo y su comprensión avanzó junto con la implementación y puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, al punto de contar hoy con un concepto mucho más completo de la teoría del caso, en comparación a los que inicialmente se esbozaron. En ese sentido, presentamos en seguida una evolución de las definiciones que se han dado respecto a la teoría del caso.

Los profesores chilenos, referentes de la reforma, BAYTELMAN y DUCE concibieron la teoría del caso como un punto de vista, el ángulo desde el que se aprecia toda la prueba, la posición que las partes ofrecen al juzgador para que valore la información que fluye del juicio. De tal manera que, si el juez la adopta o asume, llegará a ciertas conclusiones. Una vez que la parte define su teoría del caso, la regla es que esta teoría

domine todo su actuar dentro del proceso y así su propio accionar no la contradiga, bajo el riesgo de perder credibilidad¹.

Para BLANCO SUÁREZ, DECAP FERNÁNDEZ, MORENO HOLMAN y ROJAS CORRAL, la teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla donde el litigante invita a los jueces a mirar la realidad o, más propiamente, los hechos del caso, les provee de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la idea central que se adopta para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como sustentos de una historia; asimismo permite dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica². VIAL CAMPOS señala que la teoría del caso es la narración lógica de los hechos en un solo párrafo que, enmarcado en el contexto que la ley fija, nos lleva a la conclusión legal buscada. Es decir, es un relato de los hechos y de la ley, realizado de tal forma que permita arribar a una sola conclusión jurídica³.

Por su parte, MAUET indica:

La teoría del caso, antes que nada, explica por qué la gente implicada actuó del modo en que lo hizo [...]. Esta debería ser una historia persuasiva que constituya un fundamento para la presentación de la evidencia y de los argumentos durante el proceso. La teoría del caso también sirve como punto de referencia por la cual cada ofrecimiento de testigo y de pruebas debería ser regulado: ¿cómo este testigo o prueba instrumental mejora la teoría del caso? Finalmente, la teoría debe ser una declaración que una mayoría de los miembros del jurado podrían ellos mismo producir y retener⁴.

- 1 BAYTELMAN A. Andrés y Mauricio DUCE, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2000, pp. 49-52. Vid. BAYTELMAN A. Andrés y Mauricio DUCE, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Lima: INCIPP, 2005, pp. 91-107.
- 2 BLANCO SUÁREZ, Rafael; Mauricio DECAP FERNÁNDEZ; Leonardo MORENO HOLMAN y Hugo ROJAS CORRAL, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago de Chile: LexisNexis, 2005, p. 18.
- 3 VIAL CAMPOS, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2006, p. 53.
- 4 MAUET, Thomas A., *Estudios de técnicas de litigación*, Lima: Jurista, 2007, pp. 61 y 62.

En otra publicación, este autor señala que la teoría del caso es “una simple, lógica y persuasiva historia sobre lo que realmente sucedió, desde nuestro propio punto de vista. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con nuestra propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo”⁵.

En Colombia se entiende la teoría del caso como “el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan”⁶. En esa línea, MCCULLOUGH —citado por PASTRANA BERDEJO y BENAVENTE CHORRES— enseña:

[La teoría del caso es] la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador. Plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado [...]. Es la trama para su obra que es el juicio. Como cualquier buena trama, normalmente incluirá ciertos elementos típicamente necesarios para narrar una historia: personajes: i) escenarios; ii) elementos temporales; iii) acción; iv) sentimientos⁷.

Los autores peruanos PEÑA GONZALES y ALMANZA ALTAMIRANO postulan que la teoría del caso se construye desde el momento en que las partes toman conocimiento de los hechos y constituye la teoría fundamental en donde descansa el juicio oral⁸. NEYRA FLORES indica que la teoría del caso es “el instrumento más importante para organizar nuestro desempeño en el proceso penal. La teoría del caso se define como

5 MAUET, Thomas A., *Trial techniques*, 7.^a ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, Aspen Publishers, 2007, p. 491.

6 AA.VV., *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá: USAID, 2003, p. 59.

7 PASTRANA BERDEJO, Juan David y Hesbert BENAVENTE CHORRES, *El juicio oral. Técnicas y estrategias de litigación oral*, 2.^a ed., Ciudad de México: Flores Editores, 2010, p. 153.

8 PEÑA GONZALES, Óscar y Frank ALMANZA ALTAMIRANO, *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima: APECC, 2010, p. 237.

la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar”⁹. En tanto que BENAVENTE CHORRES precisa:

La teoría del caso no consiste en solamente narrar una historia, desde la óptica de la parte expositora, con la finalidad de persuadir al juzgador; sino que, es, por un lado, la herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso; y, por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio; los cuales no solamente benefician a las partes (las cuales procuran el amparo de sus pretensiones o intereses en sede de proceso penal), sino también al juez, dado que se le brindará una carga informativa tal que le permitirá contar con los elementos de juicio y decisión para resolver el conflicto de intereses jurídico-penal al cual ha tomado conocimiento¹⁰.

En un interesante artículo respecto a la teoría del caso, MENDOZA AYMA¹¹ explica que no es lo mismo método que técnica, pues, si bien ambas se refieren a procedimientos para alcanzar un objeto, el método es el orden que se sigue para alcanzar un fin (procedimiento general), en tanto que la técnica importa las maneras en que se aplica el método (procedimientos específicos). Así, la teoría del caso como método está constituida por una serie de pasos sucesivos y requiere de técnicas, tales como las técnicas de investigación y las técnicas de litigación oral. Esta metodología organizada y disciplinada es la que se necesita para construir y sustentar una posición legal en el proceso penal, por lo que debe dejarse de lado el empirismo intuitivo, tal como lo denomina el autor.

9 NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*, Lima: Idemsa, 2010, p. 734. Vid. NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal*, Lima: Academia de la Magistratura, 2007, p. 39.

10 BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, Barcelona: Bosch, 2011, p. 45.

11 MENDOZA AYMA, Francisco Celis, “La imputación concreta y el método de la teoría del caso”, en *LP. Pasión por el Derecho*, Lima: 19 de octubre del 2016. Recuperado de <<https://bit.ly/3fHo7lj>>.

Más recientemente, en aporte a la guía operativa de litigación oral al proceso penal peruano, MORENO HOLMAN define a la teoría del caso de la siguiente manera:

Conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión fáctica que sostendrá ante un tribunal, su sustento normativo y decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarla persuasivamente, mediante argumentaciones y evidencias que la acrediten, para ser conocida y resuelta en un hipotético o real juicio oral, con el propósito de obtener las consecuencias jurídicas que se correspondan con ella¹².

Tal como lo desarrollamos en un estudio previo¹³, el concepto de la teoría del caso se aclara cuando se precisa desde cuándo puede elaborarse, construirse y terminarse. Para nosotros, la teoría del caso empieza a construirse desde el primer momento en que las partes toman conocimiento de los hechos. Conocida la información inicial y apoyada en los primeros elementos de convicción, las partes podrán proyectar su teoría, a fin de proponerla, sustentarla y demostrarla —más adelante— en el juicio oral.

La teoría del caso se plantea inicialmente como hipótesis de lo que pudo haber ocurrido. Estas hipótesis deben estar sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practican durante la investigación. Dependiendo de los resultados de dichas diligencias de investigación, la teoría del caso sufrirá modificaciones y ajustes, y podrá quedar culminada antes del inicio del juicio oral, ya que es aquí donde se expondrá —resumidamente— al momento de realizar los alegatos de apertura.

12 MORENO HOLMAN, Leonardo, “La teoría del caso”, en HUACHACA SÁNCHEZ, Dalmiro (coord.), *Guía operativa de litigación oral con el Código Procesal Penal*, Lima: 2020, p. 22. Recuperado de <<https://bit.ly/3i5AJUQ>>.

13 Vid. SALAS BETETA, Christian, *El proceso penal común. Investigación preparatoria, etapa intermedia, juzgamiento, impugnación y litigación oral*, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 264 y 265.

Como vemos, la teoría del caso no comienza a desarrollarse en el momento de la audiencia de juicio oral, sino desde la misma investigación. Con la *notitia criminis*, las primeras entrevistas y elementos objetivos primigenios, tanto el fiscal como el defensor, están en posición de iniciar lo que será el “borrador” de su teoría del caso. Los elementos de convicción que acopien perfilarán esa idea, reforzándola, hasta convertirla en una tesis. No hay duda de que, en la teoría del caso, la parte deberá añadir y desechar algunos elementos. Así, para cuando llegue al juicio, la parte deberá haber acopiado todos los elementos probatorios que demostrarán su hipótesis fáctica y jurídica.

Entonces, si bien la teoría del caso se expone en el juicio oral (alegado de apertura) y se busca verificar con la actuación probatoria, esta se empieza a construir a partir de las primeras informaciones, datos e indicios recabados por la parte, quien las contrasta con las del adversario. Dicha labor comienza en las iniciales diligencias de investigación, en las que se aprecian los hechos jurídicamente relevantes, se construyen proposiciones fácticas, se las circunscribe a la hipótesis jurídica correspondiente y se buscan medios de prueba para acreditarlas, labor que termina antes del desarrollo del juzgamiento, salvo excepciones.

De lo dicho podemos concluir que, ante las primeras informaciones, la teoría del caso se presenta inicialmente como una hipótesis acerca de la circunstancia, características y forma en que habría ocurrido un hecho delictivo. Esta estrategia está orientada a verificarse o desestimarse en el transcurrir de la etapa de investigación. Una vez que esté completamente elaborada, la teoría del caso será evaluada en la etapa intermedia y, de pasar el filtro, esta será eficazmente sustentada en el contexto contradictorio, de inmediación, público y oral, propio del juicio.

Entonces, un concepto completo de la teoría del caso, que cubra todos sus ámbitos de construcción y de aplicación, nos obliga a identificarla desde su origen en las diligencias preliminares o desde que se toma conocimiento del caso, según corresponda, hasta su culminación —con la concurrencia de los elementos fácticos, jurídicos y probatorios— y

sustentación en la etapa de juzgamiento, a través de la actuación estratégica de la prueba y la exposición de las conclusiones acerca de lo que se logró o no probar. La teoría del caso no es sinónimo de exposición del alegato en la audiencia del juicio oral, lo correcto es entenderla como una estrategia —conjunto de acciones meditadas con un fin determinado— aplicable a todo el proceso penal.

Por último, la teoría del caso es de obligatoria elaboración para la parte procesal que plantea la comisión de un hecho delictivo y que imputa lugar, fecha, modalidad y al sujeto responsable de dicha acción, por lo que es la fiscalía, parte acusadora, quien de manera ineludible deberá construir y sustentar su teoría del caso. La defensa, por su parte, no está obligada a ello, ya que, dependiendo del tipo de estrategia de defensa que se elija, puede optar por limitarse a cuestionar la debilidad o insuficiencia probatoria de la fiscalía o brindar una explicación fáctica diferente del hecho imputado. En este último caso, la defensa se obliga a construir y sustentar su teoría del caso, sin que ello signifique pasar por alto la presunción de inocencia. Esto porque la defensa debe probar lo que dice para que su argumentación no quede en mero dicho. Entonces, queda claro que la construcción de la teoría del caso es una labor propia de las partes, no del juez.

3. Elementos de la teoría del caso

Hemos sostenido que la teoría del caso cambia de definición en función de su utilidad en los diferentes momentos del proceso penal. Así, al inicio, cuando el fiscal toma conocimiento de los hechos, la teoría del caso se presenta como hipótesis que exige de un primer análisis de tipicidad y del diseño de un programa de diversos actos de investigación orientados a acreditar o desvirtuar tales hipótesis en el decurso del proceso investigatorio.

Más adelante, culminada la etapa de investigación, cuando el fiscal haya recabado los elementos de convicción suficientes y considere contar con una causa probable, entonces la teoría del caso se presentará como la posición acusatoria acabada que cuente con un marco fáctico

completo, un respaldo normativo al cual se adecúen los hechos y un conjunto de medios probatorios que permitan verificar suficientemente la conducta imputada en el juicio oral. Nótese que tanto al inicio como al final, en aras de la construcción y sustentación de la teoría del caso, esta toma en cuenta necesariamente elementos fácticos, jurídicos y probatorios, claro está, en un primer momento a modo de hipótesis y, al final, como una tesis a demostrar.

3.1. Elemento fáctico (hechos)

Este elemento de la teoría del caso tiene que ver con los hechos relevantes o, mejor dicho, con las afirmaciones fácticas (proposiciones fácticas) que las partes pretenden que el juez acepte. Entonces, el elemento fáctico de la teoría del caso está constituido por las aseveraciones o negaciones acerca de los lugares, tiempo, participación o presencia de personas, cosas o circunstancias, las conductas comisivas u omisivas, los objetos empleados y el resultado de tales conductas.

El planteamiento —hipotético (al inicio) o como tesis (al final)— de los hechos constituye el soporte fáctico tendiente a acreditar o desacreditar si el hecho es punible, si el hecho punible se cometió y si el autor y/o partícipes resultan responsables de su comisión. En ese sentido, lo fáctico sustenta lo jurídico, ya que, dependiendo de la forma en que cada parte entiende que los hechos ocurrieron, serán capaces de elaborar sus hipótesis y estrategias de acusación o de defensa. Ello requiere que las afirmaciones se refieran a hechos relevantes, no a cualquiera. Y, sobre todo, cada parte tendrá que prever la factible demostración de sus afirmaciones a través de medios probatorios pertinentes.

El conocimiento de los hechos materia del caso es adquirido por el fiscal, a través de la *notitia criminis*, sea por denuncia de parte o de oficio, o cuando en el ínterin del proceso —en cualquiera de sus etapas— el fiscal asume el caso a causa de un cambio, destitución o promoción del fiscal previo. Por su parte, la defensa toma conocimiento de los hechos del caso cuando el cliente o sus familiares le formulan la consulta o con la notificación policial o fiscal de la disposición o requerimiento, según

sea el caso. Tras ello, los datos e información acerca de los hechos se amplían, recortan, complican o aclaran, lo que depende de los elementos de convicción de cargo o de descargo que se vayan recabando a consecuencia del desarrollo de los actos de investigación.

Más adelante, será sobre la base de los datos objetivos —elementos de convicción recabados durante la investigación— que las partes perfilarán, en tanto les sea posible, sus proposiciones fácticas o afirmaciones sobre los hechos. Por último, cabe resaltar que tales proposiciones fácticas (incriminatorias o exculpatorias) no bastan en sí mismas, sino que tienen que contar con relevancia jurídica e ir acompañadas o respaldadas de medios probatorios pertinentes, útiles, conducentes y legales.

3.2. Elemento jurídico (norma)

El aspecto jurídico de la teoría del caso está determinado por la calificación jurídica que cada parte da a los hechos que sustenta. Ello implica el desarrollo de una interpretación jurídica de las normas legales, a fin de asignarles un determinado significado y catalogar los hechos o conductas en conflicto. El elemento jurídico no solo consiste en el encuadramiento jurídico de los hechos dentro las disposiciones legales, sean sustantivas como adjetivas, ni mucho menos en la sola mención o alusión de determinada norma jurídica, sino que requiere de una explicación y justificación que demuestre su pertinencia para ser atribuida al hecho o circunstancia en concreto.

Al inicio, la identificación de la norma jurídico-penal aplicable al caso requiere considerar la observancia de los principios de legalidad, taxatividad y prohibición de la analogía y las reglas de aplicación espacial, temporal y personal de la ley penal, así como la teoría del delito que resulta aplicable al caso, esto es, por ejemplo, definir si en el caso en concreto nos encontramos frente a un delito común o ante un delito especial o de infracción de deber. Finalmente, se procede al juicio de subsunción de los hechos a la norma, con el objetivo de que las proposiciones fácticas cumplan con cada uno de los elementos (objetivos, normativos, descriptivos y subjetivos) del tipo penal.

El fiscal formula una imputación fáctica que se fundamenta en un amparo jurídico, lo que requiere de una calificación jurídica del hecho, esto es, de la subsunción del hecho a los elementos del tipo penal, del análisis de las circunstancias agravantes o atenuantes que resulten aplicables y que el ejercicio de la acción penal se encuentre vigente. El defensor, por su parte, bajo ese mismo análisis, buscará hallar algún aspecto de los hechos que no se subsuma a alguno o a todos los elementos del tipo penal, o identificar alguna circunstancia que constituya una causal eximente o atenuante de responsabilidad penal, o si la acción penal pública ya prescribió. Se entiende que el referido análisis se realiza desde la etapa de investigación preparatoria hasta la etapa intermedia. En la etapa de juicio oral, el caso debe llegar saneado, de modo tal que el filtro de control y saneamiento de la etapa intermedia debe impedir que lleguen a juicio casos atípicos o sin relevancia penal.

3.3. Elemento probatorio (prueba)

Una vez identificados los hechos relevantes y la norma jurídico-penal aplicable, prosigue el tercer elemento de la teoría del caso: el cúmulo de pruebas que se utilizarán para demostrar las proposiciones fácticas. Ello nos permite conocer las fortalezas y debilidades de la teoría del caso, a fin de definir si es posible formular acusación cuando se trata de la fiscalía o para saber qué tan comprometida está la responsabilidad del imputado, cuando se trata del defensor. El elemento probatorio consiste en la labor de examen que realizan las partes respecto a las pruebas con las que pretenden demostrar sus proposiciones fácticas.

Este tercer elemento de la teoría del caso, en la etapa de investigación, permite identificar cuáles serán los elementos probatorios que se requieren conseguir y cuáles son los medios de prueba pertinentes, útiles y conducentes para demostrar el elemento fáctico. En la etapa de enjuiciamiento, el elemento probatorio constituye el respaldo objetivo de la teoría del caso, de modo que a través del empleo eficaz de las técnicas de litigación oral se pueden verificar las proposiciones fácticas bajo los principios de contradicción, intermediación, oralidad y publicidad.

Desde la perspectiva de la fiscalía, el elemento probatorio de su teoría apunta a acreditar la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado, como supuestos de una sentencia condenatoria. Desde la visión de la defensa, en caso haya planteado una explicación de los hechos, su elemento probatorio estará enfocado en acreditar las proposiciones fácticas que ha expuesto, como, por ejemplo, acreditar que su patrocinado no estuvo ni en el lugar ni en la fecha en la que ocurrieron los hechos, pues se hallaba fuera del país. En caso la defensa no haya planteado una explicación fáctica, entonces su labor consistirá en restar valor o desacreditar los medios probatorios de la fiscalía, a través de la contradicción de estos.

Por último, se recomienda que cada proposición fáctica se encuentre respaldada por dos o más medios probatorios, debido a que —desde la perspectiva fiscal— se apunta a alcanzar una prueba suficiente de la ocurrencia del hecho y de la responsabilidad del acusado en su comisión, además de anticiparse al riesgo de la ausencia o la desaparición de la fuente de prueba, así como de los cuestionamientos y la labor de desacreditación probatoria que desplegará la defensa. Es el Ministerio Público el que tiene la carga de la prueba y, por tanto, debe de llevar a juicio un caso sólido y contundente. Lamentablemente, este es uno de los puntos débiles de la administración de justicia actual, en donde, so pretexto de la búsqueda de la paz social y de lograr una buena percepción social del sistema, las garantías se flexibilizan y se condena sobre la base de indicios —como la sola declaración de la denunciante— y no según una rigurosa metodología de prueba indiciaria.

4. Utilidad de la teoría del caso

A este nivel de nuestro trabajo, queda claro que entendemos a la teoría del caso como un método que le permite a los abogados diseñar una estrategia o ruta de trabajo desde el inicio de la investigación penal, que guiará y determinará sus actos en las diferentes etapas del proceso penal. La teoría del caso requiere, pues, de una base dogmática —hablamos aquí de la teoría del delito—, de un fino trabajo de selección

probatorio —en donde requerimos del contenido de la teoría de la prueba— y, posteriormente, de una sustentación eficaz de la posición asumida amparada en las pautas de la teoría de la argumentación jurídica que permita convencer al juzgador, según se trate de audiencias en etapas previas o en el juicio oral. Para el cumplimiento de tales fines, el fiscal y la defensa deben comprender las finalidades y exigencias que se presentan en el trámite procesal. Es aquí donde se ubica la utilidad de la teoría del proceso.

La teoría del caso orienta la actividad, tanto del fiscal como de la defensa. En esa *litis*, es la fiscalía la obligada a probar su imputación. La configuración de la teoría del caso y de la imputación concreta a cargo de la fiscalía existen a consecuencia de la presunción de inocencia, la cual se mantienen incólume durante el proceso, hasta el momento en que adquiera firmeza la sentencia condenatoria. La teoría del caso permite a las partes diseñar su hipótesis respecto a los hechos, recolectar elementos de convicción de cargo y de descargo, filtrar los medios probatorios a través de criterios de utilidad, pertinencia, conducencia y legalidad, y sustentar eficazmente su posición a través de la actuación probatoria. Esta última labor está orientada a persuadir al juez acerca de la posición legal que se defiende y que facilita la labor judicial, en tanto sea correctamente desarrollada.

La teoría del caso en el proceso penal es útil por lo siguiente:

- Resulta de vital importancia para toda la tramitación del proceso y no solo para el juicio oral.
- Permite pensar organizadamente el caso y monitorear cada etapa del proceso.
- Permite realizar un análisis estratégico y programático del caso, según la perspectiva que toque desempeñar.
- Permite trazar el programa metodológico de la investigación sobre la base de las hipótesis elaboradas.
- Permite identificar los hechos relevantes del caso.
- Permite ordenar y clasificar la información del caso.

- Permite realizar un juicio de tipicidad y adecuar los hechos al tipo penal.
- Permite fijar el objetivo específico para que tanto el fiscal como el defensor puedan disponer o solicitar los actos de investigación.
- Permite determinar los resultados que se esperan lograr en la investigación y determinar los escenarios posibles a la conclusión de esta.
- Permite seleccionar los elementos de convicción relevantes, tanto de cargo como de descargo.
- Permite detectar las debilidades propias y de la contraparte.
- Permite adoptar, mejorar o desechar estrategias de defensa.
- Permite sustentar eficazmente los requerimientos fiscales de búsqueda de prueba, medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas ante el juez de investigación preparatoria. En tanto que a la defensa le permitirán oponerse, contradecir o apelar de modo eficaz.
- Permite realizar un adecuado filtro de los elementos de convicción y excluir los que puedan resultar sobreabundantes, impertinentes, inútiles, inconducentes o ilegales.
- Permite planear y organizar el alegato de apertura en el juicio oral. Es en el alegato de apertura donde se presenta de manera resumida la teoría del caso, exponiéndose brevemente la narración de los hechos, la base normativa y las pruebas que se practicarán en el juicio para demostrar la tesis.
- Permite organizar la presentación de la prueba en la forma que resulte más conveniente para cada parte, a fin de demostrar su teoría.
- Permite establecer el orden en que los testigos y peritos serán presentados. También permite organizar la secuencia temática del examen de testigos y peritos, así como el contraexamen respectivo.

- Permite actuar adecuadamente la prueba material y la prueba documental admitida.
- Permite preparar el alegato de cierre, con el que se da por culminando el debate oral. En este momento, las partes expondrán sus conclusiones respecto a si el debate probatorio permitió acreditar o no la tesis acusatoria.

Todo este cúmulo de actividades se realizará dentro de un trámite dotado de un conjunto de principios y garantías procesales tendientes a resolver de manera justa, pronta, fundamentada y definitiva el conflicto derivado del delito, aplicándose la ley penal a los responsables y reparándose integralmente a la víctima, o, de ser el caso, sobreseyéndose la causa o absolviendo al acusado. En dicho proceso se imponen nuevas exigencias para los sujetos procesales: el necesario y difícil cambio de mentalidad, la búsqueda de la verdad a través de mecanismos que respeten los derechos fundamentales del imputado, la aceptación de los mecanismos de negociación para la solución del conflicto, asimilar la teoría del caso como una herramienta metodológica útil y la capacitación en las técnicas de litigación oral penal, entre otras.

II. EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS, LA ELABORACIÓN DE LA HIPÓTESIS INICIAL Y LA RUTA DE LA INVESTIGACIÓN

1. El conocimiento de los hechos

1.1. La *notitia criminis*, las proposiciones fácticas y la sospecha razonable

En materia penal, la intervención de la fiscalía y/o de la policía para investigar la presunta comisión de un hecho punible se da a raíz de la sospecha razonable, que fluye de la denuncia de parte o del contenido de la noticia criminal presenciada de oficio por las autoridades de la investigación¹⁴. La noticia criminal puede contener o consistir en un

14 Art. 329.- Formas de iniciar la investigación

1. El fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sos-

presunto hecho de apariencia delictiva y constituye el primer medio para tomar conocimiento de un hecho que podría configurar un delito.

A partir de la noticia criminal, el fiscal tiene la primera aproximación al conocimiento de los hechos, lo que le permitirá —como primer filtro— determinar si guarda coherencia y si se este hecho puede subsumirse en determinado tipo penal. No le es exigible que a ese nivel tenga identificado al presunto autor o cómplice, ni que se cuenten con elementos probatorios que sustenten el contenido de la denuncia.

Este primer acercamiento a los hechos le permite al fiscal hacer una primera y provisional calificación jurídica de estos, formular hipótesis acerca de los hechos y, con base en ello, disponer los actos de investigación urgentes e inaplazables que debe de llevar a cabo, a fin de alcanzar fines específicos: obtener una sospecha reveladora de la ocurrencia del hecho delictivo, identificar a un sospechoso que habría participado en su comisión y verificar que la acción penal se encuentra vigente¹⁵.

En las diligencias preliminares, el método de la teoría del caso permite al fiscal organizar la información relevante a fin de realizar actos de investigación con el propósito de esclarecer los hechos, sea para consolidar la hipótesis inicial, en cuyo caso la estrategia estará encaminada a construir una imputación concreta, sea para disponer el archivamiento, en caso de que los resultados de los actos de indagación no logren corroborar la ocurrencia del hecho, no se logre identificar o

pecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes.

2. La inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública.

15 Art. 330.- Diligencias preliminares
[...]

2. Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente.

justificar indiciariamente al presunto autor o se verifique que la acción penal prescribió.

En suma, la teoría del caso le permite al fiscal ordenar la información de relevancia jurídico penal, a fin de que elabore enunciados fácticos acerca del hecho punible, esto es, realizar una hipótesis inicial y provisional de trabajo que guiará los actos de indagación que ordene. La identificación de los hechos relevantes permitirá al fiscal la elaboración de proposiciones o enunciados fácticos que sustenten la hipótesis de trabajo, sobre la que se diseña una estrategia de investigación y se programan los actos de investigación.

Respecto al nivel de sospecha que requiere el fiscal, las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú, mediante la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, establecieron lo siguiente:

[P]ara la emisión de la disposición de diligencias preliminares solo se requiere sospecha inicial simple, para '[...] determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión [...], y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente' (art. 330, apartado 2, del CPP). [...] La sospecha inicial simple —el grado menos intensivo de la sospecha— requiere, por parte del fiscal, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos —solo con cierto nivel de delimitación— y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito [...] Se requiere de indicios procedimentales o fácticos relativos —aunque con cierto nivel de delimitación—, sin los cuales no puede fundarse sospecha alguna —esto último, por cierto, no es lo mismo que prueba indiciaria o por indicios, objeto de la sentencia—. [...] Corresponde al fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso con plena observancia del principio de legalidad, como preceptúa el art. 65, apartados 4 y 5, del CPP. Las diligencias preliminares de investigación, en esta perspectiva, tienen como objetivo determinar si [el fiscal] debe formalizar la investigación preparatoria (art. 330, apartado 1, del CPP) y persiguen '[...] realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto

de conocimiento y su delictuosidad [...], individualizar a las personas involucradas en su comisión [...]’(art. 330, apartado 2, del CPP)¹⁶.

Por consiguiente, una vez que el fiscal adquiere conocimiento de los hechos a través de la noticia criminal, empieza la labor de construcción de su teoría del caso.

2. El diseño de la estrategia de investigación

2.1. El diseño del programa de los actos urgentes e inaplazables en las diligencias preliminares y la construcción de la teoría del caso

Tal como hemos señalado líneas atrás, una vez que el fiscal tiene conocimiento de la comisión de un hecho que reviste características de delito, inicia los actos de investigación y requiere la intervención policial o realiza por sí mismo las diligencias preliminares. Las diligencias preliminares constituyen actos preprocesales, se desarrollan antes del inicio del proceso penal y tienen por finalidad: i) determinar el carácter delictuoso del hecho investigado —este carácter delictuoso se evalúa objetivamente a partir de los elementos de convicción que son producto o resultado de la realización de los actos de investigación urgentes e inaplazables desarrollados—; ii) individualizar a los presuntos autores y a los agraviados —esto es, identificar a un sospechoso que pueda ser sujeto de una imputación concreta—, y iii) verificar que la acción penal pública no haya prescrito. El alcance de estas finalidades permitirá al fiscal decidir si emite una disposición de archivo definitivo, reserva provisionalmente la investigación, aplica el principio de oportunidad, formula acusación directa o si formaliza y continúa la investigación preparatoria.

Con base en el conocimiento de los hechos, el fiscal procede a identificar aquellos que tienen relevancia jurídico-penal y elabora las

16 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, (ponente: Sr. juez HINOSTROZA PARIACHI), *Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433*, Lima: 11 de octubre del 2017.

proposiciones o enunciados fácticos sobre los cuales diseña la hipótesis acerca de lo que habría ocurrido y su estrategia de investigación, con ello determina los actos de investigación pertinentes y útiles, y dispone de su programación. La estrategia que el fiscal elige para el caso en concreto depende del tipo de caso que considera enfrentar, lo que está supeditado a las circunstancias mismas del hecho y, a su vez, determina el tipo de actividad de investigación que realizará, las medidas que podrá requerir al juez y el plazo con el que cuenta.

Según la legislación procesal penal contamos con casos comunes, en los que las diligencias preliminares pueden durar hasta sesenta días o, dependiendo de las circunstancias especiales, el fiscal puede fijar otro plazo distinto¹⁷, que, según la Cas. N.º 2-2008 La Libertad, de 3 de junio del 2008, puede durar como máximo ciento veinte días naturales¹⁸. Asimismo, el Código Adjetivo contempla los casos complejos¹⁹. Respecto

17 Art. 334.2.- Calificación

[...]

2. El plazo de las diligencias preliminares, conforme al art. 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación [...].

18 La Cas. N.º 2-2008 La Libertad señala: “[L]a fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulado en el art. trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal” (f. j. n.º 12).

19 Art. 342.- Plazo

[...]

2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la investigación preparatoria.

3. Corresponde al fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) invo-

a estos, en vía de desarrollo jurisprudencial, mediante la Cas. N.º 144-2012 Áncash, de 11 de julio del 2013, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema determinó:

[T]ratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses; considerándose proceso complejo, cuando: a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprensa la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

Por último, se regulan los casos de crimen organizado, respecto de los cuales la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, mediante Cas. N.º 599-2018 Lima, de 11 de octubre del 2018, estableció:

Siguiendo las líneas interpretativas en las sentencias casatorias número dos-dos mil ocho-La Libertad y número ciento cuarenta y cuatro-dos mil doce-Áncash respecto a considerar como baremo el plazo máximo fijado en la investigación preparatoria; en el marco de una investigación a una organización criminal, el plazo máximo de las diligencias preliminares no debe superar los treinta y seis meses.

Así, tenemos que no es lo mismo investigar un caso común que un caso complejo o uno de crimen organizado. Por tanto, las estrategias de investigación dependerán de los datos y peculiaridades que se presenten en cada caso concreto, los que permitirán al fiscal determinar la forma en que procederá a indagar los hechos, seleccionar cuáles son los actos urgentes e inaplazables, los riesgos del caso, las dificultades de la

lucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

realización de los actos de investigación, identificar los elementos que requieren de búsquedas autorizadas por el juez, el plazo que requerirá, etc. En este momento, el fiscal inicia la construcción de su teoría del caso, basado en su hipótesis inicial.

Finalmente, siguiendo a ORÉ GUARDIA, tenemos que, culminadas las diligencias preliminares, el fiscal optará por alguna de las siguientes alternativas:

- i) Si considera que los hechos no constituyen delito, no son justificables penalmente, o existen causas de extinción, declarará que no hay mérito para formalizar investigación preparatoria y ordena el archivamiento. En este caso el denunciante puede acudir al fiscal superior.
- ii) Si el hecho fuese delictuoso y la acción penal no ha prescrito, pero falta la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la policía.
- iii) Si hay indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción no ha prescrito, que se ha individualizado al autor, y que —si fuera el caso— se ha satisfecho el requisito de procedibilidad, dispondrá la formalización de la investigación preparatoria.
- iv) Si considera que existen suficientes elementos que acreditan la comisión del delito y la participación del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación²⁰.

2.2. La estrategia de defensa en las diligencias preliminares

En este punto corresponde analizar la perspectiva de la defensa en las diligencias preliminares. El abogado del ciudadano investigado tiene a su cargo una labor de estudio dedicado y un análisis minucioso que le permita planificar, proyectar y dirigir sus acciones con un fin determinado. El defensor —a diferencia del fiscal— no siempre toma conocimiento apenas acontecido el presunto hecho delictivo. Puede que sea contratado en momento cercano al suceso o a la detención del ciudadano sospechoso, pero también puede que asuma el caso con mu-

20 ORÉ GUARDIA, Arsenio, *El Ministerio Fiscal. Director de la investigación en el nuevo Código Procesal Penal del Perú*, Madrid: Ministerio de Justicia – UNED, 2005, p. 9.

cha posterioridad o lo tome en subrogación de un colega que intervino con anterioridad. En todos los supuestos, el abogado debe de realizar un análisis previo del caso, con la documentación o los datos que tenga a la mano, a fin de evaluar con profesionalismo si acepta representar o no al ciudadano.

En el contexto de las diligencias preliminares, el defensor debe estudiar el caso y, a partir de los datos que encuentre, podrá construir diversas opciones o hipótesis de defensa, pues no siempre la defensa más efectiva es aquella que busca explicar o cuestionar el fondo del tema, sino que encuentra una salida legal que se fundamenta en la forma, en una infracción procedimental trascendente o en un vicio absoluto. La defensa debe de planificar su intervención y acciones legales, las cuales en buena parte dependen de los actos dispuestos por la fiscalía. Asimismo, debe prever el desarrollo de la investigación, anticipándose a lo que podría ocurrir, supervisando la labor de las autoridades encargadas, orientando a su cliente acerca de las posibilidades o probabilidades y procurando brindar la opción de defensa que mejor resguarde sus derechos e intereses.

Desde el punto de vista del defensor, el diseño de la estrategia o programa de trabajo requiere: conocimiento completo del hecho materia de investigación; capacitación y/o especialización dogmática y procesal vinculados a la materia; conocimiento de los actos de investigación ordenados, realizados y sus respectivos resultados; ofrecimiento de los elementos de convicción de descargo que haya conseguido y/o solicitado a la fiscalía de actos de investigación orientados a recabar elementos de descargo; mantenerse informado acerca del estado y avance de la investigación; entre otras características que evidencian un trabajo serio y no improvisado.

2.3. La tutela de derechos como mecanismo residual para la defensa

Es en ese contexto que la defensa, tras una evaluación formal, puede verificar vicios en el procedimiento de investigación que se encuentran

previstos en el nuevo CPP, tales como la tutela de derechos, regulada en el art. 71 del citado cuerpo normativo:

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.
2. Los jueces, los fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:
 - a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
 - b) designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
 - c) ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor;
 - d) abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;
 - e) que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley; y
 - f) ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.
3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.
4. Cuando el imputado considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados,

o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

Tal dispositivo legal nos presenta a la tutela de derechos como un innovador mecanismo procesal de carácter residual, exclusivo del imputado o su defensor, oponible a las actuaciones desarrolladas por la policía o la fiscalía en las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria, por medio de la cual se solicita al juez el cese de los actos funcionales que infringen los derechos protegidos y su inmediata reparación.

En el AP N.º 4-2010, de 16 de noviembre del 2010, las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia desarrollaron el concepto y alcances de la tutela de derechos:

11. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el juez de la investigación preparatoria se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el art. 71 del nuevo CPP, responsabilizando al fiscal o a la policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva —que ponga fin al agravio— reparadora —que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión— o protectora.

12. Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en

el nuevo CPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción —ya consumada— de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de hábeas corpus. (ALVA FLORIÁN, César A., *La tutela de derechos en el Código Procesal Penal de 2004*, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 13).

13. Dicho de otro modo, la tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el juez de la investigación preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el nuevo CPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (arts. 334.1 y 343.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (art. 231.3). Por ello, no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado. (RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, *Ponencia presentada para la audiencia pública del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema*). En esta misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues para este efecto rige lo dispuesto en el art. 337.4 del nuevo CPP.

14. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar

a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el art. 71, numerales del 1 al 3 del nuevo CPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el nuevo CPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (arts. 334.1 y 343.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (art. 23.3). Por ello, no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado.

15. Siendo ello así, el juez de la investigación preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

16. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el art. 71 nuevo CPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en

conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

[...]

Hasta ahí, la Corte Suprema explicó los alcances de la tutela de derechos orientada a cuestionar los actos funcionales de la policía o de la fiscalía que infringían u omitían los derechos regulados en el art. 71 del nuevo CPP y su objetivo reparador. No obstante, en este mismo acuerdo plenario se amplió el ámbito de procedencia a la tutela de derechos, al establecer que sería el medio idóneo para cuestionar la obtención e incorporación de elementos de convicción a través de actos de investigación o diligencias que afectan gravemente los derechos fundamentales del imputado. De tal modo, en el f. j. n.º 17, se indica:

Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente —en los casos en que esta sea la base de sucesivas medidas o diligencias— siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el art. 71 del nuevo CPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba —axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona— que se encuentra establecido en el art. VIII del título preliminar del nuevo CPP y de la utilización de la prueba —regulado en el art. 159 del acotado Código— que establece que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección [...].

Posteriormente, mediante el AP N.° 2-2012, de 26 de marzo del 2012, las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, con criterio garantista, determinaron que la tutela de derechos también resulta procedente para cuestionar —un ámbito que carecía de vía de reclamo propio en el proceso penal— la imputación genérica, vaga o gaseosa. Así, se estableció:

Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado art. 71 del nuevo CPP. Uno de ellos es el conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (art. 71.2.a). Debe entenderse por “cargos penales”, aquella relación o cuadro de hechos —acontecimiento histórico—, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, *prima facie*, justifican la inculpación formal del Ministerio Público.

El art. 336.2.b del nuevo CPP, sobre este extremo, fija como contenido de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria —en adelante, DFCIP—, “los hechos y la tipificación específica correspondiente. El fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación”.

7. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos —que no de su justificación indiciaria procedimental—, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el fiscal, debe ser compatible —cumplidos todos los presupuestos procesales— con el grado de sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal —es decir, que impulse el procedimiento de investigación—. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible —presupuesto jurídico material— atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.

Lo expuesto explica que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria —o, mejor dicho, “delimitación progresiva del posible objeto procesal”— y que el nivel de precisión del mismo —relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por

la Fiscalía— tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta y, por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC N.º 4726-2008-PHC/TC, del 19 de marzo del 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad.

8. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público —distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales— (verbigracia: art. 15.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal).

Bastaría, en principio, la mera afirmación por el fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal —el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional—. Solo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP. Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el nuevo CPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional —el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: art. 6.1.b del nuevo CPP—.

9. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular la DFCIP, puesto que se trata de un presupuesto procesal —bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC N.º 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero del 2010) —, cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por concluida la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino “sospecha suficiente” —se ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada—, plenamente controlable en este caso (*vid.* arts. 344.1, 346.1, 350.1.a y 352.2 y 4 del nuevo CPP).

Así las cosas, se entiende que el párrafo 14 del Acuerdo Plenario N.º 4-2010 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de “residual”, a los derechos taxativamente enumerados en el art. 71 del nuevo CPP, y que el párrafo 18 fije como criterio base la irrecurribilidad de la DFCIP.

10. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el art. ix del título preliminar del nuevo CPP, incluye, aparte de los llamados “derechos instrumentales” (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados ‘derechos sustanciales’, que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (art. 72.2.a del nuevo CPP), requiere inexorablemente que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (*vid.* art. 342.1 del nuevo CPP) tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar.

Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación (*vid.* art. 139.14 de la Constitución), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad.

Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el nuevo CPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos —este derecho de modo amplio lo reconoce el art. 71.1 del nuevo CPP—.

11. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquel —que se erige en requisito de admisibilidad—, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.

En este caso la función del juez de la investigación preparatoria —ante el incumplimiento notorio u ostensible por el fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales— sería exclusiva y limitadamente correctora —disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes—. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación.

[...]

En conclusión, una defensa debe tener claro que, en el decurso de la investigación penal, es perfectamente posible que las autoridades que intervienen —policía o fiscalía— ejerciendo la función persecutora del delito incurran en omisiones funcionales o actos desproporcionados, abusivos o ilegales, por lo que dicha función estatal no es en modo alguno incuestionable y, por tanto, puede ser objeto de cuestionamiento y control judicial, a instancias del afectado (imputado) o de su defensor. En ese contexto, la legislación nacional ha incorporado a la tutela de derecho como una garantía o mecanismo procesal que resulta procedente para reclamar la reparación del derecho afectado (art. 71 del nuevo CPP), la exclusión de material probatorio ilícito (AP N.° 4-2010) o la subsanación de la disposición de formalización de la investigación preparatoria (AP N.° 2-2012), según el supuesto que se trate.

En la práctica se han suscitado diversos casos de indebida afectación de derechos fundamentales del ciudadano sospechoso en el decurso de la investigación. Supuestos como disposiciones de apertura de investigación sin un mínimo de narración fáctica que configuren una sindicación que pueda ser entendida por el denunciado, lo que imposibilita su derecho de defensa; la apertura de nuevas diligencias preliminares, en carpeta fiscal aparte, contra la misma persona y el mismo hecho que fueron, respectivamente, sujeto y objeto de una investigación preparatoria anterior en la que al fiscal no le alcanzó el plazo; la negativa a permitirle a la defensa acceder a los actuados policiales o a la carpeta fiscal, o dilatar indebidamente la entrega de las copias necesarias para

el estudio del caso; el acta de intervención policial en un operativo de presunto cohecho pasivo, que carece de actas previas de prueba del reactivo para los billetes, acta de registro de billetes, acta de impregnación del reactivo en los billetes y acta de entrega al denunciante; el acta de detención y el acta de lectura de derechos del detenido, no firmadas por el ciudadano porque en la intervención la autoridad policial no cumplió con explicarle sus derechos y, por el contrario, le formuló preguntas amenazantes e irónicas, filmándolo y exponiéndolo a una ilegal rueda de prensa; la denigrante denominación que un fiscal asigna a un caso como “los malditos de...”, “los miserables de...”, “el monstruo de...”, “los gánster de...”, en claro ánimo de mediatizar la investigación y atentar contra el derecho a la dignidad, a la imagen y al derecho de presunción de inocencia; entre otros muchos casos, que, lamentablemente, son una constante en nuestra realidad y que trabajos de investigación académica como el presente y labor de litigio de las defensas están orientados a frenar, a través de la obtención de pronunciamientos judiciales emitidos por jueces imparciales. La defensa, pues, desde esta subfase de la investigación construye y emplea su incipiente teoría del caso.

2.4. La formalización de la investigación preparatoria, la sospecha reveladora y la consolidación o descarte de la teoría del caso

El nuevo Código Procesal Penal regula los supuestos que motivan las decisiones del fiscal para archivar un caso o para formalizar la investigación preparatoria. Así, del art. 334.1 del citado cuerpo normativo se desprende que, al calificar la denuncia —esto es, al tomar conocimiento de los hechos— o después de haberse llevado a cabo los actos urgentes e inaplazables de investigación en la subetapa de diligencias preliminares, el fiscal emitirá disposición de no haber lugar a formalizar y continuar con la investigación preparatoria y ordenará su archivo definitivo²¹, si considera que i) el hecho denunciado no constituye delito (atipicidad), ii) no es justiciable penalmente (configuran actos sin relevancia penal,

21 Esta disposición puede ser impugnada, de conformidad con el art. 334.5 del nuevo CPP.

existe excusa absolutoria, no hay condiciones objetivas de punibilidad, etc.) o iii) se presentan causas de extinción previstas en la ley (muerte del imputado, prescripción de la acción penal, amnistía, cosa juzgada, etc.). En circunstancias contrarias —indica el art. 336.1—, cuando el fiscal aprecie que de la denuncia del informe policial o de los actos urgentes e inaplazables desarrollados en las diligencias preliminares i) fluyen *indicios reveladores* de la existencia del delito, ii) se verifica que la acción penal no ha prescrito y se encuentra vigente, iii) se ha individualizado a un sospechoso contra quien puede plantearse una imputación (hipotética, concreta, pero no acabada aún) y iv) que se han cumplido con los requisitos de procedibilidad que el caso exija, emitirá una disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria²² y se la comunicará al juez.

Entonces, la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria importa, en primer lugar, el ejercicio de la acción penal pública, a través de una imputación concreta —no acabada aún— pero que cumple con el estándar mínimo del principio de imputación necesaria en garantía del derecho de defensa, la cual al ser comunicada al juez da inicio al proceso judicial penal y determina la relación jurídico-procesal; en segundo lugar, la suspensión del cómputo del plazo de prescripción; en tercer lugar, el cese de la legitimidad del fiscal para archivar su caso, toda vez que, al iniciarse el proceso judicial, el único que puede cerrarlo —en caso de verificarse más adelante que no se tiene un caso— es el órgano jurisdiccional, en atención a un pedido de sobreseimiento; en cuarto lugar, significa que el fiscal —con base en los elementos de convicción reveladores que halló en las diligencias preliminares— proseguirá realizando actos de búsqueda a fin de obtener al final de la investigación preparatoria elementos de convicción suficientes que le permitan sustentar su requerimiento acusatorio o, de lo contrario, solicitar el sobreseimiento.

22 Esta disposición es inimpugnable y solo puede ser cuestionada por la generalidad en la imputación, vía tutela de derechos, de conformidad con el AP N.º 4-2010.

En esta subfase de investigación preparatoria formalizada, el fiscal continúa siendo el director y responsable de la investigación solo que, en el contexto del proceso judicial, el juez de investigación preparatoria es otro actor procesal de relevancia y tiene entre sus funciones: controlar la legalidad y el respeto de los derechos del imputado durante los actos de investigación que realice el fiscal; evaluar y pronunciarse acerca de los pedidos formulados por las partes (medidas coercitivas personales y reales, cesación de medidas coercitivas, medidas restrictivas de derechos, autorización para actos de búsqueda de prueba, actuación de prueba anticipada, entre otras); determinar la relación jurídica procesal, y decidir sobre la incorporación del actor civil y de la persona jurídica. En ese sentido, se requiere que el juez de investigación preparatoria sea imparcial, por ello, este debe rechazar toda actitud funcional que deforme su rol como si se tratase de un colaborador del fiscal encargado de convalidar sus actuaciones ilegales o indebidas en la investigación; o que pretenda impulsar el procesamiento a toda costa sin observar los vicios de la investigación o la ausencia del estándar de sospecha que se exige para el paso a las siguientes etapas; o que haga un *copy-paste* del requerimiento fiscal sin evaluación alguna y sin considerar la oposición de la defensa; o que dicte medidas coercitivas para dar una “buena imagen” al público o ceder a la presión social o mediática o para librarse de ser sometido a un procedimiento disciplinario. El perfil y las decisiones previas del juez de investigación preparatoria constituyen datos importantes que se tienen que considerar cuando se enfrenta la investigación preparatoria y, en específico, cuando se someten a debate en audiencia los requerimientos fiscales o solicitudes de la defensa.

La investigación preparatoria formalizada “consiste en realizar las diligencias de investigación que el fiscal considere pertinentes y útiles al esclarecimiento del hecho delictivo, dentro de los límites de la ley. En tal sentido, el Código establece que las diligencias preliminares forman parte de esta etapa del proceso común y, por consiguiente, no podrán repetirse una vez formalizada la investigación; esto no quiere decir que las mismas no puedan ser ampliadas, lo cual es procedente siempre y

cuando resultase indispensable”²³. Asimismo, conforme al art. 321 del nuevo CPP, la finalidad de la investigación preparatoria es recabar 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 defensa²⁴.

La labor de investigación va ligada al principio de objetividad que rige la función fiscal, al de presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho a la prueba. De modo tal que debemos de entender a la investigación preparatoria —en general, al incluir a las dos subetapas (diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada)— como el contexto en que, primero, el fiscal —según una estrategia trazada y actos programados— recaba, recolecta o reúne todos los elementos de convicción que resulten de la práctica de las diligencias, se traten de elementos de cargo (que apuntan a corroborar el hecho delictivo y/o la vinculación del investigado en su comisión) o de descargo (que desvirtúan la delictuosidad del hecho o desvinculan al investigado de la comisión del hecho o justifican su actuación); segundo, que el fiscal realice —directamente o por encargo a la policía— actos de investigación pertinentes (referidos al caso) y útiles (que sirvan para los fines de la indagación) siguiendo los procedimientos legales; acuda al juez de investigación preparatoria cuando se trate de actos de búsqueda de prueba que requieran autorización judicial, conforme a ley; y acceda a incorporar a la carpeta fiscal, los elementos de convicción de descargo que ofrezca la defensa y/o practique las diligencias orientadas a recabarlos que solicite la defensa, en tanto sean pertinentes y útiles, no

23 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, *La reforma procesal penal en cifras. Una nueva visión de justicia*, año I, n.º 1, Trujillo: Comisión de Seguimiento del NCPP de La Libertad, 2010, p. 96.

24 Art. 321.- Finalidad

1. 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. Tiene por finalidad determinar si la conducta inculpada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

maliciosos ni dilatorios; y tercero, el fiscal practica todos los actos de investigación y recolecta sus resultados (elementos de convicción) no solo para cumplir una mera formalidad, sino porque estos constituyen los elementos objetivos que debe de merituar o evaluar con prudencia, pues será tras dicho análisis que determinará si tiene una causa probable o no, en cuyo caso acusará o solicitará el sobreseimiento ante el juez. Por tanto, debemos de rechazar los requerimientos acusatorios que se elaboran y concluyen antes de la realización de los actos de investigación solicitados por la defensa para recabar elementos de descargo, toda vez que, en ese supuesto, se relegaría la labor de la defensa a ser meramente simbólica e inútil, y se convertirían a las diligencias en actos inexistentes, pues la actuación fiscal revelaría que su acusación obedece a un plan preconcebido y que el análisis de los recaudos de la investigación fue inexistente, todo ello en flagrante violación del principio de objetividad, de los derechos de defensa y del derecho a la prueba.

En suma, en esta etapa procesal, la teoría del caso —tanto de la fiscalía, como de la defensa— dependerá de las hipótesis iniciales y de la estrategia que fijaron, y en la medida en que la investigación avance, de los resultados de los actos de investigación, pues será el sentido de los elementos de convicción el que determinará si se corrobora la hipótesis inculpativa o se descarta a favor del investigado. Sobre la base de la función persecutora y la carga de la prueba, el Ministerio Público a efectos de emitir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria requiere haber conseguido elementos de convicción reveladores en las diligencias preliminares.

Al respecto, la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, de 11 de octubre del 2017, establece en su f. j. n.º 23 lo siguiente:

[P]ara la expedición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria se necesita sospecha reveladora, esto es ‘...indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad...’ (art. 336, apartado 1 del CPP) [...].

Y en su f. j. n.º 24 indica:

[L]a sospecha reveladora para la disposición de formalización de la investigación preparatoria —el grado intermedio de la sospecha—, en cuanto imputación formal de carácter provisional, consiste en la existencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta de lavado de activos, mediante la presencia de elementos de convicción con determinado nivel, medio, de acreditación —los elementos de prueba, como se sabe, son los que se utilizan para la construcción de la sentencia— para incoar un proceso penal en forma y, en su día, servir de presupuesto necesario para la acusación y la apertura del juicio oral —en este supuesto la investigación arroja mayor claridad sobre los hechos objeto de averiguación—. Los hechos para la dilucidación, en el momento procesal oportuno, de la acusación solo podrán determinarse en su extensión y necesaria explicitación hasta el término de la investigación preparatoria [...].

De otro lado, al final de la investigación preparatoria formalizada, a efectos de formular requerimiento acusatorio, la fiscalía necesita haber recabado elementos de convicción suficientes, que le generen sospecha suficiente y causa probable.

2.5. El ejercicio de la acción penal pública a cargo de la fiscalía y los medios técnicos de defensa como herramientas del defensor

En este punto, desde la etapa de investigación preparatoria, abordaremos los mecanismos que quedan expeditos para la defensa, una vez que se da por comunicada la formalización de la investigación preparatoria y a través de los cuales se apunta a detener el procesamiento penal y reconducirlo o extinguirlo. No obstante, antes de tratar sobre la aplicación de la teoría del caso desde la perspectiva de la defensa, en el contexto de la deducción de medios técnicos de defensa, resulta sumamente necesario sentar las bases de lo que será objeto de cuestionamiento: la acción penal.

Podemos definir la acción penal desde dos ámbitos. El primero nos permite entender a la acción penal como una facultad que la ley confiere

a determinado sujeto (Ministerio Público o víctima) para legitimarlo a incoar el proceso judicial penal. El segundo ámbito nos permite definir a la acción penal como una obligación-deber del Estado para, a través del proceso judicial penal, resolver un conflicto de relevancia penal surgido a raíz de la presunta comisión de un hecho delictivo y determinar si la persona acusada es responsable o inocente²⁵.

Entonces, la acción penal es de naturaleza pública, por cuanto es el Estado quien —de manera exclusiva— administra la justicia mediante el proceso penal como instrumento. La función de administración de la justicia penal abarca desde la persecución fiscal del delito, pasa por la decisora judicial sobre el fondo y culmina con la ejecución de la sanción penal. En ese sentido, la acción penal se dirige al órgano jurisdiccional con la finalidad de activar el proceso judicial penal, en búsqueda de una solución definitiva a un determinado conflicto surgido por la comisión de un hecho punible.

Por tanto, la naturaleza pública de la acción penal se define porque está dirigida al Estado en búsqueda de un pronunciamiento definitivo, no obstante, su ejercicio puede ser privado y público. El ejercicio de la acción es de carácter privado cuando la ley legitima exclusivamente a la persona directamente ofendida por el hecho punible a dirigirse al órgano jurisdiccional e incoar el proceso judicial. Los delitos de persecución privada (violación a la intimidad, lesiones leves, injuria, difamación y calumnia) se tramitan por un proceso especial (arts. 459 al 467 del nuevo CPP). En tanto que el ejercicio de la acción penal es de carácter público cuando la ejerce el Ministerio Público, se tramita bajo las reglas del proceso penal común, se trata de casos comunes, complejos o de crimen organizado, y se presenta esencialmente en dos momentos del

25 Desde la doctrina nacional, ROSAS YATACO la define “como la potestad jurídica persecutoria contra la persona física que infrinja la norma jurídica penal consiguiéndose de esta manera promover o provocar la actividad del órgano jurisdiccional para descubrir al autor o partícipe del delito o falta que se imputa y aplicar la ley penal con una sanción responsable, así como lograr el resarcimiento de los daños ocasionados por la comisión del delito”. ROSAS YATACO, Jorge, *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Grijley, p.145.

proceso: i) cuando el fiscal presenta la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria ante el juez y da inicio al proceso judicial con una imputación concreta pero no acabada; y ii) cuando el fiscal presenta su requerimiento acusatorio ante el juez, en la etapa intermedia, y solicita que el caso pase a juicio oral, con una imputación acabada.

Dicho esto, frente al poder punitivo estatal —activado con el ejercicio de la acción penal— el imputado cuenta con ciertas herramientas legales para enfrentar la acción ejercida en su contra. Al respecto, VÁZQUEZ ROSSI afirma que, “ante el derecho de acción, aparece el derecho procesal de contradicción, que, para muchos, es de idéntica naturaleza que la acción o, si se prefiere, un desdoblamiento de la misma”²⁶. En ese sentido, DEVIS ECHANDÍA señala: “El derecho de contradicción, lo mismo que de la acción, pertenece a toda persona por el solo hecho de ser demandada, o de resultar imputada o sindicada en un proceso penal, y se identifica con el derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante o de la imputación que se le hace en el proceso penal”²⁷.

Por tanto, a diferencia del acusador, que postula la comisión de una conducta delictiva y pide una sanción, el imputado tiene el derecho de negar la responsabilidad penal que se le atribuye, aportar sus medios probatorios para demostrar su inocencia (a pesar de que esta se presume) y, además, puede deducir una serie de cuestionamientos formales al ejercicio de la acción penal (cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones), con el fin de suspender o anular el proceso judicial. Lo dicho dependerá de la estrategia de defensa que convenga al imputado.

En la búsqueda de una definición adecuada de los medios técnicos de defensa se encuentra la explicación de PEÑA CABRERA:

26 VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *La defensa penal*, 3.^a ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 177.

27 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*, t. I, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, p. 221.

[Es] un instituto de naturaleza procesal que se refiere a determinados presupuestos procesales y a requisitos intrínsecos de la acción. [...] el imputado en razón del derecho irrestricto de defensa que le asiste [...] está facultado a contradecir la acción, sea por un defecto de procedibilidad, sea porque el hecho imputado no constituye delito o en virtud de que la acción ya ha prescrito; este derecho de contradicción tiene por objeto impedir el nacimiento de una relación jurídico procesal inválida. Son *per se* obstáculos procesales que se dirigen a declarar la inobservancia de requisitos formales y de fondo, en determinados casos dilatando la sustanciación del proceso penal y en otros casos evitando su pronunciamiento sobre el fondo²⁸.

Por tanto, entendemos a los medios técnicos de defensa como un conjunto de mecanismos formales que permiten al imputado cuestionar —desde la formalización de la investigación preparatoria hasta la etapa intermedia— la legalidad de la instauración del proceso penal, en atención a defectos de procedibilidad —a través de la cuestión previa, la cuestión extrajudicial y las excepciones—, a fin de detener el procesamiento o para extinguirlo. En las siguientes líneas, comentaremos puntualmente acerca de los medios técnicos de defensa que contempla nuestra normativa (arts. 4, 5 y 6 del nuevo CPP).

2.5.1. La cuestión previa

Respecto a la cuestión previa²⁹, SAN MARTÍN CASTRO refiere:

Es un requisito procesal que debe ser satisfecho a cabalidad, con toda regularidad, antes de pasar a ejercitar la acción penal. Procede cuando no concurre o se omite un requisito de procedibilidad explícitamente

28 PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO RAÚL, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Rhodas, 2007, pp. 177 y 178.

29 Artículo 4.- Cuestión previa

1. La cuestión previa procede cuando el fiscal decide continuar con la investigación preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la ley. Si el órgano jurisdiccional la declara fundada se anulará lo actuado.

2. La investigación preparatoria podrá reiniciarse luego que el requisito omitido sea satisfecho.

previsto en la ley [...] constituye un obstáculo al inicio del proceso penal, a su promoción. Como tal, controla el debido cumplimiento de las condiciones, legalmente previstas, para una correcta iniciación del proceso penal. Si la persecución resulta inadmisibile, debe rechazarse la inculpación formal o la querella sin examinar el objeto procesal y sin dictar sobre él un fallo condenatorio o absolutorio³⁰.

La cuestión previa es un medio de defensa que se deduce cuando falta algún elemento o requisito de procedibilidad, los que se definen como aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover la acción penal. En palabras de MIXÁN MASS, “lo esencial del deber de cumplir con los requisitos de procedibilidad radica en haberlos cumplido antes de ejercitar la acción penal”³¹. Para PEÑA CABRERA, la cuestión previa es un “medio de defensa instrumental con [el] que cuenta el imputado, que ataca la acción penal en virtud de no haberse satisfecho previamente con un requisito de procedibilidad con el objeto medular que la acción penal sea válidamente instruida”³².

En suma, podemos definir la cuestión previa como un requisito procesal extraño a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal y, por consiguiente, como un medio de defensa orientado a detener, frenar o suspender la instauración del proceso penal, ante el indebido ejercicio de la acción penal que pasó por alto tal exigencia procesal prevista en la ley. Por la cuestión previa cuestionamos la validez de la relación jurídico-procesal establecida en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, en atención a la ausencia de un requisito previo y necesario para la promoción de la acción penal y, en consecuencia, se busca anular todo lo actuado en el proceso judicial hasta su ejercicio. No obstante, la investigación preparatoria formalizada podrá reiniciarse cuando el requisito omitido sea satisfecho.

30 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima: INPECCP, 2015, pp. 274 y 275.

31 MIXÁN MASS, Florencio, *Cuestión previa, cuestión prejudicial, excepciones en el proceso penal*, Trujillo: BLG, p. 17.

32 PEÑA CABRERA FREYRE, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, ob. cit., p. 181

A modo de ejemplo, compartimos un caso³³ en el que el juzgado de investigación preparatoria declaró fundada la cuestión previa. Un fiscal provincial había emitido disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria, donde imputa la presunta comisión de un delito en ejercicio de sus funciones contra un alto funcionario público (congresista de la República) designado en el art. 99 de la Const. Pol.³⁴, que contaba con la prerrogativa del antejuicio político. Frente a ello, se sustentó, de conformidad con el art. 605 del nuevo CPP, que “la incoación de un proceso penal [...] requiere la previa interposición de una denuncia constitucional [...]”, requisito de procedibilidad previsto taxativamente en la ley, que claramente fue omitido por el fiscal provincial y que devino de forma inevitable en que el juez declare fundada la cuestión previa, nulo todo lo actuado a partir de la indebida disposición de formalización, con lo cual se recondujo el trámite procesal.

2.5.2. Cuestión prejudicial

Respecto a la cuestión prejudicial³⁵, SAN MARTÍN CASTRO indica:

33 OCTAVO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE CHICLAYO, *Expediente N.º 06288-2018-0-1706-JR-PE-08*.

34 Art. 99.- Acusación por infracción de la Constitución
Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas.

35 Art. 5. - Cuestión prejudicial
1. La cuestión prejudicial procede cuando el fiscal decide continuar con la investigación preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extrapenal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculminado.
2. Si se declara fundada, la investigación preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido.
3. En caso de que el proceso extrapenal no haya sido promovido por la persona legitimada para hacerlo, se le notificará y requerirá para que lo haga en el plazo de treinta días computados desde el momento en que haya quedado firme la resolución

Son aquellas configuraciones de la ley penal —elementos de hecho integrantes de un requisito del tipo legal— que exigen para poder dictar sentencia, entrar a dilucidar relaciones jurídicas propias de otro orden jurisdiccional —precisan una valoración jurídico material— que operan como antecedente lógico jurídico del silogismo en que se ha de fundar la sentencia penal —son previas e independientes del objeto procesal, y deben declararse a fin de poder obtener la plena integración de la conducta— (GIMENO). Se trata de puntos de conexión, que en sí mismos autorizarían un enjuiciamiento en su orden jurisdiccional, pero que aparecen unidos a materias de otra naturaleza de manera que requieren de un tratamiento conjunto (ASENCIO)³⁶.

Este autor encuentra la justificación de la cuestión previa en el principio constitucional de seguridad jurídica y en la inmutabilidad de las sentencias.

La cuestión prejudicial resulta procedente cuando se requiere de un pronunciamiento previo en vía extrapenal (es decir, fuera del proceso penal) a fin de determinar el carácter delictuoso del hecho imputado. Dicha vía extrapenal puede ser de carácter civil, administrativo u otro, en dependencia del caso. La resolución que se emita en la jurisdicción extrapenal servirá para que el juez penal decida, sea para afirmar o negar, el carácter delictuoso del hecho objeto de la imputación y resuelva la continuación del proceso o su archivo definitivo. Lo dicho implica que, a la conducta presuntamente punible, deben de antecederle circunstancias cuyo esclarecimiento es necesario en vía extrapenal para la determinación de punibilidad del hecho investigado en vía penal.

suspensiva. Si vencido dicho plazo no cumpliera con hacerlo, el fiscal provincial en lo civil, siempre que se trate de un hecho punible perseguible por ejercicio público de la acción penal, deberá promoverlo con citación de las partes interesadas. En uno u otro caso, el fiscal está autorizado para intervenir y continuar el proceso hasta su terminación, así como sustituir al titular de la acción si este no lo prosigue.

4. De lo resuelto en la vía extrapenal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa.

En suma, debemos entender que la cuestión prejudicial es un medio técnico de defensa del imputado que busca suspender el desarrollo de la investigación preparatoria (a cargo del fiscal), en atención a que resulta necesario un pronunciamiento en vía extrapenal respecto a un hecho vinculado a la conducta investigada penalmente y que es decisivo para determinar el carácter delictuoso de tal conducta. La suspensión del ejercicio de la acción penal se mantendrá hasta que se emita un pronunciamiento previo por parte de otra vía (civil, administrativa, laboral, etc.).

Como ejemplo podemos citar la disposición de formalización de la investigación preparatoria, donde la fiscalía imputa a una persona la comisión del delito de apropiación ilícita, previsto en el art. 190 del CP, que sanciona a quien, “en provecho propio o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado [...]”, sin que se haya establecido el derecho de propiedad, cuando ese sea el aspecto medular del caso. En este supuesto, a efectos de ejercitar la acción penal, la fiscalía tendrá que contar con la decisión judicial civil que le permita determinar si objetivamente existía la obligación de entregar o devolver, o si, por el contrario, el denunciante pretendía indebidamente que se le devolviera un bien que ya no le pertenecía.

2.5.3. Las excepciones

Para nuestro ordenamiento procesal, las excepciones son mecanismos legales otorgados al imputado para obstaculizar la acción penal, sea para anular (en caso de existir alguna causal de extinción de la acción penal) o para regularizar su tramitación (en caso de existir algún error en la vía procedimental). Así, las excepciones se presentan como medios técnicos de defensa que se contraponen a la acción penal incoada en su contra y que persiguen impedir provisoria o definitivamente su subsistencia, en mérito a determinadas circunstancias que extinguen la acción penal o a una indebida tramitación. La justificación de las excep-

ciones radica en que la acción penal carece de presupuestos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico.

SAN MARTÍN CASTRO indica:

[La excepción] es un medio de defensa —sustantivos o procesales— que ataca directamente la relación procesal, y se distingue de la defensa material del imputado porque estas pueden apuntar a diversos fines (GIMENO). Es un remedio procesal, que consiste en la expresa oposición que formula el imputado a la prosecución del proceso por entender que este carece de algunos de los presupuestos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico-procesal —se denuncia, a través de la excepción procesal, la falta de un presupuesto o requisito procesal—. Se entiende por presupuesto procesal la totalidad de las condiciones de las cuales depende que en un proceso pueda obtenerse una sentencia sobre el fondo respecto de un determinado objeto del proceso (SCHMIDT)³⁷.

Tradicionalmente, se ha clasificado a las excepciones según los efectos que estas producen. Así, tenemos las excepciones *dilatorias*, que son aquellas excepciones que suspenden temporalmente la decisión judicial. Tienen un efecto dilatorio y postergan la acción para un momento posterior. Este tipo de excepciones no atacan la acción penal, sino la forma de ejercitarla, como es el caso de la excepción de naturaleza de juicio. De otro lado, tenemos las excepciones *perentorias*, que son aquellas excepciones que tienden a destruir y extinguir la acción penal. Si este tipo de excepciones son declaradas fundadas, el proceso será sobreseído definitivamente. El art. 6 del nuevo CPP contempla las siguientes excepciones³⁸:

37 *Ibid.*, p. 281.

38 Art. 6.- Excepciones

1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes:

- a) Naturaleza de juicio, cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la Ley.
- b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.
- c) Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme,

- La *excepción de naturaleza de juicio* procede cuando —a raíz de la acción penal contenida en la disposición de formalización de investigación preparatoria— se da al proceso una sustanciación distinta a la que la ley prevé. Tiene por finalidad la regularización del trámite procesal y su fundamento radica en la existencia de procesos especiales, cuya tramitación difiere en relación con el proceso común. Por esta razón, mal se haría en someter a una persona a un trámite judicial con diferentes exigencias y requisitos del que realmente le corresponde. Si se declara fundada esta excepción, el proceso se reconduce, se prosigue en la vía procesal correspondiente y los actos procesales efectuados con anterioridad a la regularización conservan validez en cuanto sean compatibles con el trámite correspondiente.
- La *excepción de cosa juzgada* procede cuando la persona y el hecho contenido en la formalización de la investigación preparatoria han sido objeto de una decisión judicial (nacional o extranjera) anterior que ha adquirido firmeza y que ha sido expedida dentro de un debido proceso. De modo que, cuando se pretenda revivir un proceso penal en contra de una misma persona y por un hecho que ya fue objeto de una resolución firme, aquella podrá alegar la vulneración a la garantía de la cosa juzgada, haciendo valer los mecanismos legales que la ley procesal le concede. Por tanto, para alegar la excepción de cosa juzgada se necesita determinar la identidad con respecto al sujeto, al hecho y a la causa o fundamento. El test de triple identidad determina la procedencia de la excepción de cosa

nacional o extranjera contra la misma persona.

d) Amnistía.

e) Prescripción, cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena.

2. En caso que se declare fundada la excepción de naturaleza de juicio, el proceso se adecuará al trámite reconocido en el auto que la resuelva. Si se declara fundada cualquiera de las excepciones previstas en los cuatro últimos literales, el proceso será sobreseído definitivamente.

juzgada. El art. 90 del CP señala: “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. De dicha disposición se desprende que para verificar la existencia o no de una persecución penal múltiple se requiere la conjunción de tres identidades distintas: 1) identidad de la persona perseguida penalmente (identidad subjetiva *eadem persona*), esto es, que se trate de la misma persona; 2) identidad del objeto de persecución (identidad objetiva *eadem res*), que se trate de los mismos hechos; e 3) identidad de la causa de persecución (identidad de acción *eadem causa petendi*), que las acciones obedezcan al mismo propósito y que esté resuelto por resolución firme³⁹.

- La *excepción de amnistía* procede cuando se determina que el imputado —en la disposición de formalización de investigación preparatoria— ha sido beneficiado por una ley de amnistía por el mismo hecho por el que se le pretende procesar.

39 El art. 139 de la Cont. Pol. establece el principio *ne bis in idem* al prohibir la reapertura de procesos culminados con resolución firme. Este principio se encuentra también reconocido en los tratados, como, por ejemplo, el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El principio *ne bis in idem* tiene una dimensión material y procesal. Según la primera, nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, lo que importa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Según la dimensión procesal, nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en un mismo orden jurídico. La cosa juzgada deriva del *ne bis in idem* y es la calidad que adquiere una resolución firme al haber sido ejecutoriada o consentida. Una resolución es ejecutoriada cuando contra ella se han interpuesto, en el tiempo y forma preestablecidos, los medios impugnatorios señalados por la ley. En tanto que es consentida cuando no se ha interpuesto impugnación alguna contra la resolución, entendiéndose por admitido el fallo del juzgador. Por lo que la resolución firme se torna inimpugnable, inmutable y coercible, es decir, adquiere la calidad de cosa juzgada.

Esta excepción se justifica en que la amnistía es una atribución del Congreso de la República (art. 102.6 de la Const. Pol.) que produce los efectos de cosa juzgada (art. 139.13 de la Const. Pol), elimina la punibilidad de un determinado tipo de delito (art. 89 del CP), extingue la acción penal (art. 78 del CP) y extingue la ejecución de la pena (art. 85 del CP). La amnistía es una medida de carácter objetivo y de alcance general que se otorga en función del delito cometido (no en función de los individuos) y comprende a todas las personas involucradas en dichos ilícitos, la excepción debe puntualizar los aspectos que permitan identificar tales hechos con los que son materia de imputación y, asimismo, si bien las leyes no constituyen material probatorio, se recomienda que la defensa adjunte a la excepción el instrumento que contiene el derecho de amnistía que invoca el imputado⁴⁰.

- La *excepción de prescripción* tiene por objeto extinguir la acción penal en atención a que, pese al transcurso del tiempo, el Estado, a través de sus agentes, no fue capaz de cumplir sus funciones de persecución y decisión oportunamente o porque, iniciada la persecución, el procesamiento se dilató, con lo que se escapó de los plazos legales sin haber expedido sentencia firme. Esta excepción encuentra su justificación en que el transcurso del tiempo genera situaciones jurídicas entre las que se encuentran la prescripción extintiva que, en

40 La amnistía, como manifestación del derecho de gracia *strictu sensu*, es una renuncia generosa que hace el Estado en relación con su potestad de recurrir al empleo de sus sistemas de represión penal (*ius puniendi*), para beneficiar a las personas que cometieron cierto delito en el transcurso de un tiempo determinado. En tal sentido, por la amnistía se olvida el hecho delictuoso y se borra retroactivamente la incriminación del acto objeto de ella y, de haber existido una condena, se reputa como no pronunciada y el hecho punible desaparece con todos sus efectos. Para ROY FREYRE, lo que elimina la amnistía es la adecuación típica porque reconoce que nada hubo o nada hay que deba subsumirse en la parte preceptiva de la norma penal puesto que nunca existió realmente una acción u omisión capaz de lesionar o poner en peligro bien jurídico alguno. ROY FREYRE, Luis, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Lima: Grijley, 1998, p. 178.

materia penal, se presenta bajo dos formas: i) prescripción de la acción penal (arts. 78.1, 81 y 82 del CP) y ii) prescripción de la pena (arts. 85.1 y 86 del CP). La defensa, al deducir la excepción de prescripción, debe de exponer un cómputo claro acerca del plazo transcurrido y considerar si aplica la prescripción ordinaria, la extraordinaria o la duplicidad del plazo, así como las circunstancias de suspensión⁴¹ o interrupción de la prescripción.

41 Respecto a la suspensión del cómputo del plazo de prescripción, resulta de utilidad revisar el AP N.º 3-2012, de 26 de marzo del 2012, cuyos ff. jj. n.º 6 al 11, han establecido como doctrina legal lo siguiente:

“6. El Acuerdo Plenario N.º 1-2010, del 16 de noviembre del 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del art. 339, inciso 1: “La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”, declaró expresamente en su f. j. n.º 27 lo siguiente: “La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la ‘suspensión’ con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de ‘interrupción’ de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del fiscal —formalizando la investigación— el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara”.

7. Sin embargo, con posterioridad a este acuerdo plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto a insistir en la conveniencia de asumir que lo previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el acuerdo plenario sobre la materia (Cfr. Sentencia de Apelación del 21 de marzo del 2011, recaída en el Exp. N.º 00592-2008-49-1302-JR-PE-01, Corte Superior de Justicia de Huaura, ff. jj. 4.1 a 4.10 y voto singular del juez superior Reyes Alvarado. Asimismo, comentario a dicha sentencia de José David BURGOS ALVARADO, “La formalización de la investigación preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.º 22, Lima: abril del 2011, p. 261 y ss.). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del art. 339, inciso 1 del nuevo CPP, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los arts. 83 y 84 del CP sustantivo. Frente a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, “La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.º 23, Lima: mayo del 2011, p. 221 y ss.). Las ponencias pre-

- La *excepción de improcedencia de acción*, conocida en la antigua legislación procesal penal como excepción de naturaleza de acción, tiene por objetivo extinguir la acción penal, y se interpone cuando el hecho no se encuentra calificado como delito en el Código Penal o en la ley penal especial, o cuando el hecho no es justiciable penalmente.

SÁNCHEZ VELARDE⁴² explica ambos supuestos de la excepción de improcedencia de acción e indica: primero, que el hecho *no constituya delito* significa que la conducta que se incrimina como delito no lo es dentro del ordenamiento penal al momento de su comisión, ya sea que se trate de una cuestión de atipicidad (atipicidad absoluta) o de la ausencia de alguno de los elementos del tipo penal, cuando la conducta no concuerda con la descripción típica del proceso (atipicidad relativa). Este supuesto tiene sustento en el principio de legalidad penal, pues, si

sentadas en la audiencia pública preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a toda la ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del art. 339 y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos, así como prácticos de tal disposición legal.

[...]

11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la formalización de la investigación preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la audiencia pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario, por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado art. 122 del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del art. 339, inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (art. 96), de octubre de 1984 (art. 83), de agosto de 1985 (art. 89) y de abril de 1986 (art. 88) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible”.

42 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Código Procesal Penal comentado*, Lima: Idemsa, 2013, p. 53.

la conducta no está prevista en la ley penal o no se adecúa a la hipótesis del tipo, no existe razón alguna para la continuación del proceso penal. Segundo, que el hecho *no es justiciable penalmente* significa que los hechos calificados de delito merecen atención judicial, pero no en la vía penal. El caso puede resolverse en la vía civil o comercial u otra vía, pero no requiere ser resuelto por la justicia penal. Entre los casos más recurrentes se encuentran los actos contractuales o comerciales, la excusa absolutoria, la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, entre otros.

La defensa que deduce la excepción de improcedencia de acción debe de tener en consideración la jurisprudencia desarrollada sobre la materia, entre las que destacan las siguientes:

- Cas. N.º 673-2018 Ayacucho, de 24 de julio del 2019, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema:

1.1. Naturaleza y alcances de la excepción de improcedencia de acción y la posibilidad de su declaración de fundabilidad en vía de apelación.

La excepción de improcedencia de acción es un medio de defensa técnico previsto en el literal b) del inc.1 del art. 6 del nuevo CPP y prevé dos supuestos: i) cuando el hecho no constituye delito, y ii) cuando el caso no es justiciable penalmente.

La evaluación de esta excepción debe ser estrictamente jurídica y vinculada a los hechos que propuso el representante del Ministerio Público tanto en su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, así como en su requerimiento de acusación.

[...]

2.1 Respecto a la errónea aplicación de la norma procesal

[...]

La revisión de la sentencia de vista permite apreciar que se efectuó un juicio crítico respecto a la falta de imputación fáctica que, a su consideración, no cumpliría con satisfacer los elementos típicos del delito de colusión, puesto que no se indicaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se habría producido el acto colusorio y, por ello, declaró de oficio fundada la excepción de

improcedencia de acción. Sin embargo, dicho proceder fue erróneo por las siguientes razones:

- La precisión del acto colusorio no debe ser confundida con su acreditación, dado que por su clandestinidad tal comportamiento no queda registrado en audio, video o actas que den cuenta de la manifiesta predilección de algún o algunos funcionarios públicos por algún interesado en la contratación pública, salvo el registro consentido de alguna de las partes.
- El acto de concertación es un elemento esencial en el tipo penal de colusión, el cual podría deducir de las irregularidades administrativas —anormales— que en determinada entidad se producen para la no realización de procesos de contratación legalmente establecidos. Por ello, el análisis que este tipo demanda debe ser efectuado de modo contextual, y desde luego resultaría arbitrario que se exija la acreditación del modo, tiempo y lugar en que el o los funcionarios públicos llevaron a cabo el acto colusorio o concertaron en un proceso de contratación pública.
- El requerimiento de acusación —extenso, por cierto— precisa las irregularidades que se habrían cometido al interior de la Municipalidad [...]; y, al obrar pronunciamiento de fondo emitido en primera instancia, correspondía a la Sala Superior expresar la absolución por insuficiencia o atipicidad, o la nulidad por ineficacia de control de la imputación en la etapa intermedia. Empero, ello no ocurrió y, más bien, procedió contra las normas que regulan su competencia material y funcional señaladas para su conocimiento de un caso en apelación.
- La excepción de improcedencia de acción ha sido prevista para dos supuestos: i) cuando el hecho no constituye delito, o ii) cuando no es justiciable penalmente. No ampara su fundabilidad en aquellos casos en los que se produzca un defecto en la imputación, como señalaron en el presente caso⁴³.

En este caso, la decisión de la Sala Penal Permanente ratifica que no es correcto realizar el juicio de tipicidad, propio de la excepción de

43 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SEQUEIROS VARGAS), *Casación N.º 673-2018 Ayacucho*, Lima: 24 de julio del 2019.

improcedencia de acción, cuando se alega un defecto de imputación, sea por ser genérica, imprecisa, vaga u oscura, pues —como bien sabemos— este cuestionamiento tiene una vía de reclamo propia en el proceso penal, además de ser imposible analizar si una conducta imputada se subsume o no a los elementos del tipo penal, más aún si dicha conducta no precisa datos mínimos respecto a cuándo, dónde, cómo y quién la cometió.

- Casación N.° 010-2018 Cusco del 6 de marzo del 2019, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema:

1.5. Así, de un lado indica que el hecho no constituye delito porque no obró de manera dolosa y que el tipo penal de daños es uno cuya comisión no se produce mediando dolo eventual. Sin embargo, el cuestionamiento a la tipicidad subjetiva, dolo o culpa, no es una materia que pueda dilucidarse vía excepción, dado que la mencionada determinación requiere, necesariamente, la realización de actividad probatoria en la que, luego del juicio respectivo, se establezca una conclusión —aproximativa— de las intenciones que tuvo el procesado al [haber] realizado su conducta, en virtud del art. VII del título preliminar del CP—la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva—, el cual ordena a quien expida un fallo la determinación suficiente del tipo subjetivo.

1.6. Estimar una conclusión respecto a la tipicidad subjetiva constituiría una decisión que afectaría el derecho al debido proceso de las partes procesales, el cual debe ser cautelado por el juez de investigación preparatoria.

1.7. La evaluación de la excepción de improcedencia debe ser estrictamente jurídica y vinculada a los hechos que propuso el representante del Ministerio Público tanto en su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria como en su requerimiento de acusación [...] Por tanto, surge un escenario de insuficiencia para desestimar la ausencia de tipicidad subjetiva, y se aprecia que el juez de primera instancia realizó una conclusión probatoria en un momento procesal inoportuno.

[...]

2.2. Además, sobre la materia y en el mismo año, los señores jueces que integraron la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

expidieron la Sentencia de Cas. N.º 407-2015 Tacna, del 7 de julio del 2016, en la cual establecieron con precisión que el juicio procesal de responsabilidad penal no corresponde ser examinado en una excepción de improcedencia de acción y que este medio de defensa técnico se concreta en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o punibilidad. Esta última decisión es la que brinda mayores alcances para la solución del caso juzgado, y para resolver la controversia respecto al ámbito de evaluación y decisión ante el planteamiento de una excepción de improcedencia de acción⁴⁴.

Esta casación ratifica, de un lado, que la excepción de improcedencia de acción no resulta procedente para cuestionar la ausencia del elemento subjetivo del tipo penal, toda vez que dicho elemento se evidencia o descarta cuando el juez analiza el resultado de la actuación probatoria en el contexto del juicio oral; y, de otro lado, que el juicio, que esencialmente consiste en el debate probatorio sobre afirmaciones, no es la oportunidad procesal para sustentar la excepción de improcedencia de acción, pues esta se deduce desde la investigación preparatoria formalizada hasta la etapa de control de la acusación. En consecuencia, tras el juicio oral, el juez podrá absolver al acusado porque no se logró probar uno de los datos fácticos que configuran el tipo penal (insuficiencia probatoria), lo que claramente es distinto a sustentar que la imputación es atípica.

- Cas. N.º 407-2015 Tacna, de 7 de julio del 2016, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema:

Tercero. Que el análisis del recurso se centra en definir los alcances que tiene la norma procesal para calificar —determinar su recto sentido y notas características— y resolver una excepción de improcedencia de acción. Centralmente corresponde decidir si para resolver el mérito de excepción es posible realizar una valoración del material introductorio o de los actos de aportación de hechos.

44 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SEQUEIROS VARGAS), *Casación N.º 010-2018 Cusco*, Lima: 6 de marzo del 2019.

Cuarto. Que desde ya cabe afirmar que la excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances, conforme lo establece el art. 6, apartado 1, literal b, del nuevo CPP: 1. El hecho no constituye delito. 2. El hecho no es justiciable penalmente. El primer punto abarca la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad. El segundo se ubica en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absoluta —son circunstancias que guardan relación con el hecho o que excluyen o suprimen la necesidad de pena— (SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima: INPECCP, 2015, p. 284).

En el presente caso, por el propio planteamiento, no corresponde analizar si el hecho no es justiciable penalmente, sino si los hechos atribuidos al imputado constituyen o no delito. Procesalmente, debe determinarse, en el caso de esta excepción —que tiene características singulares—, si se presenta una cuestión de derecho penal material que niega la adecuación típica del hecho imputado o si se alega, desde esa misma perspectiva, un elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuricidad penal de la conducta atribuida.

Quinto. Que, ahora bien, es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente.

En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categoría del delito, distinta de la culpabilidad —tanto como juicio de imputación personal cuando como ámbito del examen de su correlación con la realidad— (Recurso de Nulidad N.º 628-2013 Cusco, del 4 de octubre del 2013)⁴⁵.

45 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 407-2015 Tacna*, Lima: 7 de julio del 2016.

En esta casación, la Sala Suprema ratifica que el análisis de la excepción de improcedencia de acción se limita al marco fáctico (imputación) descrito por la fiscalía en la disposición de formalización de la investigación preparatoria o en el requerimiento acusatorio. En el supuesto referido al cuestionamiento de atipicidad, la excepción de improcedencia de acción requiere de un juicio de subsunción normativa entre la conducta imputada y los elementos del tipo penal. En dicho supuesto, es necesario e imprescindible el empleo de la teoría del delito.

- Cas. N.º 388-2012 Ucayali, de 12 de setiembre del 2013, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema:

La alusión a que el hecho denunciado no constituye delito, comprende dos extremos: a) que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, es decir la conducta realizada no concuerda con ninguna de las descritas legalmente, esto es, que no es una falta de adecuación a un tipo existente, sino a la ausencia absoluta del tipo, por lo que estaríamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación directa; y b) que el suceso descrito no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación o acusación, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí elegido, se plantea, pues frente a la ausencia de cualquier elemento del tipo: sujetos —activo y pasivo—, conducta —elementos descriptivos, normativos o subjetivos— y objeto —jurídico y material— por lo que en este caso se estaría frente a un caso de atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta.

El examen a efectuar por el juzgador frente a la formulación de este medio técnico de defensa no está en discusión [ya que] será siempre un juicio jurídico de tipicidad, esto es, de compatibilidad entre un hecho planteado y el supuesto normativo de prohibición contenido en la ley penal. La problemática reside en la identificación del objeto fáctico cuya correspondencia jurídica se exige; el hecho considerado por el fiscal provincial o el que emerge con claridad de la evidencia. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la excepción de improcedencia de acción contiene un cuestionamiento al juicio de tipicidad efectuado por el representante del Ministerio

Público sobre la conclusión fáctica a la que este arribó producto de la valoración de los elementos de prueba recabados; ya en la investigación preliminar que sustentan los hechos contenidos en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, ya al final de la investigación preparatoria propiamente dicha que sustentan los hechos contenidos en la acusación y que considera puede acreditar en juicio. En consecuencia, el objeto sobre el que recae el examen jurídico de tipicidad no puede ser uno distinto al concluido por el representante del Ministerio Público producto de su particular valoración de la evidencia que motivó cualquiera de los actos procesales postulativos que le son propios; en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria o en la acusación. El juicio de tipicidad tendrá lugar sobre los hechos allí concluidos, según la oportunidad de interposición de la referida excepción, sin que ello pueda importar un examen de regularidad sobre la motivación externa de las premisas fácticas, no es apreciable el examen probatorio anticipado y particular que el excepcionante —o, incluso el propio órgano jurisdiccional— realice de los medios de prueba —su oportunidad para ello es en el contradictorio— aun cuando este sea razonable o, aún evidente, el hecho fáctico que constituye su objeto no está en función directa de la evidencia, sino de lo que de esto determine el fiscal provincial; dicho de otro modo, por medio de esta excepción no puede contradecirse la apreciación que el representante del Ministerio Público tenga de la evidencia recabada planteándose una conclusión fáctica distinta; su suficiencia, alcance, verosimilitud, corrección y sentido son juicios que el tribunal tiene reservado únicamente después de la etapa de juzgamiento o bajo circunstancias reglamentariamente establecidas en el numeral 4 del art. 352 del nuevo CPP, al efectuar un control de la acusación fiscal en la etapa intermedia. No obstante ello, el tribunal está siempre en capacidad, por vía de control, de exigir al representante del Ministerio Público un nivel mínimo de coherencia entre los medios de prueba planteados y sus conclusiones fácticas, así como respecto al principio de imputación necesaria —concreta y completa—, a cuyo fin podrá solicitar las aclaraciones que el caso exija, sin que ello *per se* importa la fundabilidad de una excepción de improcedencia de acción, pues el fiscal a cargo puede insistir en su conclusión fáctica inculpativa.

Sentado ello, queda por establecer si la detección de un error en el juicio de tipicidad efectuada por el representante del Ministerio Público —está claro que no sobre el hecho que el excepcionante considere acreditado, sino el que estime el fiscal provincial— deba suponer amparar la excepción de improcedencia de acción cuando el hecho imputado califica dentro del supuesto normativo de otro tipo penal, es decir, cuando constituye delito, pero no el señalado por el fiscal. Al respecto, debe precisarse, conforme lo ha venido sosteniendo la Sala Penal de Apelaciones de Ucayali, que una excepción de improcedencia de acción no deriva de una errónea calificación del tipo penal aplicable, dado que aún en el mismo juzgamiento, la ley faculta al juez a aplicar una determinación alternativa (Exp. N.º 2009-01981-60-0401-JR-PE, cons. 2, del 14 de octubre del 2009), con lo cual la excepción de improcedencia de acción no debe ampararse si los hechos imputados pueden encontrar amparo en otros tipos penales (Exp. N.º 03064-2010-40-0401-JR-PE-02, cons. 2.2.5, del 6 de mayo del 2011). Lo contrario implicaría admitir que un error técnico jurídico prematuro puede suponer que una conducta criminal no sea objeto de sanción, lo que llevaría a abrir una insoportable brecha de impunidad sobre la base de una incorrección formal que es por demás corregible en el curso del proceso sin afectar los derechos del imputado⁴⁶.

A través de esta casación, aparte de desarrollarse la naturaleza, supuestos y alcances de la excepción de improcedencia de acción, se ratifica que este medio técnico de defensa no resulta procedente bajo el argumento de que la conducta descrita en la imputación fiscal —sea en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria o en el requerimiento acusatorio— no se subsume o adecúa a los elementos del tipo penal planteados por la fiscalía, sino en otro supuesto. Como resulta evidente, el ordenamiento procesal no podría admitir tal alegación para cerrar un caso penal, toda vez que amparar

46 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez BARRIOS ALVARADO), *Casación N.º 388-2012 Ucayali*, Lima: 12 de setiembre del 2013.

dicho tecnicismo, en desmedro de los principios de verdad y justicia, acarrearía impunidad.

- Exp. N.º 00002-2017-15-5201-JR-PE-02, de 6 de octubre del 2017. Sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios:

7. En los arts. 7 y 8 del nuevo CPP se regulan la oportunidad para deducir los medios de defensa y su trámite durante la investigación preparatoria, en cuanto al recurso de apelación contra los autos que resuelven dichos medios de defensa, entre ellos los que resuelven las excepciones, rige el inc.1, art. 9 del nuevo CPP, que expresamente dispone: “contra el auto expedido por el juez de la investigación preparatoria procede recurso de apelación”.

Por otro lado, el numeral 5, art. 8 del nuevo CPP, referido al trámite de los medios de defensa, establece que cuando estos se deducen durante la etapa intermedia, en la oportunidad fijada en el art. 350, se resolverán conforme a lo dispuesto en el art. 352. Dado que no se menciona de modo expreso si en esta etapa procede el recurso de apelación contra la denegatoria de las excepciones, debe acudirse a las disposiciones del nuevo CPP que resulten aplicables o concordantes, o recurrirse a una interpretación sistemática de sus disposiciones.

8. Una primera disposición a la que es necesaria recurrir, es el inc.3, art. 352 del nuevo CPP, que textualmente señala: “De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento”.

Una interpretación literal del término “estimar” significa aceptar una petición, demanda o recurso, por lo que la frase: “De estimarse cualquier excepción o medio de defensa”, hace referencia sin duda a la admisibilidad de las excepciones o medios de defensa que fueron objeto de debate durante la audiencia preliminar, de conformidad con lo dispuesto en el inc. 3, art. 352 del nuevo CPP. Este criterio concuerda con la última parte de la disposición bajo análisis, el cual como hemos anotado prescribe que la impugnación

no impide la continuación del procedimiento, situación que solo ocurre cuando la excepción es declarada infundada.

Por tanto, el colegiado considera que otorgar al término “estimar”, el sentido de fundabilidad de la excepción no resulta correcto, porque si bien el dispositivo legal inicia con la frase: “De estimarse cualquier excepción o medio de defensa”; sin embargo, al señalar a continuación que “el juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda”, claramente reserva para un momento posterior a la estimación, la decisión de fundabilidad o no de la excepción o medio de defensa. Además, efectuar una interpretación distinta, no sería congruente con la última parte del dispositivo materia de interpretación.

9. Una segunda disposición a la que recurrimos es el literal b), inc.1, art. 416 del nuevo CPP, que establece los tipos de autos que son apelables, entre los que se encuentran los que resuelven las excepciones, sin que exista una prohibición expresa que establezca que las excepciones declaradas infundadas o improcedentes no son impugnables, como sí ocurre cuando se desestima un pedido de sobreseimiento, en cuyo caso el inc. 4, art. 352 del nuevo CPP, expresamente establece, que no es impugnable.

Por estas razones, consideramos que no es posible efectuar una aplicación analógica de la disposición contenida en el inc. 3, art. 352 del CPP, con la contenida en el inc. 4 del citado artículo, por cuanto se estaría restringiendo el derecho a la doble instancia.

10. Adicionalmente, [...] la Corte Suprema ha emitido casaciones que se pronuncian en relación a resoluciones que desestiman excepciones deducidas en la etapa intermedia, pues a lo resuelto en la Cas. N.º 760-2016 La Libertad que consigna en su recurso, agregamos la Cas. N.º 150-2010 La Libertad, del 5 de mayo del 2011. Por tanto, mientras las Salas Penales de la Corte Suprema en su función unificadora no interpreten los alcances de la disposición contenida en el inc. 3, art. 352 del nuevo CPP, y fijen una posición al respecto, el Colegiado opta por la interpretación contenida en los fundamentos 8 y 9 de la presente resolución⁴⁷.

47 PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS (ponente: Sr. juez GUILLERMO PISCOYA), *Expediente N.º 00002-2017-15-5201-JR-PE-02*, Lima: del 6 de octubre del 2017.

En esta resolución se aclara una duda surgida en la praxis judicial: si puede ser impugnada la decisión del juez y ser resuelta por la Sala de Apelaciones cuando la excepción de improcedencia de acción se deduce en la etapa de investigación preparatoria formalizada. La duda surgió respecto al auto emitido por el juez en la etapa de control de acusación, en la que se resolvía una excepción de improcedencia de acción deducida en la etapa intermedia. La citada resolución de la Sala de Apelaciones Nacional considera que la excepción de improcedencia de acción, efectivamente, puede ser apelable.

Finalmente, compartimos un caso en el que se logró el objetivo de sobreseer una imputación por presunta organización criminal, a través de una excepción de improcedencia de acción. Lamentablemente, en los últimos años, la administración de justicia recibe solicitudes de imputación ligeras por la presunta comisión del delito de crimen organizado. Nos referimos a casos en los que no hay ni hipótesis concreta ni elementos de convicción que permitan una clara sustentación. En ese sentido, no resulta admisible que el Ministerio Público, en su condición de defensor de la legalidad, califique un caso común como si fuera complejo, pese a no cumplir con los requisitos establecidos en la norma (art. 342.2 del nuevo CPP), así como tampoco puede avalarse que la fiscalía impute sin mayor fundamentación el delito de organización criminal a cualquier caso que cuente con más de tres investigados, toda vez que ello atenta contra los principios de legalidad, objetividad, presunción de inocencia y los derechos de defensa e, incluso, a la libertad.

En el caso⁴⁸, la fiscalía imputó a un funcionario público (alcalde) la presunta comisión de los delitos de colusión agravada, negociación incompatible y asociación ilícita. La excepción de improcedencia de acción se amparó en el art. 6 del nuevo CPP y, en específico, en el supuesto: *la conducta no constituye delito*. La argumentación de la defensa consistió en señalar lo siguiente: i) la imputación contra el funcionario público no cumplía con el elemento referido a los verbos rectores del tipo penal: “cons-

48 SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, *Expediente N.º 1854-2018-1-1826-JR-PE-02*.

tituir”, “promover” o “integrar” una organización criminal, limitándose a atribuirle la acción de “encabezar” tal organización por su sola condición de alcalde; y ii) la imputación contra el funcionario público no cumplía con los elementos referidos a las características, estructura jerárquica y permanencia en el tiempo de la supuesta organización criminal, sobre esto último se evidencia una ausencia total de narración fáctica.

El juez de investigación preparatoria, mediante auto de 30 de abril del 2019, declaró fundada la excepción de improcedencia de acción en el extremo del delito de asociación ilícita y ordenó su sobreseimiento, en atención a los siguientes fundamentos:

46. Respecto del delito de asociación ilícita para delinquir, se verifica que el Ministerio Público atribuye según la disposición de formalización, la existencia de una agrupación de personas, quienes bajo una misma resolución criminal tenían como objeto defraudar patrimonialmente a la municipalidad [...], precisando que la modalidad delictiva incurrida corresponde al asociarse para cometer delitos.

47. De esta forma [...] se habrían asociado para cometer los delitos atribuidos, habiéndose organizado jerárquicamente y con distribución de funciones de acuerdo a las gerencias y subgerencias de la municipalidad, donde el mencionado imputado encabezaba dicha organización al ser el titular de la entidad.

48. En relación a dicho delito verifica la judicatura que existe una ausencia de una imputación precisa y concreta de lo atribuido a los imputados, lo que tiene como efecto natural la imposibilidad de subsumir el hecho dentro del tipo penal descrito en el art. 317 del CP. En el caso del imputado, no resulta suficiente señalar que este en su condición de alcalde sería el líder de la organización y que los demás imputados ejercían sus funciones dentro de la organización según los cargos que desempeñaban en las gerencias y subgerencias. Es decir, no es correcto equiparar la estructura de un organismo público con una organización criminal, lo que no impide que sus miembros puedan integrar la estructura de una organización criminal que utiliza la estructura de una institución pública de cualquier nivel como cobertura⁴⁹.

49 SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, *Expediente N.º 1854-2018-1-1826-JR-PE-02*.

Dicho extremo de la resolución, en sana práctica, no fue impugnado por la representación fiscal, con lo cual quedó consentido.

2.6. Las medidas de coerción procesal y la medición de la construcción de la teoría del caso

Otro hito de batalla en el proceso está constituido por el debate respecto a la medida coercitiva que la fiscalía requiere contra el imputado, con la finalidad de evitar los riesgos existentes contra los fines del proceso. La teoría del caso, que en ese momento se encuentra más elaborada, no solo resulta relevante para el planteamiento del representante del Ministerio Público, sino también para la argumentación en contra que sustentará la defensa, toda vez que, a estas alturas, los actos de investigación ya arrojaron sus primeros resultados (elementos de cargo y de descargo), los cuales tendrán especial relevancia en el análisis y decisión judicial.

Partamos sentando las bases de las medidas de coerción procesal, llamadas también medidas coercitivas, medidas cautelares o medidas de aseguramiento. Estos instrumentos procesales poseen naturaleza asegurativa, toda vez que se justifican en la necesidad de 1) asegurar el normal desarrollo del proceso para que, durante su tramitación, el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia y/o perjudique la actividad probatoria; y 2) asegurar la eficacia —es decir, la ejecución— de la sentencia, teniendo a disposición al procesado para que la pena privativa de libertad sea cumplida y/o garantizando el pago de la reparación civil por el daño causado a la víctima. Sostenemos, pues, que el rasgo esencial de estas medidas es el aseguramiento de los fines del proceso frente al riesgo o alta probabilidad de su detrimento.

En un inicial momento, las medidas coercitivas resultan útiles para evitar que el imputado pueda escapar y mantenerse en la clandestinidad. Esto, si bien no detendrá el avance de la investigación y de la etapa intermedia, sí afectará el inicio del juzgamiento, toda vez que esta etapa no puede darse sin su presencia. Asimismo, estas medidas sirven para evitar que el imputado entorpezca la actividad probatoria

(recolección, ofrecimiento, admisión, actuación y valoración), a través del ocultamiento, destrucción, desaparición o alteración de elementos probatorios materiales acerca del delito o de su participación en él o por medio de amenazas, represalias o atentados contra la vida o integridad de los coprocesados, testigos, peritos, etc., con la finalidad de que no declaren u opinen o que lo hagan en determinado sentido. Además, las medidas coercitivas sirven para evitar que el imputado intencionalmente se torne en insolvente para no pagar la reparación civil, a través de transferencia, desaparición u ocultamiento de su patrimonio.

Hacia el final del proceso, una vez dictada la sentencia condenatoria que ordena la ejecución de la pena privativa de libertad, las medidas coercitivas personales y reales garantizan la eficacia de la decisión judicial, pues aseguran que se cuente con la presencia del condenado, así como con el patrimonio que cubra el pago de la reparación civil a raíz del daño causado. La idea de eficacia del proceso obliga a que las autoridades fiscales y judiciales garanticen que entre el primer momento —orientado al aseguramiento del trámite procesal— y el segundo —orientado a la ejecución de la condena— no se dilate indebidamente el procesamiento, al punto de que los plazos de las medidas dictadas venzan, pues ello convertiría, de un lado, a las medidas en actos procesales que inútilmente afectaron derechos del procesado y, de otro, al proceso en ineficaz.

En la doctrina internacional, CLARÍA OLMEDO señala que las medidas cautelares “son de naturaleza coercitiva”, por cuanto “afectan sustancialmente derechos fundamentales, de forma limitada y restrictiva, afectación que puede incidir en la libertad personal del imputado o en su disposición patrimonial. Son cautelares o precautorias porque previenen la satisfacción del resultado del proceso evitando un daño jurídico”⁵⁰. Por su parte, ORTELLS RAMOS indica que estas medidas “están destinadas a evitar que el peligro, que afecta a la práctica efectividad de una resolución judicial que —dado el orden del procedimiento— no pueda adoptarse y llevarse a efecto de modo inmediato, se convierta en

50 CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, t. II, Santa Fe: Rubiznal-Culzoni, 2008, p. 352.

daño real, impidiendo que dicha resolución produzca sus efectos en la práctica o los produzca en forma menos útil que la debida”⁵¹. Igualmente, GIMENO SENDRA señala:

Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. La etapa instructora puede dilatarse en término de tiempo, durante el cual el imputado podría ocultarse a la actividad de la justicia, haciendo frustrar el ulterior cumplimiento de la sentencia. Para garantizar estos efectos o la ejecución de la parte dispositiva de la sentencia surge la conveniencia de adoptar, hasta que adquiera firmeza, las medidas cautelares⁵².

En el plano nacional, SÁNCHEZ VELARDE considera que las medidas coercitivas “constituyen medidas judiciales que tienen por finalidad garantizar la presencia del imputado al proceso penal y la efectividad de la sentencia”⁵³. En consecuencia, según este autor, una medida coercitiva es “una medida judicial de aseguramiento de los objetivos del proceso, de aplicación taxativa, excepcional y bajo el rigor de los principios de necesidad y proporcionalidad”⁵⁴.

Por su parte, ROSAS YATACO define las medidas coercitivas como “todas aquellas restricciones al ejercicio de los derechos (personales o patrimoniales) del inculpado o de terceras personas que son impuestas o adoptadas en el inicio y durante el curso del proceso penal tendiente[s] a garantizar el logro de sus fines, que viene[n] a ser la actuación de la ley sustantiva en un caso concreto, así como la búsqueda de la verdad sin tropiezos”⁵⁵.

51 ORTELLS RAMOS, Manuel, “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid: 1978, p. 445.

52 GIMENO SENDRA, Vicente, *Proceso penal*, t. II, 3.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990, p. 353.

53 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Idemsa, 2004, p. 729.

54 SÁNCHEZ VELARDE, *Manual de derecho procesal penal*, ob. cit., p. 731.

55 ROSAS YATACO, Jorge, *Manual de derecho procesal penal. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia. Modelos procesales*, Lima: Grijley, 2003, p. 466.

PEÑA CABRERA FREYRE refiere:

Las medidas de coerción procesal son todas aquellas que tienen por finalidad asegurar la eficacia de los fines del proceso (civil y penal), que, según su naturaleza intrínseca, pueden consistir en la afectación de la libertad personal del imputado, así como una afectación de la libre disponibilidad de sus bienes. Las medidas de coerción procesal, por lo tanto, cumplen un rol fundamental para garantizar la eficacia de las instituciones procesales, medidas que no se pueden adoptar de forma arbitraria, pues su utilización se encuentra condicionada a la concurrencia de una serie de presupuestos⁵⁶.

Finalmente, resulta importante la visión integral que proporciona SAN MARTÍN CASTRO al respecto:

Debe quedar claro que las medidas de coerción suponen una injerencia del poder punitivo en los derechos constitucionales, y que se justifica en la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos. Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho constitucional más allá de lo razonable; por consiguiente, toda decisión que limite tales derechos: (i) ha de asegurar que esas medidas sean necesarias para conseguir el fin perseguido; (ii) ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquella a quien se le impone; y, en todo caso, (iii) ha de respetar su contenido esencial (STCE 18/1999, de 22-2-99)⁵⁷.

Entendemos que las medidas de coerción procesal encuentran su razón de ser en el tiempo que requiere el desarrollo del procedimiento. Pasar por la etapa de investigación, atravesar la etapa intermedia, ir a juicio oral, llegar a la revisión de la causa por el superior y que la sentencia definitiva adquiera firmeza importa un margen temporal durante el cual pueden darse circunstancias que conviertan en ineficaz la sentencia

56 PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO R., *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Rodhas, 2007, p. 681.

57 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima: INPECCP-CENALES, 2015, pp. 441 y 442.

condenatoria que pudiera imponerse al final del proceso penal. Tales circunstancias pueden partir del imputado, quien, ante la posibilidad de ser condenado y perder su libertad o de perder parte de su patrimonio, podría sustraerse o sustraer sus bienes del alcance de la justicia y, con ello, hacer ineficaz la sentencia y que toda la labor desarrollada durante el proceso devenga en inútil, lo que generaría impunidad y, peor aún, que la víctima del delito no sea reparada oportuna e integralmente. Obviamente, tal inferencia se construirá a partir de elementos de convicción concretos, no obedecerá a la simple creencia o mera conjetura del fiscal o del juez.

Por tanto, las medidas de coerción procesal son los instrumentos legales a través de los cuales el órgano jurisdiccional limita o restringe los derechos fundamentales del imputado referidos a su libertad personal y a su patrimonio, con la finalidad inmediata de asegurar la permanencia del imputado en el proceso y evitar que sustraiga sus bienes, y con el fin mediato de asegurar el cumplimiento de la —futura y posible— sanción y reparación civil establecidas en la sentencia condenatoria.

Comprendida su naturaleza, repasemos los principios de las medidas coercitivas aplicables al proceso penal. Tal como hemos desarrollado anteriormente, entendemos como principios procesales a las máximas que configuran las características esenciales del proceso. En específico, los principios del proceso penal brindan un marco general de concepción, actuación, deber ser y hacer de los sujetos procesales y definen la estructura del proceso, determinando sus etapas y los roles de los sujetos procesales.

En materia de medidas coercitivas, el art. vi del título preliminar del nuevo CPP establece:

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes

elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

Asimismo, el art. x señala que la normas que integran el título preliminar tienen prevalencia por sobre cualquier otra disposición del Código Adjetivo y deben ser utilizadas como fundamento de interpretación. Esto resulta trascendente debido a que en la judicatura nacional existe diversidad de criterios, muchos de los cuales se basan en interpretaciones literales o amplias, respecto a las medidas coercitivas —sobre todo las de carácter personal—, lo que ha motivado el enorme esfuerzo de la Corte Suprema por unificarlos, aunque incluso en esta máxima instancia hemos apreciado pronunciamientos contradictorios.

En esa misma línea, el art. 253 del nuevo CPP enumera los principios de las medidas de coerción procesal, entre los que figuran el principio de excepcionalidad, el principio de legalidad, el principio de jurisdiccionalidad, el principio de proporcionalidad, el principio de suficiencia probatoria, el principio de presunción de inocencia, el principio de necesidad y el principio de provisionalidad. Todos ellos no son meras declaraciones consignadas en la norma, sino que guían y sirven de interpretación a las disposiciones referidas a la aplicación de las medidas coercitivas para cada caso concreto y permiten cubrir los vacíos normativos que pudieran existir y desterrar criterios arbitrarios, inquisitivos, amplios o que relajan las garantías del ciudadano sometido al proceso.

El *principio de excepcionalidad* parte de la premisa de que, al considerarse a toda persona investigada o procesada inocente durante el trámite procesal hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza, ella debe de ser sometida y afrontar el proceso penal en plena libertad y sin restricción o limitación alguna a sus derechos. No obstante, en la realidad, se tiene la posibilidad de que la conducta del imputado genere riesgos para los fines del proceso, los cuales se infieren no de presunciones, sino a partir de la existencia de datos objetivos que la sustenten. Así pues, dependiendo de la debida acreditación de la apariencia del

derecho y del peligro en la demora, de manera excepcional el órgano jurisdiccional está facultado para dictar las medidas de coerción, a solicitud de parte legitimada.

El *principio de presunción de inocencia* guía el razonamiento judicial para dictar o rechazar una medida de coerción procesal, pues frente a la imputación, los elementos de convicción y el peligro procesal el juez siempre tendrá que considerar que por más suficiencia probatoria que pueda sustentarse en el caso concreto, el investigado o procesado es presumido aún como inocente, de modo que las inferencias que elabore respecto a su vinculación con el presunto delito y el peligro procesal no pueden admitir valoraciones anticipadas de responsabilidad penal o prejuicios de culpabilidad. Así, la decisión del juez se justifica en tanto obedezca a criterios objetivos y no a presunciones.

El *principio de legalidad* se encuentra consagrado en la Constitución y el nuevo Código Procesal Penal. Así, el art. 2.24.b de la Carta Magna indica que “no está permitida forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley”. El art. vi del título preliminar del nuevo CPP establece que “las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley”. Asimismo, el art. 202 del nuevo CPP señala que, “cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”. Finalmente, el art. 253 exige que “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a derechos humanos ratificados por el Perú solo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella”.

Conforme a este principio, el juez debe ceñirse a los tipos y formas de medidas coercitivas, requisitos, presupuestos, procedimientos y plazos previamente establecidos por la ley, dejando de lado la invención

de otro tipo de medidas de restricción o la alteración del procedimiento y demás características.

El *principio de jurisdiccionalidad* importa que solo el órgano jurisdiccional puede dictar las medidas de coerción procesal, sea que se trate de medidas de carácter personal o real. Siendo que toda medida coercitiva implica la afectación a los derechos fundamentales del investigado o procesado, su dación debe ser analizada y dictada por un juez imparcial, tras someterla a debate cuando corresponda. La imposición de una medida coercitiva no puede recaer en el Ministerio Público, que es una parte procesal y, por tanto, su función resulta ajena a la imparcialidad. De igual modo, este principio rige para los pedidos de la defensa referidos a la conversión o cese de la medida, se requiere del pronunciamiento del órgano jurisdiccional que la dictó. Este principio encuentra su excepción en los casos de urgencia e inmediatez, como son la detención en flagrancia, la incautación en flagrancia (llevadas a cabo por la policía) y el arresto ciudadano.

El *principio de motivación de la decisión judicial* está vinculado al principio de jurisdiccionalidad y exige que la decisión que emita el juez, ya sea que estime o desestime la medida coercitiva, cumpla con los estándares de la debida motivación de resoluciones judiciales —es decir, cuente con una fundamentación fáctica, jurídica y probatoria, que evidencie una correcta justificación interna y externa y que explique el cumplimiento o incumplimiento de los presupuestos exigidos por la ley, la proporcionalidad de la medida, su necesidad y utilidad— a fin de garantizar a las partes la posibilidad de contradecirla a través de la impugnación.

El *principio de suficiencia probatoria* se encuentra consagrado en el art. VI del título preliminar del nuevo CPP, cuando establece que la orden judicial por la que se dictan medidas que limitan derechos fundamentales “debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación”. Por el principio de suficiencia probatoria se exige que los elementos de convicción que sustentan el requerimiento de la

medida permitan superar la sospecha inicial o razonable y la sospecha reveladora, pues, si bien estas sirven para abrir diligencias preliminares y formalizar la investigación preparatoria, respectivamente, no resultan suficientes para afectar derechos fundamentales a través de las medidas coercitivas, cuyo dictado exige que los datos objetivos del caso permitan vincular al imputado con el delito que se le atribuye (*fumus boni iuris*), ya sea como autor o partícipe, y deducir riesgo procesal (*periculum in mora*).

El *principio de proporcionalidad* determina que, en cada caso concreto, el tipo de medida de coerción que dicte el juez debe obedecer a la existencia de una relación proporcional entre dos importantes aspectos: de un lado, las circunstancias y dimensión del caso, es decir, la gravedad del delito presuntamente cometido, las características del imputado, el nivel de sospecha que generan los elementos de convicción sobre los hechos y sobre la participación del imputado, el peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria; y, de otro lado, la intensidad o nivel de afectación que importará la medida sobre los derechos fundamentales del procesado. Ello a fin de evitar que la medida se convierta en un instrumento de extralimitación o de abuso. Asimismo, el principio de proporcionalidad se aplica para fijar el plazo de duración de la medida.

El *principio de idoneidad* es una regla de decisión judicial por la cual se elige la medida coercitiva más eficaz para cumplir el fin asegurativo del proceso y, a su vez, menos restrictiva para los derechos del encausado. La determinación de una medida de coerción resulta adecuada al fin del proceso en tanto contribuya a obtener el resultado que se pretende (aseguramiento) y genere una afectación estrictamente necesaria a los derechos fundamentales del afectado.

El *principio de necesidad o subsidiariedad* significa que, antes de dictar determinado tipo de medida coercitiva, el juez debe considerar si la finalidad de aseguramiento puede satisfacerse con otra medida de menor intensidad, esto es, con una que genere un menor grado de afectación a los derechos fundamentales del procesado sobre el que recae. De modo que solo se dicte determinado tipo de medida en tanto resulte necesaria

para el propósito de aseguramiento y este no pueda ser cubierto por las demás medidas contempladas en la ley.

El *principio de provisionalidad o temporalidad* consiste en que toda medida de coerción procesal no es permanente ni definitiva ni sienta estado de las cosas ni mucho menos de la responsabilidad penal del procesado, pues el dictado de las medidas coercitivas depende de los elementos de convicción y peligros que se sustentaron en un momento puntual del trámite procesal, circunstancias que pueden variar o desvanecerse a futuro. Esto les da el carácter instrumental a las medidas coercitivas, útiles para los fines de aseguramiento del proceso. Las medidas de coerción son provisionales, primero, porque existen mientras se requiera el aseguramiento de los fines del proceso; segundo, porque cuentan con un plazo de vigencia, de modo que, al agotarse su necesidad o al vencimiento del plazo, las medidas coercitivas cesan. Este principio asegura además que el ciudadano afectado tenga certidumbre acerca del periodo exacto en que sus derechos se verán afectados por la medida.

El *principio de variabilidad* significa que la medida de coerción procesal dictada puede ser modificada o variada por otra, de mayor o de menor intensidad, durante su vigencia, en atención a las circunstancias propias de cada caso. Sea a favor o en contra del imputado, la variación dependerá de la desaparición de las circunstancias que motivaron la dación original de la medida o de la aparición de nuevos elementos de convicción que las enerven y tornen necesaria la dación de un tipo de medida distinto.

El *principio dispositivo* importa que el juez no dicta medidas coercitivas de oficio, sino a solicitud de parte legitimada. Esto garantiza no solo la imparcialidad judicial, sino el debate —sustentación y contradictorio— previo a la decisión judicial, cuando corresponda. Cabe precisar que, si bien el dictado de las medidas coercitivas requiere de petición, la reforma de la medida sí puede ser ordenada aun de oficio por el juez.

Explicado ello, debemos precisar lo concerniente a la legitimidad de las partes para requerir o solicitar las medidas coercitivas. Al respecto, el nuevo Código Procesal Penal establece que, sin perjuicio de las reconocidas a la policía y a la fiscalía (detención en flagrancia y comparecencia simple), las medidas de coerción procesal (es decir, la detención preliminar judicial, comparecencia con restricciones, prisión preventiva, impedimento de salida, internación preventiva y suspensión preventiva de derechos) solo serán impuestas por el juez a solicitud del fiscal, salvo el embargo y la administración provisional de posesión, que también podrá solicitar el actor civil. El Código Adjetivo también dispone que, salvo lo dispuesto respecto del embargo y de la administración provisional de posesión, corresponde al Ministerio Público y al imputado solicitar al juez la reforma, revocatoria o sustitución de las medidas de carácter personal (art. 255). Asimismo, establece que corresponde al Ministerio Público y al imputado la impugnación de los autos que impongan, desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas coercitivas, mientras que el actor civil y el tercero civil solo podrán recurrir las medidas patrimoniales (art. 257).

Así pues, queda claro que la normativa procesal determina taxativamente qué parte procesal, dependiendo de sus pretensiones en el proceso, cuenta con legitimidad para requerir e impugnar las medidas coercitivas. En ese sentido, el actor civil puede solicitar medidas de coerción procesal de carácter patrimonial, por ejemplo, el embargo. Ello, porque en el proceso penal el actor civil persigue la reparación civil y no la imputación penal de los procesados, pues esta es labor propia del Ministerio Público. Sin embargo, lo dicho no implica que el actor civil no pueda comunicar al Ministerio Público cualquier circunstancia que importe la necesidad de una medida coercitiva personal contra el investigado, a fin de que el órgano de persecución penal solicite su imposición al juez.

Corresponde ahora analizar, desde la óptica penal, los presupuestos que se exigen para la procedencia de las medidas coercitivas de carácter

personal —a cuyo requerimiento está legitimada la fiscalía— y, desde la óptica civil, los de las medidas de carácter real —cuya solicitud está a cargo del actor civil—.

2.6.1. Los presupuestos de las medidas coercitivas de carácter personal

Las medidas cautelares personales, en palabras de ASENCIO MELLADO, son “aquellas resoluciones, *normalmente judiciales*, mediante las cuales, en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimiento del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia”⁵⁸. Cuando dice “normalmente judiciales”, el autor está precisando que existen medidas coercitivas de carácter personal que no requieren de orden judicial (como la detención en flagrancia, constitucionalmente a cargo de la policía), como excepción a la regla general y al principio de jurisdiccionalidad. Así pues, definimos a las medidas de coerción de carácter personal como aquellas medidas que, en tanto existan circunstancias objetivas, concretas y actuales que permitan concluir razonablemente que el encausado en libertad representa un riesgo para los fines del proceso penal, restringen el derecho a la libertad ambulatoria del ciudadano investigado o procesado con el objetivo de asegurar el normal desenvolvimiento del proceso y la eficacia de la sentencia final. El Ministerio Público es el único legitimado para requerirlas ante el juez de investigación preparatoria.

Respecto a este tipo de medidas coercitivas, el Tribunal Constitucional ha señalado:

En general, en el caso de las disposiciones que restringen la libertad del imputado como medida cautelar, existen dos intereses que deben ser cautelados por el Estado; esto es, a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona

58 ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 192.

a quien se imputa un delito, y b) la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado. Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente al otro, siendo la regla general, la libertad. Ello, por cuanto, siendo los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente, como *ultima ratio*, en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales en un proceso penal y siempre que no haya otros mecanismos menos radicales para conseguirla. Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia⁵⁹.

El nuevo Código Procesal Penal contempla las siguientes medidas de coerción procesal de carácter personal: la detención en flagrancia o detención policial (art. 259), el arresto ciudadano (art. 260), la detención preliminar judicial (art. 261), la detención preliminar incomunicada (art. 265), la prisión preventiva (arts. 268 al 285), la comparecencia simple (arts. 286), la comparecencia con restricciones (art. 287), la detención domiciliaria (art. 290), la internación preventiva (arts. 293 y 294) y el impedimento de salida (arts. 295 y 296), cuya dación depende de la acreditación del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, como presupuestos, los cuales deben ser necesariamente de consideración para la elaboración y planteamiento de la teoría del caso de la fiscalía y de la defensa, que serán enfrentados a este nivel.

59 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 0731-2004-HC/TC Lima, Lima: 16 de abril del 2004. Recuperado de <<https://bit.ly/3pib8cU>>.

A. *La verosimilitud o presunción del derecho: fumus boni iuris*

SAN MARTÍN CASTRO se refiere al *fumus boni iuris* como *fumus comissi delicti*, término que define de la siguiente manera:

Es la determinación de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela se establece la medida. El *fumus* es la apariencia o justificación del derecho subjetivo, que en el proceso penal es la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada —no la certeza del mismo—, y que requieren de indicios delictivos (STEDH Klass). Es el presupuesto material de la imputación, que consiste en un juicio de carácter instrumental en contraposición a un juicio de certeza que tiene un carácter final (CALAMANDREI). Es un juicio de probabilidad —o de verosimilitud—, de carácter objetivo (o apariencia probable de legitimidad), que se funda en los actos de investigación sobre la responsabilidad penal y civil del imputado u otro sobre quien recae la medida —indicio procedimental o principio de prueba de que la pretensión coercitiva se encuentra aparentemente bien fundada en derecho— (ARMENTA), y que deben ser evaluados prudentemente por el juez. La comprobación de la imputación requiere de un conocimiento en grado de probabilidad (REYNA)⁶⁰.

POR SU PARTE, ASECIO MELLADO⁶¹ señala:

El *fumus boni iuris* se reconduce a la existencia de una imputación o, lo que es lo mismo, de indicios suficientes respecto de la comisión de un delito, nunca de una falta, delito cuya gravedad difiere en atención al tipo de medida cautelar adoptada y que se concreta posteriormente al desarrollar cada actuación.

Luego, el mismo autor indica que “la adopción de una medida cautelar debe basarse en la existencia de una imputación” y esta, a su vez, debe fundarse “en indicios racionales, es decir, en elementos de

60 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., pp. 440 y 441.

61 ASECIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal. Estudios fundamentales*, Lima: INPECCP-CENALES, 2016, p. 626.

hecho que proporcionan la base de una sospecha delictiva susceptible de motivarse en una resolución judicial”.

Entonces, la apariencia del delito, como presupuesto material de las medidas coercitivas personales, consiste en la posibilidad de que la imputación penal planteada por el Ministerio Público sea razonablemente cierta. Una probabilidad de la existencia del hecho punible y de su comisión por parte del imputado. Este presupuesto viene constituido por un juicio de probabilidad sobre la existencia del hecho punible y la vinculación del imputado —contra quien se solicita la medida— en su comisión. No basta un nivel inicial de sospecha sobre la intervención del imputado en la comisión del delito, tampoco resulta suficiente acreditar el hecho y deducir que el responsable de su comisión es el imputado. Ambos ámbitos fácticos —el delito y la vinculación del imputado como su autor o cómplice— deben de respaldarse con elementos de convicción suficientes.

B. El peligro en la demora: periculum in mora

SAN MARTÍN CASTRO⁶² —con la denominación *periculum libertatis*— define al *periculum in mora* de la siguiente manera:

El daño jurídico derivado del retardo del procedimiento o de la mora procesal e interés específico que justifica la emanación de cualquiera de los hechos de coerción (CALAMANDREI). Es su presupuesto más importante (CALAMANDREI) en tanto que la irremediable duración del proceso provoque situaciones dañosas para la persona o la sociedad (GARBERÍ). Está en función a aquellos riesgos que pretenden evitarse, como consecuencia de la libertad del encausado, para garantizar la efectividad del proceso y de la sentencia, que pueden referirse tanto a la persona como al patrimonio del imputado. Consta de dos elementos: (i) retraso, demora en expedirse el fallo; y (ii) realización en ese lapso de conductas que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica del proceso. Son tres los peligros o riesgos que integran el *periculum*: 1. Ocultación personal o patrimonial del imputado; la fuga, como expresión de la ocultación personal, impide la ejecución penal y la

62 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 440.

celebración del juicio oral; mientras que la ocultación de la cosa o la insolvencia afecta la efectividad de la responsabilidad pecuniaria. 2. Ocultación de prueba u obstrucción de la investigación. 3. Comisión de nuevos delitos —que incluye la desprotección de la víctima—.

Es claro que la misma tramitación del procedimiento importa el transcurso del tiempo y este, a su vez, junto con otros factores, genera la posibilidad de que el imputado pueda perjudicar los fines del proceso. En este sentido, el peligro procesal puede verse desde tres perspectivas: 1) que el imputado fugue, sustrayéndose de la acción de la justicia; 2) que el imputado pueda entorpecer la actividad probatoria; y 3) que el imputado, directa o indirectamente, transfiera u oculte su patrimonio. En el ámbito del proceso penal, respecto a las medidas coercitivas de carácter personal, el peligro que genera la tramitación misma del proceso está constituido por el peligro de fuga y/o el peligro de obstaculización de la actividad probatoria, de modo tal que basta acreditar uno de ellos para que se configure el peligro procesal.

2.6.2. *Los presupuestos de las medidas coercitivas de carácter real*

Las medidas de coerción procesal de carácter real o patrimonial son aquellas que afectan los derechos patrimoniales del imputado y del tercero civil responsable —cuando lo hubiere—, impidiéndole —mientras se desarrolle el procesamiento penal— disponer, directamente o a través de terceros, de su patrimonio, en aras de evitar que lo oculte, desaparezca o transfiera y, de ese modo, asegurar el cumplimiento futuro del pago de la reparación civil —devolución del bien, pago de su valor o la indemnización por los daños y perjuicios— que se podría fijar en la sentencia a favor del agraviado.

Al respecto, el AP N.º 7-2011 estableció didácticamente:

Las medidas de coerción reales son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal

es consecuencia de la acumulación de acciones: [una] penal y [una] civil en [un mismo] [...] proceso penal. Las citadas medidas recaen sobre el patrimonio del imputado o sus bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos con la finalidad de impedir que durante el proceso determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte [...] [de aquel] afecten la efectividad de la sentencia o la eficacia del proceso. Están dirigidas a la protección de las pruebas o medios de prueba [en pureza de fuentes de investigación o de prueba], lo que en síntesis quiere decir salvaguardar o proteger el proceso⁶³. Su principal finalidad estriba, pues, en asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas; es decir, la realización plena de todas las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes. [Ahora bien], las notas características [...] de las medidas de coerción real son las comunes a todas las medidas de coerción. En tal sentido, sobre ellas el artículo 315.1 del Código Procesal Penal de 2004 [...], insiste [en su sujeción al] principio de variabilidad, respecto del que destaca que la variación, sustitución o cese está en función a “las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad”⁶⁴.

El nuevo Código Procesal Penal regula las siguientes medidas de coerción procesal de carácter real: el embargo (arts. 302 al 309), la orden de inhibición (art. 310), el desalojo preventivo (art. 311), las medidas anticipativas (art. 312), las medidas preventivas contra las personas jurídicas (art. 313), las medidas cautelares en casos de responsabilidad administrativa autónoma de personas jurídicas (art. 313-A), la pensión anticipada de alimentos (art. 314) y la incautación (arts. 316 al 320), cuya dación requiere que se acrediten como presupuestos el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, los cuales necesariamente deben ser considerados para la elaboración y planteamiento de la teoría del caso del actor civil.

63 NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal y litigación oral*, Lima: Idemsa, 2010, pp. 487, 488 y 491

64 VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CJ-116*, Lima: 6 de diciembre del 2011, f. j. n.º 16.

A. *La verosimilitud o presunción del derecho: fumus boni iuris*

Para que el juez pueda dictar la medida de coerción procesal, primero, evaluará que el requerimiento contenga datos que le permitan apreciar la probabilidad de la ocurrencia del hecho punible y vincular la conducta del imputado con su comisión.

Al respecto, el AP N.º 7-2011, enfocándose en las medidas de coerción reales, desarrolla este primer presupuesto:

El *fumus delicti comissi* consiste en la existencia de indicios racionales de criminalidad —es la denominada “apariencia y justificación del derecho subjetivo”— que en el proceso penal importa, como acota GIMENO SENDRA, una “razonada atribución del hecho punible a una persona determinada” (GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Madrid: Colex, 2007, p. 501). Ha de existir, pues, una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado específicamente por el art. 303.3 nuevo CPP, aun cuando se refiera solo al embargo y, por extensión expresa, a la orden de inhibición. El *fumus* debe referirse, de un lado, a un delito que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral, y, de otro, a que los referidos indicios —ciertamente, “procedimentales”— evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil. No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aun cuando fuera impugnada⁶⁵.

Resulta interesante comparar la dinámica y los criterios de interpretación de las medidas cautelares en el proceso civil con los de las medidas de coerción procesal de carácter real en el proceso penal. Tengamos en cuenta que este tipo de medidas apuntan a garantizar la pretensión civil incorporada al proceso penal y su reclamo le corresponde al actor civil. Desde la doctrina extranjera, en relación con las medidas cautelares reales en el proceso civil, PODETTI señala que el dictado de medidas cautelares no exige la plena comprobación de la existencia del

65 VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CJ-116*, Lima: 6 de diciembre del 2011, f. j. n.º 19.

derecho, sino solo su verosimilitud⁶⁶. En ese sentido, BARONA VILAR indica que la adopción de este tipo de medidas precisa que se acrediten unos indicios de probabilidad, verosimilitud de apariencia del buen derecho⁶⁷. En Perú, MONROY PALACIOS enseña que acreditar el *fumus boni iuris*, es decir, la verosimilitud del derecho, solo requiere que el actor presente una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición en el proceso, y la razón de ser de la verosimilitud es que para la obtención de la medida cautelar se requiere solo el “humo” de la existencia del derecho que solicita el demandante⁶⁸. Aquí notamos una gran diferencia con el presupuesto del *fumus boni iuris* exigido para el dictado de las medidas de coerción de carácter personal en el proceso penal, que —por importar una relevante afectación al derecho fundamental de la libertad ambulatoria— requieren, por supuesto, de elementos de convicción respecto al peligro procesal y a la vinculación del imputado con el hecho delictivo, y no de cualquier indicio ni presunción.

B. El peligro en la demora: periculum in mora

El peligro que puede generar el transcurso del tiempo para la pretensión civil (uno de los fines del proceso) se plasma en la posibilidad de que el imputado, directa o indirectamente, pueda ocultar, desaparecer, deshacerse o transferir su patrimonio y, en consecuencia, perjudique la futura reparación al agraviado por el daño causado. Tales situaciones son las que se buscan evitar a través de la imposición de las medidas de coerción procesal de carácter real.

Respecto al *periculum in mora*, centrándose las medidas de coerción reales, el AP N.º 7-2011 explica:

66 PODETTI, José Ramiro, *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de las medidas cautelares*, t. IV, Buenos Aires: Ediar, 1956, p. 54.

67 BARONA VILAR, Silvia, “El proceso cautelar”, en MONTERO AROCA, Juan; Juan GÓMEZ COLOMER; Alberto MONTÓN REDONDO y Silvia BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 680.

68 MONROY PALACIOS, Juan José, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima: Comunidad, 2002, pp. 171-174.

[E]l *periculum in mora* es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la eficacia del procedimiento penal y civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal —peligro de infructuosidad—. En el proceso penal ello se concreta por el “peligro de fuga” o de ocultación personal o patrimonial del imputado (GIMENO SENDRA, ob. cit., p. 592). Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado. Pero, también, el tiempo que dure el proceso, cuyo retraso puede hacer ineficaz la respuesta jurisdiccional si no se adoptan medidas tendentes a mantener la situación presente, o a evitar maniobras lesivas para los derechos de la víctima —en el caso del lavado de activos, al Estado— derivadas del comportamiento del imputado (AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN y otros, *Derecho procesal penal*, Madrid: Civitas, 2009). Es de tener en claro que el *periculum*, en lo civil, tiene una configuración objetiva propia: no se requiere, necesariamente, que se haya producido cierto comportamiento del imputado, ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil durante el tiempo del proceso, de dedicarse a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico-económicas que imponga la sentencia. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado —siempre en el plano civil y no penal— estuvieran acreditados, decae y no se justifica la imposición de las precitadas medidas. El art. 303.3 nuevo CPP, al respecto, estipula: “Por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien”⁶⁹.

En doctrina, CALAMANDREI, citado por PRIORI POSADA, señala que el peligro en la demora es el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares. El peligro en la demora configura el interés para obrar necesario para obtener del órgano jurisdiccional el dictado de una medida cautelar. Para PRIORI POSADA, el

69 VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CJ-116*, Lima: 6 de diciembre del 2011, f. j. n.º 19.

peligro en la demora se configura por dos caracteres: a) el riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora del proceso; y b) el riesgo de daño jurídico debe ser inminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia. Señala asimismo que determinar si existe o no peligro en la demora no pasa por una evaluación genérica abstracta, sino por un juicio realizado a partir del caso concreto, es decir, atendiendo a las especiales circunstancias que rodean a la situación que es sometida al proceso y, además, teniendo en consideración los poderes que la parte puede ejercitar legítimamente para evitar el perjuicio, y que no son de orden procesal, sino más bien de orden material⁷⁰.

Por último, debe tenerse en cuenta que en la determinación judicial de las medidas de coerción procesal reales o patrimoniales en el proceso penal se aplican supletoriamente las disposiciones pertinentes del Código Procesal Civil.

2.7. La teoría del caso aplicada al debate de la prisión preventiva

El debate sobre la procedencia de la medida coercitiva procesal personal de prisión preventiva se da a partir de la formalización de la investigación preparatoria. En ese momento procesal, las partes se encuentran en la posibilidad de confrontar argumentos, si bien iniciales, basados en los elementos de convicción —de cargo y descargo— recabados durante las diligencias preliminares. A este nivel del proceso la fiscalía cuenta con una teoría del caso definida, pero aún en construcción, que le permitirá sustentar su pedido de prisión preventiva y justificar su utilidad para el proceso, en tanto que la defensa, en vía de contradicción, tendrá que repeler el requerimiento de prisión con una adecuada estrategia legal.

Comenzamos, entonces, definiendo la prisión preventiva como la medida provisional más gravosa que contempla la legislación procesal

70 PRIORI POSADA, Giovanni, *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*, Lima: Ara Editores, 2006, pp. 37 y 38.

penal, pues es la que, en mérito de la acreditación de los presupuestos exigidos por la ley, afecta con mayor intensidad el derecho a la libertad personal del ciudadano procesado. No existe, pues, otra medida que genere un choque tan radical entre los principios de presunción de inocencia y excepcionalidad de las medidas coercitivas y la necesidad estatal de asegurar los fines del procesamiento penal. Ser parte de ese debate en el proceso exige a los intervinientes, fiscal y defensor, asumir sus respectivos roles con responsabilidad, pues son altos los intereses en juego: por una parte, la búsqueda de justicia y de dotar de eficacia al proceso penal; por otra, la presunción de inocencia y la libertad del ciudadano sometido al proceso.

La regulación normativa de la prisión preventiva contempla plazos de duración. Así, el art. 272 del nuevo CPP señala: 1) en comunes, la prisión preventiva no durará más de nueve meses; 2) en casos procesos complejos, el plazo límite es de dieciocho meses; y 3) en casos de criminalidad organizada, el plazo no durará más de treinta y seis meses. Al respecto, debemos precisar que si bien la norma indica plazos máximos, es obligación del juez —bajo el principio de proporcionalidad— determinar el plazo necesario que requerirá la medida de prisión preventiva. No obstante, en la realidad, es posible la aparición de circunstancias que tornen insuficiente el plazo de la medida y hagan necesaria su prolongación. Esta figura se encuentra regulada en el art. 274 del citado código, que determina que la prolongación de la prisión preventiva: 1) en casos comunes se puede extender hasta nueve meses más; 2) en casos complejos hasta dieciocho meses más; y 3) en casos de criminalidad organizada hasta doce meses más.

En la doctrina nacional, PEÑA CABRERA FREYRE define a la prisión preventiva como “una medida de coerción procesal válida, cuya legitimidad está condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos formales y materiales, los que deben ser tomados en cuenta por el juzgador al momento de decidir su aplicación, que se encuentra taxativamente previsto en las normas que modulan”⁷¹. Por su parte, NEYRA FLORES refiere:

71 PEÑA CABRERA FREYRE, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, ob. cit., p. 712.

[L]a prisión preventiva es, sin duda, la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional, puede adoptar en el transcurso del proceso penal, esto debido a que mediante la adopción de esta medida cautelar se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber todavía condenado, se presume su inocencia⁷².

El Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias, ha desarrollado la medida de prisión preventiva y su incidencia en el derecho a la libertad personal. A continuación, citaremos las decisiones del máximo intérprete de la Constitución Política que sirven de base para comprender la esencia de la prisión preventiva, a fin de que, a partir de dicho entendimiento, las partes procesales puedan construir sus posiciones y plasmarlas, sea en el requerimiento fiscal o en el argumento, contradiciéndolo.

- Sentencia recaída en el Exp. N.º 01091-2002-HC, de 12 de agosto del 2002:

[S]i bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, esta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la *ultima ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese, pues, es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”, y también la interpretación que de ella ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Caso Suárez Rosero. Ecuador”, párr. 77, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte*

72 NEYRA FLORES, José Antonio, Tratado de derecho procesal penal, t. II, Lima: Idemsa, 2015, p. 161.

Interamericana de Derechos Humanos, Ciudad de México: UNAM, 2001, p. 417)⁷³.

- Voto singular de los magistrados RAMOS NÚÑEZ y BLUME FORTINI en la sentencia recaída en el Exp. N.º 03223-2014-PHC/TC, de 27 de mayo del 2015:

[E]l dictado de la prisión preventiva, en el marco del Estado constitucional de derecho incide de forma particularmente grave en el derecho a la libertad personal. Ello no quiere decir que, por sí misma, vulnere derechos fundamentales. Sí implica, en cambio, el deber del órgano jurisdiccional de motivar adecuadamente sus decisiones, más aún si se toma en cuenta que las mismas tendrán repercusión en la situación jurídica de una persona que aún no cuenta con una sentencia que reconozca y declare su culpabilidad. Esta idea también se encuentra respaldada por el hecho de que el objetivo de la prisión preventiva no puede reposar en objetivos de carácter preventivo-general, sino que debe fundamentarse en circunstancias específicas que comprueben, en cada caso, que el imputado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. (Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, San José: 17 de noviembre del 2009, párr. 111)⁷⁴.

- Sentencia recaída en los Exps. N.ºs 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC (acumulado), de 26 de abril del 2018:

26. Como todo derecho fundamental, la libertad individual y sus derechos contenidos no son ilimitados, pues se encuentran sujetos a la posibilidad de limitaciones, restricciones o intervenciones constitucionalmente admitidas en función a la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes en el Estado

73 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1091-2002-HC/TC* Lima, Lima: 12 de agosto del 2002, f. j. n.º 7. Recuperado de <<https://bit.ly/3x5HxWC>>.

74 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03223-2014-PHC/TC* Lima, Lima: 27 de mayo del 2015.

constitucional, como los son otros derechos, principios y valores constitucionales.

27. En el caso de la libertad personal, como derecho contenido de la libertad individual, reconocido en el art. 2, inc. 24, de la Const. Pol., tiene un doble carácter a saber. “En tanto que atributo subjetivo, ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como atributo objetivo cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no solo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales. (Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1091-2002-HC/TC Lima*, Lima: 12 de agosto del 2002), en virtud de lo cual se derivan los límites a su ejercicio, lo que no puede atentar contra otros bienes o valores constitucionales [...]” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 07624-2005-PHC/TC Lima*, Lima: 27 de julio del 2006, f. j. n.º 2).

28. En esa misma línea de razonamiento, el art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y [...] el art. 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derecho[s] Humanos reconocen a la libertad personal como un derecho de tutela internacional sujeto a restricciones excepcionales debidamente establecidas en la ley y con arreglo al procedimiento preestablecido en ella.

29. El Tribunal Constitucional encuentra importante recordar que, tal como ha establecido en su jurisprudencia, el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993 “está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado”. (Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00032-2010-PI/TC*, Lima: 19 de julio del 2011, f. j. n.º 17).

30. En efecto, si el fin supremo de nuestra sociedad y nuestro Estado es la defensa de la dignidad humana (art. 1 de la Const. Pol.), y solo se es plenamente digno en la medida de que se tenga

oportunidad de construir autónomamente un proyecto de vida, respetando los derechos de los demás, entonces la libertad ocupa un lugar primordial en nuestro sistema de valores.

31. De ella deriva de modo directo el derecho fundamental a la libertad personal (art. 2, inc. 24, de la Const. Pol.). Es decir, la libertad física, sin cuyo ejercicio se restringe una gama importante de otros tantos derechos fundamentales como el derecho de reunión, al trabajo, a la vida en familia, etc. Cuando una persona es privada de la libertad personal se produce, pues, un fenómeno extraordinariamente perturbador en buena parte del sistema de derechos. Es por tal razón que es la sanción más grave que puede imponerse en un sistema democrático (con excepción, claro está, de la pena de muerte, allí donde aún es aplicada).

32. Por ello, el Tribunal Constitucional en consolidada jurisprudencia ha sido particularmente enfático en sostener la prisión preventiva es una regla de *ultima ratio*. Así, desde la naciente jurisprudencia constitucional en materia de restricción de la libertad personal, se ha considerado que la prisión preventiva es “una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la *ultima ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01091-2002-HC/TC*, Lima: 12 de agosto del 2002, f. j. n.º 7, criterio reiterado en: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01014-2011-PHC/TC*, Lima: 28 de junio del 2011, f. j. n.º 2; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03567-2012-PHC/TC*, Lima: 1 de octubre del 2013, f. j. n.º 12; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00872-2007-PHC/TC*, Lima: 16 de noviembre del 2007, f. j. n.º 2; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 5100-2006-PHC/TC*, Lima: 19 de junio del 2006, f. j. n.º 3; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 09809-2006-PHC/TC*, Arequipa: 30 de marzo del 2007, f. j. n.º 2; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03567-2012-PHC/TC*, Lima: 1 de octubre del 2013, f. j. n.º 12; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02357-2008-PHC/TC*, Lima: 16 de noviembre del 2009, f. j. n.º 3; entre otras).

33. Ese, pues, es el propósito del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general” que nuestra jurisprudencia reconoce. (Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03567-2012-PHC/TC*, Lima: 1 de octubre del 2013, f. j. n.º 12; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02934-2004-HC/TC*, Lima: 28 de diciembre del 2004, f. j. n.º 2; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01091-2002-HC/TC*, Lima: 12 de agosto del 2002, f. j. n.º 10; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00033-2004-HC/TC*, Lima: 10 de mayo del 2004, f. j. n.º 2; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02915-2004-HC/TC*, Lima: 23 de noviembre del 2004, f. j. n.º 9; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00967-2004-HC/TC*, Lima: 10 de agosto del 2004, f. j. n.º 2, entre otras).

34. En efecto, el dictado de la prisión preventiva, en el marco del Estado constitucional, incide de forma particularmente grave en el derecho a la libertad personal, por lo que implica el deber del órgano jurisdiccional de motivar adecuadamente sus decisiones; más aún si se toma en cuenta que las mismas tendrán repercusión en la situación jurídica de una persona que aún no cuenta con una sentencia que reconozca y declare su culpabilidad.

35. En reiterada jurisprudencia se ha precisado que la prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04163-2014-PHC/TC*, Lima: 25 de enero del 2017, f. j. n.º 8; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02386-2014-PHC/TC*, Lima: 7 de abril del 2015, f. j. n.º 8; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06099-2014-PHC/TC*, Arequipa: 27 de enero del 2017, f. j. n.º 5. Este criterio ha sido reiterado en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02163-2014-PHC/TC*, Lima: 4 de noviembre del 2014, considerando 3; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02240-2014-PHC/TC*, Lima: 25 de junio del 2014, considerando 4, entre otras). En ese sentido, la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la que se pueda verificar en forma clara y fundándose en evidencias sólidas cuáles son las razones que llevaron a su dictado. (Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01951-2010-PHC/TC*,

Lima: 28 de octubre del 2010, f. j. n.º 5, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 01680-2009-HC*, f. j. n.º 21).

36. Así, también se ha señalado que en el caso de la prisión preventiva, “la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de [dicha medida]” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00038-2015-PHC/TC*, Lima: 20 de septiembre del 2016, f. j. n.º 4; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 06099-2014-PHC/TC*, Arequipa: 27 de enero del 2017, f. j. n.º 4, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 05314-2013-PHC/TC*, Lima: 17 de diciembre del 2015, f. j. n.º 8, entre otras).

37. En esta línea de razonamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la aplicación de la prisión preventiva “debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Tibi vs. Ecuador*, San José: 7 de septiembre del 2004, párr. 106; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*, San José: 24 de junio del 2005, párr. 74; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, San José: 25 de noviembre del 2005, párr. 106; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *López Álvarez vs. Honduras*, San José: 1 de febrero del 2006, párr. 67; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, San José: 21 de septiembre del 2006, párr. 88; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yvon Neptune vs. Haití*, San José: 6 de mayo del 2008, párr. 107; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bayarri vs. Argentina*, San José: 30 de octubre del 2008, párr. 69; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, Lima: 17 de noviembre del 2009, párr. 121). En la misma inteligencia, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos establecen que “en el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso” (regla 6.1).

38. De ahí que toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiera de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso.

39. Por ello, cuando se trata de resoluciones judiciales que limitan la libertad personal, ellas requieren una “motivación cualificada”. (Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0728-2008-PHC*, Lima: 13 de octubre del 2008, f. j. 7). En palabras de la Corte Interamericana: “No es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a este deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la formalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria”. (Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, San José: 21 de noviembre del 2007, párr. 93)⁷⁵.

75 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04780-2017-PHC/TC y Expediente N.º 00502-2018-PHC/TC (acumulado) Piura*, Lima: 26 de abril del 2018, ff. jj. n.ºs 26-39. Recuperado de <<https://bit.ly/3geRfzb>>.

Con base en estos fundamentos, debe quedarnos claro que la libertad personal es un derecho fundamental que el Estado, a través de la ley, puede limitar en aras del cumplimiento de su función de administrar justicia penal. En sentido coincidente, la Corte Suprema, máxima instancia del Poder Judicial, también ha afirmado la trascendencia del derecho a la libertad personal y la justificación de la medida de prisión preventiva:

Noveno. La libertad es uno de los derechos fundamentales en los que se basa el Estado de derecho, por ello no es cuestionable su importancia y preferencia dentro del sistema jurídico. Sin embargo, existen casos en los que esta tiene que retroceder frente a otros intereses o bienes jurídicamente protegidos.

Décimo. La libertad ambulatoria puede ser limitada dentro del proceso penal a efectos de asegurar sus fines. Esta es la justificación de la imposición de una medida cautelar personal como la prisión preventiva.

Décimo primero. La aplicación de esta medida es excepcional, en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende, su adopción se hará solo en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia, pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente⁷⁶.

Corresponde ahora entrar al análisis de los *presupuestos materiales* que exige el art. 268 del nuevo CPP para el dictado de la medida coercitiva de prisión preventiva. Al respecto, conviene la lectura íntegra de dicho dispositivo:

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

76 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 626-2013 Moquegua*, Lima: 30 de junio del 2015, ff. jj. n.ºs 9-11. Recuperado de <<https://bit.ly/3gOWIec>>.

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

2.7.1. Respecto a la existencia de fundados y graves elementos de convicción

En la doctrina extranjera, GIMENO SENDRA señala:

[L]a adopción de la prisión provisional requiere la observancia de los siguientes requisitos: desde un punto de vista material, no es suficiente la imputación de cualquier infracción penal o contravención, sino de un delito (y de aquí que no se justifique limitación alguna del derecho a la libertad en las faltas) y, atendiendo a un criterio formal, es necesario no solo que exista constancia del hecho, sino también que el juez tenga motivos bastantes sobre la responsabilidad del imputado (*fumus boni iuris*)⁷⁷.

En el Perú, DEL RÍO LABARTHE indica:

El Código Procesal Penal asume una posición muy similar a la del ordenamiento español, el cual, al requerir motivos bastantes para la aplicación de la prisión preventiva, acerca la valoración de la existencia del hecho punible a un grado cognitivo calificable como probable y no como posible, un alto grado de probabilidad si se quiere, cercano a la convicción o certeza, pero nunca idéntico⁷⁸.

77 GIMENO SENDRA, Vicente; Pablo MORENILLA ALLARD; Antonio TORRES DEL MORAL y Manuel DÍAZ MARTÍNEZ, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colex: 2007, p. 445.

78 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Ara Editores, 2008, p. 43.

Para nosotros la acreditación de la existencia de fundados y graves elementos de convicción requiere, primero, entender que cuando hablamos de *elementos de convicción* hacemos referencia a los datos objetivos recabados durante la investigación preparatoria, sea por actos oficiales de investigación dispuestos por la fiscalía, sea por el aporte de los intervinientes a la carpeta fiscal.

Los elementos de convicción son de cargo cuando los resultados de los actos de investigación arrojan información tendiente a corroborar la ocurrencia del hecho, su carácter delictivo y/o la vinculación del investigado en su comisión, como autor o cómplice. Podemos citar como ejemplos: el acta de denuncia, que contiene la sindicación; el acta de declaración testimonial, en la que un testigo corrobora los hechos expuestos por el denunciante; el acta de reconocimiento de imputado, en el que se identifica al denunciado como autor del hecho; el certificado médico legal, que acredita las lesiones físicas sufridas por la víctima; el acta de visualización de video, que permite apreciar la forma en que sucedieron los hechos y que coinciden con los términos de la denuncia; etc.

De otro lado, los elementos de convicción son de descargo cuando la información permite determinar que el hecho nunca sucedió, desvirtuar la delictuosidad del hecho, desvincular al investigado de la comisión del hecho o justificar su actuación. Por ejemplo: la declaración testimonial en la que un testigo afirma que permaneció con el denunciado en un lugar diferente del suceso denunciado; el certificado migratorio que acredita que el denunciado no estuvo en el lugar ni en la fecha en que acontecieron los hechos; la pericia de parte; etc.

Debemos tener claro que al analizar el primer presupuesto de la prisión preventiva el juez no solo debe evaluar los elementos de cargo que ofrece la fiscalía, sino también los elementos de descargo que indique la defensa.

Respecto a este tema, la sentencia recaída en los Exps. N.ºs 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC (acumulado), de 26 de abril del 2018, señala:

61. En efecto, como bien ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia impone que el juzgador examine todos los hechos y argumentos a favor o en contra de la aplicación o el mantenimiento de la prisión preventiva. (Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe N.º 86/09. Caso 12 553. José, Jorge y Dante Peirano Basso vs. Uruguay*, 6 de agosto del 2009, párrs. 86 y 87).

62. Así, la Sala ha incurrido en un razonamiento violatorio del derecho fundamental a probar —como manifestación implícita del debido proceso (art. 139, inc. 3, de la Const. Pol.)—, del derecho de defensa, y por derivación —tratándose del espacio deliberativo sobre la pertinencia del dictado ni más ni menos que de una prisión preventiva— del derecho fundamental a la libertad personal (art. 2, inc. 24, de la Const. Pol.).

63. Adicionalmente, es claro que, al negarse a valorar las pruebas aportadas por la defensa técnica, la Sala eludió el deber de motivar por qué, a pesar de su contenido, continuaba asumiendo que las declaraciones [...] continuaban contribuyendo a sostener la formación de fundados y graves elementos de convicción para sospechar razonablemente que los investigados recibieron dinero de Venezuela. Formarse o no esa convicción es un asunto de la jurisdicción ordinaria, pero es asunto de la jurisdicción constitucional el controlar que al momento de determinar qué elementos de juicio se tomarán en cuenta para ello, no se violen derechos fundamentales.

64. Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Constitucional considera que los jueces penales, al momento de evaluar los nuevos elementos de convicción de un pedido de revocatoria del mandato de comparecencia por el de prisión preventiva, deben necesariamente valorar todos y cada uno de los elementos presentados no solo por el Ministerio Público, sino también por la defensa técnica de los procesados, esto a fin de justificar de manera razonable la presunta existencia de elementos que permitan razonablemente vincular al procesado con la comisión del delito por el que se le sigue un proceso penal, a razón de salvaguardar la presunción de inocencia, en tanto la prisión preventiva es una medida temporal y no definitiva de la dilucidación de la responsabilidad penal.

65. Pese a ello, y dado que, en el caso concreto, [...] en el caso de los favorecidos, la Sala emplazada consideró que los demás elementos de convicción presentados por el Ministerio Público para demostrar la existencia de nuevos elementos que permitieran vincular a los procesados con el delito por el que se les viene investigando, sí permitían

dar por cumplido el requisito establecido en el art. 268, literal “a”, del nuevo CPP para el dictado de una prisión preventiva⁷⁹.

Otro punto a tratar en el estudio de este primer presupuesto de la prisión preventiva es el referido a las características de los elementos de convicción. Cuando se hace referencia a elementos de convicción *graves*, debemos entender que se habla de aquellos que agravan o intensifican la incriminación, esto es, que significan la probabilidad razonable de que el imputado haya intervenido, como autor o cómplice, en la comisión del hecho punible materia de proceso. Estamos, pues, ante datos objetivos que reducen la brecha de la duda y van consolidando la imputación a nivel de alta probabilidad de que el ciudadano procesado haya cometido un delito. No nos encontramos frente a una sola sindicación del denunciante ni ante la mera hipótesis del fiscal, sino ante un cúmulo de datos que, en calidad y no en cantidad, permiten sustentar objetivamente la imputación, a nivel de probabilidad y no de certeza. Así, el acta de denuncia (que contiene la sindicación), si bien constituye un elemento de convicción, no es grave, pues recién adquirirá tal dimensión cuando sea corroborada o respaldada por otros elementos. El mismo criterio se aplica para el acta de declaración del postulante a colaborador eficaz o el acta de declaración del testigo con código en reserva, que por sí solas no importan gravedad y requieren otros datos objetivos que las corroboren.

Finalmente, debemos de indicar que los elementos de convicción graves deben referirse a dos ámbitos fácticos de la imputación: 1) la ocurrencia del hecho delictivo y 2) la vinculación del procesado con su comisión. Sería incorrecto dar por cumplido el primer presupuesto de la prisión preventiva si solo se cuentan con elementos graves respecto al hecho y mínimos, o ausentes, indicios sobre la participación del sujeto.

En este punto, cabe hacer referencia a lo establecido en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017, cuyo f. j. n.º 24 indica lo siguiente:

79 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04780-2017-PHC/TC y Expediente N.º 00502-2018-PHC/TC (acumulado) Piura*, Lima: 26 de abril del 2018, ff. jj. n.ºs 61-65. Recuperado de <<https://bit.ly/3geRfzb>>.

La sospecha grave propia para dictar mandato de prisión preventiva —el grado más intenso de la sospecha, más fuerte, en términos de nuestro [nuevo] Código Procesal Penal, que la sospecha suficiente y que resulta necesaria para la acusación y el enjuiciamiento— requiere de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (alto grado de probabilidad de una condena) (ROXIN, Claus, ob. cit., p. 259). Esta es una *conditio sine qua non* de la adopción y el mantenimiento de esta medida de coerción personal. El elemento de convicción ha de ser corroborado por otros elementos de convicción o cuando por sí mismo es portador de una alta fiabilidad de sus resultados y además ha de tener un alto poder incriminatorio, esto es, vincular al imputado con el hecho punible. Esta exigencia probatoria, sin duda, será superior que la prevista para inicio de actuaciones penales, pero inferior al estándar de prueba establecido para la condena: descarte de duda razonable (FERRER BELTRÁN, Jordi, “Presunción de inocencia y prisión preventiva”, en ASENCIO MELLADO, José María y José Luis CASTILLO ALVA (dirs.), *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba*, Lima: Ideas, 2017, pp. 158 y 130). No se exige, por ello, prueba plena de la autoría ni una definitiva calificación jurídica de la conducta, sino únicamente la existencia de indicios o elementos de convicción fundados y graves de la comisión de una actividad delictiva y de los demás presupuestos de punibilidad y perseguibilidad y a partir de ellos de su responsabilidad penal. El juicio de imputación judicial para la prisión preventiva exige un plus material respecto a los dos anteriores niveles de sospecha, pues debe contener un elevado índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo (GUERRA PÉREZ, Cristina, *La decisión judicial de prisión preventiva*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 138). La expresión “sospecha grave” debe ser interpretada en sentido cuantitativo, es decir, denotando un grado de intensidad mayor que la precedente, que permitan ya sostener desde un principio, aunque provisionalmente, que la persona inculpada es responsable del delito (SANGUINÉ, Odone, *Prisión preventiva y derechos fundamentales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 471). Desde luego, no serán susceptibles de reproche constitucional las resoluciones judiciales que expresen los hechos que se estiman provisionalmente acreditados y las fuentes —elementos de convicción— que les han conducido a estimar que existen indicios fundados y graves de responsabilidad penal del sujeto

sometido a prisión preventiva, siempre que esa inferencia de responsabilidad criminal no puede calificarse de ilógica o de argumentalmente insuficiente (BELLIDO PENADÉS, Rafael, “La prisión provisional y las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado en el borrador del Código Procesal Penal”, en MORENO CATENA, Víctor (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 410. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia 164/2000*, Madrid: 12 de junio del 2000)⁸⁰.

Coincidimos con la línea argumentativa expuesta, pero discrepamos con la ubicación del nivel que se asigna a la sospecha grave —por encima de la sospecha suficiente—, pues ello implicaría que el estándar probatorio exigido para dictar prisiones preventivas significaría que solo podría aplicarse en los procesos que cuenten con acusación fiscal, lo que constituye un absurdo, ya que uno de los fines de la prisión preventiva es asegurar el desarrollo de la actividad probatoria desde la investigación preparatoria formalizada. Además, desde otra óptica resultaría incoherente que, contándose con una sospecha grave —superior a la suficiente—, se prosiga investigando. ¿Acaso la investigación no implica que falta algo y que aún no se logra contar con elementos de convicción suficientes para acusar? Nuestra crítica se sustenta además en que el propio art. 268 del nuevo CPP indica que los elementos de convicción fundados y graves fluyen de “los primeros recaudos”, esto es, de los actos de investigación desarrollados en las diligencias preliminares o al inicio de la investigación preparatoria formalizada. A nuestro criterio, no es posible que el nivel de sospecha grave sea superior al de la sospecha suficiente que se exige para la acusación —tal como se desprende de una lectura *a contrario sensu* del art. 344 del nuevo CPP—. En ese sentido, postulamos que la sospecha grave que se exige para la prisión preventiva se encuentra por encima del nivel de sospecha reveladora —que se requiere para formalizar la investigación preparatoria, a partir de la cual se puede requerir dicha medida— y por debajo de la sospecha

80 I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433*, Lima: 11 de octubre del 2017, f. j. n.º 24.

suficiente —requerida para que la acusación pase a juicio—. Lo suficiente significa que no se requiere más, que algo basta para determinado fin.

Punto aparte, los elementos de convicción *fundados* son aquellos que se sustentan en datos objetivos, esto es, en información extraída de la realización de los actos de investigación o del aporte de datos ofrecidos por la defensa, los cuales pueden ser de cualquier clase, en atención al principio de libertad probatoria, teniendo como límites su pertinencia y utilidad, así como su legalidad. Es decir, por más revelador que pueda ser un dato objetivo, mientras este no cumpla requisitos de validez, no puede ser utilizado ni valorado como elemento de convicción, pues, justamente, su falta de legalidad descarta que sea fundado. En sintonía con nuestra posición, el AP N.º 4-2010 establece:

[S]i bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el art. 71 nuevo CPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

Por tanto, constituye un criterio judicial prevaricador valorar, so pretexto del descubrimiento de la verdad, elementos de convicción que han sido obtenidos o incorporados al proceso penal con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales del investigado (art. VIII.2 del título preliminar del nuevo CPP). En un Estado democrático de derecho está proscrita la búsqueda de la verdad a toda costa y por cualquier medio.

Cerramos este acápite citando la Cas. N.º 626-2013 Moquegua, que, respecto a la existencia de fundados y graves elementos de convicción

para estimar razonablemente la comisión de un delito y su vinculación con el imputado, señala:

Vigésimo quinto. [La existencia de fundados y graves elementos de convicción] [e]s el primer requisito que exige la prisión preventiva en el inc. 1 del art. 268 del nuevo CPP. No se prevé expresamente en la Convención de Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero sí en la prohibición de detenciones arbitrarias, que se regulan en ambos cuerpos normativos. Ha sido reconocido en las sentencias de la Corte Interamericano de Derechos Humanos *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras* y *J vs. Perú*. Siendo su finalidad evitar los peligros de fuga y obstaculización probatoria, para poder adoptarla es necesario que exista un grado de confirmación sobre la realidad del delito y la vinculación del imputado.

Vigésimo sexto. Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea, la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado.

Vigésimo séptimo. Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

Vigésimo octavo. Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la ejecutoria vinculante recaída en el R. N. N.º 1912-2009 Piura, de 6 de septiembre del 2005.

Vigésimo noveno. Es necesario que el fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el juez, va-

lorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*⁸¹.

2.7.2. Respecto a la prognosis de la pena

El art. 268 del nuevo CPP establece como segundo presupuesto de la prisión preventiva que la sanción a imponerse en el caso concreto sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad. Ello está referido a un cálculo aproximado que deberá de realizarse atendiendo a los criterios de aplicación de la pena que se emplearían en el contexto de una futura sentencia condenatoria. No se cumple este presupuesto simplemente con señalar que el máximo de la pena prevista en la ley es mayor a cuatro años de pena privativa de libertad.

Sobre este punto, la Cas. N.º 626-2013 Moquegua indica:

Trigésimo. Como es doctrina consolidada la prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no solo tiene que ver con la pena legal fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los arts. IV y VIII del título preliminar del CP y/o de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley.

Trigésimo primero. El art. 45-A del nuevo CPP, adicionado por la Ley N.º 30076, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el art. 46, incs. 1 y 2, incorporado por la ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (art. 14 del CP), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (art. 15 del CP), tentativa (art. 16 del CP), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (art.

81 SALA PENAL PERMANENTE (ponente; Sr. juez NEYRA FLORES), *Casación N.º 626-2013 Moquegua*, Lima: 30 de junio del 2015, ff. jj. n.ºs 25-29.

21 del CP), responsabilidad restringida por la edad (art. 22 del CP), complicidad secundaria (art. 25 del CP) y los segundos agravante por condición del sujeto activo (art. 46-A del CP), reincidencia (art. 46-B del CP), habitualidad (art. 46-C del CP), uso de inimputables para cometer delitos (art. 46-D del CP), concurso ideal de delitos (art. 48 del CP), delito masa (art. 49 del CP), concurso real de delitos (art. 50 del CP), concurso real retrospectivo (art. 51 del CP). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el art. 45 del CP y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución⁸².

2.7.3. Respecto al peligro procesal

Si bien la norma procesal exige la concurrencia de tres presupuestos, el peligro procesal se erige como el más importante, debido a que la prisión preventiva encuentra su razón de ser en el aseguramiento de los fines del proceso, sea para su normal desarrollo o para la eficacia de la sentencia final.

El art. 268.c del nuevo CPP establece como presupuesto de la prisión preventiva que de la evaluación de los “primeros recaudos” —elementos de convicción recabados durante las diligencias preliminares o a inicios de la investigación preparatoria formalizada— el juez colija razonablemente que existe el riesgo de que el imputado en libertad, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) —lo que implicaría a futuro la imposibilidad de iniciar la etapa de juzgamiento— u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) —lo que significa el entorpecimiento de la actividad probatoria en perjuicio de los fines del proceso—.

82 SALA PENAL PERMANENTE (ponente; Sr. juez NEYRA FLORES), *Casación N.º 626-2013 Moquegua*, Lima: 30 de junio del 2015, ff. jj. n.ºs 30 y 31.

A. *El peligro de fuga*

El art. 269 del Código Adjetivo establece los criterios que el juez de investigación preparatoria debe de tener en cuenta para determinar si existe o no peligro de fuga:

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

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

Seguidamente procederemos a exponer el desarrollo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema ha realizado respecto a cada uno de los criterios para la determinación del peligro de fuga como expresión del peligro procesal, tercer presupuesto exigido para el dictado de la prisión preventiva.

a. *El arraigo*

Conforme manifiesta DEL RÍO LABARTHE, debemos entender el arraigo como “el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. La falta de arraigo no comporta por sí misma un peligro de obstrucción del imputado a la acción de la justicia, pero sí permite presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes”⁸³.

La Cas. N.º 631-2015 Arequipa señala:

83 DEL RÍO LABARTHE, *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, ob. cit., p. 53.

Cuarto. Que, ahora bien, el peligro procesal (*periculum in mora*) es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva. Este tiene un carácter subjetivo, pero objetivado legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enumerativos y, por ende, reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces. La ley, como se sabe, establece la presencia de dos peligrosismos: fuga —que es el paradigma del *periculum libertatis*— y obstaculización (arts. 268.1. c y 269-270 del nuevo CPP). El peligro de fuga hace referencia a la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, evitando ser juzgado o bien se vaya a sustraer de la pena que se le podría imponer (LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado*, 4.^a ed., San José: Editorial Jurídica Continental, 2009, p. 385). Dentro de los criterios que el juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como “arraigo” —que tiene esencialmente un carácter objetivo y ni puede afirmarse con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso concreto— (art. 269 del nuevo CPP). El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimensiones: 1) la posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello, visto en su conjunto, acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse, desincentivan la fuga del imputado (DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, “La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Penal*, Friburgo: 2008, p. 97).

[...]

Sexto. Que, es cierto que los alcances del arraigo en el país también pueden valorarse desde los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, más aún si es extranjero, situación que le permitiría abandonar el país y refugiarse en su localidad de origen cuando advierte riesgo para sí. Sin embargo, esta situación tiene que ser apreciada caso por caso.

Si se tiene en cuenta que *prima facie* está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa radicada en el Perú, solo podrá afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y, en su caso, la condena correspondiente. Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención desde que un acercamiento genérico al problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado, importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad. En efecto, cuando se acredite indubitablemente que un procesado extranjero tiene arraigo en el país, ello permite entender un riesgo menor de peligro de fuga, salvo que conste razonablemente otros datos de ese orden que vislumbren un sólido riesgo fundado de fuga.

[...]

Noveno. Que, entre otros criterios relevantes del riesgo de fuga, que no cabe presumirlo, están en relación a la moralidad del imputado, las acusaciones personales y del caso. Este carece de antecedentes, no huyó al iniciarse las diligencias preliminares e, incluso, ya abierta este viaje y regresó al país para someterse al procedimiento de investigación. No existe otro dato que permita advertir un riesgo de fuga razonable. La pena podrá ser relevante, pero, si no constan elementos de convicción respecto del peligrosismo procesal, no es posible dictar automáticamente una medida de coerción personal de prisión preventiva.

Décimo. [...] Sobre estas consideraciones, se limitó indebidamente la libertad del imputado al imponerse desproporcionalmente la medida de coerción personal de prisión preventiva a pesar de que demostró arraigo y no se presentan otros criterios que concurrentemente autoricen a afirmar la existencia de un fundado peligro de fuga. El Tribunal Superior, además, incrementó el plazo de prisión preventiva, con el solo argumento de que esta no es un adelanto de pena, no tiene por finalidad generar escarmiento en el investigado, sino únicamente asegurar su presencia al proceso. Tal resolución al hacer referencia a pautas generales sin referencia a las concretas razones para un incremento del plazo de privación procesal de la libertad, importa una motivación irrazonable, que no puede ratificarse⁸⁴.

Asimismo, la Cas. N.º 626-2013 Moquegua establece:

Trigésimo sexto. El primer inciso del referido artículo (art. 269 del nuevo CPP), establece una serie de situaciones de las que se debe extraer la presencia o no de arraigo. Este elemento exige establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas. El [nuevo] Código Procesal Penal señala que el arraigo en el país del imputado está 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.

Trigésimo séptimo. Toda vez que los criterios para establecer peligro procesal no son taxativos, tampoco los del arraigo. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 1091-2002-HC/TC, señaló que la posesión de bienes generaba arraigo, de ahí que el juez pueda considerar otro elemento para considerarlo, siempre que lo justifique en su resolución.

Trigésimo octavo. Como señala DEL RÍO LABARTHE estas especies de arraigo (familiar, laboral, posesión y titularidad de bienes) son criterios que antes que justificar la prisión preventiva, en realidad desincentivan la fuga del imputado; sin embargo, su ausencia también permite valorar, con otros factores, el riesgo de fuga.

Trigésimo noveno. Esto ha sido recogido en la Res. Adm. N.º 325-2011-P-PJ, de trece de septiembre del dos mil once, elaborado sobre la base de la Constitución Política del Estado, [nuevo] Código Procesal Penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc., entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, *a priori*, la utilización de la prisión preventiva.

Cuadragésimo. Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en con-

junto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga⁸⁵.

Finalmente, cabe destacar el voto singular de los magistrados RAMOS NÚÑEZ y BLUME FORTINI en la sentencia recaída en el Exp. N.º 03223-2014-PHC/TC, donde se indica sobre el arraigo laboral lo siguiente:

En este caso, sin embargo, se fundamenta el mandato de detención del ahora recurrente solo por el hecho de que no cuenta con un empleo conocido. Estimamos que dicho modo de sustentar las resoluciones judiciales puede ser perverso, ya que estaríamos habilitando una regla general según la cual las personas desempleadas son, por el solo hecho de serlo, un obstáculo para el debido desarrollo del proceso. Estimamos que esta clase de actos procesales deben sustentar, en cada caso particular, el peligro que converge en el despliegue de la actividad probatoria o la posibilidad de fuga⁸⁶.

b. La gravedad de la pena

Respecto a la gravedad de la pena como criterio del peligro de fuga, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 1091-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional señaló:

En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es, en esencia, una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello, no puede solo justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese mo-

85 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 626-2013 Moquegua*, Lima: 30 de junio del 2015, ff. jj. n.ºs 36-40.

86 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 03223-2014-PHC/TC Lima*, Lima: 27 de mayo del 2015.

mento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad⁸⁷.

Por su parte, la Corte Suprema, mediante la Cas. N.º 626-2013 Moquegua, señaló:

Cuadragésimo primero. A diferencia del analizado en los considerandos trigésimo al trigésimo segundo [la prognosis de la pena], [la gravedad de la pena] no es un elemento de proporcionalidad, sino un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que, ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede temer condena en ese sentido y fugar.

Cuadragésimo segundo. La sola presunción de fuga no puede sustentar un pedido de prisión preventiva. El Informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que no basta la seriedad de la pena a imponerse, pues la posibilidad que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (comportamiento en este, en otro proceso, antecedentes, etc.) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Del mismo criterio es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *López Álvarez vs. Honduras*, *Bayarri vs. Argentina* y *J vs. Perú*; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Neumeister vs. Austria*, pues de otra forma la adopción de esta medida cautelar privativa de libertad se convertiría en un sustituto de la pena de prisión.

Cuadragésimo tercero. Entonces, de la gravedad de la pena solo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo⁸⁸.

87 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1091-2002-HC/TC Lima*, Lima: 12 de agosto del 2002, f. j. n.º 8. Recuperado de <<https://bit.ly/3x5HxWC>>.

88 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 626-2013 Moquegua*, Lima: 30 de junio del 2015, ff. jj. n.ºs 41-43.

c. *El daño causado*

Respecto al daño causado como criterio del peligro de fuga, la Cas. N.º 626-2013 Moquegua establece:

Cuadragésimo quinto. Antes de la modificación operada por la Ley N.º 30076, el criterio que regulaba el inciso tres del art. 269 del nuevo CPP era: la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. Aspecto criticado, pues se incorporaba aspectos de responsabilidad civil a medidas de carácter personal, a tal punto que el criterio que el imputado no adopte una actividad voluntaria de reparar un daño —respecto del cual no ha sido declarado responsable— no podría considerarse como una muestra de riesgo de fuga.

Cuadragésimo sexto. La ley citada modifica este criterio, ahora lo que se debe valorar es: la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. El contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se podría entender como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva, lo que es inaceptable en una medida cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo.

Cuadragésimo séptimo. Tampoco se puede entender como una referencia a la reparación civil, pues la importancia del daño civil está ligada a la pretensión civil, y su riesgo (*periculum in mora*) tiene diversos medios de protección de esa naturaleza (embargo, incautación, desalojo preventivo, etc.), que no tiene que ver con el peligro procesal de esta medida cautelar personal.

Cuadragésimo octavo. En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer.

Cuadragésimo noveno. La propia redacción de la segunda parte de este criterio, “ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño”, implica que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable.

Quincuagésimo. La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal⁸⁹.

d. El comportamiento del imputado

Respecto al comportamiento del imputado como criterio para determinar el peligro de fuga, la Cas. N.º 626-2013 Moquegua establece:

Quincuagésimo primero. [...] [El comportamiento procesal] es uno de los [criterios] más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida), etc.

Quincuagésimo segundo. También se deben analizar las conductas que fuera del tipo penal ocurren con inmediatez al hecho, por ejemplo, la persona que luego de cometer el delito, consciente de ello fuga del lugar de los hechos.

Quincuagésimo tercero. No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido, así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

Quincuagésimo cuarto. La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior) debe ser analizada con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que

89 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 626-2013 Moquegua*, Lima: 30 de junio del 2015, ff. jj. n.ºs 45-50.

debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención) no autoriza al juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso⁹⁰.

e. La vinculación a una organización criminal

Sobre este criterio, en los Exps. N.ºs 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC (acumulado), el Tribunal Constitucional precisó:

115. El art. 269, inc. 5, del nuevo CPP, establece que, para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta “la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas”. Como se aprecia, no se trata de un criterio de orden procesal, sino punitivo, semejante al de “la gravedad de la pena que se espera” (inc. 2) o al de “la magnitud del daño causado” (inc. 3).

116. En la Cas. N.º 626-2013, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha razonado del modo siguiente: “La pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, ‘compra’, muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida” (f. j. n.º 57).

117. A pesar de lo sostenido en la referida casación, existe una amplia coincidencia tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, en el sentido de que los argumentos relacionados con la supuesta comisión de un delito por parte de una persona, con prescindencia de su gravedad, no pueden justificar por sí solos el dictado de una medida de prisión provisional. (Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 1091-2002-HC/TC Lima*, Lima: 12 de agosto del 2002, f. j. n.º 9, entre otras).

90 SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N.º 626-2013 Moquegua*, Lima: 30 de junio del 2015, ff. jj. n.ºs 51-54.

118. En efecto, a menos que se trate de una sentencia judicial condenatoria, el derecho fundamental a la presunción de inocencia y, desde luego, el propio derecho a la libertad personal, impiden que una limitación de la libertad tan severa como el encarcelamiento, pueda estar justificada en criterios llanamente punitivos. Si así fuera, la posibilidad de separar con consistencia las razones que justifican una detención preventiva y una sentencia condenatoria, en esencia, se desvanecerían, como desvanecido también quedaría el contenido constitucionalmente protegido de la inocencia presunta.

119. Se ha señalado, pues, con acierto, que “se viola el principio de presunción de inocencia cuando la [aplicación de la] prisión preventiva [...] está determinada esencialmente, por ejemplo, por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado. En estos casos también se está en gran medida aplicando una pena anticipada, previa a la conclusión del proceso mismo, entre otras razones porque materialmente la detención previa al juicio, en tanto privación de libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia”. (Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA, 2013, p. 58).

120. En idéntico sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que, aun habiéndose verificado indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la participación del imputado en el ilícito que se investiga, “la privación de libertad del imputado no puede residir [solamente] en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena”. (Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, San José: 21 de noviembre del 2007, párr. 103; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, San José: 17 de noviembre del 2009, párr. 111). “Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”. (Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *López Álvarez vs. Honduras*, San José: 1 de febrero del 2006, párr. 69; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bayarri vs. Argentina*, San José: 30 de octubre del 2008, párr. 74).

121. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha considerado que la razonable verosimilitud de una futura grave condena, la naturaleza del delito y el peso de la evidencia son relevantes, pero

en modo alguno decisivos en sí mismos para justificar el dictado de la prisión preventiva. (Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Letellier vs. Francia*, Estrasburgo: 26 de junio de 1991, párr. 43. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Muller vs. Francia*, Estrasburgo: 17 de marzo de 1997, párr. 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Becciev vs. Moldavia*, Estrasburgo: 4 de octubre del 2005, párr. 58; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Panchenko vs. Rusia*, Estrasburgo: 8 de febrero del 2006, párr. 105; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Piruzyan vs. Armenia*, Estrasburgo: 26 de junio del 2012, párrs. 95 y 96).

122. En definitiva, pues, sostener que pueda bastar la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal para justificar una orden preventiva de prisión, es violatorio de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad personal. Este Tribunal considera que pueden ser elementos que contribuyan a presumir el peligro procesal (ya sea de peligro de fuga o de obstaculización probatoria), pero por sí solos no son suficientes. De ahí que se discrepe de lo sostenido en el fundamento 54 *in fine* de la Cas. N.º 626-2013 (“en ciertos casos solo bast[a] la gravedad de la pena y [la imputación de pertenencia a una organización criminal] para imponer [prisión preventiva]”), por tratarse de una afirmación reñida con la Constitución.

123. Dado que en el caso de los procesados [...], todos los argumentos relacionados con el peligro procesal que fueron esgrimidos por el juez y la Sala para justificar el mandato de prisión preventiva en su contra, han sido considerados inconstitucionales, la presunta pertenencia a una organización criminal, por ser un criterio de orden punitivo y no procesal, no puede ser una razón en sí misma suficiente para justificarlo, a menos que se sumen elementos que permitan presumir, razonablemente, el incremento del peligro procesal (dar cuenta de la compra de pasajes aéreos en fecha próxima para justificar la existencia de un peligro de fuga; o, dar cuenta de que el investigado ocupó un cargo importante y tuvo acceso a una esfera de poder que permitiría el ocultamiento o desaparición de pruebas, a fin de justificar un peligro de obstrucción probatoria), lo que en el presente caso no ha sucedido⁹¹.

91 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04780-2017-PHC/TC y Expediente N.º 00502-2018-PHC/TC (acumulado) Piura*, Lima: 26 de abril del 2018, ff. jj. n.ºs 115-123.

En esa línea, en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional hace un llamado a reconducir los criterios judiciales respecto a las imputaciones por organización criminal y al dictado de las prisiones preventivas en tales casos:

124. Sobre ese tipo de valoraciones judiciales, resulta importante manifestar que, como consecuencia de la actual coyuntura social de desconfianza frente a la autoridad como consecuencia de los recientes casos de corrupción, el país en su generalidad viene viviendo en una actitud de sospecha colectiva que ha terminado colocando a la persona en general y a quien ejerce función o cargo público en particular como un sujeto considerado de suyo “proclive al delito”. Es decir, se ha implantado una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva, que abdica de la lógica del legislador constituyente peruano, que ha optado por un sistema que considera a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, que es anterior y superior al Estado y titular de una serie de derechos que le son inherentes, denominados, más allá de las digresiones académicas que la doctrina recoge, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la persona o derechos constitucionales; entre los cuales están el derecho al honor y a la buena reputación, el derecho a la defensa y el respeto de su dignidad, y el derecho a la presunción de inocencia mientras no se haya acreditado judicialmente su culpabilidad, mediante sentencia firme y definitiva.

125. Esa actitud, contradice totalmente el claro mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución, que a la letra preceptúa que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Este precepto muestra la lógica y filosofía del legislador constituyente, que en rescate del valor persona humana establece la obligación constitucional para todos, la sociedad en su conjunto y cada uno de sus miembros, así como el Estado mismo en cuanto ente nacional y conjunto de órganos e instituciones que lo integran dentro de su estructura, de defender a la persona humana, y por cierto todos sus derechos, y de respetar su dignidad, en cuanto ser humano que es el centro de la organización política, social y económica del país. Contiene entonces un mandato ineludible y que, además, encierra el concepto de solidaridad, que es imprescindible en el Estado constitucional.

126. En esa misma línea, el art. 2 de la Const. Pol. enumera un conjunto de derechos, que en lo que al caso atañe, interesa destacar, además del derecho a la dignidad humana, los derechos al honor, a la buena reputación, a la intimidad y a la libertad y seguridad personales. Y, entre estos últimos derechos fundamentales, el de no ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; el de gozar de libertad personal; el de no ser apresado por deudas, salvo la alimentaria; el de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la ley; y el de ser considerado inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad; previstos en el art. 2, incs. 7 y 24, acápite a, b, c y d de la Const. Pol.

127. En lo que concierne específicamente al Estado y más especialmente a la judicatura ordinaria, el respeto a tales derechos debe ser el pivó de todo su accionar, máxime cuando se actúa en el ámbito de la justicia penal, en la cual imperan principalmente los siguientes principios: el respeto y la defensa de los derechos fundamentales; la presunción de inocencia a favor del investigado; la duda favorece al imputado; la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal pública; y la tipificación penal clara, precisa e indubitable del hecho atribuido como punible. Así, es necesario constitucionalizar el cabal ejercicio de la judicatura penal, en el marco de su autonomía e independencia, para garantizar máxima probidad, idoneidad, imparcialidad, honestidad y valentía, y, además, el cumplimiento de los principios de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia, como supremo intérprete de la Constitución, de la ley y, en general, de todo el derecho positivo⁹².

Contundentes argumentos que debemos exigir sean acogidos por los operadores judiciales en salvaguarda de las garantías mínimas del debido proceso y que esperamos sirvan de reflexión para aquellos que han encontrado en el aplauso mediático, en el escándalo y en la

92 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04780-2017-PHC/TC y Expediente N.º 00502-2018-PHC/TC (acumulado) Piura*, Lima: 26 de abril del 2018, ff. jj. n.ºs 124-127.

presión social, un espacio para —so pretexto de búsqueda de la verdad— dinamitar los principios y las garantías del proceso penal, generando malas prácticas, convirtiendo en regla a la prisión preventiva y a la presunción de culpa, deformando las instituciones procesales, relativizando o flexibilizando las garantías del ciudadano en su perjuicio, afectando la autonomía e independencia de las instituciones del sistema de administración de justicia y, en suma, degenerando el procesamiento penal. Inconductas a las que hacemos frente. Este trabajo es una muestra de ese esfuerzo.

B. *El peligro de obstaculización*

BINDER señala que “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia”⁹³. Lo cierto es que, en realidades como la peruana, las entidades conformantes del sistema de administración de justicia no resultan eficientes para prevenir o frenar actividades maliciosas desarrolladas por determinados individuos con el fin de perturbar, obstaculizar o entorpecer el proceso penal y sus fines. Ni qué decir cuando se trata del procesamiento de verdaderas organizaciones criminales —no de las hipótesis ficticias o sobredimensionadas que plantean algunos despachos fiscales— que cuentan con real poder para eliminar o alterar las fuentes de prueba, a través de actividades fraudulentas, corruptelas, amenazas graves y atentados contra la integridad física de coprocesados, testigos, peritos e, incluso, autoridades. En ese contexto, la posibilidad concreta y actual del entorpecimiento de la actividad probatoria se convierte en un criterio válido para inferir el riesgo procesal, presupuesto para el dictado de la medida de prisión preventiva.

93 BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 199.

Respecto al peligro de entorpecimiento probatorio, CÁCERES JULCA indica:

El entorpecimiento probatorio es aquella circunstancia propiciada por el imputado o por terceros que tengan por finalidad el evitar o cuando menos minorizar la capacidad del Ministerio Público para encontrar incorporar o actuar fuentes o elementos de prueba a la investigación. Para determinar el peligro del entorpecimiento de la investigación o de los actos de prueba, se debe evaluar el grado de peligrosidad del delito por el cual se investiga, la presencia de otros coimputados, sus vínculos y posibles influencias que pueda generar en terceras personas, la mala fe procesal de las defensas de los procesados y todo otro posible acto del que se pueda inferir razonablemente afectación real al proceso. Es de notar que estos posibles hechos deben juzgarse conforme al juicio objetivo de una persona razonable, teniendo como parámetros los hechos de la imputación, el comportamiento del procesado, los medios probatorios, las situaciones concretas que se presentan en el proceso, y la expectativa inicial de una sentencia favorable o desfavorable dado el momento en que es evaluado la presencia del peligro procesal. Así, no basta con el simple temor o aprensión del fiscal de la investigación preliminar, sino que debe derivar de hechos que puedan ser apreciados en sus posibles consecuencias⁹⁴.

El art. 270 del nuevo CPP contiene los criterios que el juez de investigación preparatoria debe de tener en cuenta para determinar si, en el caso concreto, se presentan o no elementos de convicción que le permitan colegir razonablemente que existe el riesgo de que el imputado en libertad, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, tratará de obstaculizar la averiguación de la verdad entorpeciendo la actividad probatoria (peligro de obstaculización):

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

94 CÁCERES JULCA, Roberto, *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Academia de la Magistratura, 2017, pp. 48 y 49.

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

Respecto al peligro de obstaculización como criterio para la determinación del peligro procesal, citaremos dos importantes pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional: las sentencias recaídas en los Exps. N.^{os} 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC (acumulado) y 02534-2019-PHC/TC.

- Sentencia recaída en los Exps. 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC (acumulado), de 26 de abril del 2018:

96. [...] ¿Es posible justificar ese presunto riesgo razonable (de obstaculización), no en un hecho probado, sino en un hecho que, a su vez, es solo razonable asumir que puede haberse producido? Responder esta pregunta es fundamental, puesto que el juez y la Sala no han presumido el riesgo de que el investigado influya en testigos como resultado de haberse probado que antes lo ha hecho, sino han llegado a la conclusión de que esta es una conducta que puede presumirse en el investigado basados en una presunción no probada pero razonable, presentada en otro proceso judicial. Es decir, y para decirlo en una frase, han basado su sospecha razonable en otra sospecha razonable.

97. Pues bien, si tal como se ha señalado, toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiere de una motivación cualificada, no es de recibo que la presunción del riesgo de perturbación de la actividad probatoria o del riesgo de fuga se base, a su vez, en hechos presuntos y provenientes, además, en este caso, de un proceso pasado. Ello hace que la razonabilidad de la presunción del peligro procesal y su nivel probabilístico carezcan de la fuerza necesaria para justificar una limitación tan grave a la libertad personal.

98. Como bien ha referido la Corte Interamericana, una resolución judicial que pretenda entenderse como suficientemente motivada para limitar la libertad personal “tiene que estar fundada en hechos específicos [...], esto es, no en meras conjeturas”. (Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, San José: de 21 de noviembre del 2007, párr. 103). Es decir,

el riesgo de perturbación de la actividad probatoria o de fuga puede ser finalmente una conjetura, pero, tratándose de limitar la libertad personal, resulta constitucionalmente inaceptable que también lo sea el elemento de juicio en que se pretenda sustentar.

99. Ello en buena medida es lo que establece el art. 281 del CPC, supletoriamente aplicable al proceso penal, cuando, al referirse a las “presunciones judiciales”, establece que “el razonamiento lógico-crítico del juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados”. Lo que en buena cuenta quiere decir que cabe la presunción judicial, pero solo en base a un elemento debidamente acreditado, no en base a otro hecho presunto.

[...]

109. Por el contrario, este Tribunal Constitucional tiene jurisprudencia en la que ha señalado que los cuestionamientos dirigidos al imputado relacionados con declaraciones o conductas que no se acercan a la verdad no pueden ser interpretadas como un peligro de obstaculización que justifique el dictado de una prisión preventiva. Así, se ha señalado, por ejemplo, que “la versión incoherente de los hechos que [el procesado] pueda manifestar, no constituyen indicios razonables de la manifestación del peligro de obstaculización del proceso”. (Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1555-2012-PHC/TC, Lima: 19 de marzo del 2013, f. j. n.º 7).

110. Debe recordarse que el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas, en posición que este colegiado comparte, ha señalado que en aras del reconocimiento de la importancia axiológica del derecho a la libertad personal y de la presunción de inocencia, los Estados deben recurrir a la prisión preventiva “solo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad”. (Cfr. GRUPO DE TRABAJO SOBRE DETENCIONES ARBITRARIAS, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. Informe anual presentado al Consejo de Derechos Humanos. E/CN.4/2006/7/Add.3*, ONU, 2005, párr. 63).

111. No se aprecia ninguna necesidad apremiante de encarcelar a una persona por no declarar conforme a la verdad, por haber tenido conductas que no se acerquen a ella, o, en el caso concreto, por haber distorsionado su grafía.

112. Por lo demás, ya se ha señalado que una medida de prisión preventiva debe ser respetuosa del *test* de proporcionalidad. Siendo así, aun cuando pueda sostenerse que la promoción de una conducta compatible con la verdad por parte de un procesado resulte un fin constitucionalmente valioso, no se aprecia en qué medida ordenar encarcelarlo resulte idóneo para la consecución de tal objeto (subprincipio de idoneidad). Evidentemente, si su objetivo es mentir dentro del proceso, ello podrá hacerlo tanto dentro como fuera de la prisión. En tal sentido, considerar que la distorsión de una grafía permite justificar razonablemente la presunción de obstaculización de la actividad probatoria que dé mérito al dictado de una prisión preventiva, es un argumento manifiestamente desproporcionado y, por ende, violatorio del derecho fundamental a la libertad personal⁹⁵.

- Sentencia recaída en el Exp. N.º 02534-2019-PHC/TC, de 25 de noviembre del 2019:

227. Si bien es cierto que la Sala llega a la conclusión de la existencia de actos de obstaculización en la investigación seguida contra la favorecida, no llega a explicitar cómo es que la sindicación de un testigo protegido, le lleva a la convicción que es ella quien dispuso la realización de tales actos, más aún cuando dicha versión no ha sido confirmada con otras pruebas que no sean circunstanciales.

228. En tal sentido, nos encontramos frente a presunciones sobre la participación de la favorecida en hechos que, si bien involucran a un grupo de personas del partido político [...], no confirman con meridiana claridad, que fue ella y no alguna de esas personas, quien dispuso la realización de tales actos, dado que tal sindicación efectuada por el testigo protegido 1, se sostiene en otras presunciones sin corroboración mínima.

229. Consecuentemente, pese a que la Sala plantee la existencia de actos de obstaculización, la motivación que en ella expone respecto de la participación de la favorecida en ello, resulta aparente al no explicitar

95 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04780-2017-PHC/TC y Expediente N.º 00502-2018-PHC/TC (acumulado) Piura*, Lima: 26 de abril del 2018, ff. jj. n.ºs 96-99 y 109-112.

su conclusión en hechos mínimamente corroborados, vulnerándose una vez más el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

[...]

250. Siendo las cosas del modo descrito, no termina de entenderse —y por tanto de explicarse— cómo así, en el caso de la favorecida y cuando el proceso se encuentra en un estado de abundante acopio de medios de prueba, se persiste en la medida restrictiva de la libertad. Dicho de modo distinto, carece de asidero insistir en una fórmula restrictiva, allí donde se encuentran eficazmente garantizadas las pruebas que precisamente se requieren para los fines del proceso respectivo. En este contexto, afirmar que aún se encuentran pendientes otros actos de investigación respecto de imputados y testigos distintos a la procesada, no avala tampoco dicha opción restrictiva, pues no solo se trata de sujetos procesales diferentes, a lo que se añade que la hipotética vinculación entre aquellos y la favorecida se sustenta en argumentaciones edificadas sobre la base de conjeturas o indudables presunciones, según ya se ha precisado con anterioridad.

251. Este colegio considera, bajo el escenario descrito, que la resolución casatoria, visto el tiempo transcurrido, el estado actual del proceso y el acopio de medios probatorios reunidos hasta la fecha, deviene en cuestionable, pues la medida restrictiva de la libertad que se pretende convalidar no se encuentra suficientemente respaldada en datos objetivos, lo que la convierte en evidentemente insuficiente y a todas luces, contraria a la libertad individual⁹⁶.

Habiendo revisado la abundante línea jurisprudencial relativa a la evaluación judicial de los presupuestos materiales exigidos para el dictado de la medida coercitiva procesal de carácter personal de prisión preventiva, corresponde revisar las guías metodológicas desarrolladas, primero, en la mentada Cas. N.º 626-2013 Moquegua, emitida por la Corte Suprema el 30 de junio del 2015, y, más recientemente, en la sentencia recaída en los Exps. N.ºs 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-

96 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 02534-2019-PHC/TC Lima*, Lima: 25 de noviembre del 2019, ff. jj. n.ºs 227-229, 250 y 251. Recuperado de <<https://bit.ly/3zaELBt>>.

PHC/TC (acumulado), de 26 de abril del 2018, emitida por el Tribunal Constitucional:

- Cas. N.º 626-2013 Moquegua:

Décimo séptimo. En la audiencia de prisión preventiva una buena práctica, especialmente al inicio de la realización de audiencias previas en el distrito judicial, por la aplicación progresiva del [nuevo] Código Procesal Penal es: que la argumentación por las partes de los presupuestos materiales se haga punto por punto, señalados en el art. 268 del nuevo CPP, referidos a los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen, así, captarán íntegramente la información sobre cada uno y contradecirán todo lo argumentado, presupuesto por presupuesto, el juez podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal y después pasará al siguiente punto, y al concluir cada punto y al final de la audiencia, estará en las mejores condiciones para pronunciar la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

Décimo octavo. Lo primero que se tratará será sobre los graves y fundados elementos de convicción. El fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentaran sus dichos. El juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario. Siendo la función del órgano jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también eficiencia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.

Décimo noveno. Así controlará los tiempos, focalizará que las partes se refieran a un tema específico, haya la mayor contradicción porque la contraparte recordara íntegramente lo que se acaba de argumentar y podrá refutarlo y el juez hacer las preguntas aclaratorias que estime.

Vigésimo. Una vez agotada la discusión del primer requisito, habiendo el juez logrado la información que requiere, dará la palabra al fiscal para continuar con la prognosis de pena a imponer, bajo los mismos términos.

Vigésimo primero. Luego, sobre el peligro procesal. El fiscal indicará específicamente, individualizando cuál es el alegado, pues los arts. 269 y 270 del nuevo CPP establecen una serie, después la réplica del defensor del imputado y el juez estará en condiciones de establecer su magnitud.

Vigésimo segundo. Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al art. 122 del nuevo CPP y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo.

Vigésimo tercero. i) La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inc. 5 del art. 139 de la Const. Pol., el inc. 3 del art. 271 del nuevo CPP, D. Leg. 957, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal y la Res. N.º 120-2014, de mayo del 2014, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como precedente vinculatorio, en la ratificación del fiscal Villasís Rojas, establecen que debe examinarse para su corrección: a) comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial. ii) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 728-2008-PHC/TC, caso *Llamoja Hilaes*, indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta, pues solo así es posible evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida (sentencias recaídas en los Exps. N.ºs 1091-2002-HC/TC y recientemente en el N.º 1133-2014-PHC/TC), lo que debe cumplirse en todos los actos antes señalados. iii) En el estudio *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, que recoge estudios coordinados por *Due Process of Law Foundation*, se señala como una recomendación hecha en el marco del estudio comparativo, que el uso arbitrario o inmotivado de la prisión preventivo debe ser

perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales.

Vigésimo cuarto. En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) de los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad. Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada uno de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro⁹⁷.

- Sentencia recaída en los Exps. N.ºs 04780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC (acumulado):

129. El Tribunal Constitucional considera pertinente hacer referencia a algunos criterios sobre la tramitación de una solicitud de prisión preventiva que considera de importancia. Así, debe tenerse presente que en el trámite de un recurso de apelación de una prisión preventiva no corresponde al juez de primera instancia evaluar la suficiencia o corrección de los fundamentos de derecho o de hecho del recurso, pues ello les corresponde a los jueces de segunda instancia. Ello no solo desnaturaliza la esencia de la apelación como mecanismo de revisión por una instancia superior, sino también el derecho a la pluralidad de la instancia y la tutela jurisdiccional que debe brindar el Estado.

130. En cualquier caso, en razón del efecto de irradiación de los derechos fundamentales, más allá de la denominación que se le dé al recurso impugnatorio, y tratándose del debate relativo a la pertinencia o no de una medida de prisión preventiva, la invocación de la violación de un derecho fundamental siempre es razón suficiente para su admisión, so pena de que en caso contrario se entienda vulnerado el derecho de acceso a los recursos, a la pluralidad de la instancia y, en definitiva, el derecho a la defensa del recurrente.

97 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez NEYRA FLORES), *Casación N.º 626-2013 Moquegua*, Lima: 30 de junio del 2015, ff. jj. n.ºs 17-24.

131. La audiencia de prisión preventiva, que se desarrolla bajo los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, es un espacio de singular importancia para el ejercicio del derecho a probar de las partes, y para el ejercicio del derecho de defensa del acusado en particular. En la Cas. N.º 626-2013, ff. jj. 15 al 24, se han establecido reglas importantes para su adecuado desarrollo que deben ser debidamente atendidas por la judicatura.

132. No obstante, en los últimos tiempos la población ha sido testigo de audiencias de esta naturaleza que han sido programadas casi de modo inmediato luego de la presentación de la solicitud de prisión preventiva, o dándoseles continuidad o reprogramación a altas horas de la noche, e incluso, en algunos casos, de la madrugada.

133. El Tribunal Constitucional comprende que se requiere una tramitación célere en estos casos, pero ello no puede darse a costa de comprometer el debido ejercicio de la defensa técnica por parte de los acusados, menos aún si de por medio está la posible expedición de una medida de prisión preventiva. De hecho, este colegiado ya ha tenido ocasión de establecer que la duración razonable de un proceso no solo se ve afectada por ser excesiva, sino también, a veces, por ser demasiado breve: “Un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la *litis* se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación ‘de cualquier acusación penal’, vulnera el derecho a un proceso ‘con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable’”. (Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 010-2002-AI/TC*, Lima: 3 de enero del 2003, f. j. n.º 167).

134. En efecto, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han afirmado que la constitucionalidad del plazo no solo se evalúa por el tiempo fijado en la ley. No se trata solo de un problema de legalidad, sino más bien de un derecho fundamental que puede verse seriamente afectado incluso antes del cumplimiento del plazo establecido en la ley. Por consiguiente, el plazo razonable también se vulnera si las actuaciones procesales tienen lugar sin la debida diligencia, en tiempos excesivamente cortos que no permiten a las partes hacer valer sus derechos, ponderar las pruebas o impugnarlas, etc.

135. El nuevo modelo oralizado del proceso penal si bien apunta a la efectividad del proceso en un tiempo corto, su desarrollo no puede

dar lugar a poner en riesgo el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, es importante que el juez penal que conozca de una solicitud de prisión preventiva siempre observe las reglas del debido proceso. De ahí que deba bridar al imputado y su defensa un tiempo corto, pero razonable para preparar su contradicción, y deba ajustar la celebración de la audiencia a tiempos y horarios que permitan llevar a cabo con efectividad el derecho de defensa. Recuérdese que, por ejemplo, no es lo mismo la lucidez de la defensa técnica ejercida respetando los horarios de descanso que impone la naturaleza humana, que ejercer la defensa técnica a media madrugada, luego de una maratónica audiencia iniciada 18 horas antes⁹⁸.

En seguida, el Tribunal Constitucional formula un severo llamado de atención a los jueces del caso y hace una reflexión sobre el juicio paralelo o mediático que tanto perjuicio causa a los derechos de los ciudadanos sometidos al proceso penal y a la administración de justicia en general:

136. Ha llamado la atención de este Tribunal el hecho de que en diversos pasajes de la Res. 3 (y en menor medida también en la Res. 9), se hayan formulado afirmaciones que dan por hecho que los investigados son autores de delitos. Así, por solo mencionar algunos ejemplos, a fojas 65 del Exp. N.º 04780-2017-PHC/TC, el juez sostiene lo siguiente: “Es la conducta del investigado [...] de comprar testigos para eludir la acción de la justicia, lo que devela de manera plausible que podría reiterar esa conducta en este proceso”. Es decir, no presenta como hipótesis la influencia en los testigos por parte del imputado, sino como un hecho probado.

En otro pasaje de la misma resolución se lee lo siguiente también en relación con el investigado [...]: “A la gravedad de la pena hay que añadir la magnitud del daño causado y a ello también hay que añadir su condición de integrante de una organización criminal” (a fojas 66 del Exp. N.º 04780-2017-PHC/TC). Una vez más, el juez no presenta como una sospecha razonable la pertenencia a la organización criminal, sino como una situación acreditada.

98 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04780-2017-PHC/TC y Expediente N.º 00502-2018-PHC/TC (acumulado)* Piura, Lima: 26 de abril del 2018, ff. jj. n.ºs 129-135.

Por su parte, en algún momento la Sala sostiene que “es la pertenencia a la organización [criminal] la que genera un riesgo procesal”, incurriendo en el mismo lenguaje.

137. Corresponde recordar, nuevamente, que el espacio del debate acerca de la justificación del dictado o no de una medida de prisión preventiva es de naturaleza cautelar y no punitivo, por ende, no existe margen alguno, so pena de violar la presunción de inocencia, para afirmar y dar por establecido ningún tipo de responsabilidad penal.

138. Podría considerarse que se trata tan solo de afirmaciones desprolijas, pues de hecho en la mayoría de ocasiones las resoluciones son respetuosas del uso de un lenguaje hipotético respecto de la responsabilidad penal. Empero, no dejan de ser expresiones reñidas con la presunción de inocencia. El TEDH acierta cuando señala que la presunción de inocencia también se vulnera si antes de que el acusado sea declarado penalmente responsable conforme a un debido proceso, alguna resolución judicial refleja la idea de que es culpable. (Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Barberá, Messegue y Jabardo vs. España*, Estrasburgo: 6 de diciembre de 1988, párr. 91; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Allenet de Ribemont vs. Francia*, Estrasburgo: 10 de febrero de 1995, párr. 33).

139. En el *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2013, se indica lo siguiente: “Otro de los factores relevantes que incide en que la prisión preventiva no sea utilizada excepcionalmente y de acuerdo con su naturaleza cautelar lo constituyen las injerencias sobre las autoridades judiciales directamente encargadas de decidir acerca de la aplicación de esta medida, lo que es más grave aún en vista de las significativas deficiencias estructurales y flaquezas de los sistemas judiciales de muchos países de la región. En los hechos, estas presiones o injerencias provienen fundamentalmente de tres sectores: (a) altos funcionarios de otros poderes u órganos del Estado, que ante los reclamos sociales o por motivaciones de otra naturaleza mantienen un fuerte discurso punitivo, en ocasiones acompañado de medidas de presión concretas hacia los operadores de justicia; (b) las cúpulas de los poderes judiciales que muchas veces hacen eco del mensaje que se transmite desde el poder político; y (c) los medios de comunicación y la opinión pública” (p. 46).

140. En todo caso, es evidente que de no mediar el máximo esfuerzo por generar un compromiso introspectivo con la propia independencia institucional, los jueces, corren el riesgo de resultar influenciados por los juicios paralelos o mediáticos, que muchas veces, haciendo tabula rasa de las mínimas garantías del debido proceso, pretenden que la institución de la prisión preventiva sea aplicada como una sentencia anticipada a aquel que, sin mediar aún un justo proceso, la mayoría de la población o un sector con capacidad de posicionamiento mediático, ya ha “juzgado” como culpable. Es deber irrestricto de la judicatura, mantenerse inmunes frente a esas presiones. La condición de juez o fiscal de la República así lo exige.

141. Más allá del juicio mediático, y más allá de la gravedad de los cargos, los jueces deben recordar que tener ante sí a un procesado, es interactuar, en principio, con una persona inocente, porque la protege la presunción de inocencia y que, en tanto tal, merece el tratamiento que corresponde a esa condición.

142. El juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ afirmó alguna vez lo siguiente: “Solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad —aunque esta tropiece con el tecnicismo— la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. [...] Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva”. (Cfr. Voto razonado, párr. 18, recaído en la sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *López Álvarez vs. Honduras*, San José: 1 de febrero del 2006)⁹⁹.

Cerrando este capítulo, cumplimos con precisar que hemos dedicado especial énfasis y amplio tratamiento doctrinario y jurisprudencial, así como sentado nuestros propios conceptos, posturas y críticas, a

99 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 04780-2017-PHC/TC y Expediente N.º 00502-2018-PHC/TC (acumulado) Piura*, Lima: 26 de abril del 2018, ff. jj. n.ºs 136-142.

tres audiencias que consideramos trascendentes: la tutela de derecho, la excepción de improcedencia de acción y la prisión preventiva. Estas constituyen los primeros puntos de encuentro entre las posiciones formales de cara a la investigación y al procesamiento judicial, en donde se enfrentan las posiciones de la fiscalía y de la defensa y se contraponen el interés persecutorio y punitivo del Estado, de un lado, y el interés de salvaguardar los derechos fundamentales del ciudadano sometido al proceso penal, del otro. Confiamos en que lo expuesto hasta ahora sirva de insumo para la construcción de las respectivas teorías del caso, rutas de trabajo, programas o estrategias procesales que resulten aplicables al caso en concreto. Seguidamente, dejamos atrás la investigación preparatoria y continuaremos con los aspectos finales de la elaboración de la teoría del caso y su depuración ante el juez en la etapa intermedia.

III. EL FILTRO DE LA TEORÍA DEL CASO

1. La etapa intermedia

La etapa intermedia inicia con la disposición de conclusión de la investigación preparatoria que emite el fiscal. Al cerrarse la etapa de investigación, la norma procesal concede un plazo al representante del Ministerio Público para que, bajo un criterio objetivo, haga un análisis valorativo de los elementos de cargo y de descargo que recabó durante su investigación y según ello determine su decisión, sea para acusar o solicitar el sobreseimiento.

En este punto, ya que la conclusión de la investigación preparatoria demarca el ingreso a la segunda etapa del proceso penal, corresponde preguntar: ¿cuándo concluye la investigación preparatoria? Al respecto, el art. 343 del nuevo CPP establece que “el fiscal dará por concluida la investigación preparatoria cuando considere que ha *cumplido su objeto*, aun cuando no hubiere vencido el plazo”. A partir de este dispositivo, en interpretación sistemática con los arts. iv (título preliminar), 61, 65 y 321 del Código Adjetivo, concluimos:

- 1) La persona legitimada para disponer el cierre de la etapa de investigación preparatoria es el fiscal.
- 2) La investigación se puede cerrar cuando el fiscal verifica que el plazo —que él mismo estableció— ha vencido o cuando el juez lo ordena tras declarar fundada la solicitud de control de plazo (primer supuesto).
- 3) La investigación se puede cerrar cuando el fiscal verifica el cumplimiento del objeto (segundo supuesto).

En este último punto cabe preguntar: ¿a qué objeto hace referencia el art. 343?, ¿hablamos del objetivo del fiscal o del objetivo de la investigación? El art. 321 del nuevo CPP señala 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 [...]”, ello en concordancia con el art. 61, que establece que “el fiscal [...] adecúa sus actos a un criterio objetivo [...]”. Conduce la investigación preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado [...]” y el art. 65, que determina que “el fiscal [...] garantiza el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes”. Todo lo cual se basa en el art. iv.2 del título preliminar del nuevo CPP, que precisa —como guía de interpretación— que “el Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado”.

Es la interpretación sistemática —y no la literal o textual— la que permite entender que el objeto al que hace referencia el art. 343.1 del nuevo CPP está referido a la finalidad de la investigación y al deseo subjetivo del fiscal. Precisar este aspecto es de relevante interés porque, en la práctica, ya se han suscitado cuestionamiento contra la disposición de conclusión de la investigación preparatoria.

Por ejemplo, será ilegal el cierre de la etapa de investigación cuando la fiscalía aún no sabe cuántos tomos integran la carpeta ni esta se encuentra debidamente foliada; cuando, pese a una ampliación reciente de cargos de imputación, está pendiente la realización de actos de investigación solicitados por la defensa y aprobados y programados por el propio fiscal a fin de recabar elementos de descargo; cuando, pese a la reciente incorporación de documentos de otras carpetas dispuesta por el fiscal, aún no se ha entregado las copias de ellos a la defensa a fin de que pueda evaluarlos, contradecirlos, ofrecer documentación de descargo o solicitar diligencias al respecto; o cuando la defensa ha solicitado actos de investigación y la fiscalía aún no se ha pronunciado aceptándolos o denegándolos.

En aquellos supuestos, el cierre de la investigación constituiría un atentado contra el derecho de defensa y el derecho a la prueba y colocaría al imputado en indefensión, pero además evidenciaría el quebrantamiento del principio de objetividad que rige la labor fiscal. Somos de la opinión de que el cuestionamiento a la disposición fiscal de conclusión de la investigación no afecta en absoluto el principio de autonomía del Ministerio Público, dado que por ella no se ejerce la acción penal y, por el contrario, sumado a los argumentos precedentes, se pretende salvaguardar el debido proceso a efectos de evitar nulidades posteriores.

Dicho esto, prosigamos. Cerrada la investigación preparatoria, el fiscal procederá a evaluar la totalidad de los elementos de cargo y de descargo que recabó y sobre la base de un análisis objetivo definirá su decisión funcional, sea acusatoria o de sobreseimiento. En ese sentido, el art. 343 del nuevo CPP concede un plazo al fiscal para evaluar, decidir, elaborar y presentar su requerimiento ante el juez. Asimismo, el art. 342 del nuevo CPP fija los plazos de la investigación según el tipo de caso que se presente. Este aspecto es importante, toda vez que efectivamente se entiende que el fiscal requiere de un plazo para desarrollar esa tarea, lo que garantiza que la investigación sea objetiva —sustentada en los elementos de convicción— y se descarten acusaciones preestablecidas con anterioridad a la conclusión de la investigación. El requerimiento

acusatorio debe ser fruto de la labor de análisis de los datos objetivos, no puede desarrollarse en paralelo al proceso de investigación, pues evidenciaría que el fiscal ya tiene una idea preconcebida y su intención de acusar no depende del análisis objetivo, sino de prejuicio, animadversión u otra motivación ajena a la función.

Una vez definida su decisión, el fiscal presenta su requerimiento ante el juez de investigación preparatoria, quien interviene para controlar el pedido fiscal y las observaciones que puedan formular las demás partes procesales, con el objetivo de velar por la legalidad del requerimiento y verificar que se cumplan con los requisitos y presupuestos procesales exigidos por la norma adjetiva. Para ello, el juez corre traslado del requerimiento fiscal a las demás partes, quienes pueden o no absolver el traslado en el plazo legal establecido. Posteriormente, se convocará a la audiencia preliminar de control. La labor del fiscal consiste en revisar y corregir, de ser el caso, sus proporciones fácticas, la tipificación y el material probatorio, bajo criterios de pertinencia, utilidad, conducencia y legalidad, a fin de subsanar los defectos de los que pudiera padecer su teoría. Esta etapa procesal justamente está diseñada para corregir los defectos de la teoría del caso; no obstante, la idea es que no sea el juez quien los advierta, el fiscal debe de desarrollar esta labor de autocorrección y culminación de su teoría antes de la presentación del requerimiento. Lo contrario significaría exponer su caso al riesgo del sobreseimiento judicial. Téngase en cuenta que la razón de ser de la etapa intermedia es el filtro de casos, de modo tal que el juez de investigación preparatoria no cumple la labor de una mesa de partes que recibe la acusación y luego la pasa al juez de conocimiento para el enjuiciamiento. El rol del juez en la etapa intermedia es depurar y sobreseer los casos con imputaciones genéricas, atípicas o sin material probatorio suficiente que amerite ser debatido en el juicio oral. La reforma procesal tenía esa intención; sin embargo, en la práctica, desafortunadamente encontraremos audiencias de juicio oral sobre casos que no ameritan ser debatidos en esa etapa, lo que, a todas luces, se debe a una incorrecta labor de control.

En síntesis, en la etapa intermedia, el órgano jurisdiccional ejerce un control formal y sustancial del requerimiento fiscal —sea de sobreseimiento, acusación o mixto— a fin de determinar el cumplimiento de los presupuestos, condiciones y requisitos que la norma adjetiva exige para su procedencia. Constituye, pues, un filtro que, para fines del proceso, resulta útil para subsanar defectos, resolver incidencias, determinar la conclusión del procesamiento o su paso a la siguiente etapa.

En esta etapa del proceso, el fiscal expone su teoría del caso, de manera completamente abierta, sin ocultar sus objetivos, los hechos materia de su imputación, su teoría jurídica y los medios probatorios que ofrece para ser actuados en juicio. En tanto que la defensa, dependiendo de la estrategia que haya elegido, se allanará o cuestionará el requerimiento fiscal, según corresponda.

2. El sobreseimiento

El sobreseimiento, según GIMENO SENDRA, es “la resolución firme [...] mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada”¹⁰⁰.

Consideramos que la referida labor judicial frente al requerimiento fiscal de sobreseimiento consiste en verificar si este cumple con los presupuestos previstos en la norma adjetiva, referidos a la no ocurrencia del hecho, la imposibilidad de imputarle su comisión al procesado, la atipicidad de la conducta, la prescripción de la acción penal y/o insuficiencia de elementos de convicción, en tales casos el juez emitirá el auto de sobreseimiento, que es apelable.

Definimos al sobreseimiento, entendiéndolo como el archivo judicial de la causa sin pronunciamiento de fondo ni actuación probatoria, puesto que se basa en la ausencia de los requisitos de procedibilidad que

100 GIMENO SENDRA, Vicente; VÍCTOR MORENO CATENA; JOSÉ ALMAGRO NOSETE y Valentín CORTES DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal. Proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993, p. 402.

justifican la continuación del procesamiento, tales como una imputación necesaria, vigencia de la acción penal, tipicidad, suficiencia probatoria que justifique la actuación probatoria en juicio, etc. Esta decisión judicial tiene carácter definitivo y adquiere la autoridad de cosa juzgada.

La Corte Suprema de Justicia, en la Cas. N.º 181-2011 Tumbes, indica:

[E]ntendemos por sobreseimiento aquella figura jurídica mediante la cual el órgano jurisdiccional que conoce un proceso da por concluida su tramitación sin emitir una decisión final sobre el fondo del problema, no se pronuncia respecto a si el imputado es responsable o no de las imputaciones que pesan en su contra al haber concurrido las causales contenidas en la norma procesal penal —numeral dos del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal—, estando facultado el juez de la causa a aplicarla cuando concurre cualquiera de las causales enumeradas en el considerando anterior.

El art. 344.2 del nuevo CPP señala los supuestos de procedencia del sobreseimiento:

a) *El hecho objeto de la causa no se realizó*

Significa que el juez verifica que el hecho materia de investigación (un homicidio, por ejemplo) no se realizó, sea porque simplemente no se encontró un solo dato objetivo que lo sustentara o porque aparece un elemento de la realidad que lo desvirtúa completamente (en nuestro ejemplo, aparece con vida la supuesta víctima).

b) *El hecho objeto de la causa no puede atribuírsele al imputado*

Este supuesto genera confusión, ya que se piensa que aplica para cuando no existe material probatorio que vincule al procesado con la comisión del hecho, pero tal criterio es erróneo, toda vez que en este supuesto estamos ante la imposibilidad jurídica de imputación (por ejemplo, incapacidad o inimputabilidad del sujeto).

c) *El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad*

Estos son los supuestos que justifican la excepción de improcedencia de acción (atipicidad —absoluta o relativa— y causa no justiciable penalmente).

d) *La acción penal se ha extinguido*

En este supuesto, la evaluación del juez lo lleva a concluir que el tiempo transcurrido extinguió la acción penal, considerando el tipo de delito y el cómputo del plazo de prescripción ordinario, extraordinario o la duplicidad del plazo.

e) *No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado*

Dedicaremos más espacio a este supuesto, considerando que es uno de los más empleados en la práctica, algunas veces erróneamente por la defensa, otras veces incorrectamente interpretado por los jueces.

Para que el Ministerio Público formule una acusación y solicite que su caso pase a la etapa de juzgamiento, la acusación debe de contar con una imputación suficiente (completa, acabada, clara y precisa) y esta debe de estar debidamente sustentada con elementos de convicción suficientes, es decir, capaces de generar una causa probable. Así, para que un caso pase a juicio oral, debe de existir una acusación fiscal capaz de pasar el filtro de la etapa intermedia.

Cuando la fiscalía —de manera objetiva— determina que no cuenta con un caso probable, requiere al juez el sobreseimiento de la causa. En esta etapa, el juez debe verificar que el requerimiento fiscal se encuentre debidamente fundamentado, determinando si el caso se encuentra en algunos de los supuestos de procedencia regulados en el art. 344 del nuevo CPP.

En este supuesto, también denominado de “insuficiencia probatoria” —que no es otra cosa que la imposibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y la existencia de insuficientes elementos de convicción de una causa probable—, la labor del juzgador está encaminada

a analizar la calidad de los elementos de convicción —tal como lo hace frente al análisis del primer presupuesto de la prisión preventiva— a fin de determinar si justifican su paso a la siguiente etapa, es decir, si justifican el enjuiciamiento del ciudadano procesado y el sometimiento a un debate probatorio en un juicio oral.

Por tanto, la etapa intermedia se funda en la obligatoriedad de control del requerimiento fiscal; control que es realizado por el juez de investigación preparatoria, quien se encuentra legitimado para realizar un control formal y sustancial. Este último procede si se funda en algunas de las causales de sobreseimiento previstas en el nuevo CPP¹⁰¹. Como se sabe, todo control sustancial de la acusación fiscal comprende el examen judicial de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes, conforme al art. 344.1. De modo que, cuando alguno de ellos falta, procede el sobreseimiento.

Al debatir acerca de la insuficiencia de elementos de convicción, el juez de investigación preparatoria no realiza valoración probatoria propiamente, ya que esta es una labor inherente al juicio oral, sino que realiza una labor de análisis y verificación en función de los elementos de convicción (resultado de los actos de investigación) que ha recabado el Ministerio Público durante la fase de investigación, a efectos de determinar si estos generan sospecha suficiente para que justifique que el caso pase al juicio oral. Si el análisis de los elementos de convicción genera la probabilidad latente de que la hipótesis del Ministerio Público puede ser corroborada a través de la actuación probatoria en juicio, entonces el juez —tras los controles— emitirá el auto de enjuiciamiento. Caso contrario, si no se colige una causa probable a partir del análisis de los elementos de convicción, el juez emitirá el auto de sobreseimiento.

101 Vid. V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009/CJ-116*, Lima: 13 de noviembre del 2019, ff. jj. n.ºs 12-15.

Los elementos de convicción no sirven para probar hechos, sino para sustentar requerimientos fiscales o solicitudes de los demás sujetos procesales. Existe plena posibilidad y permiso del ordenamiento jurídico procesal para que el juez de investigación preparatoria, cuando resulte necesario, pueda realizar una valoración de los elementos de convicción, sobre todo porque la etapa intermedia es una de saneamiento y, como tal, es en esta etapa en la que se logra establecer o no la posibilidad de continuar con la causa, o, en su caso, fenecer o dictar alguna decisión conclusiva del proceso¹⁰². La corrección de esta premisa se sustenta no solo en la esencia misma de la etapa intermedia, sino también en la interpretación sistemática del propio Código Adjetivo. ¿Acaso el juez de investigación preparatoria no realiza valoración de los elementos de convicción graves y fundados para dictar prisión preventiva, conforme al art. 268 del nuevo CPP? ¿Acaso para aprobar una medida restrictiva como el levantamiento del secreto de las comunicaciones el juez no debe verificar la existencia de suficientes elementos de convicción, conforme al art. 230 del nuevo CPP? Podemos citar diversos artículos del código referidos a medidas coercitivas, restrictivas y de búsqueda de prueba que exigen que el juez de garantías pueda hacer una valoración de los elementos de convicción.

Con base en lo previsto en los arts. 345 y 346 del nuevo CPP, se presentan los siguientes escenarios frente al requerimiento fiscal de sobreseimiento:

- 1) *Los sujetos procesales pueden formular oposición al pedido de sobreseimiento*

La norma habilita que los demás sujetos procesales, como el procesado, la persona jurídica o el actor civil, puedan oponerse al requerimiento fiscal. No resulta admisible la oposición del Ministerio Público contra su propio requerimiento. Esta circunstancia se ha suscitado en la práctica, sobre todo cuando en la tramitación se da el cambio de

102 PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE PUNO, *Expediente N.º 00001-2011-24-2101-JR-PE-01*.

fiscales. Muchas veces el fiscal que interviene en la etapa intermedia se opone al sobreseimiento planteado por su antecesor. Tal oposición o desistimiento no resulta procedente, toda vez que el Ministerio Público no postula pretensiones de acuerdo al ánimo o percepción del fiscal, sino como institución, a lo que habría que añadir que un planteamiento de esa naturaleza generaría sorpresa en la contraparte al dejarlo en indefensión. Asimismo, resulta improbable que el propio procesado se oponga al pedido de sobreseimiento.

Imaginemos que una persona procesada durante 36 meses por presuntamente pertenecer a una organización criminal es notificada con el requerimiento fiscal donde se solicita el sobreseimiento, pero ella indignada se opone solicitando al juez que el caso pase a juicio porque desea demostrar en audiencia pública que es completamente inocente y que fue víctima de una persecución indebida. Tal oposición sería inadmisible debido a que, conforme al principio acusatorio, el pase a juicio oral requiere de una acusación, lo que en el presente caso no existe. Por tanto, el sujeto legitimado que normalmente se opone al requerimiento de sobreseimiento es el actor civil, quien debe de presentar su oposición debidamente fundamentada dentro del plazo de diez días de notificado con el requerimiento.

En este caso, dependiendo del supuesto en que se sustente el requerimiento, el actor civil se opondrá al archivamiento de la causa:

- i) Sustentando una argumentación de índole penal —el hecho sí es típico, sí existen elementos de convicción suficientes, etc.—, en donde solicite al juez que deniegue el sobreseimiento y eleve los actuados al fiscal superior.
- ii) Solicitando una investigación complementaria, precisando los actos de investigación y su objeto, y justificando su necesidad, con el fin de que el juez ordene al fiscal que cumpla con la realización de tales actos puntuales y específicos, los cuales —entendemos— no se pudieron llevar a cabo en la investigación preparatoria por causas ajenas a la responsabilidad del fiscal. Tal investigación suplementaria no habilita al

fiscal a realizar otros actos adicionales a los específicamente ordenados por el juez, quien, además, fijará el plazo de acuerdo a lo que en la realidad se prevea puedan requerir, ya que el Código Adjetivo no regula el plazo de la investigación suplementaria.

- iii) Allanándose al sobreseimiento de la causa penal y, al mismo tiempo, solicitando una reparación civil a causa de la conducta ilícita —no delictiva— que realizó el encausado en su agravio. Pretensión que tiene su sustento en el art. 12.3 del nuevo CPP, que establece que el auto de sobreseimiento no impide al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda¹⁰³.

103 Al respecto, el Acuerdo Plenario N.º 4-2019 establece lo siguiente:

30. No es obstáculo a todos estos efectos que no existan reglas más precisas en el Código Procesal Penal. Este cuerpo de leyes, unido al Código Penal, incorporó dos directivas legales fundamentales: (i) la autonomía de la acción civil frente a la penal; y (ii) la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre la materia. Se reconoce, por tanto, la posibilidad real de que pese a un sobreseimiento o una absolución —en función de los diferentes criterios de imputación del derecho penal y el derecho civil— corresponda imponer una reparación civil.

En la etapa intermedia, en la audiencia preliminar respectiva, será de rigor cuidar que las partes se pronuncien sobre el particular y, en su caso, que se ofrezcan las pruebas que correspondan (pruebas y contrapruebas) —función de saneamiento procesal propia de la etapa intermedia—. Es necesario, como ya se indicó, un pedido expreso de la parte legitimada, un trámite contradictorio y una decisión específica del órgano jurisdiccional sobre el objeto civil, al igual que sobre el objeto penal.

31. La competencia funcional para definir, con la intervención de las partes legitimadas, las bases de la pretensión civil —admisibilidad y procedencia— y la admisión de los medios de prueba corresponden, como es lógico, al juez de la investigación preparatoria en cuanto tiene el señorío de la etapa intermedia. Acto seguido, la decisión acerca de la fundabilidad o no de la reparación civil incumbe al juez penal en el curso de la audiencia correspondiente. Si el fiscal introdujo la pretensión penal y la pretensión civil en su acusación el juez penal, unipersonal o colegiado, corresponderá decidir al juez penal competente según la entidad del delito acusado (cfr. art. 28, numerales 1 y 2, del nuevo CPP). Empero, si clausurada la pretensión penal tras el auto de sobreseimiento y, por tanto, admitida y declarada procedente, cuando sea de rigor, la pretensión civil en la etapa intermedia —con la definición de los medios de prueba que deberán actuarse—, es de reiterar que en el acto oral solo se debatirá

2) *El juez declara improcedente el sobreseimiento*

Si el juez no está de acuerdo con los fundamentos expuestos por el fiscal respecto al sobreseimiento, expedirá un auto motivado —expresando sus razones— y elevará los actuados al fiscal superior, a efectos que se pronuncie: i) ratificando el pedido de sobreseimiento hecho por el fiscal provincial, en cuyo caso el juez inmediatamente y sin trámite alguno dictará el auto de sobreseimiento; o ii) rectificándolo, en cuyo caso, el fiscal superior ordenará a otro fiscal provincial que formule la acusación, lo que tiene que acatar en atención al principio de jerarquía que rige en el Ministerio Público.

3) *El juez declara fundado el requerimiento fiscal*

Si el juez de investigación preparatoria considera que el requerimiento fiscal de sobreseimiento se encuentra fundamentado en los presupuestos establecidos por la norma procesal, emitirá auto de sobreseimiento declarándolo fundado y ordenando el archivo definitivo de la causa. Contra dicho auto procede la interposición del recurso de apelación dentro del tercer día de notificado. Consentido o ejecutoriado el auto, adquiere calidad de cosa juzgada.

3. La acusación

En este nivel, al Ministerio Público le sirve la teoría del caso para construir la tesis de imputación de responsabilidad contra el acusado por la comisión del hecho punible. A estas alturas del proceso, el fiscal pasó por la sospecha inicial o razonable (apertura de diligencias preliminares), la sospecha reveladora (formalización de la investigación preparatoria) y arribó a la sospecha suficiente; es decir, el fiscal llegó

—actuación probatoria y alegación sobre ella— la pretensión civil —con la intervención como parte demandante del actor civil o, en su defecto, del Ministerio Público, según correspondiente—. En estos casos la competencia funcional siempre estará a cargo del juez penal unipersonal, que es la pauta seguida en la justicia civil: solo un juez conoce en primera instancia de la pretensión civil. XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 4-2019/CIJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, ff. jj. n.ºs 30 y 31.

a determinar que cuenta con elementos de convicción suficientes (estándar probatorio exigido a la acusación para que el caso pase a juicio oral). El fiscal debe sustentar, con datos fácticos, jurídicos y objetivos (art. 349 del nuevo CPP), que cuenta con una causa probable.

El método de la teoría del caso exige al fiscal contar con una imputación específica, concreta, acabada —aunque no exhaustiva, en el sentido de que no exige detalles supremamente exagerados respecto a la ocurrencia de los hechos— de una afinada adecuación típica y del sustento individualizado y explicativo de los elementos de convicción, respecto a las proposiciones fácticas planteadas en la acusación. Esta no es tarea basada en conocimiento empírico e improvisado, requiere de un plan de trabajo y de una estrategia que fue construyéndose desde el inicio de la investigación como hipótesis y que ahora se convierte en tesis. La teoría del caso le permite al fiscal construir su acusación de modo que pueda superar las observaciones y contradicciones de la defensa, así como el control formal y sustancial que realizará el juez de investigación preparatoria, a fin de que su posición pase dicho filtro y se mantenga solvente para cuando sea sometida al debate probatorio en la siguiente etapa de juicio oral.

Desde la perspectiva del juez de investigación preparatoria, el control del requerimiento fiscal —en tanto siga el método de la teoría del caso— le permitirá manejar con orden y precisión cada ítem, verificar el cumplimiento de los presupuestos, analizar la debida motivación de la acusación, determinar si se cumple con el estándar de la imputación necesaria, identificar los defectos formales en aras de subsanación, someter al debate los medios técnicos de defensa, la solicitud de prueba anticipada, la aplicación de criterios de oportunidad, el pedido de sobreseimiento por parte de la defensa, el análisis sobre la admisión o rechazo de los medios probatorios ofrecidos, entre otras objeciones que puedan suscitarse en esta etapa. Por tanto, el empleo del método de la teoría del caso por la fiscalía permite a la judicatura realizar un adecuado control en esta etapa de saneamiento.

En el caso del requerimiento acusatorio, el juez de investigación preparatoria desarrolla una labor trascendente, pues tiene la labor de filtro de casos. De su función de control depende que se cierren los casos que no tienen futuro y pasen a juicio oral las causas probables que ameritan un debate probatorio. La acusación se sustenta en sospecha suficiente, la cual escapa a las presunciones o meras conjeturas del fiscal, pues este nivel de sospecha se obtiene de la apreciación objetiva del cúmulo de elementos de convicción recolectados cuya explicación o sustentación permita colegir la existencia de una causa probable. La sospecha suficiente es el nivel de sospecha más alto que se requiere previamente a la etapa de juzgamiento. En consecuencia, el control judicial de forma (observaciones por defectos formales de la acusación, que pueden ser o no subsanables) y de fondo (medios técnicos de defensa y pedidos de sobreseimiento de la defensa) permitirán colegir si el caso pasa o no a juicio oral. Tras ello, se controla la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes de acuerdo a su pertinencia, utilidad y conducencia; asimismo, se determina si las partes arriban o no a convenciones probatorias y se debate acerca de la medida coercitiva. Esta etapa se cierra con la emisión del auto de enjuiciamiento, que es inimpugnable.

A fin de verificar el amplio tratamiento que la jurisprudencia ha dedicado al control de la acusación, cumplimos con citar los pronunciamientos más importantes sobre el tema, los cuales serán de utilidad, a modo de insumo, para el planteamiento de las partes en esta etapa intermedia.

- Acuerdo Plenario N.º 6-2009/CJ-116

- I. *La acusación fiscal. Alcances jurídico-procesales*

6. La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (arts. 159.5 de la Constitución, 1 y 92 de la LOMP, 219 CdePP y 1, 60 y 344.1 del nuevo CPP). Mediante la acusación la fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional

para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, art. 344.1 del nuevo CPP).

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal —cuya intervención solo es posible en los delitos de persecución pública— y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el derecho penal debe tratarse no solo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal.

Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (art. 92 del CP), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables —que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria— y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad.

7. Los arts. 225 CdePP, 349 del nuevo CPP y 92.4 de la LOMP identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de

investigación preparatoria o instrucción —fiscal o judicial, según se trate del nuevo CPP o del CdePP, respectivamente—. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba. Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico-penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

8. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Este comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria —según se trate del CdePP o del nuevo CPP, respectivamente—, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto no hace sino ratificar que ambas decisiones —judicial una y fiscal otra— determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción o la disposición de

formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el art. 349.2 del nuevo CPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre —claro está— con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial —es decir, total o parcial— entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

[...]

III. *El control de la acusación en el nuevo CPP*

12. La etapa intermedia en el nuevo CPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El juez de la investigación preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal —ese, y no otro, es su ámbito funcional—.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el juez de la investigación preparatoria frente a la acusación fiscal, según los arts. 350-352 del nuevo CPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes —nunca antes— (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El juez decide luego de escuchar a todas las partes procesales, nunca antes.

13. El art. 350.1 del nuevo CPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el juez de la investigación preparatoria —la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enrai-

zada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva—, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del art. 350 del nuevo CPP. Este comprende los supuestos descritos en el párrafo 9 en relación con el art. 349 del nuevo CPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352.2 del nuevo CPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de “[...] un nuevo análisis del Ministerio Público”.

14. El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral —con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2 NCPP, y de la deducción de excepciones— solo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el art. 344.2 del nuevo CPP. Este control, por imperio del art. 352.4 del nuevo CPP, puede ser realizado de oficio. Al juez de la investigación preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

15. Por la propia naturaleza de ambos controles, formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el art. 352.2 del nuevo CPP precisa que, si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 349.1 del nuevo CPP —en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar—, lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar solo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones. El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal.

Esta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (art. 344.1 del nuevo CPP)¹⁰⁴.

- Sentencia Plenaria Casatoria N.° 1-2017/CIJ-433

[L]a sospecha suficiente, idónea para la acusación y para la emisión del auto de enjuiciamiento —el grado relativamente más sólido de sospecha—, en la evaluación provisoria del hecho exige, a partir de los elementos de convicción acopiados hasta el momento, una probabilidad de condena (juicio de probabilidad positivo) —que esta sea más probable que una absolución. Esto es, que consten datos de cargo, desfavorables al imputado y que prevalezcan respecto de los datos que lo favorezcan o de descargo, que fundan el progreso de la persecución penal (MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, 2.ª ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996, p. 496)—. El fiscal y, en su día, el juez tiene la responsabilidad de realizar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación; probabilidad racionalmente determinada (ORTEGO PÉREZ, ob. cit., p. 54).

Se exige, en aras de garantizar el derecho de defensa y el principio de contradicción, que la imputación sea completa (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específica (debe permitir conocer con precisión cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas), pero no exhaustivo (no se requiere un relato minucioso y detallado, o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de acusación de elementos fácticos que obren en las actuaciones de la investigación preparatoria, y a los que la acusación se refiera con suficiente claridad) —estas exigencias son materiales, no formales, destinadas a que el acusado conozca con claridad y precisión los hechos objeto de acusación— (conforme STSE de 6 de abril de 1995). Así, los hechos deben delimitarse y los elementos de convicción deben señalarse en la acusación [...].

104 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.° 6-2009/CJ-116*, Lima: 13 de noviembre del 2009, ff. jj. n.ºs 6-8 y 12-15.

Se reclama, enseña Ellen SCHLUCHTER, respecto de la probabilidad de condena, como pauta de la sospecha de criminalidad suficiente, el cumplimiento de tres presupuestos: (i) que la acusación ha de basarse en una descripción de hechos cuya comisión es, previsiblemente, demostrable a través de los medios de prueba; (ii) que los hechos presentados tienen que ser concluyentes para uno o varios tipos penales de la parte especial del Código Penal o del derecho penal especial; y (iii) que no existan obstáculos procesales (SCHLUCHTER, Ellen, *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 98). No es de descuidar, por cierto, que exista probabilidad acerca de la existencia de los elementos de imputación que consten en las actuaciones de la investigación preparatoria —que parezca como probable una condena— (MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. III, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011, p. 359)¹⁰⁵.

● Casación N.º 1450-2017 Huánuco

TERCERO. Que, ahora bien, como se sabe, corresponde exclusivamente al Ministerio Público no solo promover la acción penal dictando la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria (art. 336 del nuevo CPP), sino además introducir la pretensión penal a través de la acusación fiscal. Según el art. 349 del código acotado, la acusación fiscal no solo debe formular una relación clara y precisa del *factum* y la relación de circunstancias que correspondan, sino además debe precisar el artículo de la ley penal que tipifique el hecho, la cuantía de la pena que se solicite y las consecuencias accesorias.

La pretensión penal, entonces, desde el principio acusatorio —que integra la garantía del debido proceso— en el ámbito de los requisitos objetivos, respecto de la causa de pedir, se refiere (i) al hecho punible (fundamentación fáctica) —enunciar un relato fáctico desde la perspectiva de la ley penal aplicable, cuya exigencia se circunscribe a un hecho típico y a la homogeneidad del bien jurídico—; y (ii) al título de condena —la fundamentación jurídica, con la relatividad que corresponda y la posibilidad de modificar el título acusatorio a partir de la homogeneidad del bien jurídico entre ambos tipos

105 I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433*, Lima: 11 de octubre del 2017, f. j. n.º 24.C.

penales— (GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 300 y 304). Y, en lo atinente a la petición, debe pedir la sanción penal respectiva y, si correspondiere, las consecuencias accesorias —el órgano jurisdiccional, en este caso, está obligado, bajo determinados límites, al no imponer una sanción superior a la pedida por el Ministerio Público (art. 397.3 del nuevo CPP).

Como se advierte de lo expuesto, los posibles cambios —casi nulos respecto de la fundamentación fáctica, y relativos respecto a la fundamentación jurídica (planteamiento de la tesis) y a la petición o *petitum*—, solo tienen lugar en la sentencia, nunca antes. Luego, no cabe solicitud alguna, de previo y especial pronunciamiento y que genere un incidente procesal, para que se altere algún ámbito de la acusación —el fiscal, y solo él, es quien introduce la pretensión procesal—. Desde luego, desde el objeto del debate y conforme al principio de exhaustividad el juez tendría una mayor posibilidad para un pronunciamiento acerca del título de condena en la medida que el imputado cuestione la tipificación del fiscal.

CUARTO. Que el control judicial de la acusación fiscal tiene un marco expreso, autorizado por el art. 350.1 del nuevo CPP. Las demás partes procesales, desde una perspectiva formal, según el literal a), pueden observar la acusación del fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección; y, desde la perspectiva material, conforme al literal d), están facultadas a pedir el sobreseimiento.

Los defectos formales, desde luego, no inciden en el juicio de tipicidad (indicación del tipo delictivo correspondiente con base en el *factum* del requerimiento acusatorio) ni en el juicio de imputación (elementos de convicción que justifiquen una sospecha suficiente acerca de los cargos), que se dilucidan en la sentencia tras el juicio oral.

Los defectos formales son materia de corrección inmediata, e importan omisiones patentes en el relato de hechos, en la identificación del imputado, en la mención y análisis propio de la justificación acusatoria, así como en las citas legales respectivas; además, algún incumplimiento de los requisitos señalados en el art. 349 del nuevo CPP.

No cabe, por tanto, en esta fase procesal —intermedia— cuestionar las bases probatorias de la acusación y sobre esa base solicitar un cambio de tipo penal o una modificación de la pena. Estas objeciones son

defensas de fondo, no formales, por lo que es inadmisibile plantearlas y, menos, aceptarlas en sede intermedia¹⁰⁶.

- Casación N.º 673-2018 Ayacucho

1.2. Necesidad de precisión de los circunstanciales de modo, tiempo y lugar en la determinación de la concertación como elemento esencial de la imputación fáctica en el delito de colusión.

La imputación fáctica como exigencia básica del requerimiento de acusación es la descripción de los hechos concretos que se deben subsumir en un tipo penal y los fundamentos de punición que estos contienen como el principio de lesividad. La acusación fiscal no debe contener una redacción extensa de los hechos, sino aquellos necesarios que cumplan con la mención a los elementos descriptivos o normativos del tipo penal y, en su caso, se ha de precisar la condición objetiva de punibilidad en los delitos cuya exigencia normativa así lo estima.

Los hechos precedentes contextualizan al momento en el que se produjo el hecho punible. Los concomitantes darán cuenta de la comisión de una conducta penalmente proscrita y sancionada. Los posteriores describirán la conducta del acusado y la situación de los agraviados en un escenario post delictivo.

Los términos de acusación no se pueden basar en inferencias, presunciones o interpretaciones contra reo.

A partir de lo mencionado, el tipo penal de colusión prevé diversos elementos y uno de ellos es la concertación para la realización del pacto colusorio. Este debe ser precisado en la imputación fáctica concomitante, de modo que se garantice el derecho de defensa de la parte imputada y la contradicción suficiente para negar los términos a partir de los cuales el Ministerio Público concluyó que se produjo el concierto de voluntades en desmedro de la administración pública¹⁰⁷.

106 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 1450-2017 Huánuco*, Lima: 23 de abril del 2019, f. j. n.º 3 y 4.

107 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SEQUEIROS VARGAS), *Casación N.º 673-2018 Ayacucho*, Lima: 24 de julio del 2019, f. j. n.º 1.2.

- Casación N.º 864-2016 Santa

5.5. En el caso *sub judice*, durante el control de acusación se restringió el derecho a ofrecer pruebas que le asiste al imputado, indicando que no habían sido debidamente ofrecidos en el escrito en el que absolvió el traslado de la acusación fiscal.

5.6. Ciertamente el derecho a la prueba, y en especial el ofrecimiento, se halla sometido a un límite temporal y una formalidad regulada en el art. 350 del nuevo CPP, que en esencia refiere que la etapa intermedia es la oportunidad para ofrecer medios de prueba dentro de los diez días concedidos para el traslado de la acusación fiscal. Asimismo, establece los requisitos para el ofrecimiento de testigos y peritos con la finalidad de que las partes conozcan los medios probatorios a actuarse en el juicio oral. La etapa de postulación probatoria brinda la oportunidad de preparar la respectiva contradicción para la Audiencia de Control de Acusación.

5.7. También es cierto que permitir el ofrecimiento probatorio, con prescindencia del plazo establecido en la ley, y que dicha postulación se produzca recién en la Audiencia de Control de la Acusación podría generar desigualdad en desmedro del Ministerio Público, toda vez que este hizo de conocimiento a las demás partes los medios de prueba con los que justifica su pretensión acusatoria; por lo que su capacidad de cuestionamiento a este nuevo ofrecimiento probatorio se hallaría limitada.

5.8. Sin embargo, el supuesto ahora juzgado difiere de un incumplimiento rotundo al momento de absolver la acusación, dado que el defensor del sentenciado cuando absolvió el traslado de la acusación ofreció medios probatorios que contradecían la acción penal, los que incluso fueron de conocimiento del Ministerio Público por haber sido ofrecidos durante la investigación preparatoria.

5.9. Si bien formalmente el escrito de absolución tuvo ciertos defectos en lo referido a su estructura, ya que consignó los medios probatorios después del título relativo al sobreseimiento, fue esta circunstancia la que generó la oposición por el representante del Ministerio Público al ofrecimiento de pruebas en la audiencia de control de acusación, bajo la premisa de que eran medios probatorios para el pedido de sobreseimiento y no para la absolución del traslado de la acusación fiscal.

5.10. La imprecisión de los términos del escrito absolutorio de la acusación no puede ser impedimento para considerar que estos medios de prueba eran los que sustentaban la tesis de defensa del acusado, primero, porque la defensa ya los empleó como elemento de convicción a su favor durante la investigación preparatoria, y segundo porque lo contrario implicaría que estaba dispuesto a presentarse al juicio oral sin ningún medio probatorio de descargo, este último supuesto interpretado en sentido perjudicial a los intereses del imputado. Tanto más si, al ofrecerlos expresamente en la Audiencia de Control de Acusación como medios de prueba de la defensa para el juicio oral, evidenciaba que el propósito al consignarlos en el escrito de absolución era emplearlos como sustento de su defensa.

5.11. La impericia del abogado al redactar el escrito quedó evidenciada en la propia audiencia de control de acusación, cuando realizó inadecuadamente las observaciones formales a la acusación fiscal, al extremo que fue el propio representante del Ministerio Público quien solicitó a la jueza suspender la audiencia ante un peligro de indefensión del procesado.

5.12. No obstante que la magistrada y el fiscal se percataron de los defectos en los que incurrió la defensa, pero la Audiencia continuó, y es precisamente en la etapa de ofrecimiento de pruebas cuando la indefensión del procesado tuvo su momento culminante al inadmitírsele los medios probatorios por este defecto formal. Esta circunstancia generó efectos posteriores perjudiciales y contrarios a un procesamiento en el que se garantiza el principio de contradicción. El imputado fue sometido a juicio oral sin ninguna prueba a su favor pese a sus intentos de ofrecimiento. Estuvo en evidente desigualdad probatoria frente al Ministerio Público, tornando ilusorio el contradictorio, puesto que solo contaba con su propio dicho frente argumento sustentado de la fiscalía. Supuesto que afecta con el denominado principio de igualdad de armas.

5.13. Los órganos jurisdiccionales de investigación preparatoria, durante su procedimiento, deben considerar que, en la etapa intermedia, por la naturaleza de su intervención, poseen facultades discrecionales de control de la legalidad, pues ostenta libertad para resolver situaciones no previstas en la ley, como la del caso que nos ocupa, o para aplicar la ley interpretándola en función a los principios de contradicción, igualdad y defensa; y en esencia garantizando la tutela jurisdiccional efectiva.

5.14. La indefensión no solo se produce cuando se priva a las partes de manera irrazonable o desproporcionada de la posibilidad de hacer valer sus derechos o se sitúe a una de ellas en posición prevalente sobre la contraria; sino también cuando el procesado no cuenta con una defensa eficaz, materializada en la falta de un defensor con los conocimientos jurídicos que exige el caso para la etapa respectiva.

5.15. Si durante la audiencia el juez advierte que el abogado defensor del imputado, no ejerce una defensa adecuada y mínima de los derechos e intereses de su patrocinado, debe advertir a las partes de dicho proceder y suspender la sesión a efecto de evitar supuestos de indefensión que vicien de nulidad a las etapas posteriores. Que el imputado se encuentre asistido por un abogado, no constituye fundamento suficiente para presumir la defensa eficaz, tanto más si el representante del Ministerio Público, como defensor de la legalidad, advirtió en el presente caso una manifiesta indefensión formal en la que se hallaba el imputado. El juez es quien conoce el derecho, y es el juez quien debe velar para mantener, en cualquier momento de la causa la igualdad entre las partes.

5.16. La jueza de investigación preparatoria tuvo el deber de evitar eventuales estados de indefensión y permitir, más allá de una situación formalista, que la defensa del encausado ofrezca sus medios probatorios oralmente —art. 129.5 del nuevo CPP—. Los formalismos vencibles no prevalecen sobre un derecho fundamental pilar del debido proceso, como lo es el derecho a la defensa, más aún si esto no significaba lesión o desventaja al Ministerio Público porque este ya los conocía desde la etapa de investigación preparatoria, tanto más si no existe mandato de prohibición expreso para inadmitir pruebas ofrecidas con defectos en el sumillado del escrito que lo contiene. Debiendo tenerse presente lo señalado en el sexto considerando de los fundamentos de derecho de la Sentencia Casatoria N.º 10-2007 Trujillo, de fecha veintinueve de enero del dos mil ocho: “La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique desde luego, una lesión a los derechos de las partes”.

5.17. La indefensión generada en la etapa intermedia repercutió en las otras etapas del proceso cuando en el juicio oral declararon improcedente el ofrecimiento vía reexamen, por tratarse de un supuesto que no estaba previsto en la ley, no hay reexamen si no hubo un examen previo por el juez de investigación preparatoria; igualmente

en la apelación le denegaron el ofrecimiento, bajo el sustento de que no se adecuaba a alguno de los supuestos previstos en el art. 422 del nuevo CPP.

5.18. Es decir, se denegó al procesado el ofrecimiento de sus medios probatorios en todas las etapas procesales, continuándose el trámite pese a que mediante sendos escritos advirtió de la indefensión que se generó en la etapa intermedia y que de conformidad a lo dispuesto en el art. 150.d del nuevo CPP constituye causa de nulidad absoluta.

5.19. De otro lado, también se vulneró el derecho a la motivación dado que el Tribunal Superior no absolvió los agravios referidos a la indefensión que padeció y su solicitud de nulidad absoluta, toda vez que el pronunciamiento en este extremo en la sentencia de vista fue expedido con una motivación aparente al indicarse escuetamente que la etapa de investigación preparatoria precluyó y que el sentenciado había contado con abogado defensor durante todo el proceso, no advirtiendo por ello vulneración al derecho de defensa. El pronunciamiento de la Sala Superior no evaluó las circunstancias por las que se produjo la restricción al derecho de ofrecer pruebas que le asiste al imputado. La Sala Superior continuó con el juzgamiento de vista, manteniéndolo en indefensión¹⁰⁸.

- Casación N.º 760-2016 La Libertad

Décimo sexto.- Uno de los avances del nuevo sistema procesal penal es el hecho que la acusación formulada por el fiscal, para ir a juicio, está sujeta a un control por las partes, en una audiencia preliminar. En el nuevo sistema entonces, se establece una valla que los fiscales, como titulares de la acción penal deben superar. La cuestión que debe esclarecerse es cuál es el alcance de dicho control y qué grado de injerencia tienen las partes para controlarla.

En este sentido, se establece que la acusación será debidamente motivada. De esta manera, los fiscales al igual que los jueces deben fundamentar suficientemente, de manera lógica e integral su pretensión persecutoria. Con el nuevo sistema procesal penal ya no es más posible que los fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, iló-

108 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SEQUEIROS VARGAS), *Casación N.º 864-2016 Del Santa*, Lima: 27 de septiembre del 2017, ff. jj. n.ºs 5.5.-5.19.

gicas o contradictorias, deben satisfacer un mínimo estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso, en juicio.

Pero, además, la acusación fiscal debe contar con un conjunto de requisitos fácticos y jurídicos que son mencionados de manera taxativa e independiente, uno de los cuales son los elementos de convicción.

Décimo sétimo.- Ahora bien, fijadas estas dos exigencias, con relación a la acusación (motivación e integralidad), ¿cuál es el control que puede ejercerse respecto de ella? La respuesta está en función, otra vez, del estadio en que se formula y el rol de quien, como titular exclusivo, la realiza.

Décimo octavo.- En este contexto, inicialmente, las partes y en particular la defensa solo tienen la posibilidad de hacer un control formal de la acusación; dar cuenta por ejemplo de omisiones relevantes en la acusación; indefinición en el título de imputación; insuficiencia o contradicción en la identificación de los acusados; insuficiente individualización de los acusados con relación a los hechos objeto del proceso o confusión en los tipos penales invocados. Se trata por tanto de errores o insuficiencias en la debida motivación de la acusación.

Décimo noveno.- Se evidencia la necesidad de interpretar el art. 352.4 del nuevo CPP para definir el grado de convicción necesario para considerar la suficiencia de elementos de convicción y el alcance del control jurisdiccional del requerimiento acusatorio durante la etapa intermedia, todo ello desde la perspectiva de las funciones del Ministerio Público y del juez de investigación preparatoria.

Vigésimo.- Respecto al control sustancial, con relación a los elementos de convicción presentados en la acusación, debe considerarse que el que puede ejercerse, tiene que circunscribirse exclusivamente a los casos en el que el juicio de suficiencia, que les está permitido hacer a las partes, tenga por resultado la evidente certeza de la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento y, en su caso, la imposibilidad altamente probable que no se podrá incorporar nuevos elementos de prueba. Pero entiéndase que estos son casos límites, notorios, aprehensibles por cualquiera: inexistencia del objeto del proceso; imposibilidad que el imputado haya estado presente en el lugar del hecho; el hecho investigado ha devenido en atípico; o hay eximentes de responsabilidad evidentes; no hay mayor controversia que la acción penal se ha extinguido (prescripción evidente o muerte del imputado). Y en el caso que es motivo casacional que resulte, a todas luces, evidente

que no hay elementos de convicción o que estos no estén apoyados en medios probatorios que puedan generar información relacionada con el objeto del proceso (testigos, videos o actas). Finalmente, no pudiéndose sobreseer, en la etapa intermedia, un proceso penal cuando haya elementos de convicción que generen duda, en la comisión del delito o en la responsabilidad penal del imputado, que exige el esclarecimiento en el juicio oral.

Vigésimo primero.- Es decir, tanto la decisión del Ministerio Público como la solicitud que puede realizar el acusado o su defensa de sobreseer la acción penal se encuentra regulada por la misma norma adjetiva. Sin embargo, el presupuesto de aplicación entre uno y otro sujeto procesal descansa en un fundamento diferente, pues por mandato constitucional el Ministerio Público es el único encargado de desempeñar la acción penal mientras que, en contraparte, el procesado y su defensa pueden únicamente cuestionarla ante el juez de investigación preparatoria, en ese sentido, considerando quien únicamente tiene, en esta etapa del proceso, fundamentalmente, como función el control judicial y de garantías¹⁰⁹.

Cerramos este capítulo seguros de que a este nivel resulta notoria la escala ascendente que implica el proceso, cuya prosecución exige que en cada etapa —con base en sus estándares de sospecha y exigencia probatoria— se acredite con mayor intensidad el hecho delictivo y su vinculación con el procesado. En ese recorrido, la etapa intermedia permite no solo el control judicial ampliamente tratado, sino la posibilidad de que las partes, desde ya, conozcan sus respectivas posiciones y las de la contraparte de cara al debate probatorio en el enjuiciamiento. Será en esta tercera etapa procesal (a la que ingresaremos en el siguiente y último capítulo) donde se tratará la sustentación de las teorías del caso que las partes vinieron construyendo desde que tomaron conocimiento del caso y moldeando o reforzando en el decurso del procesamiento.

109 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez FIGUEROA NAVARRO), *Casación N.º 760-2016 La Libertad*, Lima: 20 de marzo del 2017, f. j. n.ºs 16-21.

IV. LA SUSTENTACIÓN DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

1. El juicio oral

A nivel doctrinal, BINDER concibe al juicio oral como “un acto realizado por un juez que ha observado directamente la prueba, que ha tenido contacto directo con las partes —fundamentalmente, acusador y acusado—, que se hace de un modo público, tal que los ciudadanos pueden ver por qué razones y sobre la base de qué pruebas un conciudadano será encerrado en la cárcel, y donde se garantiza la posibilidad de que el acusado se defienda”¹¹⁰. Esta definición resume los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad en los que se fundamenta el juicio oral. Tal como hemos tratado en otro capítulo, estos principios rigen la actuación probatoria que se practica y verifica en la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones.

Desde inicios de la reforma procesal penal se ha entendido que —en palabras de BAYTELMAN y DUCE— “el eje central de la reforma está constituido por la instauración del juicio oral, ya que solo esta forma de llevar adelante el proceso otorga adecuadas garantías en términos de la intervención e imparcialidad judicial, del ejercicio efectivo de la defensa y del control público, tanto de la actuación de todos los intervinientes como del modo de realización de la prueba”¹¹¹.

El juicio oral es público, concentrado, con vigencia estricta del principio de inmediación. Esto supone que el tribunal debe recibir y percibir en forma personal y directa la prueba, y que su recepción y percepción debe obtenerse a partir de su fuente directa [...] En este nuevo sistema los jueces que dictan el fallo lo hacen sobre la base de lo obrado en el juicio oral, entendiendo que el conocimiento obtenido en él es el

110 BINDER, Alberto, *Política criminal de la formulación a la praxis*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 218.

111 BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Lima: INCIPP, 2005, p. 30.

único que habilita para un pronunciamiento adecuado sobre el fondo del asunto¹¹².

Efectivamente, la etapa procesal de juzgamiento consiste, en esencia, en una audiencia que es el juicio oral y esta, a su vez, consiste en la actuación y debate probatorio. En esta etapa, un juez —que no participó en la investigación preparatoria ni en la etapa intermedia—, unipersonal o colegiado, asume la obligación funcional de organizar, garantizar y dirigir el desarrollo de la audiencia, escuchar la presentación del caso y de las posiciones de las partes para demarcar el objeto del debate, percibir directamente la actuación o puesta en práctica de los medios probatorios admitidos, controlar que dicha actividad sea correctamente desarrollada por las partes, atender a sus conclusiones finales y, tras deliberar, emitir pronunciamiento de fondo sobre el objeto del proceso, sea para condenar o absolver.

Con referencia al juicio oral, NEYRA FLORES señala lo siguiente:

Si entendemos el juicio oral como la etapa principal del proceso penal y como la única etapa en la cual se puede dar la producción de la prueba que puede fundar una sentencia de culpabilidad, este debe realizarse en cumplimiento de los principios de contradicción, publicidad, imparcialidad del juzgador, teniendo como vehículo de comunicación la palabra hablada, instrumento denominado “oralidad”.

Así tendremos un juicio oral que se desenvolverá como un triángulo equidistante: a la cabeza —como tercero imparcial— tendremos al juzgador y debajo de este, al fiscal sosteniendo la tesis de culpabilidad del acusado y frente a este al acusado con su abogado defensor, que replicará el ataque del Ministerio Público¹¹³.

Entonces, el juicio oral constituye la etapa procesal que consiste básicamente en la audiencia dirigida por el juez penal —unipersonal o

112 *Loc. cit.*

113 NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal*, Lima: Academia de la Magistratura, 2007, p. 21.

juzgado colegiado¹¹⁴—, en la que las partes sustentan sus respectivas teorías del caso, exponen sus posiciones, actúan sus medios probatorios admitidos, contradicen los de la contraparte y fundamentan sus conclusiones sobre lo que —desde sus perspectivas— se logró o no probar tras el debate, con la finalidad de generar convicción al juez respecto al fondo del proceso para que este emita sentencia debidamente motivada, condenando o absolviendo. Esta etapa requiere de una debida preparación de las partes, quienes deben de contar con una estrategia definida, dominar la información del caso, conocer el contenido y objetivo del material probatorio, y dominar las técnicas de litigio oral; no siendo admisible participar sin conocimientos fácticos, jurídicos o probatorios del caso o de manera improvisada o empírica, pues ello importa una falta de diligencia funcional (si se trata del fiscal) o una falta profesional que genera estado de indefensión (si se trata de la defensa del imputado).

El nuevo CPP señala que el juicio oral es la etapa “principal”¹¹⁵ del proceso, debido a que en ella se actúa la prueba, con base en la cual el órgano jurisdiccional se pronunciará respecto a la responsabilidad penal del acusado. Bajo tal apreciación, consideramos que lo correcto sería calificar esta etapa como “estelar” (no simbólica)¹¹⁶ y no tanto como “principal”, ya que en sí todas las etapas del proceso revisten importancia;

114 Art. 28 del nuevo CPP: Competencia material y funcional de los juzgados penales.

1. Los Juzgados Penales Colegiados, integrados por tres jueces, conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
2. Los Juzgados Penales Unipersonales conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los Juzgados Penales Colegiados.
3. Compete funcionalmente a los Juzgados Penales, Unipersonales o Colegiados, lo siguiente:
 - a) Dirigir la etapa de juzgamiento en los procesos que conforme ley deban conocer;
 - b) Resolver los incidentes que se promuevan durante el curso del juzgamiento. [...]

115 Art. 356 del nuevo CPP.

116 Vid. NEYRA FLORES, *Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal*, ob. cit., p. 21.

de modo tal que no habría juicio si la acusación no superara el filtro de la etapa intermedia y no habría acusación sin una adecuada investigación preparatoria. Es por ello por lo que el mismo código establece que el juicio oral “se realiza sobre la base de la acusación”¹¹⁷. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el juicio oral rigen las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú, los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

En conformidad con la norma procesal podemos estructurar la audiencia de juicio oral en tres momentos. Un primer periodo, en el que el juez instala la audiencia (art. 367), las partes exponen sus alegatos de apertura o iniciales (arts. 371.1 y 371.2), el juez informa al acusado sus derechos (art. 371.3), el juez le consulta al acusado si reconoce o no su responsabilidad penal y civil (art. 372.1), y si el acusado acepta su responsabilidad, el juez emitirá sentencia de conformidad y concluirá anticipadamente el juicio; asimismo, el acusado puede llegar a un acuerdo (art. 372.2) con el fiscal o decidir que se prosiga con el desarrollo del juicio (art. 373.1). Un segundo periodo, donde las partes pueden ofrecer nuevos medios probatorios o reiterar el ofrecimiento de los inadmitidos en la etapa intermedia (art. 373), el examen del acusado en caso acepte hacerlo (art. 376), examen de testigos y peritos y sus respectivos contraexámenes (art. 378), exhibición de la prueba material (art. 382), oralización de la prueba documental (art. 383), el juez puede ordenar excepcionalmente la actuación de prueba de oficio (art. 385), el juez puede advertir al fiscal una calificación distinta de los hechos (art. 374.1) y el fiscal puede presentar una acusación complementaria (art. 374.2). Un tercer periodo, en el que las partes exponen detalladamente sus alegatos de clausura o finales (art. 386), el acusado ejerce su autodefensa (art. 391), el juez delibera (art. 392) y emite sentencia absolutoria (art. 398) o condenatoria (art. 399).

117 Art. 356 del nuevo CPP.

2. La teoría del caso en el juzgamiento

La teoría del caso de las partes consiste en la sustentación de sus respectivas posiciones en el debate, fundamentadas en los elementos fácticos, jurídicos y probatorios, según los cuales se pretende generar un grado de certeza en el juzgador respecto al objeto del proceso. A estas alturas, las partes conocen sus respectivas posturas, los medios probatorios que les han sido admitidos y su contenido y, por tanto, no existe nada oculto ni un dato que pretenda sorprender maliciosamente al adversario. Asimismo, las teorías del caso ya se encuentran terminadas y listas para ser expuestas y empleadas en el decurso de la actuación de la prueba.

En el juicio oral, por tanto, la definición de la teoría del caso importa el planteamiento acerca de los hechos con amparo jurídico y respaldo probatorio, el punto de vista desde el que cada parte sienta su posición, la narración de la conducta imputada o de la explicación o justificación, etc., y, siempre, una estrategia para seleccionar los hechos relevantes, elegir la distribución u orden de presentación del material probatorio, así como la mejor técnica para su actuación, contradecir, refutar o desacreditar las fuentes de prueba de la contraparte y extraer con buen criterio las conclusiones contundentes separadas del debate probatorio y fundamentarlas eficazmente ante el juez a la conclusión del juicio.

BLANCO SUÁREZ *et al.* señalan algunas pautas, previas al juicio oral, para la consolidación de la teoría del caso¹¹⁸:

- a) Analizar detalladamente los hechos, esto es, conocer de forma completa las diversas aristas de los hechos;
- b) analizar la forma en que los hechos calzan o no en una determinada hipótesis jurídica, o sea, su subsunción en el tipo penal imputado;

118 BLANCO SUÁREZ, Rafael; Mauricio DECAP FERNÁNDEZ; Leonardo MORENO HOLMAN y Hugo ROJAS CORRAL, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago de Chile: C y C Impresores, 2005, pp. 27 y 28.

- c) desglosar el tipo penal en los elementos que lo configuran, para luego traducirlos en proposiciones fácticas;
- d) definir los medios probatorios con que se cuenta para respaldar cada una de las proposiciones fácticas;
- e) identificar el tema central del caso, lo esencialmente controvertido;
- f) elaborar un lema o frase que resuma el caso y permita identificar la cuestión central en debate;
- g) analizar pormenorizadamente las declaraciones previas de los testigos propios y los de la contraparte a fin de conocer al detalle sus versiones;
- h) analizar los informe y explicaciones previas de los peritos propios y los de la contraparte;
- i) analizar el contenido de todos los medios probatorios materiales y documentales;
- j) determinar las peticiones concretas para el juicio y anticiparse a las de la contraparte.

En definitiva, el método de la teoría del caso se comienza a emplear desde el primer momento en que se toma conocimiento del hecho y los datos afines, de modo que la construcción o elaboración de la posición jurídica de las partes en el proceso obedece a una estrategia, ruta de acción o programación que, a nivel de juicio oral, debe quedar concluida y lista para ser sustentada y defendida. En la audiencia, la teoría del caso del fiscal le permite proyectar los hechos relevantes, su adecuación típica y ofrecer probarlos con los medios probatorios admitidos, a fin de demostrar que el acusado es responsable de la comisión del delito imputado, más allá de toda duda razonable, y, así, justificar su pretensión penal. Por su parte, al defensor del imputado, la teoría del caso le servirá para exponer, sustentar y desplegar su estrategia en defensa de los intereses de su patrocinado, sea que plantee una hipótesis de defensa, en cuyo caso se obliga a actuar prueba que verifique los hechos justificantes, o sea que no plantee una explicación fáctica, sino que simplemente se limite a rebatir el material probatorio ofrecido por la fiscalía con el objeto de evidenciar su insuficiencia para fines de condena. Vemos, pues, que la fiscalía requiere de sustentar su posición

en juicio con prueba suficiente que sea capaz de superar el principio de presunción de inocencia del acusado y convencer al juzgador, con grado de certeza, de la responsabilidad penal de aquel, en tanto que la defensa apunta a la duda razonable.

Entonces, la teoría del caso desde un inicio es un procedimiento intelectual que depende de la información, datos y elementos probatorios recabados, orientado a construir con solidez y sustentar con eficacia la posición o argumentación jurídica ante el juzgador, a fin de persuadirlo a favor de esta. De modo tal que no podemos concebir la construcción y sustentación de una teoría del caso sin los cimientos de la teoría del delito, la teoría del proceso, la teoría de la prueba y la teoría de la argumentación jurídica. En ese contexto, las técnicas de litigación oral se presentan como procedimientos orientados a exponer la posición con eficacia, con base en una estrategia definida. En el juicio oral, la teoría del caso —en cuanto a su contenido— debe ser sencilla, clara, lógica, creíble y suficiente, a fin de superar la posición contraria y lograr convicción en el juez.

3. La teoría del caso y las técnicas de litigación oral

La dinámica actual del proceso penal impone a los sujetos procesales la necesidad de un cambio de paradigma o mentalidad respecto al proceso, la búsqueda de la verdad a través de mecanismos que respeten los derechos fundamentales del imputado y la capacitación y entrenamiento en destrezas o técnicas de litigación oral penal. Sobre este último punto, RODRÍGUEZ HURTADO indica lo siguiente:

Una vez reconocida la importancia de la oralidad, el siguiente paso es el dominio de las habilidades y destrezas que le resultan propias, en suma, de las técnicas de litigación que le corresponden. A cualquier atento observador del servicio de justicia penal le queda claro que no basta proclamar el principio de oralidad para que mágicamente se ponga en marcha y triunfe el nuevo modelo procesal; el reto es mucho mayor, tiene una dimensión mayúscula, pues exige que todos los operadores adquieren las habilidades y destrezas que les

permitan organizar su actividad procesal desde la plataforma oral y cumplir con solvencia las tareas que en ese escenario la norma les ha asignado¹¹⁹.

Podemos definir a las técnicas de litigación oral penal como el conjunto de procedimientos y habilidades a emplearse como metodología o estrategia por las partes para la eficaz sustentación de sus posiciones durante todo el proceso penal —no solo para la etapa de juicio—, a fin de generar convicción en el juez respecto a la certeza de sus argumentaciones. En tanto que, en el juzgamiento, las técnicas de litigación oral permiten a las partes exponer adecuadamente la presentación de sus posiciones y ofrecimientos —sea para acusar o defender— al inicio, la correcta y convincente actuación de sus medios probatorios y la refutación de los de la contraparte y, finalmente, sustentar las conclusiones respecto a lo actuado con el objetivo de convencer al juzgador de la certeza del argumento propio y el descarte o desestimación de la posición contraria. Las técnicas de litigación oral, en el marco del juicio oral, cobran sentido en función de la teoría del caso, toda vez que la teoría del caso se sirve de dichas técnicas para la exposición del planteamiento y para la extracción de información probatoria dirigida al juzgador.

Por otro lado, corresponde formular algunas precisiones metodológicas. Toda publicación de estudios sobre litigación oral o las conferencias académicas al respecto siempre corren el riesgo de objeción respecto a su conveniencia o pertinencia para determinados casos. Es por ello por lo que, en el presente trabajo académico, cumplimos con indicar que las pautas sobre el uso de estas técnicas no constituyen dogmas definitivos ni imposiciones ni reglas absolutas, son solo “pautas”, que, de acuerdo a la naturaleza, tipología y características del caso concreto, así como del buen criterio del profesional del derecho, corresponderán ser aplicadas o no. Un ejemplo de lo que mencionamos

119 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo, “Panorama de las técnicas de litigación oral en el Código Procesal Penal de 2004”, en *Técnicas de litigación oral. Academia de la Magistratura*, módulo n.º 10, Lima: noviembre del 2007, p. 4.

es la pauta de brevedad del alegato de apertura —que desarrollaremos en el acápite siguiente—, la cual aplica perfectamente a casos comunes, como uno de homicidio, en el que se tiene un acusado, un hecho y una víctima. No obstante, resulta imposible aplicar la pauta de brevedad en un alegato inicial de un caso de crimen organizado, que requiere de un marco general de la organización delictiva, de la precisión de imputaciones individualizadas —generalmente de una cantidad significativa de acusados y a varios hechos sucesivos en el tiempo— y del ofrecimiento de un abundante acervo probatorio.

Otra precisión que queremos indicar está referida a sentar el objetivo de este capítulo, el cual obedece a la sana práctica académica de compartir conocimiento, siendo la peculiaridad que en el tema de las técnicas de litigio oral transmitimos pautas o recomendaciones. En psicología se señala que cuando damos un consejo sin que nos lo pidan, en realidad estamos haciendo una crítica y, en consecuencia, corremos el riesgo de ofender al receptor. Incluso, en algunas ocasiones, aunque nos pidan un consejo es recomendable no darlo si no contamos con los conocimientos y las habilidades necesarias para hacerlo bien, bajo riesgo de generar un perjuicio. Para fines de nuestra publicación rogamos al lector, primero, entender la estricta finalidad académica de las pautas que consignamos, orientadas a compartir lo aprendido en nuestra formación académica y ejercicio profesional, conscientes de que cada día aprendemos, corregimos y mejoramos en una tarea perpetua; segundo, que en el contexto de la reforma procesal penal todos, jueces, fiscales, procuradores y abogados, aprendemos más en la práctica, en la marcha y en la labor de litigio diario; y tercero, confiamos en el autoanálisis y la autocritica que cada lector hará acerca de sus conocimientos y experiencias previas referidas al tema, lo que le permitirá determinar el nivel de utilidad de las pautas aquí expuestas.

Ahora corresponde desarrollar cada una de las técnicas de litigación oral que se pueden aplicar en la audiencia de juicio oral. Se precisarán pautas y recomendaciones para un contexto acorde a nuestra realidad.

3.1. El alegato de apertura

Es necesario precisar que la teoría del caso no es sinónimo de alegato de apertura, no los confundamos. La teoría del caso consiste en una metodología de trabajo, en una estrategia y en la sustentación de la posición que se defiende en el proceso penal, en tanto que el alegato de apertura es la exposición resumida de la teoría del caso. Como ya hemos sustentado, la teoría del caso —como método— se sirve de las técnicas de litigación oral —como procedimientos—.

Así, una vez que la teoría del caso ha sido terminada, en juicio tocará exteriorizarla de manera resumida al inicio de la audiencia, con el fin de informar al juez penal acerca de nuestra posición, transmitirle la información relevante de nuestro caso —elementos fácticos y jurídicos— y ofrecer medios probatorios para corroborar lo que mencionamos en nuestra teoría del caso —elemento probatorio—. En ese momento, se expondrán nuestros alegatos de apertura, alegatos iniciales o alegatos preliminares, de conformidad con el art. 371 del nuevo CPP:

1. Instalada la audiencia, el juez enunciará el número del proceso, la finalidad específica del juicio, el nombre y los demás datos completos de identidad personal del acusado, su situación jurídica, el delito objeto de acusación y el nombre del agraviado.

2. Acto seguido, el fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

BAYTELMAN y DUCE señalan que “la presentación de la teoría del caso se realiza, entre otras oportunidades, a través del alegato de apertura. Es la primera ocasión de poner en contacto al juez con los

hechos y con los antecedentes que los fundamentan desde la perspectiva adversarial”¹²⁰. Por su parte, BLANCO SUÁREZ *et al.* indican:

El discurso de apertura es el primer relato de las partes ante el tribunal oral en lo penal, cuyo objetivo principal es dar a conocer la teoría del caso y ofrecer a los jueces una mirada particular sobre los hechos. También puede conceptualizarse como aquel relato inicial que presenta los hechos desde la posición de cada litigante, con el objeto de ofrecer al tribunal una óptica, lente, o mirada coherente, completa y creíble de los mismos, a partir de la cual los jueces logren ordenar, entender y aceptar los hechos del caso¹²¹.

Recordemos que el juez penal o de conocimiento (unipersonal o colegiado) no conoce los pormenores del caso, ya que la investigación preparatoria y la etapa intermedia tuvieron la participación de un juez distinto (juez de la investigación preparatoria). Por ende, el juez penal necesita que las partes le proporcionen los datos relevantes sobre los que versará el juicio y, en esencia, aquellos que requerirán de debate probatorio. Entonces, el alegato de apertura no constituye un acto decorativo o meramente ritual de la audiencia del juicio oral, pues, como vemos, obedece a una necesidad que las partes deben de aprovechar, no solo para cumplir con dicho objetivo, sino también como la primera oportunidad para empezar a convencer al juzgador.

En ese sentido, en cuanto al contenido, en el alegato de apertura la parte debe exponer su posición —fundamentada en un marco fáctico relevante y jurídico— de manera ordenada, clara, sencilla, lógica, creíble y suficiente, y además debe ofrecer los medios probatorios que le fueron admitidos y que actuará en el juicio oral para demostrar su posición. En cuanto a la forma, se recomienda que el alegato sea exteriorizado de manera impactante, dinámica, breve y persuasiva. Claro está que este esquema calza para la posición de la fiscalía en juicio, parte acusadora

120 BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE, *Litigación penal en juicio orales*, Santiago de Chile: Diego Portales, 2000, p. 189.

121 BLANCO SUÁREZ *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 156.

y con la carga de la prueba. La defensa, tal como venimos insistiendo, tiene varias posibilidades en cuanto a su estrategia; no obstante, siempre se recomienda que, en posición de refutación o contradicción, centre el debate o los puntos fácticos controvertidos y adelante las falencias o deficiencias probatorias de la posición fiscal.

En su alegato de apertura, el fiscal debe de exponer los hechos materia de acusación y precisar sus circunstancias y la conducta concreta del acusado, sea como autor o cómplice. Al respecto, entiéndase por hecho, la conducta imputada. El fiscal incurre en error cuando, en audiencia, baja la mirada y empieza a dar lectura a su requerimiento acusatorio escrito, narrando la fecha de la denuncia, los actos iniciales de investigación y demás incidencias procedimentales, perdiendo de vista lo nuclear: la conducta concreta que atribuye al acusado y que será objeto de probanza en juicio. De ese modo, el fiscal pierde una gran oportunidad de transmitir la información pertinente al juez, quien necesita entender de qué tratará el caso que resolverá.

Las usanzas de exposiciones aletargadas, sobreabundantes, redundantes, reiterativas, cansinas y que empantanar al receptor del mensaje deben ser dejadas de lado, pues no coadyuvan a un adecuado debate, que es la herramienta que proporciona el juicio oral. Otro error que se aprecia es cuando el fiscal narra solo hechos y no aterriza en la participación concreta del acusado. Por ejemplo, cuando en un caso de delito contra la administración pública en la modalidad de colusión el alegato fiscal expone una cantidad de actos administrativos, indicando a modo de listado, el informe del estudio de mercado, las bases del concurso público, la resolución que designó al comité especial, la convocatoria, el acta de recepción, el acta de apertura de ofertas, etc., detallando número de documento, fecha, firmantes, etc., pero sin precisar en qué consistió la conducta delictiva, es decir, el pacto colusorio con fines defraudatorios. Normalmente, ese tipo de acusaciones terminan con absoluciones por haberse limitado a sustentar infracciones administrativas en el proceso de contratación. Caemos en cuenta que tales errores no son solo del fiscal, sino también del juez de investigación preparatoria por no haber realizado un adecuado control de la acusación en la etapa intermedia.

Seguidamente, el fiscal precisará la imputación jurídica y ofrecerá los medios probatorios con los que —en juicio— demostrará su tesis acusatoria. Este ofrecimiento probatorio significa que el fiscal informará al juez, en su alegato inicial, qué material probatorio presentará y actuará en la audiencia. No significa que el fiscal le diga al juez lo que cada testigo dirá textualmente, puesto que el fiscal no es la fuente de prueba, sino el testigo y dicha información será extraída en el momento oportuno, esto es, en el examen directo que se formule. Otro error que se aprecia en este punto del alegato es el empleo de frases como “ha quedado demostrado en la investigación...”, “se tiene acreditado...”, “está demostrado que...”. El error de tales premisas es que en la investigación no se prueba nada, se practican actos de investigación; por tanto, al inicio del juicio nada está acreditado ni demostrado ni probado. La prueba recién aparece en el juicio oral, por ello, al inicio de la audiencia se ofrece lo que se probará —limitándose a indicar el ámbito u objeto— puesto que recién se empezará con la actuación probatoria con el objetivo de verificar las afirmaciones sobre los hechos relevantes. Siendo así, téngase presente que el alegato de apertura es “una introducción al juicio, una presentación de lo que se debatirá y del criterio con el cual se abordará la controversia. Por lo tanto, al no existir aún el caudal probatorio practicado y controvertido, no hay lugar para realizar la crítica de las pruebas, ni inferir o argumentar conclusivamente sobre el caso. Esto es propio del alegato final”¹²².

Por su parte, el defensor del imputado rebatirá el argumento acusador, alegando la forma en que los hechos —según su teoría— habrían ocurrido, con el objetivo de desvirtuar los expuestos por el fiscal al destacar circunstancias justificantes, su sustento jurídico y ofrecer los medios probatorios que actuará y/o a través del adelanto del cuestionamiento a la suficiencia probatoria de la acusación fiscal. A diferencia del planteamiento fiscal que, al tener la carga activa de la prueba, debe limitarse a ofrecer y no subrogar a la fuente de prueba que más adelante será exami-

122 COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL, *Técnicas del juicio oral en el sistema penal acusatorio colombiano. Libro del discente*, Bogotá: USAID, 2003, p. 110.

nada, expuesta u oralizada, la defensa en su alegato de apertura —cuando cuestione insuficiencia probatoria— puede adelantar con precisión lo que la fiscalía no podrá probar —obviamente en tanto tenga certeza de ello—. Por ejemplo, si se está ante un caso de hurto de una especie y el defensor conoce —tras la etapa intermedia— que la fiscalía trae a juicio una acusación basada en la metodología de prueba indiciaria, pero que nunca halló la especie supuestamente sustraída, el abogado incidirá en ese aspecto en su alegato preliminar al puntualizar: “Señor magistrado, en esta audiencia la fiscalía le traerá sospechas basadas en la versión del denunciante, pero, en este caso, tratándose de una imputación por un delito contra el patrimonio, la fiscalía no le presentará justamente lo crucial, esto es, la especie supuestamente sustraída, no le mostrará un acta de registro personal en el que se haya encontrado la especie en poder de mi patrocinado...”. Entendemos, pues, que para lograr que lo alegado sea eficaz hay que conocer perfectamente el caso y trabajar en el juicio bajo una línea estratégica y determinar qué pautas de litigación oral resultan pertinentes y útiles para nuestro caso en concreto, lo que va acompañado de la práctica constante y la experiencia.

Finalmente, respecto a la técnica del alegato de apertura, debemos de precisar que no existe una estructura única, su diseño depende de las particularidades de cada caso y de la estrategia fijada por las partes. Sin embargo, podemos proponer un esquema básico, pero eficaz de alegato de apertura, bajo el cual debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a. Seleccione el “tema” de su alegato

El “tema” del caso es la idea central en torno a la cual gira la teoría de cada parte procesal. Utilizar el “tema” en el alegato de apertura constituye una estrategia para dirigir un mensaje efectivo e impactante al juzgador, a quien —recordemos— recién informaremos acerca de los aspectos trascendentes del caso, buscando ingresar a su mundo interno para identificarlo con la teoría del caso respectiva. Al respecto, se señala:

[E]l alegato debe desde su inicio enviar un mensaje claro al juzgador. El “tema”, como se explicó, es la síntesis de la teoría del caso que destaca

sus características particulares. Por lo tanto, antes que presentaciones distractoras y llenas de contenido abstracto o doctrinal, es conveniente desde el comienzo enviar el mensaje claro del tema sobre el que versa la teoría del caso¹²³.

BLANCO SUÁREZ *et al.* indican que al “utilizar el ‘tema’ determinado al formular nuestra teoría del caso, nos referimos al bien jurídico y/o valor en debate en el juicio, como primera idea para graficar la relevancia de lo que se juzga”¹²⁴. No confundamos la idea central de nuestro caso con el uso de un “lema”, que lastimosamente hemos presenciado en diversas audiencias, en las que se emplean lemas plagados de subjetividad, que notan prejuicios irrespetuosos e, incluso, lindan con el ridículo. El lema que puede usarse en un alegato de apertura no está constituido por la frase de una obra literaria o la estrofa de un poema, sino que parte de un aspecto directamente vinculado al caso, que cumple la función de hacer alusión al tema y emplear un dato de impacto del caso. Siempre recordemos que las audiencias no se ganan con lemas.

b. Presente con precisión, relevancia, claridad e impacto su teoría fáctica

El alegato de apertura debe poner énfasis en la transmisión de la información acerca de los hechos, circunstancias, conductas y características relevantes del caso. La información será dirigida al juzgador, por tanto, las partes deben de procurar una narración fáctica clara —con empleo de términos sencillos—, coherente, creíble, razonable y dotada de dosis de impacto. La exposición de los hechos puede seguir un orden cronológico o temático, dependiendo de la estrategia trazada y de la posición que asuman las partes. No debe realizarse una exposición demasiado compleja —al punto que no permita su entendimiento— ni llena de detalles irrelevantes —que generen confusión— ni tan fútil —

123 COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL, *Técnicas del juicio oral en el Sistema Penal Acusatorio colombiano. Libro del Discente*, ob. cit., p. 110.

124 BLANCO SUÁREZ *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 158.

que no explique nada—, pues ello resta claridad al alegato y dificulta el procedimiento de transmisión de la información hacia el juez.

La recomendación de sencillez de la narración siempre causa cierta resistencia en los profesionales del derecho, debido a que justamente la formación jurídica apunta al análisis y elaboración de razonamientos jurídicos complejos. No obstante, la pauta de sencillez no tiene por qué significar restarle nivel al argumento, al contrario, la sencillez puede convertir en simple lo complejo, plantear nuestro caso en una frase implica un enorme esfuerzo intelectual y su finalidad práctica recae en que, de ese modo, el mensaje será rápidamente entendido por el receptor. A ello hay que sumarle una recomendación: la brevedad, otra pauta resistida por algunos abogados acostumbrados a construir argumentaciones extensas. Se debe asumir que la audiencia no es para decir lo que la parte quiere decir, sino para exponer lo que el juez necesita escuchar y ello obliga a ser preciso. Tengamos en cuenta que, para que el receptor nos entienda debe atender y para que nos atienda, debemos de captar su atención, no debemos aburrirlo.

Toda actividad argumentativa pasa por tres etapas al momento de exteriorizarla: i) captura de atención; ii) transmisión de información convincente, y iii) demostración de la hipótesis. Este procedimiento permite generar convicción en el receptor acerca de la veracidad de la posición. En el alegato de apertura empleamos los dos primeros. Se dejará para el desarrollo de la actuación probatoria el tercer momento.

c. Presente su teoría jurídica

Definitivamente los hechos narrados deben de circunscribirse y encontrar amparo en los fundamentos de derecho sustantivo y adjetivo, producto del trabajo de interpretación jurídica elaborado por cada una de las partes y que sustentarán durante el desarrollo del juicio oral. Al momento del alegato de apertura, dicho sustento jurídico sirve de marco para encuadrar y respaldar la posición fijada por las partes. De modo tal que las partes procesales deben:

[E]nunciar al juez las disposiciones sustantivas (Código Penal) y adjetivas (Código de Procedimiento Penal) que fundamentan su teoría. La fiscalía deberá enunciar los juicios objetivos y subjetivos que disponen la teoría del delito y el cumplimiento de las condiciones probatorias necesarias para condenar.

[...]

La defensa hará lo propio con las eximentes de responsabilidad o con la enunciación de la falta de requisitos para que configuren los supuestos de la acusación y por lo tanto de la sentencia. Podrá situarse en la violación a los derechos y garantías fundamentales o en cualquier referente jurídico que debidamente sustentado permita recogerlo al finalizar la audiencia, en el alegato de conclusión¹²⁵.

d. Ofrezca su teoría probatoria

Expuestas las teorías fácticas y jurídicas, corresponde proceder al ofrecimiento de la teoría probatoria. Dicho ofrecimiento consiste en la promesa que hace la parte procesal al juez de probar suficientemente el marco fáctico planteado. Para ello, la parte hará referencia a los medios probatorios —que fueron admitidos en la etapa de control— que llevará al juicio para —bajo los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad— verificar su teoría fáctica. Hemos visto ya que la dinámica de ofrecimiento probatorio resulta distinta en el alegato de apertura de la fiscalía y de la defensa. Ello obedece a que la carga de la prueba es del Ministerio Público, en tanto que la defensa —en general— apunta a restar, desacreditar, cuestionar o contradecir los medios probatorios ofrecidos por la fiscalía, mostrando la insuficiencia probatoria. Una pauta adicional es no dotar de demasiada importancia o exagerar acerca de la trascendencia de determinado medio probatorio a actuarse, ya que cabe la posibilidad que, por varios factores, la fuente de prueba no se presente, cambie de versión, desaparezca o se altere. Las conclusiones respecto a la relevancia de la prueba son propias del alegato de clausura o final.

125 COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL, *Técnicas del juicio oral en el Sistema Penal Acusatorio colombiano. Libro del Discente*, ob. cit., p. 111.

e. Cierre el alegato con su pedido

El pedido debe ser preciso, integral y evidente. Esto significa que cada parte al final de su alegato expondrá su pretensión concreta en el juicio, de modo tal que la fiscalía buscará que se determine la responsabilidad penal del acusado y se le imponga la pena correspondiente, en tanto que la defensa pretenderá que se concluya la inocencia de su patrocinado y se le absuelva de los cargos imputados. El cierre del alegato de apertura tampoco debe de perder impacto, pero es recomendable no dotar de demasiada importancia o exagerar acerca de la trascendencia de determinada prueba a actuarse, ya que cabe la posibilidad de que, por varios factores, el resultado del medio de prueba pueda variar o ni siquiera se presente. El énfasis en la evidencia se hará recién al momento de su actuación, esto es, cuando aquella verifique la afirmación o negación realizada. En suma, “el alegato debe concluir con una petición concreta sobre lo que será la realidad del juicio [...]. La petición debe ser concreta, completa y clara para fijarse en la mente del juez”¹²⁶.

Por último, en palabras de BLANCO SUÁREZ *et al.*, a manera de recomendación: “Por favor, no lea, no aburra, no confunda, no utilice muletillas, no sea prepotente, vanidoso, frenético, nervioso, desordenado, soberbio, irónico... y si lo es, disimúlelo”¹²⁷.

3.2. El examen del acusado

El examen del acusado no constituye un medio probatorio, por ello no lo veremos en ninguna acusación fiscal ofrecido como tal, debido a que la declaración del acusado en el juicio oral constituye la manifestación de su derecho a ser oído por el juez que resolverá su situación jurídica, a tal punto que tiene legitimidad para abstenerse de declarar en uso de su derecho a guardar silencio.

126 *Loc. cit.*

127 BLANCO SUÁREZ *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 165.

Entiéndase que el objetivo del examen del acusado en juicio es permitirle que exponga y se explique sobre los hechos y circunstancias en cuanto lo considere conveniente para sus intereses, pues justamente tiene derecho a ello. Esta es la base para que el art. 376 del nuevo CPP establezca lo siguiente:

1. Si el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente, el juez le advertirá que, aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el fiscal.
2. Si el acusado acepta ser interrogado, el examen se sujetará a las siguientes reglas:
 - a) El acusado aportará libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso;
 - b) El interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil;
 - c) El interrogatorio está sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles;
 - d) No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas.
3. El juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisibles las preguntas prohibidas.
4. El último en intervenir será el abogado del acusado sometido a interrogatorio.

Entonces, a este nivel de la audiencia de juicio oral, es posible que el acusado se niegue a declarar —total o parcialmente—, en cuyo supuesto el juez le advertirá que, a pesar de su negativa a declarar, el juicio continuará y se leerán sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal. Conforme al principio de presunción de inocencia, de no autoincriminación y al derecho de defensa, el silencio del acusado no puede ser considerado como un indicio de culpabilidad, como un dato de sospecha de que pretende esconder algo o evadir su responsabilidad

o como una forma de abstención de colaborar con el esclarecimiento de los hechos. Tales inferencias son propias del sistema inquisitivo y deben de ser desterradas de la praxis judicial; no obstante, el art. 376.1 del nuevo CPP mantiene vigente una situación que consideramos es claramente atentatoria del principio de no autoincriminación.

Asimismo, debemos quitarnos la idea de que, a través del examen del acusado, vamos a determinar su responsabilidad, obtener datos que sirvan para condenarlo, obtener su reconocimiento de culpa o se le colocará en una situación de presión que lo obligue a confesarlo todo. El examen del acusado no tiene esa finalidad, por ello solo se permiten preguntas abiertas (qué, cómo, cuándo, explique, etc.) y están proscritas, justamente, las preguntas de acorralamiento, es decir, las preguntas sugeridas.

Si el acusado desea hacer uso de su derecho a declarar, se procederá a examinarlo bajo las siguientes reglas:

- *Exposición inicial del acusado.* El juez debe de permitirle al acusado un espacio para que de forma libre y oral haga una exposición de los hechos, relate, aclare y explique todo lo pertinente al caso. El aporte libre de la información significa que contra el acusado no se emplearán expresiones o medios amenazantes, intimidantes, de presión, coactivos o violentos para obligarlo a declarar.
- *Finalidad.* El art. 376.2.b del nuevo CPP señala que el examen del acusado se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil. No obstante, la orientación referida es limitada y se coloca en el supuesto de que el acusado es culpable. No todo acusado que es examinado en juicio termina siendo declarado responsable de la comisión del delito y del daño civil causado. Por eso, debemos de entender que la finalidad del examen del acusado es garantizarle su derecho de defensa y a ser escuchado por el juez imparcial que, finalmente, lo condenará o absolverá. El examen del acusado

constituye una oportunidad más para que este pueda hacer valer su derecho de defensa y decir todo cuanto favorezca a sus intereses.

- *Preguntas permitidas.* El examen del acusado está sujeto a que las preguntas que se le formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles. La regla es que se permitan preguntas abiertas, es decir, aquellas que permitan que el acusado detalle o explique su versión de los hechos. En ese contexto, las preguntas directas son aquellas referidas a un aspecto determinado de los hechos; las preguntas claras son aquellas que se pueden entender y ello garantiza una respuesta consciente y válida; las preguntas pertinentes son aquellas que están referidas a los hechos materia de acusación; y las útiles son aquellas que sirven para el esclarecimiento de los hechos.
- *Preguntas prohibidas.* En el examen del acusado no son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Ello obedece a que la repetición de la misma pregunta o sobre algo que ya respondió puede generar —indebidamente— confusión, imprecisión e incluso contradicción. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas. Las preguntas capciosas son aquellas que generan confusión con la intención de lograr una respuesta errada; las preguntas impertinentes son las que no guardan relación alguna con los hechos materia del juicio; y las preguntas sugeridas son aquellas que contienen la respuesta en la pregunta y que solo buscan una respuesta afirmativa o negativa, correcto o incorrecto, cierto o no cierto. Las preguntas sugeridas son los instrumentos idóneos para hacer caer en contradicciones o evidenciar mentiras del examinado y, por esa razón, están proscritas del examen del acusado, pues esa no es la finalidad.
- *Dirección del examen.* El juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte,

inadmisible las preguntas prohibidas. Cuando el juez, de oficio, declara inadmisibile una pregunta prohibida, ejerce un rol garantista, en salvaguarda del derecho del acusado y del debido proceso; en tanto que, cuando declara inadmisibile una pregunta a pedido de parte, se coloca como tercero imparcial que evalúa la incorrección de la pregunta, lo que es muestra del ejercicio del contradictorio en el juicio.

- *Orden del examen.* El examen del acusado en juicio consiste en la formulación de preguntas abiertas de parte del fiscal, del abogado del actor civil, del tercero civilmente responsable y, por último, de su propio defensor, quienes, de manera ordenada, lo interrogarán respecto a los hechos del caso, los cargos imputados y demás información pertinente y útil para el objeto del proceso.

3.3. El examen de testigos

En toda la doctrina revisada sobre litigación oral hemos encontrado que se emplea como sinónimos los términos “interrogar” y “examinar”. En la praxis judicial, ambos términos se emplean indistintamente; no obstante, si queremos ser rigurosos con su empleo, debemos de precisar que someter a un interrogatorio importa la formulación de preguntas con el objetivo de conocer cierta información, entender algo, hallar explicaciones o descubrir algo. Por ejemplo, cuando, en la etapa de investigación, el fiscal formula preguntas en la diligencia de declaración testimonial, somete al testigo a interrogatorio en su labor de búsqueda y descubrimiento. En cambio, cuando se somete a examen a una persona —si bien ello importa la formulación de preguntas— existe un dato diferenciador, esto es, que el examinador lo hace para verificar la información extraída del testigo, que es lo que las partes hacen en juicio con su testigo ofrecido, ya que el contenido de sus versiones lo conocen perfectamente desde la investigación preparatoria y es esta la razón por la que ofrecen al testigo para que reproduzca la información en juicio, siendo el juez quien la desconoce y a quien va dirigida. Es por ello por lo que preferimos emplear el término “examen” en juicio oral.

El examen directo del testigo consiste, entonces, en la formulación de preguntas a cargo de la parte que lo ofreció, con la finalidad de que el órgano de prueba, de manera libre y espontánea, exponga información tendiente a corroborar o demostrar la teoría del caso del examinador. Las respuestas que se extraen en el examen del testigo van dirigidas al juez, a efectos de que este las analice y valore probatoriamente.

Entendemos al examen directo del testigo como la forma en que se presenta la prueba testimonial, y su actuación —bajo un procedimiento técnico— permite brindar al juez penal información que le servirá para verificar o descartar la posición de la parte procesal. En ese sentido, para lograr un nivel óptimo de persuasión del juzgador, la parte requiere preparar, elaborar y actuar estratégicamente la técnica de examen de su testigo.

En materia penal, el testigo es la persona natural que es presentada como medio de prueba, debido a que posee conocimientos respecto al momento, lugar y forma en que ocurrieron los hechos, las conductas o antecedentes de las personas involucradas o algún dato conexo. El testigo constituye una importante fuente de información y depende de la inteligencia y habilidad de cada una de las partes extraer de él los datos que corroboren su teoría o desvirtúen la de la contraparte.

El examen directo importa un conjunto de preguntas dirigidas al testigo, con el fin de extraer de él la información relevante que demuestre la veracidad de las proposiciones fácticas que conforman la teoría del caso de la parte que lo ofreció como medio de prueba. En ese sentido, el examen directo es realizado al testigo propio. BAYTELMAN y DUCE indican al respecto:

[E]l principal objetivo del examen directo es, entonces, extraer del testigo la información que requerimos para construir la historia o el trozo de historia que este nos puede proporcionar. Esta es la etapa en que elaboramos la mayor parte de nuestra versión de los hechos, nuestra teoría del caso. Así, la relevancia del examen directo es que constituye la principal oportunidad de que dispone el litigante para probar su teoría del caso al tribunal. El examen directo nos permite relatar nuestra teoría del caso desde la prueba concreta y no desde las

puras afirmaciones del abogado litigante (como, por ejemplo, en los alegatos de apertura), que hasta el momento han sido solo una promesa [...], el examen directo de testigos puede ser visualizado como una actividad destinada a la narración de un relato [...], si bien el examen directo es en esencia la narración de una historia, debemos acordar que es una narración bastante peculiar: su foco estará en producir proposiciones fácticas que permitan acreditar hechos relevantes para nuestra teoría del caso y que permitan darle valor o peso a dichas afirmaciones. En consecuencia, no se trata simplemente de contar un cuento, sino de contarlo en el marco de una teoría del caso de quien presenta a dicho testigo¹²⁸.

Por último, respecto a las técnicas del examen directo, la práctica nos permite brindar las siguientes pautas:

- *Organice y prepare el examen.* Previamente al juicio, hemos ofrecido nuestros medios probatorios testimoniales en mérito a su objeto y su aporte, y en la etapa intermedia el juez de investigación preparatoria los admitió, por lo que, al juicio oral, ya tenemos seleccionados a nuestros testigos y conocemos los aspectos de sus versiones, las cuales nos servirán para probar nuestras proposiciones fácticas. La pauta de organización significa determinar el orden de presentación de nuestros testigos en juicio, por factores de importancia, impacto, desarrollo del suceso u otros criterios que resultan de la estrategia. La preparación del examen hace referencia al estudio de las versiones previas de nuestros testigos, a fin de llamarlos a juicio conforme a la secuencia en que se habría desarrollado el hecho o según la calidad de la información que pueden expresar, etc. Y, a partir de ello, elaborar las preguntas que se le formularán a los testigos.
- *Prepare al testigo.* Debemos de anticiparnos a circunstancias que pueden afectar a nuestro testigo, tales como que el propio testigo desista de presentarse al juicio, el olvido de lo percibido

128 BAYTELMAN y DUCE, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, ob. cit., pp. 110-113.

por el transcurso excesivo del tiempo desde la ocurrencia de los hechos, sus temores producto de amenazas o represalias, nerviosismo por el contexto de la audiencia, etc. Preparar al testigo no significa ni obligarlo a que diga lo que queremos ni que mienta ni que exagere ni que invente ni que memorice, pues todas esas situaciones le servirán a la contraparte en el contraexamen. Preparar a nuestro testigo significa que, de ser posible, lo entrevistemos previamente al juicio, le informemos acerca de su convocatoria a la audiencia, le expliquemos el contexto y la dinámica de su intervención en el juicio, quiénes le formularán preguntas, cómo funcionan las objeciones, le informemos los hechos materia del proceso, así como de su declaración previa y la necesidad de que concurra a la citación para que declare sobre los aspectos por los cuales fue ofrecido.

- *Acredite al testigo.* Ya en juicio, el examen de nuestro testigo debe partir por preguntas que nos permitan extraer datos que le generen credibilidad ante el juez. Para ello, podemos emplear preguntas respecto a sus cualidades, condiciones, antecedentes, vínculos y todo dato que genere confianza al juez respecto a la seriedad y honestidad del testigo.
- *Evalúe adelantar las debilidades del testigo.* No todos los testigos se presentan como ciudadanos éticamente confiables, por ello es importante conocer las características de nuestro testigo, identificar sus puntos débiles que puedan afectar negativamente la impresión que de él pueda tener el juez, conocer su conducta o versiones en el proceso, determinar si ha expuesto versiones contradictorias o si su versión tiene vacíos o incoherencias. En ese sentido, en caso detectemos alguna debilidad de nuestro testigo y en tanto verifiquemos que la contraparte puede explotarla para desacreditarlo, se recomienda adelantar la debilidad ante el juez, a través de las preguntas en el examen directo. Ello restará la negatividad que pudiera haber logrado la contraparte en su contraexamen.

- *El testigo es el protagonista.* Debemos de tener en cuenta que, en el examen directo, la atención del juez debe estar en nuestro testigo, ya que lo que buscamos es que sea este de quien fluya toda la información que permita apreciar al juez que verifique nuestra posición. Para ello, debemos de formular nuestras preguntas desde nuestro escritorio y evitar aspavientos o poses teatrales, inapropiadas para la audiencia en general.
- *Extraiga información que corrobore las proposiciones fácticas.* Debemos de lograr que nuestro testigo brinde respuestas en las que exprese datos que sirvan para verificar nuestra posición. Nuestro testigo, en sus respuestas, debe de describir las circunstancias o conductas que percibió y exponerlas de forma ordenada, clara, precisa, lógica y creíble, conforme al objetivo de su ofrecimiento. Debemos de procurar que nuestro testigo brinde información acreditativa o demostrativa en relación a las proposiciones fácticas que propusimos en nuestra posición, conforme a nuestra teoría del caso. Se requiere de estrategia, planeamiento y preparación.
- *Controle la narración.* A través de un examen ordenado, completo y preciso, lograremos que nuestro testigo informe de manera comprensible los hechos que percibió. Debemos de controlar que la información se exteriorice con orden, detalle los aspectos relevantes y pase con rapidez los impertinentes, así como ponga énfasis en lo trascendente y dosifique la información que nuestro testigo brinda al juzgador. No pretendamos —erróneamente— que nuestro testigo diga todo lo que sabe a partir de una sola pregunta, tenemos que saber administrar el suministro de información a través de las preguntas que vamos a formular.
- *Prepárese en el uso de las herramientas del examen directo.* No podemos hacer cualquier tipo de preguntas. Al ser nuestro testigo quien debe exponer de manera espontánea lo que sabe, no se nos permite formular preguntas sugeridas, por lo cual no debemos de darle la respuesta contenida en la pregunta. Asimismo-

mo, están prohibidas en el examen directo de nuestro testigo que formulemos preguntas repetidas, conclusivas, presuntivas, tendenciosas, etc. En el examen directo se permiten las preguntas abiertas, que son preguntas genéricas que le permiten al testigo explicar, describir, explayarse y narrar con sus propias palabras acerca de lo consultado (ejemplo: ¿qué?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿quiénes?, ¿dónde?, narre, describa, explique, etc.). Este tipo de preguntas le dan un campo bastante amplio a nuestro testigo para que pueda responder de forma extensa. También se permiten las preguntas cerradas, mediante la cual exigimos a nuestro testigo que brinde una respuesta específica o precisa. Estas preguntas resultan de suma utilidad para controlar y reconducir la narración que hace el testigo (ejemplo: ¿cuántos sujetos eran?, ¿de qué color era el auto?, ¿vio la hora exacta?). Asimismo, tenemos las preguntas introductorias y de transición, las cuales sirven para ubicar a nuestro testigo en el lugar o situación sobre la que se le interrogará (ejemplo: Luego de que usted llegó al lugar, ¿qué vio?).

- *Mantenga la conexión con el testigo.* No debemos de perder la comunicación con nuestro testigo, sea cuando formulamos la pregunta (a fin de verificar si nos está escuchando, si nos está comprendiendo, si está nervioso, si se distrajo, etc.) o cuando nos responde (para verificar que se comprenda lo que dice, que está siguiendo un orden, que está indicando un dato inexacto, si necesita hacer una pausa para calmarse, etc.).
- *Busque explicaciones cuando corresponda.* Debemos de considerar que no todas las personas que intervienen como testigos tienen el mismo nivel educativo, formación de entorno social, formas de expresión, etc., por lo que, en muchas oportunidades, debemos de pedirle a nuestro testigo que esclarezca algunos términos empleados, sean tecnicismos o jergas u otras formas de expresión particular. Tengamos claro que la información que pretendemos emplear para verificar nues-

tras proposiciones fácticas no las explicamos nosotros en los alegatos, sino que debe fluir de nuestro propio testigo.

- *Tome apuntes de los datos importantes.* Es recomendable que tomemos nota de algunos datos expuestos por nuestro testigo, sea para poner énfasis en alguna información vital o para esclarecer alguna imprecisión o equivocación. Los datos que brinde el testigo serán útiles para afrontar el contraexamen y preparar el alegato de clausura. Sin duda, la otra parte estará atenta a lo que mencione nuestro testigo y también tomará notas para su posterior contraexamen.
- *No lea un balotario cerrado.* No debemos de caer en la mala práctica de llevar un balotario de preguntas, enterrar la mirada en el documento y empezar a dar lectura a cada pregunta, sin atender a nuestro testigo, sin importarnos si ya respondió el dato anteriormente, si no nos comprende, si no se deja entender, si responde sin coherencia, etc. No confundamos esto con el momento de preparar nuestro examen, pues esto significa tener lista una batería de preguntas organizadas y no convertirlas en un balotario cerrado donde nuestra función solo se limite a darle lectura. Debemos de guiarnos de las preguntas que hemos preparado, siguiendo nuestra estrategia, pero al mismo tiempo debemos de atender a nuestro testigo y tener la capacidad para añadir alguna pregunta o quitar otra, de acuerdo a la información que surja. Si nos ceñimos a un balotario cerrado sin objetivo, la contraparte con base en objeciones bien dirigidas bloqueará nuestro examen directo.
- *Controle el tiempo y la intensidad del examen.* La brevedad es siempre una técnica a considerar, pero si nuestro testigo ha sido ofrecido en atención a la gran cantidad de información que ha percibido, debemos de ir con calma, sin apuro, el examen directo se construye, no por ir más rápido se logrará el objetivo. No perdamos de vista nunca el objetivo. La intensidad del examen va ligada al control del ritmo del examen.

Esto significa que debemos de conducir a nuestro testigo, poner énfasis en los datos relevantes y convenientes a nuestra teoría, detenernos y profundizar en el relato del testigo que consideramos importante para el juez.

- *Acredite y presente la prueba material al juicio.* El examen directo de nuestro testigo es el contexto en que debemos de introducir la prueba material —objetos vinculados al hecho—, la cual no se explica por sí sola y que requiere que nuestro testigo la contextualice, lo que lograremos a través de la formulación de preguntas de reconocimiento o de explicación a nuestro testigo, momento en que se expone el objeto.

3.4. El examen de peritos

El perito es una persona natural especializada en determinada ciencia, disciplina, arte u oficio. En materia penal, se solicita la participación de un perito para explicar los resultados de su pericia o algún tema referido a su especialidad. Entonces, el examen directo del perito importa la formulación de preguntas dirigidas a que el especialista explique las conclusiones de su pericia, los métodos empleados o algún otro dato relacionado con la materia que domina, a efectos de sustentar la teoría del caso de quien lo propuso. Debe tenerse en cuenta que el perito no puede determinar si el acusado es culpable o inocente, su declaración se limita a explicar un tema referido a su especialidad y queda prohibido cualquier respuesta conclusiva de responsabilidad penal. Para BLANCO SUÁREZ *et al.*, la participación de los peritos en el proceso penal consiste en “la revisión de aquellos expertos en determinada ciencia, arte u oficio, que han sido presentados con las debidas acreditaciones en la audiencia de preparación del juicio oral, para que puedan explayarse en el juicio sobre sus conocimientos expertos y los resultados de las pericias que ellos han practicado a determinadas personas, objetos o lugares”¹²⁹.

129 BLANCO SUÁREZ *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 187.

Asimismo, el art. 378.5 del nuevo CPP establece lo siguiente:

El examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario se ordenará la lectura del dictamen pericial. Luego se exhibirá y se les preguntará si corresponde al que han emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. A continuación, se les pedirá expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.

En el caso de que el perito declare que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior, para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera. A diferencia de los testigos, cuya declaración debe ser espontánea y sin documentos a la vista, los peritos podrán apoyarse en documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio. En caso sea necesario se realizará un debate pericial, para lo cual se ordenará la lectura de los dictámenes periciales o informes científicos o técnicos que se estimen convenientes.

En el examen directo de nuestro perito su preparación también resulta crucial. Si bien la parte que ofrece al perito se apoyará en las conclusiones y demás datos que este exprese respecto a su especialidad, debemos de prepararnos y estudiar el tema para tener nociones mínimamente básicas cuando formulemos las preguntas y cuando escuchemos las respuestas. La contraparte lo hará. Como señala MÍXAN MÁSS, para el interrogatorio del perito “es necesario que la parte sepa en qué consiste el problema cuya explicación se ha encomendado al perito y haya estudiado también el dictamen emitido al respecto. Será indispensable que, para ello, la parte tenga un asesoramiento especializado”¹³⁰. Por tanto, es recomendable que, previamente, revisemos a profundidad el

130 MÍXAN MÁSS, Florencio, *Cuestiones epistemológicas de la investigación y de la prueba*, 2.^a reimp., Trujillo: BLG, 2006, p. 293.

informe del perito, se verifique la contundencia de sus conclusiones y lo que demuestra; y consultarle a nuestro perito sobre cualquier duda que tengamos en relación a su trabajo pericial.

3.5. El contraexamen

Por medio del contrainterrogatorio o contraexamen, las partes procesales (fiscal o defensor) formulan preguntas al testigo o perito ofrecido por la contraparte, luego de que este haya concluido el examen directo. El contraexamen es una técnica de litigación del juicio oral bastante delicada y, previamente a emplearla, debemos de evaluar su necesidad y utilidad, pues, de ser mal utilizada, resultará perjudicial para nuestra posición. No debemos de contraexaminar sin estrategia ni preparación.

Enfrentar a los testigos contrarios es una de las habilidades más difíciles de desarrollar en el litigio. Tradicionalmente quien contrainterroga repite el contenido y la secuencia del interrogatorio, buscando que el testigo dé algún traspie, que voluntariamente confiese su error o mentira o, peor aún, que explique la razón de sus contradicciones. El resultado es que el testigo se fortalece se reafirma y cubre sus vacíos iniciales con las preguntas del abogado contrainterrogador. Un contrainterrogatorio exitoso requiere conocer exactamente los puntos débiles del testigo y su testimonio, saber cómo confrontarlos, qué tipos de preguntas formular, tener dominio sobre el testigo y saber cuándo y cómo terminar¹³¹.

Los objetivos básicos del examen directo eran dotar de credibilidad a nuestro testigo (acreditación), que su testimonio acredite nuestras proposiciones fácticas de la teoría del caso y que permita la introducción de nuestra prueba material (verificación). En cambio, en el contraexamen buscamos desacreditar al testigo de la contraparte —a través de preguntas que evidencien su falta de credibilidad por mentiras, enemistades, intereses, etc.—, desacreditar el contenido de su testimonio —a través

131 COMITÉ ORGANIZADOR DE LOS TRABAJOS PARA LA REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA DE NUEVO LEÓN, *Técnicas del juicio oral en el sistema penal de Nuevo León*, Monterrey: Consejo de la Judicatura del Estado, 2004, p. 165.

del ataque a su fallida o deficiente percepción de los hechos y demostrar contradicciones, exageraciones, falsedades, inconsistencias o vacíos insubsanables— y, de ser posible, obtener información que favorezca nuestra teoría del caso. Si no contamos con datos o información que nos permita prever un ataque efectivo, no contraexaminaremos.

Es así que, para lograr un efectivo contraexamen, proponemos las siguientes pautas:

- *Decida la conveniencia de contraexaminar.* El contraexamen es un arma peligrosa para ambas partes (fiscal y defensor), de modo que, si no es bien utilizada, puede causar mucho daño a la teoría del caso de cualquiera. Por ello, antes de proceder a desarrollarlo es mejor preguntarse si es necesario realizarlo. Por tanto, debemos de tener presente que solo cabe contraexaminar si estamos completamente seguros de que la respuesta del testigo impactará negativamente en su credibilidad o en su versión, de modo que sea útil para nuestro objetivo y teoría del caso. No debemos preguntar a ciegas, pues no sabemos qué responderá el testigo y podría ser perjudicial para nuestra teoría del caso.
- *Preste máxima atención al examen directo.* Debemos de prestar mucha atención al relato y demás datos que exponga el testigo ajeno en el examen directo que realizará la contraparte. En el desarrollo de ese examen directo, identificaremos las debilidades del testigo o de su testimonio y decidiremos si contraexaminamos o no.
- *No repita las preguntas formuladas en el examen directo.* Este tipo de preguntas repetitivas están prohibidas en el contraexamen, puesto que la información ya fue expuesta por el testigo y no es correcto repetirla porque podría provocar indebidamente confusión o contradicción en la respuesta del testigo.
- *Elija los temas puntuales y útiles.* Debemos de evaluar anticipadamente la relevancia del aspecto fáctico sobre el que recae la debilidad del testigo e identificar la pregunta correcta

a formular. Puede que tengamos un testigo con debilidades o contradicciones sobre aspectos completamente irrelevantes, en cuyo caso no merece nuestra atención.

- *Determine el orden de sus preguntas.* No se trata de ir directamente a preguntar sobre la contradicción, porque inmediatamente habrá un freno impuesto por el juez o por la contraparte. Debemos de ordenar nuestras preguntas, sobre todo cuando pretendamos evidenciar una contradicción. No se actúa de manera improvisada, desordenada o se va pensando la pregunta mientras esta se formula, se requiere mucha capacidad de reacción y estar preparado.
- *Formule preguntas sobre debilidades previamente identificadas.* Nuestras preguntas sugeridas deben estar orientadas a evidenciar incredibilidad del testigo o desvirtuar el contenido de su testimonio. Esa es la razón de ser del contraexamen y, por ello, la ley permite el uso de las preguntas sugeridas, para poder centrar el punto en cuestión, solicitar una respuesta afirmativa y negativa, y contrastar al testigo con respuestas contradictorias. Jamás debe permitirse al testigo adverso explicar, puesto que siempre lo hará a favor de la teoría de la contraparte. Una vez que evidencie contradicción, cierre el contraexamen. No caiga en la malsana tentación de preguntar “explique usted por qué antes dijo esto y ahora dice aquello”, porque el testigo hará lo que usted incorrectamente le está pidiendo y “explicará” justificando de su contradicción.
- *Jamás pida explicaciones.* Si solicitamos al testigo ajeno que “explique”, este buscará reafirmar la teoría del caso de la contraparte o le daremos la oportunidad de justificar o corregir algún dato de su versión en el que se evidenció alguna inconsistencia o contradicción. Todo lo cual nos afectará negativamente.
- *Pare cuando logre el objetivo.* Si a través de las preguntas del contraexamen logramos evidenciar alguna contradicción relevante o desacreditar al testigo ajeno, simplemente nos dete-

nemos. De continuar con las preguntas, restaremos impacto a la contradicción evidenciada o permitiremos que el testigo adverso pretenda corregir o justificar su respuesta.

- *No exponga conclusiones.* Reiteramos, una vez que evidencie contradicción, ¡cierre el contraexamen! A pesar de haber obtenido respuestas favorables a nuestra teoría del caso, que hayan desacreditado al testigo o su testimonio, no caigamos en otra malsana tentación, esto es, decirle al juez: “Dejo constancia de que el testigo se ha contradicho con relación a...”. Si el juez no lo calla, inmediatamente aparecerá la objeción de la contraparte. El contraexamen no es el momento oportuno para emitir conclusiones. Las explicaciones deben reservarse para el alegato de clausura.
- *No discuta con el testigo.* Debemos de ver al testigo como un colaborador de la justicia, pero, sobre todo, como un ser humano que goza del derecho a su dignidad y, por ende, en el juicio debe de garantizársele tal derecho. El testigo, así sea adverso, debe ser tratado con respeto. Las preguntas que formulemos deben ser dirigidas dentro de los cánones de respeto que rigen la labor profesional y que merecen los intervinientes en la audiencia. Si se actúa irrespetuosamente se le dará al testigo ajeno la excusa perfecta para evadir la pregunta.

3.6. Las objeciones

Lo primero que debemos de hacer es justificar la técnica de las objeciones y precisar su razón de ser y utilidad en el proceso penal. En tal sentido, mediante la técnica de las objeciones las partes procesales —de forma oportuna y fundamentada— expresan sus oposiciones al juzgador ante el ofrecimiento de pruebas, la formulación de preguntas, la exposición de respuestas o conductas procesales. Entendemos, entonces, que para formular objeciones la parte debe de conocer las reglas procesales, dominar todos los aspectos de su caso y contar con las destrezas de litigación que hagan su actuación oportuna y eficaz, para lo cual, sin duda, se requiere de preparación.

En el juicio oral, la objeción u oposición constituye una técnica de litigación oral de la que se sirven las partes para solicitar al juez su rechazo a la formulación de alguna pregunta, a la expresión de alguna respuesta o a la realización de una conducta inapropiada. La objeción se formulará en atención a que lo objetado contraviene las normas procesales vigentes y tiene por finalidad evitar que determinada información llegue al juzgador.

Por lo tanto, tenemos que en el examen directo y contraexamen es posible objetar preguntas que pretendan impedir al testigo que declare correctamente o llevarlo indebidamente a una confusión o error, o la pregunta en sí misma carece de validez. Las objeciones que se pueden formular en el proceso penal son las siguientes:

- “La pregunta es sugestiva”. La pregunta sugestiva sugiere al testigo la respuesta que busca quien formula la pregunta. En el examen directo las preguntas sugestivas están prohibidas, puesto que aquí se busca que el testigo narre, explique o describa los hechos percibidos con sus propias palabras y según su parecer, de forma espontánea, por lo que esta objeción es fundada. Ello no ocurre en el contraexamen, donde las preguntas sugestivas constituyen las herramientas perfectas para lograr sus objetivos.
- “La pregunta es impertinente”. En este caso estamos ante preguntas narrativas, es decir, aquellas que buscan una respuesta a modo de relato amplio e impreciso, abordando hechos que no tienen relación alguna con los hechos objeto de prueba. Debemos de tener en cuenta que lo pertinente es todo aquello que se refiere, directa o indirectamente, al tema en cuestión y que resulte útil para el descubrimiento de la verdad.
- “La pregunta es repetitiva”. Se presenta cuando se formula una pregunta que ya fue respondida anteriormente. Con las preguntas repetidas se busca inducir a error al testigo, razón por la cual algunos la consideran un tipo de pregunta capciosa. Solo se puede permitir la repetición de la pregunta si

algo no quedó claro, pero si el testigo ha respondido de forma concreta y clara la pregunta anterior, la objeción debe ser fundada.

- “La pregunta es capciosa”. La pregunta capciosa es aquella que se basa en el engaño o confusión para que el testigo responda equivocadamente. Resulta ser objetable debido a que por medio de la pregunta capciosa se pretende un provecho indebido y antiético.
- “La pregunta es ambigua”. Una pregunta es ambigua cuando no es clara, no se entiende o puede estar sujeta a varias interpretaciones por parte del interrogado y, por tanto, le genera confusión.
- “La pregunta es especulativa”. Conocida también como pregunta hipotética o presuntiva. Se presenta cuando se pregunta suponiendo hechos no ocurridos en la realidad, induciendo a que el testigo responda bajo supuestos, presunciones y suposiciones. Es decir, estas preguntas buscan que el testigo responda sobre hechos no ocurridos.
- “La pregunta es compuesta”. Una pregunta es compuesta cuando contiene dos o más preguntas. Y resulta prohibida porque tiende a generar confusión en el testigo e, incluso, en el propio juez. Lo correcto es formular una pregunta concreta por cada dato que se busca extraer del testigo.
- “La pregunta es argumentativa”. Una pregunta es argumentativa cuando expone una conclusión derivada de premisas, buscando la asertividad de esta por parte del testigo. Dicho tipo de pregunta es objetable porque ni el examen directo ni el contraexamen son el momento oportuno para expresar conclusiones, pues estas son reservadas para los alegatos de clausura.
- “La pregunta es técnica, el testigo no es perito”. El testigo ofrece un testimonio basándose en los hechos que percibió, pero no se le puede pedir que explique u opine sobre temas que requieren de conocimientos especiales, como es el caso

de los peritos, quienes ofrecen datos especiales acerca de su profesión, arte u oficio.

- “La pregunta se refiere a materia privilegiada”. Se entiende como materia privilegiada aquella que está referida a asuntos de índole confidencial o reservados y amparados legalmente, como, por ejemplo, el secreto profesional. La objeción será fundada a pesar de estar referida a temas pertinentes.

¿Es posible formular objeciones contra las respuestas de los testigos o peritos? Las objeciones contra las preguntas apuntan a evitar que la parte que examina o contraexamina se valga de herramientas (preguntas) prohibidas a fin de extraer información del testigo o perito, por lo que las objeciones deben formularse antes de que el testigo o perito conteste o se refiera al tema consultado. Caso contrario, la objeción se desestima por inoportuna. En cambio, las objeciones contra las respuestas apuntan al testigo o al perito, ya que están referidas a las conductas evasivas al momento de responder las preguntas. En estos casos se objeta que el testigo o perito no responda lo que específicamente se le pregunta, responda más de lo que se le pregunta o emita indebidamente opiniones o conclusiones. Las objeciones que se pueden formular contra las respuestas son las siguientes:

- “El testigo no responde lo que se le pregunta”. Esta objeción se formula cuando el testigo expresa “lo que quiere” y no lo que se le pregunta. En este caso, el testigo, claramente, busca evadir el tema puntual por el que se le interroga. Ante la objeción, el juez que la estime fundada ordenará al testigo a que responda la pregunta en concreto.
- “El testigo responde más de lo que se le pregunta”. En este caso, el testigo responde refiriéndose al tema consultado, pero se extiende informando acerca de temas que no se le preguntaron. La parte procesal, previamente a objetar, debe evaluar si la narración extra del testigo le conviene o no a su posición. Si el juez la declara fundada, cortará la narración del testigo.

- “El testigo expresa una referencia”. En este caso, se formula la objeción cuando el testigo responde basado en el dicho de otra persona, cuya veracidad no le consta. Obviamente, el testigo no percibió directamente los hechos.
- “El testigo emite opinión y no es perito”. Cuando el testigo responde emitiendo opinión acerca de determinado tema reservado para un especialista.
- “El testigo emite conclusión valorativa”. Cuando el testigo emite juicios de valor, conclusiones, suposiciones o hipótesis acerca de los hechos o las conductas. El testigo debe limitarse a narrar y describir lo que percibió.

Asimismo, la conducta que muestran las partes al momento de realizar el examen directo y del contraexamen, así como de quien formula las objeciones, puede ser materia de reclamo ante el juez, por lo que pueden formularse las siguientes objeciones:

- “No cita correctamente lo declarado por el testigo”. Se presenta esta objeción cuando la parte que contraexamina, previamente a preguntar, cita la declaración anterior del testigo, empleando palabras que el testigo no utilizó.
- “No permite que el testigo responda”. Se presenta cuando quien formula la pregunta interrumpe al testigo cuando se dispone a responderle, impidiendo que este pueda transmitir la información solicitada por la parte procesal.
- “Hace comentarios luego de cada respuesta del testigo”. Cuando el examinador realiza comentarios o argumentaciones tras la respuesta del testigo, la actuación probatoria no es el momento para exponer conclusiones.
- “Es irrespetuoso con el testigo”. El respeto por el testigo es una regla que debe de seguirse, más aún tratándose de un proceso penal basado en el garantismo. Razón por la cual debe objetarse toda falta de respeto o atentado contra la dignidad del testigo o perito por parte de quien examina.

- “Objeta por objetar y sin fundamento”. Se formula cuando la parte que objeta lo hace reiterativamente sin expresar fundamentos o expresa fundamentos erróneos, evidenciándose un indebido afán por entorpecer la actuación probatoria.

Podemos concluir que cuando objetamos una pregunta u opinión de la parte adversaria o alguna respuesta del testigo o del perito, buscamos evitar que llegue al juez determinada información perjudicial para nuestra teoría del caso. Esto último resulta ser clave para decidir si formulamos o no la objeción, ya que no solo debemos de prestar atención a la forma (por ejemplo: que la otra parte esté preguntando sugestivamente a su testigo en el examen directo), sino también a ver si conviene o no formular la objeción (pues, según el ejemplo, puede convenir que el juez note por sí mismo que la parte adversa está formulando una pregunta prohibida en el examen directo, que busca ponerle palabras en la boca a su testigo o que el testigo no brinda información relevante ni perjudicial). Para llegar a manejar esta técnica es necesaria la experiencia y puesta en práctica, pues ella se aplica en un contexto adversarial, lleno de presión y con gran cantidad de información circulando, en la que se debe de tener capacidad de reacción inmediata, fundamentar la objeción y no perder el control del examen o contraexamen, según sea el contexto.

Finalmente, brindamos algunas recomendaciones para formular correctamente las objeciones:

- *Atienda al desarrollo de la audiencia.* Las partes procesales deben de estar atentas al desarrollo del examen directo o contraexamen, a fin de identificar las preguntas prohibidas y demás actos que puedan ser objetados.
- *Debe de objetar oportunamente.* La objeción debe hacerse tan pronto surja la situación que da lugar a ella. Entonces, dependiendo de lo que se quiera objetar deberá tenerse en cuenta la oportunidad. De modo que, si lo que se objeta es una pregunta prohibida, se objetará una vez que se termine de formular —nunca mientras se desarrolla— y antes de que el testigo la

responda. Si lo que se objeta es la respuesta evasiva o extensa, entonces deberá objetarse mientras se encuentre respondiendo. Debe considerarse que para que la objeción sea efectiva, debe de formularse de manera oportuna. Recordemos que lo que buscamos con la objeción es evitar que determinada información indebida o perjudicial llegue al juez. Por lo que una objeción tardía no sería útil y, por tanto, es desestimada.

- *Debe de objetar con precisión.* Quien formula la objeción debe de señalar específicamente el extremo de su oposición, se trate de la pregunta o la respuesta del testigo o la conducta de la contraparte.
- *Debe de fundamentar su objeción.* De nada serviría una objeción oportuna y específica si no es capaz de sustentarla debidamente, de esto dependerá si el juez declara fundada o infundada la objeción. Ser preciso y breve en la fundamentación es obligatorio.
- *No abuse de las objeciones.* Cuando un abogado formula objeciones, de forma reiterada y sin éxito, genera en el juzgador la sensación de que busca entorpecer la labor de la contraparte, que no se ha preparado para afrontar la teoría adversa y que constituye un obstáculo para el desarrollo de la audiencia. Para evitar ello, debe de evaluarse si conviene o no formular la objeción, así como su efectividad.

3.7. Exposición de la prueba material

La actuación probatoria es desarrollada por las partes, quienes, a través del empleo de sus medios probatorios, buscan demostrar al juzgador la verdad de las proposiciones fácticas que conforman sus respectivas teorías del caso. En el caso del fiscal, este buscará probar la existencia de responsabilidad penal del acusado, superando la duda razonable y venciendo el principio de presunción de inocencia. Por su parte, el defensor del imputado buscará probar su teoría del caso, ya sea demostrando la inocencia de su patrocinado, debilitando el argumento

acusador a fin de generar la duda razonable, o acreditando una menor responsabilidad penal del imputado, para lograr una pena reducida.

Ya hemos analizado parte de la actuación probatoria, al comentar el examen de los testigos y peritos por las partes del proceso, ahora corresponde estudiar la presentación de la prueba material en la audiencia de juicio oral. A tal efecto, debemos de revisar el art. 382 del nuevo CPP que señala:

1. Los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, siempre que sea materialmente posible, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes.
2. La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella.

3.8. Oralización de la prueba documental

Un documento es un objeto material originado por un acto humano susceptible de representarse por sí mismo y para el futuro un hecho o una serie de hechos percibidos en el momento de su confección. La técnica de la oralización de documentos no genera mayores dificultades en la praxis judicial.

Respecto a la lectura de la prueba documental, el art. 383 del nuevo CPP establece lo siguiente:

1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:
 - a) Las actas conteniendo la prueba anticipada;
 - b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;
 - c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las

- partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;
- d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y
 - e) Las actas levantadas por la policía, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.
2. No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de esta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor.
 3. La oralización incluye, además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.

Respecto al trámite de la oralización de la prueba documental, el art. 384 del citado código adjetivo establece:

1. La oralización tendrá lugar cuando, indistintamente, lo pida el fiscal o los defensores. La oralización se realizará por su orden, iniciándola el fiscal, continuándola el abogado del actor civil y del tercero civil, y culminando el abogado del acusado. Quien pida oralización indicará el folio o documentos y destacará oralmente el significado probatorio que considere útil.
2. Cuando los documentos o informes fueren muy voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra. De igual manera, se podrá prescindir de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenándose su lectura o reproducción parcial.
3. Los registros de imágenes, sonidos o en soporte informático podrán ser reproducidos en la audiencia, según su forma de reproducción habitual.
4. Una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra por breve término a las

partes para que, si consideran necesario, expliquen aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido.

3.9. El alegato de clausura

Una vez que haya concluido el debate probatorio, las partes tienen la oportunidad de exponer sus alegatos de clausura, conocidos también como discursos de cierre del juicio oral. A través de los alegatos de clausura, las partes pretenden convencer al juzgador acerca de la certeza de su teoría del caso, pues —en teoría— ha sido demostrada en el juicio.

Según BLANCO SUÁREZ *et al.*, el alegato de clausura es “la confirmación de la teoría del caso, que surge como un todo armónico que los litigantes son capaces de ofrecer al tribunal, en estricta correspondencia con la prueba rendida durante el juicio, para que los jueces lo utilicen en su veredicto y al momento de redactar la sentencia”¹³². Añaden los mencionados autores que esta “es la última oportunidad que tienen los litigantes para mostrar su versión de los hechos ante el tribunal oral en lo penal. No es el momento de cambiar de estrategia, de modificar la prueba o de profundizar en alguna línea de interrogatorio o contrainterrogatorio”¹³³. Es pues, el momento oportuno para coronar la ardua labor desarrollada durante todo el proceso.

El nuevo CPP, en su art. 386, denomina este momento como “discusión final” y señala el orden en el que se realizarán las exposiciones: inicia el fiscal, continúan los abogados del actor civil y del tercero civil, después los alegatos del defensor del acusado y, por último, la autodefensa del acusado. Previamente a exponer el alegato de clausura, cada parte debe de confrontar su teoría del caso con lo que logró probar a través de sus testigos, de manera tal que se logre determinar qué tanto logró aportar probatoriamente a la teoría del caso, las declaraciones de los testigos y peritos, la prueba material y la prueba documental, así como apreciar

132 BLANCO SUÁREZ *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 244.

133 *Ibid.*, p. 245.

qué tanto se pudo afectar el argumento de la contraparte, a través del contraexamen y de las pruebas actuadas. De tal forma que, cuando se exponga el alegato de clausura, la parte le informe al juez —atendiendo a la verdad— qué tanto de lo ofrecido en el alegato de apertura se llegó a probar a lo largo del juicio.

Las argumentaciones finales, fundamentalmente, buscan convencer al juez acerca de la verdad de hechos afirmados, precisando que tales proposiciones fácticas han sido probadas en el juicio, acerca de la legalidad de ellas y de la justicia de la pretensión (condena o absolución).

Durante el desarrollo del juicio oral, el juzgador ha estado atento a la actuación de los medios de prueba y ha apreciado los diversos resultados. Por ello, cuando la parte —en su alegato de clausura— exponga acerca de los hechos probados, debe ceñirse a los hechos que forman parte de su teoría del caso, a las pruebas admitidas y actuadas, y, en suma, a lo que realmente ocurrió en la audiencia. Cualquier detalle que no se dio en la audiencia, inexactitud u omisión será apreciada negativamente por el juez o, en su caso, será evidenciado por la parte contraria. Una vez demostradas las proposiciones fácticas que conforman su teoría del caso, la parte debe exponer un razonamiento jurídico que le permita al juez inferir que su pretensión está pegada a la ley y a la justicia. Es decir, que la parte deberá de sustentar el amparo jurídico para condenar o absolver al acusado, apelando siempre a un criterio de justicia.

Respecto a la técnica del alegato de clausura recomendamos:

- *Exponer un argumento completo y preciso.* Recordemos que nos encontramos al final del juicio. Este es el último paso de un largo y tedioso debate de pruebas, y lo que menos desea el juzgador es continuar procesando más argumentos completos. Lo que el juez necesita a este nivel es una síntesis de lo actuado y la parte procesal debe de ser capaz de brindarle la información de manera completa, relevante, verdadera y de concisa. No obstante, la precisión que se requiere tiene que ir necesariamente acompañada de los datos relevantes que fue-

ron planteados al inicio y que, con posterioridad del debate probatorio, fueron acreditados o desvirtuados, con la precisión de lo que se extrajo de cada uno de los medios probatorios actuados en el juicio, incluyendo la mención respecto del material probatorio de la contraparte. Por la naturaleza del alegato se requiere de un argumento detallado y minucioso.

- *Hacer un repaso de lo probado y lo no probado.* Durante la exposición del alegato de clausura, es recomendable que la parte procesal se valga de los hechos no controvertidos, a fin de darle solidez a su argumentación. La parte debe de especificar lo que los medios probatorios actuados en la audiencia de juicio oral permitieron demostrar y relacionar dicho resultado con las proposiciones fácticas de la teoría del caso que defiende. Asimismo, debe de hacerse alusión a lo que la contraparte no pudo probar, a fin de desvirtuar su teoría del caso.
- *Ceder cuando corresponda.* Cuando no se haya probado algo a favor de nuestra teoría del caso y en tanto ello esté referido a un dato o aspecto irrelevante para la posición que se defiende, entonces cabe la posibilidad de ceder en dicho punto a favor de la contraparte. La finalidad de esto es que el juez note cierta objetividad y lealtad procesal en la conducta de la parte. No pretendamos engañar al juez que, por principio de inmediatez, ha presenciado directamente la actuación probatoria.
- *Expresar sus conclusiones con contundencia.* Con base en las proposiciones fácticas demostradas objetivamente y al amparo jurídico expuesto, la parte puede extraer inferencias, expresando sus conclusiones. Es el momento adecuado para hacerlas. El proceso de inferencia implica que la conclusión que se extraiga debe derivar de las premisas expuestas, es decir, de los hechos, pruebas y marco jurídico alegados.
- *Refutar a la contraparte.* La refutación implica contradicción a todo o parte del argumento de la contraparte y busca evidenciar sus debilidades, inconsistencias y carencias que eviden-

- cien lo inaceptable de su teoría. La refutación debe de exteriorizarse una vez que se haya consolidado la teoría del caso propia, con base en las pruebas que demuestran su certeza. Asimismo, sabiendo que estamos ante los últimos alegatos, debe de demostrarse la deficiencia o imposibilidad de la contraparte para probar determinado hecho.
- *Guíe el razonamiento del juez.* El alegato de clausura debe servir de ruta o guía para el razonamiento que emplee el juzgador a fin de decidir sobre la responsabilidad penal del acusado. A través del alegato de clausura las partes brindan al juez los fundamentos de su sentencia. Dicho razonamiento judicial, como es obvio, debe de tener un orden fáctico, jurídico y probatorio. En el discurso de cierre se debe de proporcionar al juez los datos que le faciliten arribar a la conclusión cierta, correcta, legal y justa. En ese sentido, debe de indicársele al juez el sentido de su fallo, que se pretende, en atención a los fundamentos expuestos.
 - *Controle el tiempo del alegato.* Debe de considerarse que no se trata de cantidad, sino de la calidad del contenido en el alegato de cierre. Pero, al mismo tiempo, debe de exponerse un alegato completo que contenga todos los temas relevantes para demostrar la certeza de la teoría del caso. Tener muy claros los puntos fuertes de la teoría del caso, lo probado, el amparo jurídico y las debilidades del argumento del adversario ayudará a construir y sustentar el alegato final, que, a diferencia del alegato de apertura, no es breve.
 - *Concluya con fuerza.* Debe de culminarse con una conclusión relevante e impactante. Esa será la idea que quedará en la mente del juez tras el alegato, por tanto, debe de prepararse dicha conclusión de modo tal que sintetice la pretensión.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.

2003 *Técnicas del proceso oral en el Sistema Penal Acusatorio colombiano*, Bogotá: Usaid.

ABREGÚ, Martín

1993 “La sentencia”, en AA. VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

ALEXY, Robert

2007 *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima: Palestra.

2018 *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2.^a ed., traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALSINA, Hugo

1963 *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires: Ediar.

ARROYO ZAPATERO, Luis

1981 *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid: Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo.

ASENCIO MELLADO, José María

2003 *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

2016 *Derecho procesal penal. Estudios Fundamentales*, Lima: INCEPP y CENALES.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel

1994 “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 1, Ciudad de México: octubre de 1994.

2007 *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

BACIGALUPO, Enrique

1996 *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá: Temis.

1999 *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Buenos Aires: Hammurabi.

BACRE, Aldo

1992 *Teoría general del proceso*, t. III, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

BARONA VILAR, Silvia

2008 *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

BAYTELMAN A. Andrés y Mauricio DUCE

2000 *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

2005 *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Lima: INCIPP.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert

2011 *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, Barcelona: J.M. Bosch.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Luis ARROYO ZAPATERO y Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ

2018 *Curso de derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Barcelona: Ediciones Experiencia.

BESIO HERNÁNDEZ, Martín

2011 *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

BINDER, Alberto

s/f “La fase intermedia. Control de la investigación”, en *Instituto de Ciencia Procesal Penal* (INCIPP), Lima.

1993 *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

1997 *Política criminal de la formulación a la praxis*, Buenos Aires: Ad-Hoc

1999 *Introducción al derecho procesal penal*, 2.^a ed., Buenos Aires: Ad-Hoc.

BLANCO CORDERO, Isidoro

2010 “Delimitación del ámbito de aplicación del delito de encubrimiento personal”, en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (coord.), *Delitos contra la administración de justicia*, Lima: Idemsa.

BLANCO SUÁREZ, Rafael; Mauricio DECAP FERNÁNDEZ; Leonardo MORENO HOLMAN y Hugo ROJAS CORRAL

2005 *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago de Chile: Lexis-Nexis.

BOBBIO, Norberto

2006 *Derecho y lógica*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

BUOMPADRE, Jorge

2009 *Trata de personas, migración legal y derecho penal*, Córdoba: Alveroni Ediciones.

BUSTOS RAMÍREZ, José

1985 “Política criminal y dogmática”, en *El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires: Depalma.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZABAL MALAREE

2006 *Lecciones de derecho penal*, Madrid: Trotta.

CÁCERES JULCA, Roberto

2016 *Curso: Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Academia de la Magistratura.

CABANELLAS, Guillermo

2003 *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. III, 26.^a ed., Buenos Aires: Heliastra.

CALDERÓN SUMARRIVA, Ana y Guido ÁGUILA GRADOS

2011 *Derecho procesal penal didáctico*, Lima: Egacal.

CANCIO MELIÁ, Manuel

1997 *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

2004 *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

CEREZO MIR, José

1996 “El delito como acción culpable”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. xlix, Madrid: Ministerio de Justicia.

2001 *Curso de derecho penal español. Teoría jurídica del delito*, t. II, Madrid: Tecnos.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio

1997 *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid: Colex.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.

2008 *Derecho procesal penal*, t. I, Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu

2014 “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los compliance”, en HORTAL IBARRA, Juan Carlos y VICENTE VALIENTE IVAÑEZ (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Madrid: Edisofer.

Corte Superior de Justicia de La Libertad

2010 *La reforma procesal penal en cifras. Una nueva visión de justicia*, año I, n.º 1, Trujillo: Comisión de Seguimiento del NCPP de La Libertad.

Comité Organizador de los Trabajos para la Reforma al Sistema de Justicia de Nuevo León

2004 *Técnicas del juicio oral en el Sistema Penal de Nuevo León*, Monterrey: Consejo de la Judicatura del Estado.

CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido

1990 “El juicio oral”, en AA.VV., *La reforma del proceso penal*, Madrid: Tecnos.

COPPI, Irving M. y CARL COHEN

2000 *Introducción a la lógica*, Ciudad de México: Limusa.

CRISTÓBAL TÁMARA, Teodorico

2018 “La excepción de improcedencia de acción en el proceso penal común”, en HEYDEGGER, Francisco R. (coord.), *Medios técnicos de defensa*, Lima: Instituto Pacífico.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor

2004 “Las garantías constitucionales del proceso penal”, en *APECC Revista de Derecho*, año I, n.º 1, Lima.

DAVID GRANDA, Alberto

2000 *Derecho procesal penal*, t. I, Rosario: Nova Tesis.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO - COLOMBIA

2004 *Módulo IV para defensores públicos. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá: Usaid. Recuperado de <<https://bit.ly/3uD18Mf>>.

DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo

2008 *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Ara.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

1966 *Nociones generales de derecho procesal*, Madrid: Ediciones Aguilar.

1984 *Teoría general del proceso*, t. I, Buenos Aires: Editorial Universidad.

DIEZ PICAZO, Luis

1975 *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona: Ariel.

EDWARS, Carlos Enrique

1996 *Las garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires: Astrea.

EISNER, Isidoro

1984 *Planteos procesales*, Buenos Aires: La Ley.

FELLINI, Zulita

2013 “Algunas consideraciones acerca de los delitos impropios de omisión”, en AROCENA, Gustavo; BALCARCE, Fabián y José CESANO (dirs.), *Tendencias modernas del derecho penal y procesal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Buenos Aires: Hammurabi.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ y Paula Andrea RAMÍ-
REZ BARBOSA

2021 *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*,
Valencia: Tirant Lo Blanch.

FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela

2017 *Argumentación y lenguaje jurídico*, 2.^a ed., Ciudad de México: Universidad
Nacional Autónoma de México.

FERRAJOLI, Luigi

1995 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

FERRANTE, Marcelo

1998 “Una introducción a la teoría de la imputación objetiva”, en CANCIO
MELIÁ, Manuel; Marcelo SANCINETTI, y Marcelo FERRANTE, *Estudios
sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

FERRER BELTRÁN, Jordi

2007 *La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons.

Fleming, Abel y Pablo LÓPEZ VIÑALS

2009 *Las penas*, Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

FLORES POLO, Pedro

1980 *Diccionario de términos jurídicos*, t. II, Lima: Editores Importadores.

GARCÍA ARÁN, Mercedes

1997 *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de Seguridad en el Código Penal
de 1995*, Navarra: Aranzandi.

GARRIDO MONT, Mario

2001 *Derecho penal. Parte general*, t. I, Santiago: Jurídica.

GASCÓN ABELLÁN, Marina

2003 “Concepciones de la Prueba. Observación a propósito de ‘Algunas
consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad’, de Michele
Taruffo”, en *Discusiones*, n.º 3.

GHIRARDI, Olsen

1998 “La estructura lógica del razonamiento judicial”, en *Derecho y Sociedad*, n.º 13, Lima.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

1990 “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid: Tecnos.

GIMENO SENDRA, Vicente

1990 *Proceso Penal*, t. II, reimp. de la 3.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

GIMENO SENDRA, Vicente; Pablo MORENILLA ALLARD; Antonio TORRES DEL MORAL y Manuel DÍAZ MARTÍNEZ

2007 *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid: Colex.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis

1997 *El proceso penal español*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos

2014 “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrina actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y especial*, Buenos Aires: B de F.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando

2013 *Tratado de derecho penal. Antijuridicidad y causas de justificación*, t. IV, vol. I, Bogotá: Doctrina y Ley.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo

1992 *Derecho procesal civil*, t. I, vol. I., Buenos Aires: Ediar.

GUERRERO PERALTA, Óscar

2013 *Fundamentos teóricos del nuevo proceso penal*, Bogotá: Nueva Jurídica.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán

- 1999 “Imputación objetiva y principio de lesividad”, en CEREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo; BERISTAIN IPIÑA, Antonio y Carlos ROMEO CASABONA, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. (Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López)*, Granada: Comares.

HURTADO POZO, José

- 1999 *Nociones básicas de derecho penal*, Guatemala: Organismo Judicial.

ITURRALDE SESMA, Victoria

- 1989 *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid: Tecnos.

JAÉN VALLEJO, Manuel

- 1987 *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid: Akal.
- 1992 *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid: Colex.

JAKOBS, Günther

- 1996 *La imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- 1998 *La prohibición de regreso en el derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND

- 2014 *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, traducción de la 5.ª ed. alemana (1996) por Miguel Olmedo Cardenete, Lima: Instituto Pacífico.

JIMÉNEZ BERNALES, Juan Carlos

- 2001 “La criminalidad empresarial como defecto de organización”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 27, Lima: septiembre.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis

- 1950 *Tratado de derecho penal. El delito*, t. VI, Buenos Aires: Losada.
- 1958 *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, 3.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JIMÉNEZ NIÑO, Sergio

- 2013 “La determinación de la pena en la Ley N.º 30076: ¿de dónde parto?”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 51, Lima: septiembre.

KUDLICH, Hans

- 2014 “Compliance y derecho penal en Alemania”, en HORTAL IBARRA, Juan Carlos y VICENTE VALIENTE IVÁÑEZ (coords.), *Responsabilidad penal de la empresa y compliance*, Madrid: Edisofer.
- 2016 “¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones?”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 82, Lima: abril.

LANDA ARROYO, César

- 2002 “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”, en *Revista Pensamiento Constitucional*, n.º 8, Lima: febrero. Recuperado de <<https://bit.ly/2SHFpFJ>>.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia

- 2006 *Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima en base a una concepción funcional estructural de la sociedad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

LÓPEZ GARRIDO, Diego; MARCOS FRANCISCO MASSO GARROTE y LUIS PEGORARO

- 2000 *Nuevo derecho constitucional comparado*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

LORCA NAVARRETE, Antonio María

- 2009 *Estudios sobre garantismo procesal*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.

LORCA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel

- 2014 “Presunción de inocencia: validez, motivación, razonabilidad y suficiencia probatorias. Los presupuestos esenciales de su naturaleza jurídica según la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 59, Lima.

MAIER, Julio B. J.

- s/f *Derecho procesal penal argentino*, t. I, vol. B, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi.

MARCONE MORELLO, Juan

- 1995 *Diccionario jurídico penal y ciencias auxiliares*, Lima: A.F.A. Editores.

MAUET, Thomas A.

- 2007 *Estudios de técnicas de litigación*, Lima: Jurista.

2007 *Trial Techniques*, 7.^a ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, Aspen Publishers.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis

2016 “La imputación concreta y el método de la teoría del caso”, en *LP Pasión por el Derecho*, Lima: 19 de octubre. Recuperado de <<https://bit.ly/3fHo7lj>>.

MEZGER, Edmund

1958 *Derecho penal*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

2010 *Tratado de derecho penal*, traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Buenos Aires: Hammurabi.

MIR PUIG, Santiago

1996 *Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed. corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995, Barcelona: Reppertor.

MIXÁN MASS, Florencio

1990 *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2.^a ed., Trujillo: Marsol.

2000 *Cuestión previa, cuestión prejudicial, excepciones en el proceso penal*, Trujillo: BLG.

2006 *Cuestiones epistemológicas de la investigación y de la prueba*, 2.^a reimp., Trujillo: BLG.

MONROY GÁLVEZ, Juan

1996 *Introducción al proceso civil*, t. I, Bogotá: Temis.

MONROY PALACIOS, Juan José

2002 *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima: Comunidad.

MORA MATEO, José

2000 “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. 11, n.º 42, Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica.

MORENO CATENA, Víctor

2010 “La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 7, Bilbao: Universidad Deusto. Recuperado de <<https://bit.ly/3vmQbiK>>.

MORENO HOLMAN, Leonardo

2020 “La teoría del caso”, en *Guía operativa de litigación oral con el Código Procesal Penal*, Lima: diciembre. Recuperado de <<https://bit.ly/3i5AJUQ>>.

MUÑOZ CONDE, Francisco

2003 *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, 4.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

2012 *Teoría general del delito*, Bogotá: Temis.

NAVAS MONDACA, Iván

2013 “Los códigos de conducta y el derecho penal económico”, en MONTAÑER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier 2013.

NEYRA FLORES, José Antonio

2007 *Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal*, Lima: Academia de la Magistratura.

2010 *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*, Lima: Idemsa.

2015 *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Lima: Idemsa.

NIETO MARTÍN, Adán

2010 “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 11, Lima: mayo.

ORÉ GUARDIA, Arsenio

1999 *Manual de derecho procesal penal*, 2.^a ed., Lima: Alternativas.

2005 *El Ministerio Fiscal: Director de la investigación en el nuevo Código Procesal Penal del Perú*, Madrid: Ministerio de Justicia - UNED.

ORÉ SOSA, Eduardo

2013 “Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N.º 30076”, en *Boletín Estudio Oré Guardia*, n.º 41.

ORTELLS RAMOS, Manuel

1978 “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 5, Madrid.

PASTRANA BERDEJO, Juan David y Hesbert BENAVENTE CHORRES

2010 *El juicio oral. Técnicas y estrategias de litigación oral*, 2.^a ed., Ciudad de México: Flores Editores.

PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy

2013 “Nuevas reglas de determinación de la pena: ‘El sistema de tercios’”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 51, Lima: septiembre.

PÁUCAR TORRES, Vladimir

2018 “La excepción de improcedencia de acción, ante una errónea calificación del tipo aplicable”, en HEYDEGGER, Francisco R. (coord.), *Medios técnicos de defensa*, Lima: Instituto Pacífico.

PEÑA CABRERA, Raúl

1983 *Tratado de derecho penal. Parte general*, Lima: Sesator.

1988 “El concurso de personas en el delito”, en *Debate Penal*, Lima: mayo-agosto.

1994 “La garantía del principio de legalidad en la nueva Constitución”, en *Debate Penal*, n.º 13, Lima: Ediciones Jurídicas.

1997 *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3.^a ed., Lima: Grijley.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.

2007 *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Rhodas.

2014 “La naturaleza jurídica ‘civil’ de la reparación en la vía criminal y su insostenible carácter accesorio en el proceso penal”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 59, Lima: mayo.

2016 *Derecho penal y procesal penal*, t. I, Lima: Idemsa.

2018 *Delitos contra el honor y su conflicto con el derecho a la información y la libertad de expresión*, Lima: Gaceta Jurídica.

2018 *Delitos contra la libertad sexual*, Lima: Adrus.

PEÑA GONZÁLEZ, Óscar y Frank ALMANZA ALTAMIRANO

2010 *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Lima: APECC.

PERELMAN, Chaim

1988 *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge

2014 “La autopuesta en peligro de la víctima y su aplicación en la jurisprudencia peruana”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 64, Lima: octubre.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo

2009 *Manual de derecho procesal penal*, 3.ª ed., Caracas: Vadell Hermanos.

PINEDO HIDALGO, Patrick

2011 “La vulneración del non bis in idem mediante la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 27, Lima: septiembre.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio

2009 *Rol social e imputación objetiva*, Barcelona: J. M. Bosch.

PODETTI, José Ramiro

1956 *Tratado de las medidas cautelares*, t. IV, Buenos Aires: Ediar.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2010 *La determinación judicial de la pena y los acuerdos plenarios*, Lima: Idemsa.

PRIORI POSADA, Giovanni

2006 *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*, Lima: Ara.

QUINTERO, Beatriz y Eugenio PRIETO

1995 *Teoría general del proceso*, Bogotá: Temis.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco

1993 *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3.ª ed., Barcelona: J. M. Bosch.

REYES ALVARADO, Yesid

2005 “El concepto de imputación objetiva”, en BOLAÑOS, Mireya (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, Mérida: Universidad de los Andes.

ROBLES PLANAS, Ricardo

2012 “La autoría no ejecutiva”, en *InDret*, n.º 2, Barcelona.

RODRÍGUEZ DEvesa, José María y Alfonso GÓMEZ SERRANO

1995 *Derecho penal español. Parte general*, 18.ª ed., Madrid: Dykinson.

RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo

2007 “Panorama de las técnicas de litigación oral en el Código Procesal Penal de 2004”, en *Módulo 10 – Técnicas de Litigación Oral. X Curso de Formación de Aspirantes – PROFA*, Lima: Academia de la Magistratura.

ROLDÁN BARBERO, Horacio

1992 *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Córdoba: Universidad de Córdoba.

ROSALES PAPA, Emiliano Diógenes

1994 *Introducción a la lógica*, 3.ª ed., Lima: Amaru.

ROSAS YATACO, Jorge

2003 *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Grijley.

ROY FREYRE, Luis

1998 *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Lima: Grijley.

ROXIN, Claus

1997 *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, traducción y notas de la 2.ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.

2016 *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.

RUDOLPHI, Hans-Joachim

1998 *Causalidad e imputación objetiva*, traducido por Claudia López Díaz, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

RUIZ RENGIFO, Hoover W.

2015 “La necesidad del contenido propio del deber de las personas jurídicas delineados por un más allá de la eficacia de los programas de cumplimiento”, en *Actualidad Penal*, n.º 12, Lima: junio.

- 2015 “El descontrol como fundamento de la responsabilidad empresarial. El compliance (su definición) eficaz como causal de irresponsabilidad de las personas jurídicas”, en *Actualidad Penal*, n.º 17, Lima: noviembre.

SALAS BETETA, Christian

- 2007 “La prueba en el nuevo Código Procesal Penal”, en *La Actividad Probatoria en el Nuevo Proceso Penal*, vol. III, Lima.
- 2010 *Trascendencia de las técnicas de litigación oral en el proceso penal*, Lima: Jurídicas.
- 2011 *El proceso penal común. Investigación preparatoria, etapa intermedia, juzgamiento, impugnación y litigación oral*, Lima: Gaceta Jurídica.

SALAS BETETA, Christian; Víctor ARBULÚ MARTÍNEZ y Alcides CHINCHAY CASTILLO

- 2012 *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*, Lima: Gaceta Penal & Procesal.

SAN MARTÍN CASTRO, César

- 1999 *Derecho procesal penal*, vol. I, Lima: Grijley.
- 2003 *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Lima: Grijley.
- 2005 *Derecho procesal penal*, t. I, Lima: Grijley.
- 2015 *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima: INPECCP.

SANCINETTI, Marcelo y Marcelo FERRANTE

- 1998 *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo

- 2004 *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Idemsa.
- 2013 *Código Procesal Penal comentado*, Lima: Idemsa.

SAUER, Guillermo

- 1956 *Derecho penal (parte general)*, traducción de la edición alemana por Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona: Bosch.

SCHÖNE, Wolfgang

- 1996 *Imprudencia, tipo y ley penal*, traducción por Patricia S. Ziffer, 1.ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

2013 “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español”, en MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier.

STRATENWERTH, Günter

1982 *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. t. 1, Madrid: Edersa.

TALAVERA ELGUERA, Pablo

2009 *La prueba en el nuevo proceso penal*. Manual de derecho probatorio y de la valoración de las pruebas, Lima: Academia de la Magistratura.

TORÍO LÓPEZ, Ángel

1985 “El concepto individual de culpabilidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 38, n.º 2, Madrid.

1986 “Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 39, n.º 1, Madrid.

TOULMIN, Stephen

1958 *The uses of argument*, Cambridge: University Press.

URQUIZO OLAECHEA, José Francisco

2006 “Derecho penal: principio de culpabilidad”, en *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, año 3, n.º 94, Lima: 16 de mayo.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo

1996 *La defensa penal*, 3.ª ed., Santa Fe: Rubinzal - Culozoni.

VELÁSQUEZ V., Fernando

2002 “Los criterios de determinación de la pena en el Código Penal peruano de 1991”, en *Revista de Derecho Penal*, n.º 13, Montevideo.

VIAL CAMPOS, Pelayo

2006 *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*, Santiago de Chile: Librotecnia.

VIVES ANTÓN, Tomás

1996 *Fundamentos del sistema penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

WELZEL, Hans

2006 *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Montevideo, Buenos Aires: B de F.

WESSELS, Johannes; Werner BEULKE y Helmut SATZGER

2018 *Derecho penal. Parte general. Delito y su estructura*, traducción de la 46.^a ed. alemana por Raúl Pariona Arana, Lima: Instituto Pacífico.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

2009 *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires: Ediar.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel

2002 *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; Esteban PÉREZ ALONSO y María Dolores MACHADO RUÍZ

2004 *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

ZÚÑIGA RÍOS, Juan Carlos

2009 *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3.^a ed., Pamplona: Aranzadi.

2014 “La determinación judicial de la pena: reflexiones sobre las limitaciones a la arbitrariedad judicial. Comentarios a la Sentencia N.º 0027-2012 del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Lima”, en *Actualidad Penal*, n.º 3, Lima: septiembre.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2009 *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, 3.^a ed., Pamplona: Aranzadi.

Publicado: julio 2021
Este libro se terminó de imprimir
en Julio del 2021 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 619-3700
Lima-Perú
